جامعة أحمد درايــة بــأدرار

كلية الحقوق والعلوم السياسية

حماية المستهلك الإلكتروني في المعاملات التجارية الدولية الخاصة

أطــروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث (ل م د)

تخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالب:

- بالعبيدي رافع أحمد

إشراف الأستاذ الدكتور :

- الصادق عبد القادر

أعضاء لجنة المناقشة:

أ.د/ مسعودي يوسف	أستاذ التعليم العالي	جامعة أدرار	رئيساً
د/الصادق عبد القادر	أستاذ محاضر أ	جامعة أدرار	مشرفاً ومقرراً
أ.د/أزوا عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	جامعة أدرار	مناقشاً
د/بن الشريف سليمان	أستاذ محاضر أ	جامعة أدرار	مناقشاً
د/سيد أعمر محمد	أستاذ محاضر أ	جامعة غرداية	مناقشاً

نوقشت بتاريخ: 23 جانفي 2023

الموسم الجامعي: 2023/2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ }

(المائدة: **1**)

صدق الله العظيم

الإهـــداء

- إلى من تنحني هامتي لها خجلا، أمي العزيزة.
- إلى من بعطائه أضاء لي دروب العلم و المعرفة، أبي الغالي.
- إلى من كانوا سند ظهري و رفعة مقامي، إخوتي و أخواتي.
- إلى شريكة عنائي في رحلتي و حياتي، زوجتي الغالية.
- إلى قرة عيني و فلذة كبدي أولادي: آية الرحمان، أنوار الإيمان، أيمن فرات.
- إلى نبراس العلم و فقيد المحراب، جدي العلامة الشيخ التونسي بالعبيدي.
- إلى رمز التضحية و الشجاعة، جدي الشهيد محمد الكبير بالعبيدي.
- إلى كل من آمن بتحقيق طموحاتي، من أصدقائي و زملائي و أحبابي.
- إلى كل حر يتخذ من نصرة الحق و العدل منهاج حياة.

إلى كل هؤلاء و بأسمى عبارات الحب و العرفان أهدي هذا العمل.

الباحث: رافـع أحمد بالعبيدي

# شكر و عرفان

الشكر أولا و أخيرا لله تعالى الذي علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم، فالحمد لله الذي ألهمني إلى طلب المعرفة و العلم، و أمدني بالصحة و العزيمة لإتمام هذا العمل، فالحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه.

كما أتقدم بالشكر الجزيل و عظيم الإمتنان إلى أستاذي الفاضل المشرف على هذه الأطروحة الدكتور الصادق عبد القادر، على مرافقته لي طيلة إعداد هذا البحث، الذي كان مشرفا و ناصحا و موجها فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل و واسع الإمتنان لكل الأساتذة الذين رافقوني في إعداد هذا البحث، وبصفة خاصة الأستاذ يوسف مسعودي من جامعة أحمد دراية جامعة أدرار، الأستاذ محمد الأخظر كرام من جامعة الشهيد حمه لخضر جامعة الوادي، الأستاذ محمد بلاق من جامعة إبن خلدون جامعة تيارت، فبارك الله فيهم و زادهم من فضله الواسع علما و صحة و بركة.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لسادة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذا العمل و توجيههم بما يجعله يرقى نحو الأفضل، جعل الله كل ذلك في ميزان حسناتهم.

كما لا أنسى أن أتقدم لكل من ساهم في مد يد العون لي من قريب أو من بعيد، جزاهم الله عني كل الخير.

الباحث: رافع أحمد بالعبيدي

قائمة المختصرات:

أولا: باللغة العربية

ط	الطبعة
ص	الصفحة
ق.إم.إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق.م	القانون المدني
ج.ر	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية
ق.ت	القانون التجاري
ق.م.م	قانون المرافعات المصري
ق.إ.م.ف	قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

ثانيا: باللغة الاجنبية

P	**Page**
UNCITRAL	Chambre de Commerce international
Op Cite	Ouvrages précédemment cité
Ed	Editions
L.G.D.J	Librairie Générale de Droit et de jurisprudence
Vol	Volume
ADR	Alternative Dispute Resolution
ODR	Online Dispute Resolution
WIPO	World Intellectual Property Organization
ICANN	The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
ECODIR	European Consumer Dispute Resolution

مقدمــــة

إن شيوع إستخدام شبكة الأنترنت في مجال المعاملات التجارية الدولية نتج عنه أن أصبحت التجارة الإلكترونية أحد ركائز الإقتصاد العالمي، وهو ما تطلب تعزيز هذه التجارة من خلال توفير تنظيم قانوني يحافظ على حقوق المتعاملين في نطاقها، و ذلك بغية دعم الثقة و الآمان و السرعة التي تمثل حجر الأساس في المعاملات التجارية.

و الواقع أن التجارة الإلكترونية سواء المحلية أو الدولية فرضت نفسها بإعتبارها أحد أدوار أو صور العولمة الإقتصادية و التكنولوجيا الجديدة، حيث صارت اليوم حقيقة يعيشها المستهلكين و المجتمع ككل، و هو ما استدعى توسيع نطاق الحماية الخاصة بهذه الطائفة، خاصة في ظل إنهيار الحدود الجغرافية و تدويل القواعد المادية التي تحكم هذه المعاملات بالنظر إلى زيادة حجم التجارة الإلكترونية[1]، و من هنا بدأت تتبلور مفهوم الحماية الواجبة للمستهلك في نطاق العلاقات الدولية.

الحقيقة أنه و بدخول وسائل الإتصال الإلكترونية الحديثة أصبح بإمكان المتعاملين اليوم إستخدام وسائل الإتصال الحديثة إبرام عقودهم التجارية و تسهيل تنفيذ معاملاتهم، فالتطور التكنولوجي رفيع المستوى الذي بلغه العالم في وقتنا الحالي تزامن معه تطور في العلاقات التجارية المختلفة بين الأفراد عبر الدول، حيث ظهر نوع جديد من التجارة يتم عبر شبكة الأنترنت و يتخطى الحدود الوطنية.

هذه التجارة قوامها عقود تتم في العالم الإفتراضي سواء من حيث الإبرام أو التنفيذ أو الترويج لسلعها أو خدماتها، و تتم بين أطراف دون الحاجة إلى انتقالهم في مكان معين، فعقود التجارة الإلكترونية هي نوع خاص من العقود التي تتم عن بعد، و التي يمكن إدراجها ضمن العقود التي تتم بين غائبين في المكان حاضرين في الزمان.

إن عقود التجارية الإلكترونية و على حداثتها طرحت مشاكل قانونية متعددة، فبظهور المعاملات التجارية الإلكترونية الدولية الخاصة بدا القصور في النظام القانوني أكثر وضوحا، فالمعاملات الالكترونية و بالرغم من المزايا التي وفرتها للمتعاملين والمتجسدة أساسا في إجراء العديد من المعاملات عن بعد عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات، إلا أن ذلك لم يخلو من العديد من الإشكالات، أفرزها التعامل بهاته

[1] صالح المنزلاوي، الحماية القضائية للمستهلك المتعاقد عبر الإنترنت في ضوء أحكام نظام المرافعات الشرعية السعودي، مجلة جامعة الملك سعود للحقوق والعلوم السياسية، جامعة الملك سعود، المجلد 23، العدد 2، السنة 2011، ص 270.

الوسائل و مقتضيات حماية المستهلك، و كيفية تسوية منازعاتها في ظل عالم افتراضي لا يخضع لأسس إقليمية.

و الواقع أن هذه الشبكة ذاتها وإن كانت منفذا للعديد من المتهنين و المستهلكين، إلا أنها في الوقت ذاته أصبحت أداة فتاكة في وجه الأنظمة القانونية، و هي تثير إلى جانب الإشكالات السابق ذكرها مشاكل ترتبط بتطرق العنصر الأجنبي للعلاقة العقدية، والتي لا يمكن تجاوزها إلا بإعمال قواعد القانون الدولي الخاص بإعتباره القانون الذي وجد خصيصا لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية.

و في ضوء التفاوت الصارخ الذي يطغى على المراكز القانونية لطرفي العلاقة التعاقدية في عقود الاستهلاك الإلكترونية الدولية، كان لزاما توفير الحماية اللازمة للمستهلك لكونه يمثل الطرف الضعيف حتى في العملية التعاقدية الدولية كذلك[1].

لكل هذه الأسباب و غيرها سارعت بعض الدول إلى تعديل قوانينها لحماية المستهلك[2]، أين لم يتخلف المشرع الجزائري على هذا النهج، حيث سعى لتوفير الحماية للمستهلك بإعتباره الطرف الضعيف في المعاملات التجارية، كما تضمنت قوانينه العديد من النصوص القانونية الدالة على مظاهر الحماية المدنية و الجزائية للمستهلك دون أن تفرق بين المستهلك العادي و المستهلك الإلكتروني.

و إذا كانت مسألة تنازع القوانين لا تثار من حيث الأصل في التعاقد عبر شبكة الأنترنت عندما يتسم هذا التعاقد بالصفة المحلية أين تتمركز جميع عناصر العقد الإلكتروني في دولة واحدة، حيث لا يوجد أي عنصر أجنبي سواء تعلق ذلك بأطراف العقد أو بموطنهم أو بمكان إنعقاد العقد، فيخضع العقد في هذا الفرض للقانون الداخلي.

[1] تمثل مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لحماية المستهلك مجموعة قيمة من المبادئ التي تبين الخصائص الرئيسية للتشريع الفعال لحماية المستهلك ولمؤسسات الإنفاذ ولمساعدة الدول الأعضاء المهتمة في صياغة وإنفاذ القوانين المحلية والإقليمية والقواعد واللوائح التي تناسب ظروفها الاقتصادية والاجتماعية والبيئية، فضلا عن تعزيز التعاون في مجال الإنفاذ على الصعيد الدولي بين الدول الأعضاء وتشجيع تبادل الخبرات في مجال حماية المستهلك، وكانت الجمعية العامة قد اعتمدتها لأول مرة بموجب قرارها رقم: 248/39 المؤرخ 16 أفريل عام 1985، ثم وسع نطاقها لاحقا المجلس الاقتصادي والاجتماعي في قراره E/1999/INF/2/Add.2 المؤرخ في: 26 جويلية عام 1999، وراجعتها الجمعية العامة مؤخرا بموجب قرارها 186/70 المؤرخ 22 ديسمبر 2015، للإطلاع على هذه المبادئ عبر الرابط الإلكتروني التالي:
https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1_ar.pdf .

[2] أنظر: المادة 114 من القانون الاتحادي السويسري المؤرخ في: 18 ديسمبر 1987 المتعلق القانون الدولي الخاص، متاح على الموقع الإلكتروني التالي: https://wipolex.wipo.int/ar/text/527964، تم الإطلاع عليه يوم:2022/08/20، على الساعة: 15:30 زوالا.

على أن الأمر يختلف بالنسبة للتعاقد عبر شبكة الأنترنت عندما يتصف بالصفة الدولية، و الذي يتصل بالضرورة بأكثر من نظام قانوني واحد، مما يثير التساؤل عن القانون الواجب التطبيق بشأنه و المحكمة المختصة بالفصل في نزاعاته.

و لأنه قد يتصور في إطار المعاملات التجارية الدولية الخاصة ذات العنصر الأجنبي أن يكون أحد أطرافها مستهلك يسعى إلى إشباع حاجيته الشخصية أو العائلية، و هنا نكون بصدد عقد استهلاك إلكتروني ذو طابع دولي ، حيث المعاملات التجارية الإلكترونية كالمعاملات التقليدية قد يحصل إخلال من أحد الأطراف بالتزاماته يعقبه ضرر، الأمر الذي يستدعي النظر إلى طبيعة المسؤولية الناشئة عن ذلك و معرفة الطريق القانوني الذي يسلكه المتضرر لاسترداد حقوقه.

ولكن بحكم الوسيلة المستخدمة في التعاقد قد لا يكون الأمر بالسهولة المتصورة، وهو ما قد يتعرض له المستهلك الإلكتروني بمناسبة معاملاته التجارية التي تثور في العالم الإفتراضي، ما يطرح البحث عن ضمانات و آليات حماية المستهلك في هذا النوع من العقود الدولية[1].

إن إستغلال شبكة المعلومات الدولية منبرا لإنجاز العقود التجارية قد أضفى صفة الدولية على عقود الإستهلاك الإلكترونية، و بالتالي يتأكد خضوعها لقواعد القانون الدولي الخاص التقليدية الذي تتنوع فيه المناهج، إذ من الضرورة دراسة هذه القواعد لمعرفة مدى ملائمتها لعقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية[2].

و لأن قواعد القانون الدولي الخاص وجدت خلال فترة كانت المعاملات فيها تتم بوسائل مادية تستند على مرتكزات جغرافية، لكن مع إستغلال الأنترنت في المعاملات التجارية فقد وجد رجال

[1] Mickael Boutros, Le Droit Du Commerce Electronique Une Approche De La Protection Du Cyber Consommateur, Thèse Pour Obtenir Le Grade De Docteur, Préparée Au Sein Du Laboratoire, Le Centre de Droit Privé et Public des Obligations Et De La Consommation, Université De Grenoble, 2014, P 17.

[2] هناك رأيا فقهيا يرى أن البعد الدولي هو الغالب في العقد الإلكتروني أي كان نوعه، إذ يعد الأنترنت تجسيدا لفكرة العولمة، و ما ينتج عن ذلك من صعوبة توطين هذه الشبكة أو توطين المعاملات القانونية التي تجري من خلالها، و لا خلاف في دولية التعاقد عبر عقد الإستهلاك الإلكتروني بتوافر المعايير المطلوبة، وتواجد أطراف التعاقد الإلكتروني في دول مختلفة، إذ قامت الشبكات الإلكترونية العالمية تلقائيا، و مع مرور الزمن بتشكيل نظام خاص بها، لا ينظر فيه للحدود الجغرافية، فالعناوين الإلكترونية لا تنتمي إلى دولة معينة، و إنما هي عناوين عالمية، أنظر: صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 36 و 37.

القانون أنفسهم بعد ظهور عقود التجارة الإلكترونية الدولية التي يكون المستهلك طرفا فيها أمام معضلة حقيقية، خاصة أمام عجز وعدم كفاية النظرية العامة للالتزامات و العقود عن توفير الحماية اللازمة للمستهلك الإلكتروني.

و أمام هذه الظاهرة فقد كان الرجوع لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص من خلال تطويع هذه القواعد لحكم المعاملات التجارية التي تجري عبر شبكة الأنترنت، حتى تلك المتعلقة بالمستهلكين المتعاقدين في بيئة إلكترونية، و لما كانت هذه القواعد سيتم إعمالها من أجل البحث عن حماية اللازمة للمستهلك في المعاملات التجارية الإلكترونية ذات العنصر الأجنبي، فقد تم التصدي لهذا الموضوع من خلال إظهار كافة الجوانب القانونية المتعلقة به، و بحث مدى قدرة هذه القواعد على مواكبة التحديات التي تفرزها هذه المعاملات الحديثة في ضوء التشريعات المنظمة لهذه العقود.

على أنه و في نطاق تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص ستنصب دراستنا على العلاقة بين المستهلك و المورد دون غيرها، و التي سوف نتناولها من حيث تحديد آليات تسوية المنازعات التي يكون المستهلك الإلكتروني طرفا فيها، بهدف الوصول إلى الآلية الملائمة لتحقيق حمايته عند تسوية منازعاته مع المتدخليين، سواء من حيث المنهج الذي يحدد القانون الواجب التطبيق أو القضاء المختص للفصل في نزاعاته.

إنطلاقا من كل ما تقدم، تنبع أهمية موضوع حماية المستهلك الإلكتروني في العلاقات الدولية الخاصة من كونه من المواضيع الحديثة النشأة نسبيا، التي لم تستوفي حقها بالدراسة أسوة بالمواضيع الأخرى المتعلقة بالمستهلك التقليدي، ناهيك على أنها من المواضيع الذي تتداخل فيها العلاقات الدولية ومواقف الأنظمة القانونية خاصة في ظل تطور وسائل و أساليب التعاقد الإلكترونية، و إعمالها في إبرام المعاملات التجارية الدولية ما يثر العديد من الإشكالات القانونية.

كما تكمن أهمية هذا الموضوع في أن التقدم الهائل في وسائل الإتصال و التقدم التكنولوجي، الذي صاحبه إستغلال من طرف المستهلك في إبرام عقوده المتجاوزة لنطاق النظام القانوني لدولته، الأمر الذي يثير مسألة قدرة قواعد القانون الدولي الخاص لضبط هذه العقود.

كما تتجلى ذات الأهمية في ظهور عدالة إلكترونية بديلة كآلية عصرية لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، فدخول المستهلك الإلكتروني كطرف في المعاملات التجارية الإلكترونية الدولية أدى إلى حصول حالة من القلق التشريعي على المستوى الدولي و الوطني.

بالإضافة إلى الحيز الذي تشغله عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية سواء لشراء السلع أو الإستفادة من الخدمات، حيث يجهل العديد من المستهلكين الحماية المكفولة لهم في إطار هذا النوع من المعاملات، هذا عن الأهمية النظرية.

أما أهميتها العملية فتبرز في تسليط الضوء على الحماية المكفولة للمستهلك الإلكتروني بمناسبة معاملاته التجارية الدولية، و بيان مواقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المعنية بحماية المستهلك، في إطار معالجتها للإشكالات التي تثير هذه الحماية على صعيد العلاقات الدولية.

أما عن جملة الأهداف التي نسعى لتحقيقها من وراء اختيارنا لهذا الموضوع فتكمن في بيان مفهوم عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية، و تحديد معايير دوليتها كمرحلة سابقة عن إعمال مناهج القانون الدولي الخاص، بالإضافة إلى معرفة ما إذا كان إعمال قواعد الإسناد التقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق يلاءم حماية المستهلك الإلكتروني، أو أن ذلك يستوجب التوجه نحو القواعد المادية للتجارة الإلكترونية من أجل تطوير حماية المستهلك المنشودة، بالإظافة إلى بحث إمكانية الإستفادة من الآليات المستحدثة لتسوية منازعات المعاملات التجارية الإلكترونية لحماية المستهلك الإلكتروني، كل ذلك دون إغفال موقف المشرع الجزائري من هذه المسائل المطروحة للبحث.

و لعل من الأسباب التي كانت وراء اختيارنا لهذا الموضوع هو تضافر مجموعة من العوامل الشخصية و الموضوعية في ذلك، فالإقبال الكثيف لطائفة المستهلكين على إبرام العقود الإلكترونية، والقصور المعرفي لحوققهم في حالة إبرامهم لعقد إلكتروني ذو طابع دولي، كل ذلك دفعنا في البحث عن الآليات أو الضمانات التي تحمي المستهلكين من جشع الموردين، ناهيك عن الميل الشخصي نحو البحث في الإشكالات التي تثيرها مواضيع عقود التجارة الإلكترونية في نطاق القانون الدولي الخاص.

هذا بالإضافة إلى قصور المنظومة القانونية الوطنية في معالجة الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني في العقود التجارية الدولية، ناهيك عن الإشكالات التي يطرحها موضوع البحث على مستوى العلاقات الدولية الخاصة، فالمناهج التي يحدد بها القانون المختص لتسوية النزاع أو يتحدد بموجبها القضاء المختص هي مناهج تقليدية، في حين نسعى لإيجاد حماية لطرف ضعيف أبرم عقده بوسيلة إلكترونية حديثة.

بناء على المعطيات السابق الإشارة لها يتبين بأن موضوع حماية المستهلك الإلكتروني في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، يعد من المواضيع التي هي بحاجة إلى دراسة و مناقشة وتحليل، لارتباطها بالمركز القانوني للمستهلك في إطار علاقاته التجارية الدولية الخاصة.

و من منطلق أن لكل بحث صعوبات تكتنفه فيمكن الحديث عن قلة المراجع المتخصصة بحماية المستهلك الإلكتروني في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، مقارنة بحماية المستهلك العادي، وعلى أن غياب الإجتهادات الوطنية و العربية الحديثة في الموضوع فرض الإستعانة ببعض المصادر الأجنبية، وهو الأمر الذي تطلب منا جهد الترجمة و محاولة تطويع هذه النصوص، بالإظافة إلى تشعب موضوع الدراسة وارتباطه بأكثر من منهج منتمي إلى نطاق القانون الدولي الخاص، هذه المناهج كلها موضوعات تصلح لأن تكون مستقلة بذاتها كموضوع للبحث، أين سجلنا عدم وجود اجتهادات قضائية جزائرية واردة في موضوع البحث رغم ذيوع إنتشار عقود الإستهلاك الإلكترونية، وإصدار المشرع الوطني للقانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

و على إعتبار أن موضوع بحثنا ينتمي إلى الدراسات القانونية المتعلقة بتسوية منازعات التجارة الإلكترونية في إطار قواعد القانون الدولي الخاص، فقد إعتمدت على بعض الأطروحات الأكاديمية كمراجع، لعل أهمها:

- أطروحة دكتوراه الموسومة بعنوان: عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية، للطالبة: فاطمة الزهراء جندولي، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، أين تناولت قدرة قواعد القانون الدولي الخاص التقليدية في تسوية

منازعات عقود التجارة الإلكترونية، أين سجلنا مجموعة من العناصر المشتركة بين الدراستين، لكن إختلفت عنها على أساس أن دراستنا تعنى ببحث المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا.

- أطروحة دكتوراه الموسومة بعنوان: حماية المستهلك المعلوماتي، للطالبة: مليكة جامع، الصادرة عن كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، و التي تناولت قدرة القواعد القانونية الوطنية المتعلقة بقانون الإستهلاك و القانون المدني في حماية المستهلك في معاملاته الداخلية، مع إمكانية تطويعها لحماية المستهلك الإلكتروني الذي يتعاقد بوسيلة إلكترونية، على أن دراستنا ركزت عن العلاقات ذات العنصر الأجنبي التي تستدعي تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص دون العلاقات المبرمة في النطاق الوطني.

الحقيقة أنه وإذا كانت حماية المستهلك كطرف ضعيف أحد أهداف القوانين الموضوعية كالقانون المدني والتجاري والجنائي والاستهلاكي، فإن قواعد القانون الدولي الخاص ليست بمنأى عن البحث في هذه الحماية الموضوعية.

وعليه فإذا كانت قواعد حلول تنازع القوانين التقليدية ملائمة لحسم منازعات المستهلك خارج نطاق شبكة الأنترنت، فإن الإستفادة من تلك القواعد بعد تطويعها لتصبح ملائمة لحسم منازعاته داخل شبكة الأنترنت أمر يكتنفه الغموض، و تزيد حدة هذا الغموض إن كانت هذه العقود الإلكترونية الدولية الخاصة مشتملة على طرف ضعيف في نطاق العلاقات الدولية.

على ضوء تعرضنا لمفهوم عقود التجارة الإلكترونية في نطاق القانون الدولي الخاص، و ظهور مقتضيات حماية المستهلك الإلكتروني حتى في نطاق علاقاته الدولية الخاصة، إرتأينا طرح الإشكالية الرئيسية التالية، و المتمثلة في:

- ما مدى ملائمة قواعد القانون الدولي الخاص في تحقيق الحماية المثلى للمستهلك الإلكتروني؟

و إذا كانت هذه الإشكالية الرئيسية فإن هناك تساؤلات فرعية أخرى تتعلق بالبحث لعل أهمها ما يلي:

- هل يحقق منهج تنازع القوانين كآلية في مجال العقود الدولية الخاصة الحماية للمستهلك الإلكتروني؟
- ما مدى قدرة منهج القواعد المادية في حكم منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية؟
- هل يلائم إعمال الوسائل الإلكترونية البديلة لتجارة الإلكترونية فض منازعات المستهلك الإلكتروني؟
- ما مدى قدرة القواعد التي تنظم الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية في فض منازعات عقود المستهلك الإلكتروني؟

في إطار التساؤلات السابقة فإن الأكيد أن العقود الدولية تحكمها مناهج معروفة و ثابتة في القانون الدولي الخاص، إلا أن خصوصية عقود الإستهلاك الإلكترونية تجعلنا في حاجة إلى البحث عن قدرة هذه القواعد في تحقيق الحماية المنشودة للمستهلك الإلكتروني.

إن موضوع حماية المستهلك الإلكتروني موضوع خصب و متشعب و حديث، من أجل ذلك فقد إعتمدنا على مزيج من المناهج للوقوف على القواعد المنظمة لهذه الحماية، أين اعتمدنا على المنهج المقارن حيث على إعتبار أن موضوع البحث يتناول القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية، وطرق معالجة النظم القانونية الوطنية المختلفة لهذه المسألة.

بالإظافة إلى استعراضنا لتوجهات الإتفاقيات الدولية ذات الصلة كاتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، و إتفاقية بروكسل لسنة 1968 بشأن الإختصاص القضائي و تنفيذ الأحكام في المسائل المدنية و التجارية، و إتفاقية قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر في: 12 جوان 1996، و دراسة واقع الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية الدولية، ناهيك على أن موضوع البحث لا تحكمه قواعد خاصة في التشريع الجزائري، كل ذلك تطلب منا الإعتماد على النصوص القانونية في النظم الوطنية المقارنة المنظمة للمعاملات الإلكترونية.

كما إعتمدنا على المنهج الوصفي و ذلك من خلال الوقوف على القواعد التقليدية للقانون الدولي الخاص و مدى صلاحيتها لحل منازعات المستهلك الإلكتروني، ثم المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص المختلفة للتشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية، مع التعرض لمواقف الفقه و التشريع من النصوص والتوجيهات المتعلقة بحماية المستهلك الإلكتروني في منازعاته التجارية الدولية.

و من أجل تحقيق البحث أهدافه فقد إقتضى منا تقديم خطة مقسمة إلى بابين رئيسين، حيث عالجنا في الباب الأول القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية، و الذي إندرج تحته فصلان، الفصل الأول خصصناه لدراسة القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية وفقا للمنهج ألتنازعي، أم الفصل الثاني فعالجنا فيه القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية وفقا وفقا للمناهج البديلة.

أما الباب الثاني فعالجنا فيه تسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية، أين تم تقسيمه إلى فصلين هو كذلك، حيث خصصنا الفصل الأول لدراسة حماية المستهلك الإلكتروني في إطار قواعد الإختصاص القضائي الدولي، أما الفصل الثاني فخصصناه لحماية المستهلك الإلكتروني في إطار وسائل التسوية الإلكترونية البديلة.

الباب الأول
القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية

الباب الأول

القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية

يمثل المنهج في إطار العلاقات الدولية الخاصة هو الطريقة التي يعتمدها المشرع الوطني لتنظيم مسألة أو موضوع من موضوعات القانون الدولي الخاص، على هذا الأساس يحرص غالبية مشرعي العالم في النص على قواعد معينة تهدف إلى تنظيم المعاملات الدولية الخاصة، أين يحرص القضاء الوطني لكل دولة على إعمالها عندما تثور إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق، و هو ما يعرف بالمنهج التنازعي.

و عليه فالمنهج التنازعي هو المنهج التقليدي الذي يحكم منازعات العقود التجارية الدولية بصفة عامة، و من ثم فإنه لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية يصبح لزاما علينا إخضاعها لذات هذا المنهج.

و الأكيد أن المنهج التنازعي حتى وقت قريب كان هو المنهج السائد لحل مختلف المشكلات الناشئة عن العلاقات ذات الطابع الدولي، إلا أنه و نتيجة القصور الذي وجه له خاصة في نطاق عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية، فقد كان ذلك مبرر لظهور مناهج أخرى تسعى لمعالجة الموضوع محل الدراسة، في مقدمتها منهج القواعد المادية.

من أجل ذلك قمنا بتقسيم هذا الباب إلى فصلين رئيسيين، على النحو التالي:

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية وفقا للمنهج التنازعي

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية وفقا للمناهج البديلة.

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية وفقا للمنهج التنازعي

يمثل العنصر الأجنبي عنصر جوهري في طبيعة الشبكة الرقمية، و بالتالي فعقود الإستهلاك الإلكترونية تعد عقود دولية بطبيعتها، و يتأكد خضوعها لقاعدة الإسناد التقليدية التي تحكم العقود الدولية في ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق[1]، إلا أن إختلاف البيئة التي وضعت فيها القواعد التقليدية الضابطة لعقود التجارة الدولية عن بيئة التجارة الإلكترونية[2]، تطرح التساؤل حول مدى ملائمة المنهج التنازعي بإعتباره أهم آلية لتحديد القانون الواجب التطبيق من التماشي مع عقود التجارة الإلكترونية الدولية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا؟

هذا ما سيتم بحثه من خلال التطرق إلى دور قواعد الإسناد التقليدية في حماية المستهلك الإلكتروني عند تحديدها للقانون المختص بنظر المنازعات التي تثور بشأنها، على أننا بداية سنتطرق لمفهوم المستهلك الإلكتروني ومعايير دولية العقود التي يبرمها، بإعتبار مسألة تحديد دولية مفهوم يسبق عملية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية.

من أجل ذلك قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين إثنين، و ذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم المستهلك الإلكتروني و معايير دولية العقود التي يبرمها

المبحث الثاني: معايير تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية

---

[1] رشا علي الدين، القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية عن الصحافة الإلكترونية، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، جامعة المنصورة، جمهورية مصر العربية، العدد 58، أكتوبر 2015، ص 131.

[2] Gautier Pierre, Du Droit Applicable Dans Le Village Planétaire au Titre De L'usage Immatériel Des Ouvres, Recueil Dalloz, Paris, 1996, P 134.

المبحث الأول

مفهوم المستهلك الإلكتروني و معايير دولية العقود التي يبرمها

تعرضت العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية والأحكام القضائية لحماية المستهلك الإلكتروني في علاقاته الخاصة الوطنية والدولية، وذلك بإعتباره الطرف الضعيف في العقود التي يبرمها، إلا أنه من المنطق أن يسبق تحديد القواعد التي تحمي المستهلك الإلكتروني تحديد مفهوم هذا الأخير، و الضوابط المطلوب توافرها لكي يستفيد من القواعد الحمائية في علاقاته التعاقدية الدولية[1]، خاصة في ظل دولية عقود المستهلكين التي تتم عبر شبكة الأنترنت، وإتجاه النظم القانونية المقارنة إلى إعطاء أحكاما خاصة في المعاملات الدولية من حيث قواعد الإختصاص القضائي و أحكام قواعد التنازع[2].

وفقا لهذا التمهيد البسيط سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أساسين:

المطلب الأول: مفهوم المستهلك الإلكتروني في إطار المعاملات التجارية الإلكترونية.

المطلب الثاني: معايير دولية عقود الإستهلاك الإلكترونية.

المطلب الأول

مفهوم المستهلك الإلكتروني في إطار المعاملات التجارية الدولية

نتيجة تعاظم الإمكانيات التي أصبح يتمتع بها المحترفين والمهنيين على حساب المستهلكين بدت العلاقة التعاقدية بين المستهلك و المورد غير متوازنة تماما[3]، خاصة في ظل ازدهار إبرام العقود التجارية الإلكترونية الدولية مما زاد الخطر وتطلب تعديل القوانين السابقة وتوسيعها لتشمل حماية المستهلك المتعاقد إلكترونيا[4].

---

[1] خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 17.

[2] بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2011، ص 9.

[3] محمد محمد حسن الحسني، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012، ص 17.

[4] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 66.

و عليه فالحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني في إطار المعاملات التجارية الإلكترونية تتوقف على بيان الملامح العامة لحمايته في (الفرع الأول)، ثم إلى تحديد مفهومه في (الفرع الثاني)، وصولا إلى مقتضيات حمايته في (الفرع الثالث)، كل ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الملامح العامة لحماية المستهلك الإلكتروني

لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تختزل حماية المستهلك في تشريع وحيد فحماية المستهلك تعبر عن سياسة تشريعية عامة[1]، وذلك ما جعل المجتمع الدولي يسعى إلى توفير مناخ قانوني ملائم لتعزيز التعاقد عبر الوسائط الإلكترونية أمرا ضروريا و مشروعا[2].

من أجل ذلك سنتطرق إلى المقصود بهذه الحماية وأهميتها ثم نتعرف على مستويات هذه الحماية كما يلي:

البند الأول: مدلول حماية المستهلك الإلكتروني وأهميتها

تعد مسألة حماية المستهك من المواضيع التي تثير الكثير من الإشكالات على إعتبار أنها من المواضيع الشائكة و المتطورة و المتغيرة مع حاجات الفرد، لذلك كان من الواجب بيان مدلولها و أهميتها.

أولا: مدلول حماية المستهلك الإلكتروني

يقصد بحماية المستهلك: "رعاية المستهلك و معاونته في الحصول على ما يلزمه من سلع و خدمات يتطلبها استقراره المعيشي و حياته في المجتمع و ذلك بأسعار مناسبة في كل الأوقات، مع منع أية أخطار أو عوامل من شأنها الإضرار بمصالحه أو تؤدي إلى خداعه و تضليله"، كما تعني: "حماية المستهلك وحفظ حقوقه وضمان حصوله عليها"، أي أن هذه الحماية يجب أن تكون شاملة لجميع مراحل العملية الاستهلاكية، و سواء كان أحد أطرافها متعاقد إلكترونيا أو تقليديا[3].

---

[1] نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 7.

[2] مع اتساع عدد مستخدمي شبكة الأنترنت على مستوى العالم و تطور عقود التجارة الإلكترونية، أصبحت فكرة حماية المستهلك الإلكتروني أكثر ضرورة و ذو أولوية مطلقة، و نالت الكثير من الاهتمام على المستوى الدولي، أنظر: إبراهيم حمود مهنا، زالينا زكريا، عبد الله المخلافي، مبررات حماية المستهلك في التجارة الإلكترونية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، جامعة تكريت، العراق، العدد 02، السنة 2019، ص 54.

[3] عمار صايفي، العيد قريشي، مداخلة بعنوان: دور منظمات المجتمع المدني في حماية المستهلك الإلكتروني، الملتقى الوطني الثالث حول المستهلك و الإقتصاد الرقمي، ضرورة الإنتقال وتحديات الحماية، المنعقد يومي:23 و24 أفريل 2018، المركز الجامعي عبد الحفيظ بوصوف، ميلة، ص 03.

و لوقاية المستهلك من مخاطر ما يقتنيه من سلع و خدمات، ولحمايته من شر الوقوع فريسة لنزعته الاستهلاكية، وجب على القانون أن يتعرض لحمايته في المعاملات الالكترونية لاستخراج الآليات اللازمة لإعادة التوازن في العلاقات الاستهلاكية، وليس فقط على المستوى الوطني بل إن المعاملات الالكترونية و لأنها في الغالب تكون معاملات دولية، فذلك يستدعي توحيد النظام القانوني الدولي بهدف التنسيق بين المراكز القانونية للمتعاقدين واتساع نطاق الحماية القانونية للمستهلك[1].

و لعل أهم ما يميز هذه الحماية الموجهة للمستهلك أنها تتسم بخصائص عديدة منها: عمومية وشمولية قواعدها، و العدالة في موازنتها للحقوق و الواجبات بين أطراف التعامل (المهني و المستهلك)، فهي تحمي الطرف الضعيف في مواجهة الطرف القوي الذي يستطيع أن يملي شروطه، و من ثم فليس حماية المستهلك كغاية تبرر كل وسيلة قانونية تصبو إلى تحقيق هذه الغاية، فالأمر ليس صراعا بين طرفي التعاقد بقدر ما هو ضبط للتوازن العقدي بينهما، لذلك فحماية المستهلك تأخذ مظاهر عدة منها الإجرائية و التنظيمية و الإدارية و الجنائية و المدنية[2].

ثانيا: أهمية حماية المستهلك الإلكتروني

تكمن أهمية توفير الحماية للمستهلك في كونه الطرف الضعيف في التعاقد بينما المهنيون في مركز قوة، فالمستهلك هو الشخص الضعيف اقتصاديا و قانونيا، كما أنه قليل الخبرة بالنظر إلى المهني أو المحترف، وأيضا لأنه في المعاملات الالكترونية يكون التعاقد عن بعد ولا يكون المنتج محل التعاقد بين يدي المستهلك، ناهيك على أنه بالرغم من التطور العلمي و التقني إلا أن المستهلك مازال يعاني من الغش و التحايل عند تعاقده إلكترونيا[3].

---

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 9.

[2] Riefa Christine, A French Perspective On Misleading Advertising Campaigns for Internet Access, Hertfordshire Law Journal, Vol 1, September, 2003, p 3.

[3] مصطفى محمد أحمد، الإطار القانوني لحماية المستهلك الإلكتروني من مخاطر التجارة الإلكترونية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية، جامعة كركوك، العراق، المجلد 9، العدد 34، السنة 2020، ص 93.

البند الثاني: مستويات حماية المستهلك الإلكتروني

لقد حث المشرع و القضاء و الفقه على التوجه لحماية المستهلك بإعتباره الطرف الضعيف، إلا أن هذه الحماية لا تقتصر على المستوى الوطني فقط، بل إن هذه الحماية أصبحت تشمل حماية دولية تهتم بها المنظمات الدولية والتشريعات الوطنية، لذا كان من الطبيعي بروز واتساع نطاق الحماية الخاصة بالمستهلكين[1].

و عليه سنحاول التعرض بإيجاز لمستويات هذه الحماية بالنسبة للمستهلك الإلكتروني:

أولا: حماية المستهلك الإلكتروني على المستوى الدولي

لقد تنوعت مظاهر و صور الحماية الدولية للمستهلك الإلكتروني أين برزت العديد من الأعمال الدولية التي تكرس هذه الحماية، و التي سنتطرق لها على النحو التالي:

1- حماية المستهلك الإلكتروني في إطار المنظمات الدولية:

تمثلت أهم هذه الحماية في جهود كل من المنظمة الدولية لحماية المستهلك، والمنظمة الدولية للتعاون الاقتصادي و التنمية، أين سنتطرق لها على النحو الآتي:

أ- المنظمة الدولية للمستهلك:

لقد ساعد ظهور المنظمة الدولية للمستهلك التي تأسست سنة 1971، بشكل كبير في حماية المستهلك الإلكتروني[2]، حيث إعتمدت المنظمة أهدافا تحقق من خلالها حماية المستهلك، وهي[3]:

- دعم انشاء جمعيات حماية المستهلك في مختلف دول العالم؛
- العمل باسم المستهلكين في العالم ونيابة عنهم لتمكينهم من حقهم في: التغذية وماء الشرب والخدمات اللازمة؛

---

[1] Michael Trochu, Protection Des Consommateurs en Matière De Contrats à Distance, Directive N° 97/7 Ce du 20 mai 1997, Dalloz, Paris, 1999, p 179.

[2] يونس عثماني، أي دور للمستهلك في ظل التجارة الإلكترونية، بحث منشور على شبكة الأنترنت، https://revuealmanara.com/ ، تم الإطلاع عليه يوم:2021/01/03 على الساعة: 19:00 مساءا.

[3] عبد اللطيف البارودي، حماية المستهلك (المفاهيم و الواقع الراهن و المؤشرات) بحث منشور على شبكة الأنترنت: http://www.mafhoum.com/syr/articles/baroudi/baroudi.htm، تم الإطلاع عليه يوم: 2021/01/12 على الساعة: 17:00 مساءا.

- تطوير التعاون الدولي من خلال القيام بالتحاليل المقارنة للمواد والخدمات وتبادل نتائج التحليل والخبرات تحسين المواصفات والخدمات وبرامج تثقيف المستهلكين اينما كانوا في العالم؛
- إعتماد المنظمة الدولية كهيكل لتبادل المعلومات والمجلات والنشرات الدورية التي تهم حماية المستهلك؛
- إقامة علاقات جيدة مع المنظمات الدولية ذات العلاقة لتمثيل المستهلكين والدفاع عن مصالحهم لديها.

ب- منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OCDE):

تأسست منظمة التعاون و التنمية الإقتصادية في 30 سبتمبر 1961 بمقتضى معاهدة التعاون الاقتصادي الإنمائي الموقعة في باريس في 14 ديسمبر 1960، حيث كان لهذه المنظمة جهود في مجال حماية المستهلك الإلكتروني، ففي أفريل من سنة 1998 قامت لجنة سياسات حماية المستهلك التابعة لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، بوضع مجموعة من المبادئ التوجيهية العامة من أجل حماية المستهلكين المشاركين في التجارة الإلكترونية، نسرد أهمها[1]:

- حماية شفافة وفعالة.
- الممارسات العادلة في التجارة، الإعلان والتسويق.
- الإهتمام بمسألة حماية الخصوصية.
- الإهتمام بمسألة القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي.
- الإهتمام بالطرق البديلة لتسوية النزاعات والطعون.

2- حماية المستهلك في إطار الإتفاقيات الدولية:

لقد عنيت الإتفاقيات والمعاهدات الدولية بتقرير الحماية اللازمة للمستهلك بإعتبار أن حماية المستهلك في إطار المعاملات الدولية تبرز كضرورة إنسانية و حضارية، حيث تعتبر إتفاقية بروكسل

[1] سارة بركات، إيمان رحال، سهام عيساوي، حماية المستهلك في محيط التجارة الإلكترونية بالإشارة إلى منظمة التعاون الإقتصادي والتنمية، مجلة الدراسات المالية و المحاسبية و الإدارية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، العدد 09، جوان 2018، ص 652.

الصادرة في: 27 سبتمبر 1968 بشأن الإختصاص القضائي و تنفيذ الأحكام الأجنبية في المجال المدني و التجاري من أشهر الإتفاقيات التي أعطت المستهلك أولوية في الحماية، كما أفردت إتفاقية روما الموقعة في 19 جوان 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية تنظيما خاصا لأحكام العقود التي يبرمها المستهلكون[1].

و على ذات المنوال سار مشروع إتفاقية لاهاي لسنة 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بيوع المستهلكين، حيث نصت على عدم جواز أن يترتب عن هذا الإختيار حرمان المستهلك من الحماية التي تقررها له النصوص الآمرة في قانون بلد محل إقامته المعتادة[2].

ثانيا: حماية المستهلك الإلكتروني على المستوى الإقليمي

لعل أبرز هذه الجهود تمثلت في التوجيهات التي سنتها الدول الأوروبية و دول مجلس التعاون الخليجي، و هي ما سنبحثه على النحو الآتي:

1- على مستوى الدول الأوروبية:

لم تكد الدول الأوروبية تعلن عن قيام منظومتها الإقليمية الإقتصادية حتى كانت الجهود تنصب على سبل التنسيق بين دولها في سبيل حماية مواطنيها في مجال المعاملات الإستهلاكية الوطنية و الدولية منها، حيث تعددت التوجيهات الأوروبية التي أصدرها البرلمان الأوروبي والتي تنظم الحماية الخاصة بالمستهلكين، إلا أن التوجيه الأوروبي رقم: 27/97 الصادر في: 20 ماي 1997 يمثل التوجيه الشهير الذي تضمن ضوابط تحمي المستهلك في التعاقد من خلال تقنيات الإتصال الجديد[3].

2- على مستوى دول الخليج العربي:

نتيجة الطفرة الإقتصادية الضخمة التي عرفتها اقتصادات هذه الدول فقد إنعكس ذلك على دخل المواطن و هو ما إستلزم توفير حماية مكثفة للمستهلك الخليجي، أين برزت سبل تحقيق هذه

---

[1] منير قاسم الجيلاني، حماية المستهلك بين القوانين العامة و الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم الإقتصادية و الإجتماعية والقانونية، جامعة وجدة، المملكة المغربية، السنة الجامعية: 2015/2014، ص 23.

[2] خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 357.

[3] مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، مجلة دراسات لعلوم الشريعة و القانون، الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد41، العدد 02، السنة 2014، ص 1356.

الحماية من خلال إنشاء المركز الخليجي لحماية المستهلك، كما تم تنظيم العديد من المؤتمرات الدولية التي كان الهدف منها إيجاد آليات لحماية المستهلك الإلكتروني العربي و الخليجي على وجه الخصوص[1].

ثالثا: حماية المستهلك الإلكتروني على المستوى الوطني

لقد إنعكس الإهتمام الدولي بحماية المستهلك بضلاله على التشريعات الوطنية، حيث صدرت مجموعة من التشريعات المتلاحقة هدفها توفير الحماية القانونية الكافية للمستهلك، و على هذا سنلقي نظرة على مواقف بعض التشريعات الوطنية المقارنة على سبيل المثال من توفير هذه الحماية:

1- موقف المشرع الفرنسي:

في فرنسا إهتم المشرع الفرنسي بوضع الحماية الخاصة للمستهلك مبكرا و ذلك في عدة تشريعات، لعل أبرزها القانون الصادر في: 23 أوت 2001 الخاص بحماية المستهلكين عن بعد، حتى ينقل الأحكام التي جاء بها التوجيه الأوروبي رقم: 07/97 إلى النظام القانوني الفرنسي[2].

كما مثل صدور المرسوم الفرنسي رقم: 648 لسنة 2005 إحدى صور هذه الحماية، حيث حدد هذا القانون القواعد الواجبة التطبيق على العقود المتعلقة بالخدمات المالية، التي تجرى عن بعد و التي تتم بين المهني و المستهلك[3].

2- موقف المشرع المصري:

بصدور القانون رقم: 76 لسنة 2006 بشأن حماية المستهلك نظم القواعد الخاصة بحماية المستهلك في مجال التجارة التقليدية، و هي قواعد يمكن الإتكاء عليها كذلك في حماية المستهلك الإلكتروني، كما خصص مشروع قانون التجارة الإلكترونية الصادر عام 2010 الفصل السابع منه لوضع قواعد خاصة بحماية معاملات المستهلك المتعاقد من خلال الوسائل الحديثة[4].

---

[1] منير قاسم الجيلاني، المرجع السابق، ص 27.

[2] نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، العدد 02، السنة 2008، ص 171.

[3] Gérard Notté, Vente à Distance Fe Services Financiers Aux Consommateur, La Semaine Juridique, Entreprise Et Affaires, Editions du juris-Classeur Le: 23 juin 2005, p 179.

[4] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 25.

3- موقف المشرع الجزائري:

شهد المشرع الجزائري تأخرا تشريعيا في بلورة الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، حيث لم يقنن أي نص قانوني يضمن الحماية القانونية للمتعاملين الإلكترونيين إلا سنة 2015 بإصداره القانون رقم: 04/15 المتعلق بالتصديق و التوقيع الإلكترونيين[1]، ثم تلاه القانون رقم: 05/18 المتعلق بمعاملات االتجارة الإلكترونية[2].

حيث دأب المشرع الجزائري على تحديد الإطار القانوني للعلاقة التعاقدية الإلكترونية التي تتم بين المستهلك الإلكتروني و المورد الإلكتروني، أين حدد الإلتزامات التي تقع على عاتق المورد الإلكتروني بحسب مراحل المعاملة التجارية الإلكترونية سواء في الفترة السابقة لإبرام العقد أو اللاحقة له، كل ذلك بغية حماية مصلحة المستهلك الإلكتروني[3].

إلا أنه على الرغم من العديد من الإجراءات الواقية و الرادعة من الممارسات التي تمس بحماية المستهلك الإلكتروني، إلا أن الوضع العام لتجارة الإلكترونية في الجزائر مازال لا يتمتع بالضبط الكافي.

من خلال ما سبق يمكن القول بأنه رغم الحماية التي رصدتها التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية و المنظمات العالمية للمستهلك الإلكتروني إلا أنها تظل حماية غير كافية، خاصة في ظل ظهور شبكة الانترنت وتطور وسائل الاتصال وازدهار إبرام العقود التجارية الإلكترونية، مما يزيد الخطر ويتطلب تحيين وتعديل القوانين السابقة و توسيعها نطاقها لتشمل حماية المستهلك الإلكتروني، و الذي سوف نتعرض لمفهومه بإعتباره الطرف الرئيسي المشمول بهذه الحماية.

---

[1] أنظر: القانون رقم: 15-04 المؤرخ في: 11 ربيع الثاني عام 1436، الموافق لـ 01 فبراير سنة 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونين، ج ر، العدد 6، الصادر في 10 فيفري 2015.

[2] أنظر: القانون رقم 18-05 المؤرخ في: 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية.

[3] كمال فتحي دريس، بدر الدين مرغني حيزوم، مسؤولية المورد الإلكتروني، دراسة إقتصادية و قانونية، مجلة الإصلاحات الإقتصادية و الإندماج في الإقتصاد العالمي، المدرسة العليا للتجارة، الجزائر، المجلد13، العدد 7، السنة 2019، ص 11.

الفرع الثاني: مفهوم المستهلك الإلكتروني

إن اصطلاح المستهلك الإلكتروني هو تعبير مستحدث لا يختلف عن مفهوم المستهلك التقليدي إلا من حيث الأداة أو الوسيلة التي يستخدمها المستهلك للتعاقد عن بعد[1]، و مؤدى ذلك أن له كافة الحقوق و المزايا التي يتمتع بها المستهلك في نطاق التجارة التقليدية، بالإضافة إلى مراعاة خصوصية أن عقده يتم بوسيلة إلكترونية[2].

و عليه فإن الإحاطة بمدلول المستهلك الإلكتروني يتطلب منا تحديد مجمل الآراء الفقهية والتشريعية الواردة في مجال عقود الاستهلاك، مع التعريج إلى موقف المشرع الجزائري من هذا المفهوم[3]، كل ذلك وفقا للبنود التالية:

البند الأول: المفهوم الفقهي للمستهلك الإلكتروني

إن الناظر إلى التعاريف الفقهية المقترحة في هذا الإطار يجد أنها لم تتفق على رؤى موحدة حول المستهلك، فهناك من يتبنى نهجا واسعا و الآخر يتبنى نهجا مضيقا، و انقسم تبعا لذلك إلى إتجاهان:

أولا: الاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك الإلكتروني

يهدف هذا الاتجاه إلى بسط مفهوم المستهلك إلى أبعد مدى ممكن بحيث يشمل عددا كبيرا من المتعاملين، فهو يعتبر المستهلك بصورة عامة كل شخص يتعاقد إلكترونيا من أجل الاستهلاك، حتى و لو كان التعاقد بهدف مهني[4]، فالمستهلك وفقا لأنصار الاتجاه الموسع هو: " كل من يشتري مالا سواء لحاجاته الخاصة، أو لحاجات نشاطه المهني في مجال لا يعود لاختصاصه"[5].

---

[1] محمد الأيوبي، مدى ملائمة الضوابط الشخصية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في حماية المستهلك الإلكتروني، المجلة العربية للدراسات القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، عدد خاص، المملكة المغربية، السنة 2020، ص 193.

[2] كوثر سعيد عدنان خالد، سميحة مصطفى القليوبي، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 33.

[3] وقف القضاء موقفا مشابها لموقف الفقه في تحديد مفهوم المستهلك، حيث استخدم في تحديده للمستهلك المعيار المضيق تارة و المعيار الموسع تارة أخرى و هو ما يبرر عدم تطرقنا لمفهوم المستهلك من المنظور القضائي، و لمزيد من التفصيل أنظر: الشاهد أحمد شعبان، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص و القانون المصري رقم: 67 لسنة 2006، مجلة مصر المعاصرة، منشورات الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي و الإحصاء و التشريع، مصر، العدد 516، أكتوبر 2014، ص339.

[4] مليكة جامع، حماية المستهلك المعلوماتي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، قسم الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية:2018/2017، ص 9.

[5] كوثر سعيد عدنان خالد، سميحة مصطفى القليوبي، المرجع السابق، ص 40.

و عليه فوفقا لهذا الاتجاه فإن مفهوم المستهلك يشمل كل شخص يتعاقد على المنتجات لاستعماله الشخصي أو العائلي، سواء أكان هذا الشخص شخصا عاديا أو مهنيا أو منتجا، طالما سيترتب على استعمال السلعة أو الخدمة انتهاء الشيء سواء على المدى القريب أو البعيد[1].

و رغم وجاهة الحجج التي قدمها هذا الاتجاه لبيان مفهوم المستهلك إلا أنه يعاب عليه المغالاة في مد نطاق مفهوم المستهلك، لدرجة أنه يصعب فيها تحديده بشكل دقيق خاصة في المعاملات التجارية الإلكترونية.

ثانيا: الاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك الإلكتروني

يعرف أصحاب الاتجاه الضيق المستهلك على أنه: "كل شخص يتعاقد بهدف تلبية و إشباع حاجاته و رغباته الشخصية و العائلية"[2]، حيث يعتبر المستهلك وفقا لهذا الاتجاه كل شخص طبيعي يتصرف لإشباع حاجاته الخاصة وحاجات من يعولهم من الأشخاص وليس لإعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نطاق مهنته أو مشروعه، فالمستهلك هو الذي يسعى لتحقيق احتياجاته الشخصية أو احتياجات أفراد أسرته[3].

و باستقراء هذا الاتجاه يلاحظ أنه يستبعد من نطاق مفهوم المستهلك من يتعاقد على منتجات لأغراض تتعلق بالمشروع الذي يمتلكه أو مهنته أو حرفته، و كذا كل من يقوم بشراء المنتجات بقصد إعادة بيعها[4]، و باعتقادنا أن أهم نقد يوجه لهذا الاتجاه هو قصره حماية المستهلك على فئة معينة فقط.

---

[1] أشرف محمد رزق قايد، حماية المستهلك، دراسة مقارنة في قوانين حماية المستهلك والقواعد العامة في القانون المدني، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2016، ص38 .

[2] عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 80.

[3] نبيل محمد أحمد صبيح، المرجع السابق، ص 174.

[4] أشرف عبد العظيم عبد القادر عبد الواحد، حماية المستهلك من اختلال التوازن العقدي الناشئ عن استخدام الشروط النموذجية بعقود الاستهلاك، مجلة الدراسات القانونية و الاقتصادية، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية، المجلد 5، العدد 2، ديسمبر 2019، ص 18.

و إذا كانت التعاريف أو الإتجاهات السابقة تخص المستهلك في مجال المعاملات التقليدية فإن المفاهيم ذاتها تمتد لتشمل المستهلك في مجال المعاملات الإلكترونية، كل ما هنالك أن تعامله في الحالة الأخيرة يتم عبر وسائل إلكترونية[1].

و باستقراء و مناقشة ما قيل بشأن المفهوم الفقهي للمستهلك الإلكتروني سواء الاتجاهان الضيق أو الواسع، يمكننا تعريف المستهلك الإلكتروني على أنه: "ذلك الشخص الذي يبرم العقود الإلكترونية المختلفة من شراء وإيجار وقرض وانتفاع وغيرها من أجل توفير كل ما يحتاجه من سلع وخدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية دون أن يقصد من ذلك إعادة تسويقها، و دون أن تتوافر له الخبرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها"[2].

على أنه وجب الإشارة إلى أن هذه العقود الإلكترونية التي يبرمها المستهلك تمثل عقودا دولية عابرة للحدود، ولا تدخل ضمن حدود دولة معينة وتكون تجارية أو مدنية أو مختلطة وفق طبيعة كل عقد، والعلاقة التي تربط أطراف العقد.

البند الثاني: المفهوم التشريعي للمستهلك الإلكتروني

إن تحديد مفهوم المستهلك الإلكتروني من المنظور التشريعي يقتضي أن نورد بعض التعريفات على صعيد التشريعات الوطنية أو الدولية الخاصة بحماية المستهلك، ثم موقف التشريع الوطني بالرغم من أن التعريفات بصفة عامة ليست من عمل المشرع.

أولا: على مستوى بعض التشريعات الوطنية

حيث نتطرق لموقف كل من المشرع الفرنسي و المشرع المصري على التوالي:

1- موقف المشرع الفرنسي:

بالرغم من مطالب الفقه الفرنسي آنذاك من أجل تحديد مفهوم المستهلك إلا أن التشريع الفرنسي لم يعط أي مفهوم، لكنه و بتعديل قانون الإستهلاك لسنة 2014 الصادر بمقتضى القانون رقم: 2014/344 المؤرخ في: 17 مارس 2014، فلقد نصت المادة 3 منه بإستحداث فقرة

[1] عبد الفتاح حجازي بيومي، حماية المستهلك عير شبكة الأنترنت، المرجع السابق، ص 25.

[2] محمد عساف محمد سلامات، الإطار القانوني لحماية المستهلك في التجارة الإلكترونية، المجلة القانونية و الاقتصادية، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية، المجلد 3، العدد 3، السنة 2018، ص 210.

تمهيدية تنص على أنه: "في مفهوم هذا القانون يعتبر مستهلكا كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في نطاق نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي، الحر"[1].

2- موقف المشرع المصري:

عرف المشرع المصري المستهلك بموجب القانون رقم: 67 لسنة 2006 في الباب الأول من الفصل الثاني في المادة 01 منه على أنه: "كل شخص يقدم إليه إحدى المنتجات لإشباع حاجياته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص"[2].

ثانيا: على مستوى التشريع الدولي

حيث نتطرق لموقف كل من اتفاقية روما لسنة 1980، وإتفاقية بروكسل لعام 1968، على النحو التالي:

1- موقف اتفاقية روما لسنة 1980:

عرفت اتفاقية روما لسنة 1980 لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية المستهلك، بشكل غير مباشر حيث نصت على: "تنطبق هذه الاتفاقية على العقود الدولية المبرمة لغرض توريد قيم مادية منقولة أو خدمات إلى شخص المستهلك لاستخدام يعتبر غريبا عن نشاطه المهني"[3]، ويلاحظ من نص المادة تبني الاتفاقية للاتجاه الضيق في تعريف المستهلك مركزة على الهدف من الاستهلاك.

[1] محمد نويري، عبد الحق لخذاري، خصوصية أطراف عقد الاستهلاك في التشريع الجزائري، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية و الإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 12، العدد 2، جانفي 2020، ص 32.

[2] أنظر: المادة 01 القانون رقم:67 لسنة 2006، الجريدة الرسمية المصرية، العدد:20 مكرر، الصادر في: 20 ماي 2006، متاح على الموقع الإلكتروني التالي: https://wipolex.wipo.int/ar/text/31165 تم الإطلاع عليه يوم:2022/02/13 على الساعة: 17:00 مساءا.

[3] عباس زواوي، سلمى مانع، الحماية المدنية للمستهلك في نطاق التجارة الإلكترونية، مجلة الحقوق و الحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 04، أفريل 2017، ص 307.

2- موقف إتفاقية بروكسل لعام 1968:

ذهبت إتفاقية بروكسل لعام 1968 المتعلقة بالإختصاص القضائي و تنفيذ الأحكام في المجالين المدني و التجاري إلى تعريف المستهلك في المادة 13 منها بأنه: "الشخص الذي يتصرف في إطار نشاط يعد غريبا عن نشاطه المهني"[1].

من خلال ما سبق يتضح أن معظم التشريعات لم تتطرق إلى مصطلح المستهلك الإلكتروني، و ذلك لقلة التطبيقات العملية له آنذاك، حيث كانت معظم عمليات الاستهلاك تتم بالشكل التقليدي.

و لما كان المستهلك الإلكتروني لا يختلف عن المستهلك التقليدي إلا من حيث مراعاة أن عقده يبرم بوسيلة إلكترونية، فنحن نرى ضرورة اعتماد المفهوم الواسع للمستهلك الإلكتروني في نطاق المعاملات التجارية، وذلك لأن صور حماية المستهلك الإلكتروني أو المتعاقد عبر الأنترنت نابعة من طريقة التعاقد ذاتها و ليس من صفة الأشخاص.

و عطفا على ما سبق يمكننا تعريف المستهلك الإلكتروني على أنه: "كل من يقوم باستعمال السلع أو الخدمات لإشباع حاجاته أو حاجات من يعولوهم، و لا يهدف إلى إعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نشاطه المهني، و أن يقوم التعاقد بشأن تلك السلع والخدمات بالوسائل الالكترونية الحديثة"[2].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من مفهوم المستهلك الإلكتروني

حسب الترتيب الزمني للقوانين التي أصدرها المشرع الوطني المتعلقة بحماية المستهلك نجد أن المشرع الجزائري عرف المستهلك على غرار بعض التشريعات المقارنة، من خلال نصوص القانون رقم: 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث عرفته المادة 3 بنصها على أن:

---

[1] محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006، ص 90.

[2] علي أحمد المهداوي، أثر خيار الرؤية في حماية المستهلك الالكتروني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات العربية المتحدة، العدد 42، أفريل 2010، ص 129.

"المستهلك: هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني"[1].

كما عرفه المشرع بموجب المادة 3 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بقولها المستهلك هو: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"[2].

و باستقراء وتحليل النصوص التي جاء بها المشرع الجزائري يتضح أن المشرع لم يحصر مفهوم المستهلك في الشخص الطبيعي فقط بل أطلق صفة مستهلك على الأشخاص المعنوية أيضا، أي بإمكانية استفادتهم من الحماية القانونية المقررة للمستهلك هذا من جهة، ومن جهة ثانية أكد المشرع على ضرورة أن يكون الاستهلاك لا علاقة له بما يمارسه المستهلك من نشاطات مهنية حتى ولو كان شخصا معنويا[3].

أما مصطلح المستهلك الإلكتروني فلم يرد إلا في القانون رقم: 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية المؤرخ في: 11 ماي 2018، حيث نصت الفقرة 3 من المادة 6 منه على ما يلي: المستهلك الإلكتروني هو: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي[4].

والواضح من هذه التعريفات أن المشرع الوطني لم يأت بجديد في مايخص تحديد مدلول المستهلك الإلكتروني، حيث لا يختلف عن ما جاء في التعاريف السابقة إلا من حيث إشتراطه استعمال الإتصالات الإلكترونية في حصوله على المنتوج من قبل المورد الإلكتروني، أين يفهم بأنه بسط مفهوم المستهلك الإلكتروني على كل من الشخص الطبيعي والشخص المعنوي.

---

[1] أنظر: القانون رقم:04-02 المؤرخ في: 5 جمادي الأول عام 1425 هـ الموافق لـ: 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[2] أنظر: القانون رقم:09-03 المؤرخ في: 29 صفر 1430هـ الموافق لـ: 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

[3] هدى زوزو، آليات حماية المستهلك من مخاطر التعاقد الالكتروني في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق و الحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 4، أفريل 2017، ص 320.

[4] أنظر: المادة 6 من القانون رقم: 18-05 المؤرخ في: 24 شعبان عام 1439 هـ الموافق لـ: 10 ماي سنة 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

و بعد أن قمنا بتحديد مفهوم المستهلك الإلكتروني من الناحيتين الفقهية والتشريعية، فإن السؤال الذي يثار في نطاق المعاملات التجارية الإلكترونية هو حول ما هي مقتضيات حماية المستهلك الإلكتروني؟ كون أن مسألة حماية هذا الأخير أصبحت قضية حساسة للشعوب كما هي للدول.

الفرع الثالث: مبررات حماية المستهلك في إطار المعاملات التجارية الإلكترونية

المعاملات التجارية الإلكترونية بوجه عام هي: "عبارة عن أنشطة وأعمال خاصة بتبادل البيانات و المعلومات و إبرام العقود المختلفة من خلال صيغ إلكترونية عبر الأنترنت تشكل التجارة الإلكترونية نسبة كبيرة من حجم هذه المعاملات"[1]، أما المفهوم الحديث للمعاملات التجارية الإلكترونية فقوامه التجارة الإلكترونية، أين تم التحول من النظام التقليدي العادي إلى نظام تقني جديد فائق السرعة قوامه الأنترنت[2].

في هذا الإطار إهتمت القوانين المعاصرة بحماية المستهلك المتعاقد عن بعد خاصة في ظل تطور وسائل الاتصال الحديثة، و ما أثارته من إشكالات جعلت القواعد العامة قاصرة عن إيجاد الحلول لها، الأمر الذي اقتضى مواجهة ذلك بحلول غير تقليدية[3].

من هنا برزت ضرورات حماية المستهلك الإلكتروني في المعاملات التجارية الإلكترونية، حيث تجب حمايته قبل التعاقد و أثناء إبرام العقد و خلال تنفيذه، و سواء على المستوى الوطني أو الدولي.

و قبل التعرض إلى مبررات حماية المستهلك الإلكتروني سنتطرق إلى دور شبكة الأنترنت في تطوير المعاملات التجارية، و مفهوم التجارة الإلكترونية و ذلك على النحو التالي:

[1] خليل إسماعيل الحديثي، ماهية المعاملات الإلكترونية، مجلة المنتدى الوطني لأبحاث الفكر و الثقافة، دراسة مقارنة، منشورات جامعة لاهاي الدولية، هولندا، المجلد 01، العدد 07، السنة 2011، ص 99.

[2] مصطلح المعاملات التجارية الإلكترونية هو مصطلح مرادف لعقود التجارة الإلكترونية، و ما ظهور المصطلح الأول إلا لبيان بعض فقهاء القانون الدولي الخاص شدة العلاقة التي أصبحت تجمع بين شبكة الأنترنت والتجارة الدولية، أنظر في ذلك: عبد الخالق صالح عبد الله معزب، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية في التجارة الدولية، إصدارات المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين – ألمانيا، 2019، ص43.

[3] محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 5.

البند الأول: دور شبكة الأنترنت في تطوير المعاملات التجارية

بفضل الأنترنت غدت المعاملات التجارية بالرغم من كثافتها في عالم اليوم تتم في دقائق معدودة إذا لا يتطلب الأمر سوى الضغط على أيقونة الحاسب الإلكتروني لإبرامها، فقد أصبحنا اليوم نجوب – دون أن نبرح أماكننا – المراكز التجارية الإلكترونية، و نشتري ما نرغب من سلع وخدمات بنقود إلكترونية، و نرتاد المكتبات العلمية ونحن في منازلنا و نشارك في المحاضرات عن بعد، و نتلقى مختلف العلوم من خلال أجهزة الحاسوب، و ندير أعمالنا – في شتى أرجاء المعمورة- من خلال شركات و هيئات لا تتطلب منا الانتقال، حيث أصبحت البديل النظري للعالم الجغرافي[1].

و نظرا لسهولة الوسيلة المستخدمة في التجارة دأب الكثير من رجال الأعمال إلى استخدام هذه الشبكة في معاملاتهم التجارية، نظرا لما توفره من وقت و جهد و سرعة في عرض السلع و الخدمات بصورة أعم و أشمل من نظريتها التقليدية[2]، حيث تعد التجارة الإلكترونية الميدان الرئيسي الذي يحي به إجراء التعاقد الإلكتروني من خلال هذه الوسائل خاصة التي تتم عبر الأنترنت[3].

تعليقا على ما سبق فإنه يمكن القول بأن التجارة الإلكترونية مثلت أحد أهم و أبرز المعاملات التجارية المتطورة، و هو الأمر الذي يتطلب الخوض في مفهومها.

البند الثاني: مفهوم التجارة الإلكترونية

نتيجة للأهمية التي استحوذت عليها التجارة الإلكترونية فقد كان من الضروري الخوض في تعريفها، و بيان خصائصها، ثم التعريج على مخاطر و أشكال هذه التجارة، كل ذلك على النحو التالي:

---

[1] بسام شيخ العشرة، حنان مليكة، التجارة الإلكترونية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية سوريا، 2018، ص 02.

[2] يوسف عبد الكريم محمد الجرارة، الحماية القانونية للمعاملات التجارية الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، جمهورية مصر العربية، السنة الجامعية 2018/2017، ص 3.

[3] منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 25، العدد 02، السنة 2009، ص 822.

أولا: تعريف التجارة الإلكترونية

إن الطبيعة الحديثة للتجارة الإلكترونية جعل العديد من المشرعين في العالم، و فقهاء القانون يفردون لموضوع هذه التجارة العديد من التعريفات، منها ما يلي:

1- التعريف الفقهي لتجارة الإلكترونية:

اختلف الفقهاء في تعريفهم للتجارة الالكترونية باختلاف وجهات النظر إليها، حيث عرفها البعض على أنها: "التجارة التي تشتمل على أية أعمال تجارية تبرم وتتم بطريقة إلكترونية، سواء كانت التعاملات التجارية تحدث بين طرفي العملية التجارية أو بين الشركة وعملائها"[1]، كما عرفها بعض الفقه بأنها: "مصطلح يستخدم للدلالة على المعاملات التجارية التعاقدية التي تتم بين شخصين أو أكثر باستخدام البنية التحتية للاتصالات المعروفة باسم شبكة الأنترنت"[2].

2- التعريف التشريعي لتجارة الإلكترونية:

على المستوى الدولي يعتبر القانون النموذجي للأمم المتحدة من أبرز الجهود الدولية لتطوير التجارة الإلكترونية، ففي 16 ديسمبر 1996 وافقت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال على نموذج مشروع قانون موحد للتجارة الإلكترونية[3].

و رغم تعلق هذا المشروع بالتجارة الإلكترونية إلا أنه لم يتضمن تعريفا لها، و اكتفى المشرع الدولي بتعريف نظام تبادل المعلومات الإلكترونية والذي تشمل التجارة الإلكترونية[4].

أما على مستوى التشريعات الوطنية المقارنة فقد تعددت تعاريف التجارة الإلكترونية وفقا لتعدد المراجع و اختلاف المشرعين، كما لوحظ أن قوانين بعض الدول ذكرت مصطلح التجارة الإلكترونية،

[1] بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية: 2014-2015، ص 18.

[2] Peter Carey, The Internet And E-commerce, A Thorogood Report P- Insight, English, 2001, p 5.

[3] أنشأت الجمعية العامة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) في عام 1966 بموجب (القرار 2205 (د-21) المؤرخ 17 كانون الأول/ديسمبر 1966) والذي أنشأ اللجنة، وهي هيئة قانونية ذات عضوية عالمية متخصصة في إصلاح القانون التجاري على النطاق العالمي منذ ما يزيد على 50 سنة، وتتمثل مهمة الأونسيترال في عصرنة ومواءمة القواعد المتعلقة بالأعمال التجارية الدولية، وتسمى اليونسترال إختصارا لتسميتها باللغة الإنجليزية: United Nations Commission on International Trade Law، عنوان الموقع الإلكتروني للجنة الأونسيترال على شبكة الأنترنت هو: https://uncitral.un.org/.

[4] حسن مكي مشيري، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية (الأنترنت)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2019، ص 31.

وبعضها الآخر ذكر مصطلح المعاملات الإلكترونية، ففي فرنسا مثلا حدد مفهوم التجارة الإلكترونية بأنها: "مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات ببعضها البعض، و بين الأفراد و بين المشروعات و الإدارة"[1].

في حين عرفها قانون المعاملات التجارية الإلكترونية الأمريكي رقم: 14 لسنة 2001 في المادة 2 بأنها: "الأعمال التي تتم بوسائل إلكترونية أو بالتسجيل الإلكتروني سواء بالكامل أو جزء منها، و هذه الأعمال تهدف إلى إبرام العقود أو الوفاء بالإلتزامات الناشئة عن الصفقات التجارية"[2].

أما المشرع التونسي فقد عرف التجارة الإلكترونية في المادة 2 من القانون رقم: 83 لسنة 2000 الخاص بالمبادلات التجارية و الإلكترونية بأنها: "عبارة عن العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية"[3]، في حين عرفها القانون رقم: 2 لسنة 2002 الخاص بإمارة دبي بأنها: "المعاملات التجارية التي تتم بواسطة المراسلات الإلكترونية"[4].

أما المشرع الوطني فقد عرف التجارة الإلكترونية من خلال المادة 6 الفقرة الأولى من القانون رقم: 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، كما يلي: "التجارة الإلكترونية النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني، باقتراح أو ضمان توفير سلع و خدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الإتصالات الإلكترونية"[5].

و من خلال هذا التعريف نجد أن المشرع الجزائري قد حدد عناصر هذه التجارة الإلكترونية، و المتمثلة في:

---

[1] مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 12.

[2] محمود محمد زيدان محمد، المشكلات القانونية التي تواجه التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراة في القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، السنة الجامعية: 2012/2011، ص 27.

[3] أنظر: المادة 2 من القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في: 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، متاح على الموقع الإلكتروني التالي: http://data.over-blog-kiwi.com/0/97/55/51/20140326/ob_f4e3c3_.pdf، تم الإطلاع عليه يوم: 2020/11/12 ، على 19:00 مساءا.

[4] أنظر: المادة 2 من القانون رقم 2 لسنة 2002، المؤرخ في:12 فبراير 2002 بشأن المعاملات و التجارة الإلكترونية الصادر عن حكومة دبي، متاح على الموقع الإلكتروني التالي: https://www.arabruleoflaw.org، تم الإطلاع عليه يوم:2020/12/12، على 19:00 مساءا.

[5] أنظر: المادة 6 الفقرة 1 من القانون رقم 05/18 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق ل 10ماي سنة 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية، الجريدة الرسمية العدد 28، بتاريخ 20 شعبان 1430، الموافق ل: 16 ماي سنة 2018.

- صدور نشاط من قبل مورد إلكتروني و عن بعد.
- أن يكون موجه لمستهلك إلكتروني و عن بعد.
- أن يتم من خلال الإتصالات الإلكترونية.

كما حدد من خلال هذا التعريف أطراف التجارة الإلكترونية، وهما المورد الإلكتروني من جهة والمستهلك الإلكتروني من جهة أخرى.

و هكذا نرى من العرض السابق بأن التعريفات العديدة للتجارة الإلكترونية جميعها تدور حول مفهوم واحد، وهو الاعتماد في ممارسة الأنشطة التجارية على استخدام تكنولوجيا الإتصالات والمعلومات.

و من منطلق تكملة التعرف على مفهوم هذه التجارة فسوف نتطرق إلى خصائصها، و ما تتميز به عن التجارة التقليدية، من خلال ما يلي:

ثانيا: خصائص التجارة الإلكترونية

للتجارة الإلكترونية مجموعة من المزايا تكسبها نوع من الخصوصية، و لعل ما يلي:

1- الطابع الدولي:

إن المواقع التجارية على الأنترنت تعرض سلعها و خدماتها على جمهور المستهلكين في أي مكان في العالم، و بالتالي فالتجارة الإلكترونية لا تعرف الحدود المكانية أو الجغرافية، فيستطيع المستهلك أن يتجول في الأسواق الإلكترونية بكل حرية مع توفير كم هائل من المعلومات عن السلع المطلوبة، وهذا يقدم للمستهلكين خدمات أفضل و تكاليف أقل مما يستحوذ رضاهم و لكن ذلك لا يخرج التجارة الإلكترونية عن طابعها العالمي أو الدولي[1].

---

[1] كوثر سعيد عدنان خالد، سميحة مصطفى القليوبي، المرجع السابق، ص 67.

2- التبادل الإلكتروني للبيانات:

من أهم الخصائص التي تتميز بها التجارة الإلكترونية هي أن كافة المعاملات تتم إلكترونيا، ولذلك تختفي الوثائق الورقية و تحل محلها الدعائم الإلكترونية، كما يتم تنفيذ وإجراء المعاملات إلكترونيا[1].

3- السرعة في إنجاز الأعمال:

الأمر المهم في التجارة الإلكترونية هو السرعة في إنجاز عملية البيع و الشراء حيث تؤمن شبكة الأنترنت السرعة في التعاقد، إذ أصبح بإمكان المتعاملين عبر شبكة الأنترنت تأمين تبادل الإيجاب و القبول بأسرع زمن ممكن[2].

4- غياب العلاقة المباشرة بين الأطراف:

في التجارة الإلكترونية لا يوجد علاقة مباشرة بين طرفي المعاملة التجارية فاللقاء بين أطراف العملية التجارية يكون من خلال شبكة الإتصالات الأنترنت، دون أن يكون هناك مجلس عقد واحد بالمعنى التقليدي[3].

5- الطابع التجاري:

العقود الإلكترونية هي عقود تجارية في غالبها، حيث تتم في نطاق عقود البيع أو تقديم الخدمات أو الإجازة أو السمسرة أو الوساطة أو الضمان أو القرض وسواها من العقود التجارية، فالعقد الإلكتروني هو عقد ذو طابع تجاري[4].

و تجدر الإشارة إلى أنه على الرغم هذه المزايا التي تتمتع بها التجارة الإلكترونية، إلا أن ذلك لم يمنع من وجود مخاطر تواجه المتعاملين مع هذا النوع من النشاط، كعدم إمكانية التحقق من هوية المتعاقدين و صعوبة إثبات حجية المستندات الإلكترونية.

---

[1] محمد سعيد أحمد اسماعيل، الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 39.

[2] إبراهيم بختي، التجارة الإلكترونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 67.

[3] يوسف عبد الكريم محمد الجرارة، المرجع السابق، ص 45.

[4] إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، لبنان، 2009، ص 20.

ثالثا: أشكال التجارة الإلكترونية

تختلف أشكال التجارة الإلكترونية نظرا لاختلاف أطراف العلاقة التجارية، إلا أنه إجمالا يمكن تقسيمها إلى أربعة فئات، و هي:

1- التجارة بين وحدة أعمال و وحدة أعمال أخرى:

يرمز لها بالرمز (B2B) فهذا النوع من التجارة الإلكترونية تتم المعاملات التجارية فيها بين المنشآت التجارية، حيث يعد هذا الشكل هو أكثر أنواع التجارة الإلكترونية شيوعا، و من أبرز صور وتقنيات هذا النوع من التجارة: التسويق الإلكتروني، التبادل الإلكتروني للبيانات، التجارة الإلكترونية داخل المؤسسة[1].

2- التجارة بين وحدة أعمال و مستهلك:

يشار إليها بالرمز (C2B) هذا الشكل من التجارة انتشر بشكل كبير فهو يستخدم من قبل العميل لشراء المنتجات والخدمات عن طريق الانترنت، حيث أصبح يسمى بالمراكز التجارية على الإنترنت، أو المراكز الافتراضية، التي تقدم كافة أنواع السلع والخدمات، ويستعمل هذا النوع من قبل المنشأة التجارية للوصول إلى أسواق جديدة[2]، و يطلق عليها بعقود التسوق الإلكتروني ذلك أن الصفقة تتم مع المستهلك بشكل مباشر[3].

3- التجارة الإلكترونية بين وحدة أعمال و الحكومة:

هذا الشكل يعد من أشكال التجارة الإلكترونية التي تتم بين منظمات الأعمال والجهات الحكومية، يختصر ليكون (B2G) وذلك في إطار تنفيذ التعاقدات الموقعة بين الطرفين، والتي بموجبها تنجز هذه المنظمات بنود هذه التعاقدات للوفاء بالتزاماتها اتجاه تلك الجهات باستخدام شبكة الإنترنت[4].

---

[1] خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 9.

[2] وسيلة مصطفى هنشور، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري و المقارن، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، السنة الجامعية: 2017/2016، ص 64.

[3] سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية و القانون الواجب التطبيق، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 37.

[4] عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، المرجع السابق، ص 7.

4- التجارة الإلكترونية بين مستهلك و مستهلك آخر:

يرمز إلى هذا النوع من التجارة (C2C) حيث ظهر هذا الشكل مع انتشار استخدام الأنترنت و ظهور التقنيات الحديثة، و النوع الرئيسي لهذا الشكل هو المعاملات بين المستهلكين عن طريق الرف الإلكتروني[1].

من خلال التطرق للعناصر السابقة يمكن الوصول إلى أن التجارة الالكترونية مفهوم جديد و ليس بالأمر السهل تحديد مفهومها، و رغم ذلك توصلنا إلى أنها ترتكز على مجموعة من العناصر الأساسية يمكن إجمالها في ما يلي[2]:

- **النشاط التجاري**: و هو الركيزة الأساسية للتجارة الالكترونية لأنها كبقية الأنشطة التجارية، عمل تجاري وما يميزها هو وسيلة مباشرتها.

- **الدعائم الالكترونية**: التي حلت محل الدعائم الورقية ففي هذا النوع من التجارة سوف تختفي تماما المراسلات الورقية بين طرفي العقد.

- **العولمة والتدويل**: **إن** العلاقات القانونية الناشئة عن التجارة الالكترونية ليست مقيدة ببلد معين لكنها تنساب عبر الدول بل هي عابرة للقارات، فقد يكون المنتج في الصين والمستهلك في الجزائر وتتم العمليات التجارية بين الأطراف عن طريق شبكة الانترنت.

و الحقيقة أن مفهوم الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني في العلاقات التعاقدية لم يكن ليتبلور، لولا توفر مبررات حماية هذا المستهلك في نطاق المعاملات التجارية الإلكترونية.

---

[1] إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 57.

[2] محمد السيد عرفة، التجارة الدولية الالكترونية عبر الانترنت مفهومها والقواعد التي تحكمها، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، المنظم من كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، الإمارات العربية المتحدة، المنعقد من 01 إلى 03 ماي 2000، ص 12.

البند الثالث: مبررات حماية المستهلك الإلكتروني في المعاملات التجارية الإلكترونية

يمكن حصر مبررات حماية المستهلك الالكتروني في نطاق المعاملات التجارية الإلكترونية، في ما يلي:

أولا: التطور الحديث في شبكة الإنترنت

شبكة الإنترنت تعد من أحدث خدمات التقدم التقني التي تعتمد على تفاعل المستهلك مع جهاز الحاسوب، وتتألف من الآلاف من أجهزة الحاسوب المتصلة معا بشبكة الإنترنت[1]، فشبكة الإنترنت المنتشرة حول العالم نافذة مفتوحة أمام الملايين من الناس فهذه الشبكة تمثل صالة عرض لكافة المنتجات والخدمات، فالبريد الإلكتروني ومواقع الإنترنت والتفاعل المباشر تتلخص جمعيها في هدف واحد ألا وهو عرض أنواع متباينة من المنتجات والخدمات للمستهلك، والتعاقد معه من خلالها[2].

إن الطبيعة الانفتاحية العالمية لشبكة الأنترنت و التطور الحاصل في الشبكة، إضافة إلى غياب السلطة التشريعية وغياب المعلومات عن طبيعة المعلومات والأموال والخدمات المعروضة، وعدم الإتصال المباشر بين المشتري والبائع فضلا عن عدم التحقق من هوية مؤدي الخدمة، تترتب عليه زيادة الحاجة إلى مزيد من الحماية القانونية للمستهلك[3].

ثانيا: المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني

إن المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني في علاقته مع التاجر هو أساس فكرة إحاطته بالحماية القانونية[4]، فالتاجر المحترف يعد الطرف الأقوى إقتصاديا و معرفيا، وهو الذي يملك آليات إدارة السوق بما له من معرفة تامة بمفرداته، و بما يملك من مركز إقتصادي قوي و مركز معلوماتي كبير،

---

[1] تعرف الأنترنت بأنها: "عبارة عن أجهزة إعلام آلي مرتبطة مع بعضها عبر العالم يستفيد منها المستخدمين، ويتناقلون المعلومات والملفات بسهولة و يسر و سرعة فائقة، أين تقدم شبكة الأنترنت العديد من الخدمات"، أنظر: يحي يوسف فلاح، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2007، ص 5.

[2] أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 108.

[3] علي رشيد محمود المشهداني، أكرم فاضل سعيد، أثر حماية المستهلك الإلكتروني على قانون الإرادة في التجارة عبر مواقع التواصل الإجتماعي، دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، المجلد 23، العدد 3، السنة 2021، ص 62.

[4] آلاء يعقوب النعيمي، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، المجلد 8، العدد 14، السنة 2005، ص 4.

خلافا للمستهلك الذي يعاني من الافتقار المعلوماتي و يسعى للحصول على أفضل المنتجات أو التزود بأحسن أداء للخدمات[1].

هذا التفاوت بين الطرفين بهذه الصورة يجعل من المستهلك في موقف الضعيف وعلاقته بالطرف الآخر غير متوازنة.

ثالثا: حاجة المستهلك إلى الخدمات الإلكترونية

إن حاجة المستهلك الضرورية إلى الخدمات الإلكترونية تنبع من كونها توفر منتجات وخدمات ذات جودة عالية بأسعار معقولة بسبب كثرة المواقع الإلكترونية التجارية، وبالتالي زيادة المنافسة بين هذه المواقع على تقديم الأفضل للمستهلك، وفي هذا السياق فإنه لا توجد فروق جوهرية بين التجارة التقليدية و التجارة الإلكترونية[2].

و لهذا فإفتقار المستهلك إلى التنوير المعلوماتي التقني يؤثر على الوصف القانوني لعقد التجارة[3]، كما أن عدم معرفة المستهلك بشبكة الإنترنت قد يؤدي به إلى وقوع كضحية لحيل وخداع قراصنة الإنترنت من خلال المواقع الوهمية[4].

بناء على ما سبق يمكننا أن نستنتج بأن عدم كفاية الآليات التقليدية في حماية المستهلك الإلكتروني، هو ما يبرر تدخل المشرع في وضع آليات قانونية تراعي خصوصية البيئة التي يتم فيها التعاقد، و تواكب التطور الحاصل في مجال وسائل إبرام المعاملات التجارية الإلكترونية، أين تمتد هذه الحماية سواء بمناسبة إبرامه لعقود على المستوى الداخلي أو الدولي، و هو ما يقودنا لبحث في دولية عقود الإستهلاك الإلكترونية.

---

[1] أسامة أحمد البدر، المرجع نفسه، ص 88.

[2] عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 31.

[3] مصطفى محمد أحمد، الإطار القانوني لحماية المستهلك الإلكتروني من مخاطر التجارة الإلكترونية، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة نيروز، العراق، المجلد09، العدد34، السنة 2020، ص 101.

[4] عبد الله ذيب عبد الله محمود، المرجع نفسه، ص 32.

المطلب الثاني

معايير دولية عقود الإستهلاك الإلكترونية

عمد الفقه منذ زمن طويل إلى التفرقة بين العلاقات الداخلية والتي تخضع للقانون الوطني، و العلاقات الدولية التي يطبق عليها أحكام القانون الدولي الخاص و وضع لها الضوابط التي تميزها، على هذا الأساس فإن تكييف العقد و معرفة ما إذا كان وطنيا أو دوليا لا يتوقف على إرادة الأطراف، و إنما يستمده القاضي من الخصائص الذاتية للرابطة العقدية[1].

علما أنه و إن كان هناك صعوبة موجودة في تحديد وتعريف العقود التجارية الدولية التقليدية، فإنه يتصور أن تزداد هذه الصعوبة عند البحث في عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية[2].

على ضوء تحديد مفهوم العقود التجارية و معايير دوليتها، ظهر في إطار القانون الدولي الخاص عدد من النظريات التي تصدت لتحديد معيار دولية العقود التجارية بالطرق التقليدية[3]، و هو ما نعنى ببحثه من خلال التطرق إلى مفهوم عقود الإستهلاك الإلكترونية في (الفرع الأول)، ثم بحث معايير دولية عقود الإستهلاك الإلكترونية بصفة عامة في (الفرع الثاني)، ثم تحديد المعيار الملائم لدولية عقود الإستهلاك الإلكترونية في (الفرع الثالث)، كل ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم عقود الإستهلاك الإلكترونية

مع إنتشار المعاملات التجارية الإلكترونية إنتشرت معها عقود الإستهلاك الإلكترونية، و التي أعتبرت وسيلة في يد المستهلك لإقتناء الحاجيات بصورة سريعة و أكثر دقة و مسايرة للعصر[4]، و قبل الخوض في مسألة معايير تحديد دولية هذه العقود ارتأينا الخوض في تعريفها و بيان أهم خصائصها، وذلك على النحو التالي:

---

[1] عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص 76.

[2] محمد السعيد طيار، معايير تدويل عقود التجارة الدولية، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 5، مارس 2018، ص 605.

[3] في هذا الأمر إعتمد الفقه و القضاء على مجموعة من الضوابط لاستخلاص الصفة الدولية للعقد فتراوحت بين ما هو قانوني و ما هو اقتصادي، و هناك أيضا ما يسمى بالمعيار المختلط الذي يجمع بين المعيارين السابقين، لمزيد من التفصيل أنظر: شوقي كوتار، مفهوم العقد الدولي، مجلة المنارة للدراسات القانونية و الادارية، جامعة أغادير، المغرب، عدد خاص بالعلاقات الدولية، ماي 2020، ص 227.

[4] أبو علا علي أبو علا نمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة، القاهرة، 1998، ص 7.

البند الأول: تعريف عقود الإستهلاك الإلكترونية

بداية و قبل الخوض في تعريف عقود الإستهلاك الإلكترونية إرتأينا تعريف عقود التجارة الإلكترونية على إعتبار أن عقود الإستهلاك الإلكترونية تأخذ نفس حكم هذه العقود في أكثر من مسألة، و عليه يمكننا تعريف عقود التجارة الإلكترونية بأنها: "إتفاق يبرم و ينفذ كليا أو جزئيا من خلال تقنية الإتصال عن بعد، بدون حضور مادي متزامن بإيجاب وقبول، يمكن التعبير عنهما من خلال نفس الوسائط، وذلك بالتفاعل فيما بينهم لإشباع حاجاتهم المتبادلة بإتمام العقد"[1]، كما يعرف البعض عقد التجارة الإلكترونية بأنه: "الإتفاق الذي يتم في البيئة التجارية و يتلاقى فيه الإيجاب و القبول كليا أو جزئيا من خلال أجهزة إلكترونية قابلة للبرمجة تربط بينهما شبكة إتصالات متعددة الوسائط قد تكون مفتوحة أو مغلقة كالمينتيل"[2]، هذا بالنسبة لتعريف عقود التجارة الإلكترونية.

أما عقود الإستهلاك الإلكترونية فيؤكد جانب من الفقه – بحق – أنه ليس هناك في الفن القانوني طائفة أو مجموعة مسماة بعقود الإستهلاك، بل إن الحاجة إلى توفير الحماية لأحد أطراف هذه العلاقة العقدية بوصفه مركز الخطورة كان مبررا لظهورها[3].

في الحقيقة لقد زاد الإهتمام بهذا النوع من العقود نتيجة لما حصل من تطورات تكنولوجية، و ذلك ما يبرر تدخل مختلف التشريعات و منها التشريع الجزائري من أجل توفير الحماية القانونية للطرف الضعيف، وإعادة التوازن للعقد[4].

و لأن المتدخل أو المورد أو المهني أو المحترف يعتبر أحد أطراف العلاقة التعاقدية في عقود الإستهلاك الإلكترونية، حيث قد يكون هذا الشخص طبيعيا كما قد يكون شخصا معنويا، لذا فقد كان من الضروري التعرض إلى تعريفه.

---

1 صالح المنزلاوي، النظام القانوني لتجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، جمهورية مصر العربية، 2005، ص 17.

2 سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص 41.

3 بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص 28.

4 فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة إلى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد (إلكترونيا)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص 17.

حيث أعطيت تعاريف عديدة للمهني فقد عرف على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي خاص أو عام يظهر في العقد كمهني محترف يعمل من أجل حاجات نشاطه المهني، سواء كان هذا النشاط تجاري أم صناعي أم زراعي، فيمتلك مكانا أو محلا تجاريا بقصد ممارسة نشاطه أو يشتري البضائع بقصد اعادة بيعها"[1].

كما يعرف على أنه: "الشخص الذي يمارس نشاطا مهنيا على وجه الاحتراف بهدف الحصول على الربح وقد تكون الحرفة صناعية أو تجارية أو زراعية أو فنية أو مهنة حرة وقد يكون المهني شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الخاص أو للقانون العام"[2].

و مهما اختلفت التعابير والألفاظ الواردة في التعاريف السابقة، إلا أنها تتفق جميعا في مضمون و كنه المتدخل في العلاقة العقدية الإلكترونية أو عن بعد، وترى بأن المورد هو: "كل شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص يقوم بعرض المنتوجات للاستهلاك الكترونيا بهدف تحقيق الربح"[3].

و عموما يعرف عقد الإستهلاك على أنه: "عقد يبرم بين طرفين يسمى الأول المستهلك ويسمى الثاني المهني، بموجبه يتلقى الأول من الثاني منتوجا أو خدمة لغرض غير مهني مقابل ثمن معلوم"[4].

تجدر الإشارة إلى أن وصف عقد الاستهلاك بالصفة الدولية هي التي تؤدي إلى معاملته معاملة خاصة تجعله يتحرر من حكم القوانين الوطنية، حيث تظهر الحاجة الماسة إلى حماية المستهلك لحدوث تنازع بين القوانين وضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق، هذا بخصوص عقود الإستهلاك المبرمة بوسيلة تقليدية.

أما عقود الإستهلاك المبرم بوسيلة إلكترونية فقد عرفها جانبا من الفقه بأنها: "العقود التي تتلاقى فيها عروض السلع و الخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى، و ذلك من خلال

---

[1] مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2011، ص 41.

[2] عبير مزغيش، محمد عدنان بن الضيف، الضوابط الحمائية المصوبة لإختلال التوازن العقدي في عقود الإستهلاك التعسفية، مجلة الحقوق و الحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 04، أفريل 2017، ص 100.

[3] يتضح من خلال هذا التعريف إذن الفرق بين المورد والمستهلك، و الذي يكمن في النشاط الذي يمارسه كل منهما و الغاية من التعاقد، أين المورد يكون متفوقا في الوضعية على المستهلك لما في حوزته من معارف تقنية وقدرات مالية، لمزيد من التفصيل، أنظر: محمد نويري، عبد الحق لخذاري، المرجع السابق، ص 27 و ما بعدها.

[4] عبير مزغيش، محمد عدنان بن الضيف، المرجع نفسه، ص 94.

الوسائط التكنولوجية المتعددة، و منها شبكة المعلومات الدولية الأنترنت بهدف إتمام العقد"[1]، كما عرفها آخرون على أنها: "العقود التي تبرم بوسيلة إلكترونية أو تقليدية بين المهني و المستهلك، بشأن سلع أو خدمات يقدمها الثاني للأول لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية"[2].

في هذا الإطار فإن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف عقود الاستهلاك الإلكترونية، في حين تطرق إلى تعريف العقد الإلكتروني في القانون رقم: 05/18 الصادر بتاريخ: 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية في المادة 06 منه في الفقرة 2 بنصه: "العقد بمفهوم القانون 04 /02 المؤرخ في: 2004/06/23 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكترونية "[3].

وبالرجوع للقانون رقم: 02/04 السابق الذكر نجد في مادته 03 الفقرة 4 قد عرف العقد بصفة عامة على أنه: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغير حقيقي"[4].

و لما كان العقد الإلكتروني من الوسائل الأكثر استعمالا في مواكبة التطور و العولمة الذي أصبح يعاصر العالم أين ظهرت العقود الإلكترونية الدولية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا[5]، فقد ذهب البعض إلى تعريف عقود الاستهلاك الإلكترونية الدولية بأنها: "العقود التي تتلاقى فيها عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى، وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة ومنها شبكة المعلومات الدولية الإنترنت، بهدف إتمام العقد"[6].

[1] مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، المرجع السابق، ص 1341.

[2] مصطفى أحمد أبو عمر، المرجع السابق، ص 10.

[3] أنظر المادة 06 من القانون رقم: 05/18 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق ل 10مايو سنة 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية، الجريدة الرسمية العدد 28، بتاريخ 20 شعبان 1430 الموافق ل16 مايو سنة 2018.

[4] أنظر المادة 3 من القانون رقم: 08-04 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425 الموافق لـ 14 غشت سنة 2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية العدد 52، السنة 2004.

[5] محمد نائل أبو قلبين، الإطار القانوني الناظم للعقد الإلكتروني الدولي على ضوء التشريع الأردني، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة منتوري، قسنطينة، المجلد 6، العدد 3، جوان 2021، ص 68.

[6] مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، المرجع السابق، ص 1341.

كما يمكن تعريف عقود الإستهلاك ذات الطابع الدولي و التي تتم عبر الأنترنت بأنها: "عقد من عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، تتميز بأن الإيجاب و القبول يتمان فيها عبر شبكة المعلومات الدولية بين مستهلك يسعى من وراء التعاقد من خلال هذا الوسط التقني، إلى إشباع حاجة شخصية أو عائلية أو منزلية خارج نشاطه المهني، و بين طرف آخر مهني يدخل هذا التعاقد في إطار نشاطه المهني"[1].

و على ضوء التعريفات السابقة فإنه يمكننا الوقوف على أهم السمات و الخصائص لهذه العقود.

البند الثاني: خصائص عقود الإستهلاك الإلكترونية

تتميز عقود الإستهلاك الإلكترونية عموما بخصائص تميزها عن غيرها من العقود التي تبرم بين متعاقدين يجمعهما مجلس واحد، و يمكن إبراز أهم هذه الخصائص في ما يلي:

1- عقود الإستهلاك الإلكترونية هي عقود تتم عن بعد:

لقد فتحت التجارة الإلكترونية أمام المستهلك مجال واسع للتعامل في الأسواق المحلية و العالمية، دون حاجة للدخول في علاقة مباشرة مع البائع، حيث يضل المستهلك و المورد على إتصال دائم في مجلس افتراضي رغم بعد المكان و إختلاف الزمان[2].

2- عقود الإستهلاك الإلكترونية هي عقود بين الرضائية و الإذعان:

يرى جانب من الفقه وهو الرأي الراجح أن عقود الإستهلاك الإلكترونية ماهي إلا صورة أو نمط من عقود الإذعان، و التي لا يكون للمستهلك فيها من حرية تعاقدية إلا في جانب ضيق، حيث يرى البعض أن نظرية عقود الإذعان لم تنشأ إلا بهدف حماية المستهلك و لا تخاطب سواه[3].

[1] أحمد محمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مجلة معهد دبي القضائي، الإمارات العربية المتحدة، العدد 3، سبتمبر 2013، ص 22.

[2] شهيرة بولحية، المرجع السابق، ص 110.

[3] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 12.

3- عقود الإستهلاك الإلكترونية هي عقود تجارية:

عقود الإستهلاك الإلكترونية هي عقود تجارية، لأن التجارة الإلكترونية هي المجال الخصب الذي يظهر فيه عقد الإستهلاك الإلكتروني بصفة خاصة كونه من أهم وسائل تلك التجارة[1].

4- عقود الإستهلاك الإلكترونية هي عقود دولية غالبا:

عقود الإستهلاك الالكترونية غالبا تتسم بالطابع الدولي وذلك نتيجة الطابع العالمي لشبكة الانترنت، و ما يرتبه من جعل معظم دول العالم في حالة إتصال دائم على الخط، حيث يثير الطابع الدولي للعقد الالكتروني العديد من المسائل[2]، إلا أن هذا لا ينفي عنه صفة أن يكون وطنيا "محليا" أحيانا في حال ما تم إبرامه داخل إقليم دولة واحدة أو بين طرفين ينتميان إليها[3].

و هذا الطابع الدولي لعقد الإستهلاك الإلكتروني بقدر ما كان أسلوبا حديثا لكسر القيود الكلاسيكية بين الدول بإزاحته لعقبة الحدود، إلا أنه في الوقت ذاته رتب جملة من التساؤلات القانونية، و بخاصة في بحث القانون واجب التطبيق في حال حدوث نزاع بين طرفي العقد (المستهلك - المورد)، و مسألة تحديد الجهة القضائية المختصة[4].

هذا و قد ظهر في إطار القانون الدولي الخاص عدد من النظريات التي تصدت لتحديد معايير دولية العقود المبرمة بالطرق التقليدية، ما يطرح التساؤل حول مدى ملائمة هذه المعايير لتحديد دولية عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية؟ و هو ما سنتطرق للإجابة عنه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: معايير دولية عقود الإستهلاك الإلكترونية

من المعلوم أن تحديد دولية العقد تعد مسألة أولية و لازمة لإعمال قواعد تنازع القوانين حيث لا تثار مشكلة تنازع القوانين حينما نكون بصدد علاقة داخلية، و من ثم فلا يكون هناك حديث

---

[1] فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، دار إبن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، 2003، ص 78.

[2] بان سيف الدين محمود، العقد الإلكتروني و وسائل إثباته، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، جامعة بابل، العراق، المجلد 27، العدد 7، السنة 2019، ص 5.

[3] عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ميلود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية: 2014/2013، ص 60.

[4] محمد الحاج بن علي، المرجع السابق، ص 94.

حول تحديد القانون الواجب التطبيق، فدخول الرابطة القانونية في نطاق القانون الدولي الخاص مرهون باتصافها بالصفة الدولية[1].

و من أجل تحديد المعيار الملائم لدولية عقود الإستهلاك الإلكترونية، سنتعرض للمسائل التالية:

البند الأول: معايير دولية العقود التجارية التقليدية

الحقيقة إن مسألة تكييف العقد و الكشف عن دوليته من المسائل التي تقع على عاتق القاضي فهي مسألة تخضع إلى قانون المحكمة التي تنظر النزاع، و القاضي هو الذي يقرر كون العقد دوليا أو وطنيا[2]، على أن الأمر ليس بالسهولة المتصورة فالكشف عن دولية العقد لابد أن تعترضه بعض الصعوبات، فتحديد هذه الصفة يعتبر مسألة أولية لإعمال إما قواعد القانون الدولي الخاص[3].

و في هذا الإطار فإن إشكالية تحديد المعيار الذي يجري بموجبه إضفاء الصفة الدولية على العلاقة العقدية التجارية قد شغل حيزا كبيرا من إختلاف فقهاء القانون الدولي الخاص، و قد تبلور هذا الإختلاف في تباين وجهات النظر في الأخذ بالمعيار القانوني تارة، و المعيار الإقتصادي تارة أخرى والبعض ذهب إلى الجمع بينهما[4]، و هو ما سنتطرق له تباعا على النحو التالي:

[1] هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 51.

[2] تختلف الحلول المطبقة على العقد باختلاف طبيعته فالعقد الداخلي البحت تحكمه القواعد الوطنية ويخضع للقواعد الآمرة، بحيث لا تستطيع إرادة الأفراد لوحدها تجاوز هذه القواعد أو مخالفتها، كما أن مشكلة تنازع القوانين لا تثار أصلا بشأن هذا العقد الذي لا يحكمه إلا القانون الداخلي للدولة التي ينتمي إليها، وهو غالبا قانون القاضي، على خلاف ذلك تثار هذه المشكلة بشأن العقد الدولي الذي يمكنه التخلص من سلطة القواعد الآمرة في دولة ما بخضوعه للقانون الذي تحدده إرادة الأطراف، وفقا لمبدأ سلطان الإرادة باعتباره من المبادئ الأساسية للقانون الدولي الخاص، ولكي تؤدي عقود التجارة الدولية دورها المنشود في عملية تبادل السلع والخدمات لابد من إسباغ الصفة الدولية عليها، وهذا الأمر يؤدي إلى نتائج عديدة ويحتاج إلى معيار يضبط هذه الصفة، أنظر: أمير صلاح نصر الأعرجي، معيار عقود التجارة الدولية، مجلة المعهد، معهد العلمين للدراسات العليا، العراق، العدد 1، السنة 2020، ص 180.

[3] أمين دربة، متى يكون العقد دوليا؟ وفقا للقانون المقارن و القانون الجزائري، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، المجلد 03، العدد01، السنة 2016، ص 56.

[4] طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، دراسة تحليلية على ضوء الإتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 13.

أولا: المعيار القانوني لدولية العقد التجاري

يعتبر المعيار القانوني هو المعيار الأصلي و التقليدي للعقد الدولي، حيث يعتمد هذا المعيار على فكرة أساسية مؤداها أن العقد يعد دوليا متى كانت عناصره القانونية مرتبطة بأكثر من نظام قانوني واحد مما يضفي على تلك العلاقة العقدية صفة الدولية[1].

و تأتي أهمية هذا المعيار بكونه يقوم على أساس مفاده أن فكرة العقد الدولي يجب أن لا تتغير في جميع القوانين و النظم الوطنية، و أن ذلك لا يتحقق ما لم تمنح السيادة للمعيار القانوني ليكون هو الضابط في تحديد دولية العقد، لاسيما و أنه يكفل وحدة الحلول من جانب، و يحقق الأمان القانوني من جانب ثان[2].

لذا فالعقد كوسيلة للتبادل التجاري الدولي يجب أن يرتبط بأنظمة قانونية مختلفة، بيد أن أنصار هذا الاتجاه قد اختلفوا حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية، و أثر كل منها على اتصاف هذه الرابطة بالصفة الدولية، على نحو يمكن معه القول بوجود اتجاهين لضبط المعيار القانوني: الأول يمثل الاتجاه الموسع، والثاني يمثل الاتجاه المضيق:

1- الإتجاه الموسع لدولية العقد التجاري:

يذهب أنصار هذا الإتجاه إلى المساواة بين العناصر القانونية للرابطة العقدية بحيث يترتب على تطرق الصفة الأجنبية إلى أي منها اكتساب العقد للطابع الدولي، الذي يبرر إخضاعه لأحكام القانون الدولي الخاص[3].

---

[1] Chiheb Ghazouani, Le Contrat de Commerce Electronique International, Thèse De Doctorat En Droit ,Université Panthéon – Assas (Paris II), Faculté Du Droit- Economie- Science Sociales, 2008, p17.

[2] Philippe Delebecque, Jean-Michel Jacquet, Laurence Usunier, Droit Du Commerce International, Dalloz, 4° Ed, Paris, 2014, p 199.

[3] وفقا لهذا المعيار مجرد إختلاف الجنسية و المنتج كاف لإسباغ الصفة الدولية كما تتحقق الصفة الدولية بالمثل إذا أبرم العقد في دولة أجنبية بين طرفي عقد الإستهلاك متحدي الجنسية عن مال كائن في دولتهم، أي عقد الإستهلاك سيأخذ الصفة الدولية بنفس المستوى من أي عنصر أجنبي يدخل العقد سواء أكان ذلك العنصر يتعلق بالأشخاص إختلاف الجنسية أم تعلق بالموضوع المال الأجنبي أو السبب محل الإبرام، أنظر: نجلاء عبد حسن الأسدي، تدويل عقود المستهلكين و أثره في تنازع القوانين، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2020، ص 32.

و بالتالي فإنه إذا ما تدخلت الصفة الأجنبية وظهرت على أي عنصر من العناصر الذاتية المكونة منها العملية التعاقدية أصبحت تلك العملية التعاقدية عقدا دوليا، دونما النظر إلى قيمة العنصر الذي اتسم بالصفة الأجنبية أو وزن ذلك العنصر في العملية التعاقدية برمتها[1].

و لقد تعرض هذا الإتجاه للنقد من قبل الفقه الحديث على أساس أنه معيار جامد، إذ يقضي بإعتبار العقد دوليا بمجرد توافر عنصر أجنبي في الرابطة العقدية[2].

2- الإتجاه المضيق لدولية العقد التجاري:

وفقا لأنصار هذا الاتجاه يتعين التفرقة بخصوص العناصر القانونية للعقد التي قد تتطرق إليها الصفة الأجنبية بين العناصر القانونية غير الفاعلة أو المحايدة، وبين العناصر القانونية الفاعلة أو المؤثرة في العلاقة التعاقدية، بحيث لا يعد مجرد توافر العناصر الأولى كافيا لإضفاء الطابع الدولي على هذه الرابطة، وإنما يتعين لاكتساب هذا الطابع أن تكون الصفة الأجنبية قد تطرقت إلى عنصر قانوني فاعل أو مؤثر، فلا يعقل أن يعد العقد دوليا على سبيل المثال، لمجرد أنه حرر على ورق مصنع في دولة أجنبية[3].

حيث يستلزم أصحاب هذا الإتجاه ضرورة النظر بعين الإعتبار إلى قيمة العنصر الذي تتطرق إليه الصفة الأجنبية و وزنه داخل العملية العقدية و مدى تأثيره، أين يقسم أصحاب هذا الإتجاه العناصر الأجنبية إلى عناصر سلبية و عناصر إيجابية، فالعنصر السلبي هو: العنصر الأجنبي غير المؤثر في تحديد طبيعة العقد، أم العنصر الإيجابي: فهو العنصر المؤثر في التكييف لطبيعة العقد حتى ولو لم يكن عنصرا ماديا، و بتالي فإن العقد الدولي وفقا لهذا الرأي هو: "العقد الذي تتطرق الصفة الأجنبية لأحد عناصره الفعالة"[4].

---

[1] سليمان أحمد الفضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص 138.

[2] هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 74.

[3] محمد السعيد طيار، المرجع السابق، ص 608.

[4] نبيل زيد المقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 51.

إلا أن هذا الإتجاه لم يسلم هو الآخر من الإنتقاد، و ذلك لأنه ترك أمر تحديد الصفة الدولية على الرابطة العقدية، إلى السلطة التقديرية للقاضي الذي ينظر النزاع ليقدر ذلك في ضوء كل حالة على إنفراد، الأمر الذي قد يدفع القاضي إلى تطبيق قانونه الوطني في أغلب الأحيان[1]، كما يذهب البعض إلى أن هذا الإتجاه جانبه الصواب كونه لا يوجد أساس قانوني يستند إليه القائلون بهذه التفرقة لا من التشريعات الوطنية ولا من الإتفاقيات الدولية[2].

نخلص إلى أن المعيار القانوني باتجاهيه، و إن كان قد تمكن من وضع الإطار العام للعقد الدولي من خلال إثارة الصفة الأجنبية و عناصرها، إلا أنه ظل قاصرا نظرا لإغفاله لجوانب أخرى مهمة في تحديد الصفة الدولية للعقد، و هو ما دفع الفقه بضرورة البحث عن معيار آخر كالمعيار الإقتصادي يكون أكثر إلماما بدولية العقود التجارية.

ثانيا: المعيار الإقتصادي لدولية العقد التجاري

وفقا لهذا المعيار فإن تحديد الصفة الدولية للعقد يكون من خلال تحليل الرابطة العقدية والنظر إلى مدى تعلقها بمصالح التجارة الدولية، فهذا المعيار يعتبر العقد دوليا إذا نتج عنه انتقال للقيم و الثروات عبر الحدود[3].

و عليه فإن العقد إن لم يؤدي حركة تبادل تجاري لا يعد دوليا حتى لو تطرقت إليه الصفة الأجنبية، فالعبرة تكمن عند إلحاق الصفة بالعلاقة الدولية تتحدد بالنظر إلى موضوعها، أي العملية التي يحققها العقد التجاري الدولي والمتمثلة في مصالح التجارة الدولية، و هذا دون الرجوع إلى عناصر العقد كجنسية الأطراف أو محل إقامتهم،...الخ[4].

يتطلب المعيار الاقتصادي لدولية العقد وجوب انتقال قيم اقتصادية عبر الحدود، وإن كانت له صورتان: صورة معيار المد والجزر التي تتطلب أن يكون الانتقال متبادلا، والصورة الأخرى هي معيار

---

[1] طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص 65.

[2] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 50.

[3] Antoine Kassis, Le Nouveau Droit Européen Des Contrats Internationaux, L.G.D.J, Paris. 1993, p 72.

[4] شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2003/2002، ص 22.

مصالح التجارة الدولية التي تكتفي أن يكون الانتقال في اتجاه واحد، و يبقى الأمر في تحديد مدى تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية متروكا لتقدير القاضي، فهذا المعيار كما سبق و تبين يتغير مفهومه بحسب الحاجة والظروف[1].

و رغم المزايا التي يتوافر عليها المعيار الاقتصادي من حيث كونه يأخذ في الاعتبار المعطيات الإقتصادية والتجارية للمعاملات الدولية، بالإضافة إلى تحليله الموضوعي للوقائع القانونية وعدم إكتفائه بالجوانب الشكلية والقانونية في التصرفات الدولية، إلا أنه لم يسلم من النقد فقد أوخذ عليه الغموض و عدم التحديد كما أختلف أنصاره حول مدى أو نطاق تطبيقه[2].

و لقد أفضى هذا النقد إلى إيجاد اتجاه جديد حاول الجمع أو التوفيق بين المعيارين لإكساب العقد الصفة الدولية، وبالتالي تطبيق النتائج المترتبة على إسباغ هذه الصفة على عقود التجارة الدولية حيث أصبحت تعتبره بعض الدول الحل الأمثل لتكييف العقد التجاري الدولي.

ثالثا: المعيار المختلط لدولية العقد التجاري

يقوم هذا المعيار على أساس الجمع بين كل من المعيار القانوني و المعيار الإقتصادي، بمعنى أنه لا يكفي لتقرير دولية العقد التحقق من وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية(المعيار القانوني) بل لابد من إنتقال رؤوس الأموال عبر الحدود الدولية (المعيار الإقتصادي)[3]، و حسب هذا الإتجاه لا يمكن اعتبار عقد ما دوليا إلا إذا استوفى الصفة الدولية وفقا لمعطيات المعيارين مجتمعة معا، و اذا كان الجمع بين المعيارين يؤدى إلى دولية العقد، فإن هذا لا يخفى ما ينطوي عليه هذا الاتجاه من تصور ضيق لفكرة العقد الدولي لما يتطلبه من تطبيق جامع للمعيارين معا[4].

---

[1] هذا المعيار وليد اجتهادات القضاء الفرنسي الذي أقر بعض القواعد في علاقات التجارة الدولية رغم بطلانها في العلاقات التجارية الداخلية، مثل شرط الذهب وشرط التحكيم إذ لا مجال لتطبيق هذه القواعد إلا إذا تعلقت المعاملة بالتجارة الدولية، و على هذا فإن العقد التجاري في نظر محكمة النقض الفرنسية إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، أي العقد الذي ينطوي على رابطة تتجاوز المعاملات التجارية الداخلية للدولة بحيث يترتب عليها تحرك الأموال بين الدول المختلفة، أو يستتبع حركة مد وجزر للبضائع ورؤوس الأموال عبر حدود دولتين، أنظر: يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية، إصدارات مكتب اليسري للمحاماة و الاستشارات الخرطوم، السودان، 2009، ص 90.

[2] لمزيدا من التفصيل حول النقد الموجه للمعيار الاقتصادي لدولية العقد، أنظر: نبيل زيد المقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 56 و 57.

[3] شريف هنية، المرجع السابق، ص 26.

[4] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 82.

و نخلص مما تقدم في شأن معيار دولية العقد التجاري إلى أن هذا المعيار قد تطور بصفة عامة من معيار قانوني تقليدي إلى معيار حديث يتطلب في العنصر الأجنبي أن يكون مؤثرا في العلاقة العقدية لوصفها بالدولية، ثم إلى معيار إقتصادي في صورة معيار المد و الجزر، ثم إلى معيار مختلط يجمع بين كل من المعيار القانوني و المعيار الإقتصادي.

و في هذا يذهب جانب من الفقه ـ وبحق ـ إلى كفاية المعيار القانوني المضيق في الحكم على توافر الصفة الدولية للرابطة العقدية من عدمه، و هذا المعيار هو ما يعتد بالعناصر المؤثرة و الفعالة دون العناصر المحايدة[1].

الحقيقة أن المعايير التقليدية السابقة ملائمة لتحديد دولية العقد من عدمه بناءا على كل معيار وشروطه، كما لا يمنع أن تكون المعايير ذاتها ملائمة لتحديد دولية عقد الإستهلاك المبرم بطريقة إلكترونية، فهي ليست مقتصرة على العقود التجارية الدولية المادية التقليدية فقط.

و بعد أن تم عرض معيار دولية العقود التجارية التقليدية بصفة عامة، فإن بحث معيار دولية عقود الإستهلاك الإلكترونية لن يكون إلا من خلال البحث عن المعيار الملائم لدولية العقود التجارية الإلكترونية، و هو ما سنتطرق له في العنصر الموالي.

البند الثاني: معايير دولية العقود التجارية الإلكترونية

بعد أن تناولنا سابقا المعايير التي اقترحها الفقه والقضاء المقارن كأساس لتحديد دولية العلاقات التجارية الدولية التقليدية بصفة عامة، فإننا سنتطرق إلى مسألة المعيار الملائم الذي يمكن الاستناد عليه كأساس لدولية العقود التجارية التي تبرم عبر شبكة الأنترنت، حيث تثور مسألة مدى اتصاف العقود التي تبرم بطرق الإلكترونية للطابع الدولي، على أن بحث هذه المسألة لا يكون إلا من خلال عرض موقف الفقه في هذا الصدد، ثم لموقف الهيئات التابعة للأمم المتحدة، و ذلك على النحو التالي:

---

[1] يتعين الإشارة إلى أن المعيار القانوني المضيق كان له صدى لدى العديد من الإتفاقيات الدولية، منها إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (إتفاقية فيينا لعام 1980م)، و التي فرقت بين العناصر الفعالة و بين العناصر الغير فعالة، أنظر: المادة الأولى من إتفاقية فيينا لعام 1980م بشأن البيع الدولي للبضائع، نص الإتفاقية متاح على الموقع الإلكتروني التالي: https://uncitral.un.org/ar/texts/salegoods.

أولا: موقف الفقه من معيار دولية العقود التجارية الإلكترونية

لقد طرح مشكل تدويل و توطين عقود التجارة الإلكترونية جدلا فقهيا صاخبا في الواقع العملي، و انقسموا في سبيل ذلك إلى اتجاهان رئيسين: إتجاه ذهب إلى أن العقود الإلكترونية هي عقود دولية بطبيعتها، في حين ذهب الإتجاه الآخر إلى إعتماد معيار العرض الخاص في تحديد صفة العقود الإلكترونية.

1- الإتجاه الأول: العقود الإلكترونية عقود دولية بطبيعتها

يذهب هذا الإتجاه الفقهي إلى القول بدولية جميع المعاملات التي تبرم عبر الأنترنت نتيجة وسيلة التعاقد ذاتها حيث تستمد صفتها الدولية من صفة الشبكة الدولية، حيث ينادي أنصار هذا الإتجاه بالتدويل الكلي لعقود التجارة الإلكترونية، و أن معيار الصفة الأجنبية لا يقتصر على أطراف العلاقة المباشرة فقط بل تتعدى إلى أطراف المعاملة[1].

و عليه فدولية عقود التجارة الإلكترونية لا تتوقف على مدى توافر العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية فقط، بل يتعدى ذلك إلى أطراف أخرى لم تكن موجودة في العقود المادية التقليدية كمعالج البيانات و مزود الخدمة و ناقل البيانات[2]، و عليه فإن الصفة الدولية متوفرة حتى في حال إنتفاء الصفة الأجنبية في أطراف العلاقة القانونية الناشئة عبر الأنترنت، و السابق ذكرها في معايير دولية العقود التجارية التقليدية، و السبب في ذلك أن أعمال الشبكة العالمية لا يمكن إنتسابها إلى دولة واحدة، مما أدى هذا التطور إلى تحول الشركات العاملة عبر شبكة الأنترنت إلى شركات دولية[3].

و يستند هذا الإتجاه في تبرير موقفهم على جملة من الحجج أهمها: الطبيعة العالمية لشبكة الأنترنت، و أن إبرام هذه المعاملات يتم في منطقة الفضاء المعلوماتي المستقلة عن الأنظمة القانونية

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، الأنترنت و القانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون و الكمبيوتر و الأنترنت، كلية الشريعة و القانون، جامعة الإمارات، الإمارات العربية المتحدة، في الفترة الممتدة من 01 إلى ماي 2000، ص 29.

[2] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، حسين عمران جرمط العبيدي، أثر قواعد الإسناد لحماية المستهلك الإلكتروني في العلاقات الخاصة الدولية، مجلة المحقق الحلي للعوم القانونية و السياسية، جامعة بابل، العراق، العدد 03، السنة2021، ص 283.

[3] طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 77.

الوطنية[1]، كما يضيف البعض الآخر حجة عملية مفادها أن من الصعوبة بمكان التفرقة بين العقود الوطنية و العقود الدولية التي تبرم عبر شبكة الأنترنت التي ليس لها حدود فاصلة، فالعالم قرية واحدة في ظلها، كما أن الطبيعة الخاصة بالشبكة جعلتها تنفر من تلك المفاهيم التقليدية التي تقوم على الحدود الجغرافية، ويضيف آخرون حجة أخرى مفادها أن أغلب العقود التي تبرم عبر الأنترنت يضمنها الأطراف شرط الإختصاص التشريعي، و هذا من شأنه التمييز بين العقود الوطنية و العقود الدولية[2].

و عليه فإنه و وفقا لمنطق هذا الإتجاه فإن عقود التجارة الإلكترونية و من ضمنها عقود الإستهلاك الإلكترونية تثير مسألة تنازع القوانين، و ذلك أن العقد في هذا الفرض قد أبرم منذ بدايته بين مواقع شبكية ليس لها أي إرتباط مادي بدولة معينة، و لو تركزت جميع عناصره في بلد واحد و عليه يمكن القول أن كل ما يبرم من عقود عبر شبكة الأنترنت يعد من العقود الدولية[3].

و رغم الحجج التي ساقها أنصار هذا الإتجاه المؤيد لدولية كافة عقود التجارة الإلكترونية، إلا أن جانبا من الفقه يرفضها و ينطلق من فكرة الخلط الواضح الذي وقع فيه أنصار هذا الإتجاه المؤيد لدولية عقود التجارة الإلكترونية، فشبكة الأنترنت لا تعدو أن تكون مجرد وسيلة أو أداة لإبرام العقود عن بعد لا أداة لإضفاء الصفة الدولية على العقود التي تتم بواسطتها، إذ من المتوقع أن يتم إبرام عقود شبكة الأنترنت لتنفذ داخل حدود الدولة الواحدة بل و المدينة الواحدة، و لا يقتصر الأمر على هذا فحسب بل لا يمكن التسليم بصعوبة التركيز المكاني للمعاملات المبرمة عبر الأنترنت في حدود إقليمية معينة لوجود عامل ربط إحتياطي يعول عليه دائما، فمثلا عقود بيع السلع الإلكترونية

[1] حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي الخاص، جامعة إسكندرية، السنة الجامعية: 2009/2008، ص22.

[2] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 58.

[3] نافع بحر السلطان الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة بغداد، العراق، 2004، ص 32.

و إن كانت عقود تبرم على الخط و تنفذ أحيانا داخله، إلا أنها تظل مع ذلك مرتبطة بعوامل مكانية[1].

نستخلص مما تقدم بأنه لا يمكن التسليم بإعتبار كافة العقود التي تبرم عبر شبكة الأنترنت دولية استنادا إلى أن الأنترنت مجال دولي بعيد عن المرتكزات الإقليمية للدول، وهو ما دفع البعض بالمناداة بالإبقاء على التفرقة التقليدية بين العقود الإلكترونية الدولية والعقود الإلكترونية الوطنية، و هو الأمر الذي يتطلب الإعتماد على معيار آخر يتلاءم مع معطيات العالم الإلكتروني.

2- الإتجاه الثاني: إعتماد معيار التفرقة بين قصر العرض وإطلاقه

ذهب جانب آخر من الفقه إلى وضع معيار مختلف عن المعيار الأول لإضفاء صفة الدولية على العقود التي تبرم عبر شبكة الأنترنت، و التي من ضمنها عقود الإستهلاك الإلكترونية، و هذا المعيار يتلخص في النظر إلى ما إذا كان العرض قاصر على حدود دولة معينة أم أنه مطلق، فإذا قصر مقدم العرض عرضه داخل حدود دولة واحدة فقط ففي هذا الحالة لا مجال للحديث عن صفة الدولية، حيث إن العرض تتمركز جميع عناصره داخل دولة واحدة حيث لا وجود لأي عنصر أجنبي و لم يحدث تدفق للأموال عبر الدول[2]، أما إذا أطلق مقدم العرض عرضه دون أن يقيده بعملاء متواجدين في دولة معينة، ففي هذه الحالة سيكون العرض عاما ويكون للجميع حرية التعامل عبر الأنترنت أي كان محل إقامته و لو كان خارج حدود دولة مقدم العرض[3].

و الواقع أنه لا يمكن الإقرار بسلامة هذا الرأي ذلك أن العرض قد يكون مقيدا، و يتم الإتفاق أثناء إبرامه أو بعده على نقل السلعة إلى دولة أخرى، كما قد يكون مطلقا و مع ذلك لا يتم تداول السلع و الخدمات خارج حدود الدولة الواحدة، و هو ما يبرز في كل أنواع عقود التجارة الإلكترونية، و خاصة منها العقود المبرمة و المنفذة إلكترونيا، و التي لا يمكن الجزم مسبقا بدوليتها أو بتوطينها إلا

[1] عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، فرع بني سويف، مصر، السنة الجامعية:2003/2002، ص 52.

[2] خليف شداخ العنزي، المعاملات الإلكترونية و القانون الدولي الخاص، المشكلات و الحلول، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2010، ص 112.

[3] سليمان أحمد الفضل، المرجع السابق، ص 146.

بعد إنتقال رؤوس الأموال ـ تجاوزها حدود الدولة الواحدة ـ ، ومن ناحية أخرى فإن العرض المتعدي لا يؤدي دوما إلى تدويل العقد[1].

ناهيك على أن الطابع الدولي للمعاملات عبر الأنترنت غير قاصر على العقود، بل ينسحب إلى سائر العمليات الأخرى كالدعاية و الترويج للسلع و الخدمات و غيرها، فتلك العمليات يتوافر بشأنها المعيار القانوني لدوليتها حيث تتصل بأكثر من دولة، كما يتوافر بشأنها المعيار الإقتصادي لدوليتها حيث تستتبع إنتقال القيم الإقتصادية عبر الحدود[2].

الحقيقة أنه رغم منطقية هذا المعيار إلا أنه لا يمكن الإستناد عليه لتحديد دولية عقود الإستهلاك الإلكترونية نظرا للإنتقادات التي طالته، و التي يثبتها الواقع العملي في نطاق الطابع الدولي للمعاملات المبرمة عبر الأنترنت[3].

و لأهمية مسألة تحديد دولية عقود التجارة الإلكترونية فإنها لم تبقى مقتصرة على المواقف الفقهية فقط، بل إمتدت لتشمل حتى التنظيمات الدولية.

ثانيا: موقف التنظيمات الدولية من إعمال معايير دولية العقود الإلكترونية

سوف نتعرض لموقف التنظيمات الدولية دون الوطنية[4]، من خلال بيان موقف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دراستها عن التجارة الإلكترونية، ثم لموقف المشروع الأولي لإتفاقية الأمم المتحدة بشأن العقود الدولية المبرمة أو المثبتة برسائل بيانات، و ذلك على النحو التالي:

---

[1] طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 78.

[2] إن الطابع الدولي للمعاملات عبر الأنترنت غير قاصر على العقود بل ينسحب إلى سائر العمليات الأخرى كالدعاية و الترويج للسلع و الخدمات و إستغلال حقوق الملكية الفكرية و غيرها، فتلك العمليات يتوافر بشأنها المعيار القانوني لدوليتها حيث تتصل بأكثر من دولة، كما يتوافر بشأنها المعيار الإقتصادي لدوليتها حيث تستتبع إنتقال القيم الإقتصادية عبر الحدود، أنظر: جمال محمود الكردي، مدى ملاءمة قواعد الاختصاص الفضائي الدولي التقليدية لمنازعات الحياة العصرية، دراسة تطبيقية على بعض صور العقود التي افرزها التطور الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 25.

[3] هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الدراسات القانونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة بيروت، لبنان، العدد 01، السنة 2004، ص10.

[4] بالرجوع لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري و خاصة مواد التحكيم التجاري الدولي، يلاحظ تبني المشرع الوطني المعيار الإقتصادي في نطاق التحكيم التجاري الدولي إذ يعتبر التحكيم دوليا حسب المادة 1039 من هذا القانون ذلك المتصل بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل، و هو بذلك تبنى موقف المشرع الفرنسي في المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 2011، إلا أنه لم يتطرق للمعيار الملائم لتحديد دولية عقود التجارة الدولية، أنظر: أمين دربة، المرجع السابق، ص 63.

1- موقف لجنة الأونسيترال:

الثابت في معظم الإتفاقيات الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسترال أنها تطبق على المعاملات الدولية فقط دون الداخلية، وهناك عدة طرق لتحديد الطابع الدولي للعقد وهي تختلف من تشريع لآخر، فالبعض منها يشير إلى مكان النشاط التجاري، و البعض الآخر يشير إلى مقر الإقامة المعتادة للطرفين في بلدين مختلفين، مع الأخذ بمعيار أعم مثل أن يكون للعقد صلات واضحة بأكثر من دولة أو يتعلق بالتجارة الدولية[1].

على أن هناك إستثناءا ملحوظا من القاعدة السابقة بشأن القانون النموذجي لتجارة الإلكترونية مؤداه عدم التمييز بين المعاملات الداخلية و المعاملات الدولية لتطبيق القانون النموذجي، و إن كان لدول المتعاقدة صلاحية قصر نطاق تطبيقه على المعاملات الدولية فقط[2].

و قد يكون مرجع ذلك هو صعوبة وضع معيار ما يعد دوليا و ما يعد داخليا خاصة العقود المبرمة عبر شبكة الأنترنت أسلوب التعاقد الخاص بها، الذي يتميز عن العقود المبرمة بطرق تقليدية. و يتعين ملاحظة أن الفريق العامل في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دورته 38، أشار إلى صعوبة تحديد مكان النشاط التجاري للأطراف المتعاقدة عبر رسائل البيانات في حالة عدم تحديدها بوضوح من جانب الأطراف، و إذا كانت الإتفاقيات الدولية الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تعتمد في تحديد دولية الرابطة العقدية على مركز الثقل الأوثق صلة بالعقد و تنفيذه، إلا أنها فكرة كغيرها لا تصلح للتطبيق على العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية[3].

ونظرا لصعوبة تحديد مكان أطراف الرابطة التعاقدية التي تتم بواسطة رسائل البيانات الإلكترونية، فإن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لم يتطرق إلى التمييز بين العقد الإلكتروني ذي الطابع الدولي و العقد الإلكتروني الداخلي عند تعرضه لنطاق تطبيقه وجعل القاعدة عامة، و هي إمكانية تطبيقه على أي عقد يجري إبرامه و إثباته برسائل بيانات بغرض النظر عما كان مكان عمل

---

[1] صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 155.

[2] فاطمة الزهرة جندولي، عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2018/2017، ص 53.

[3] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 156.

الطرفين في دولة واحدة أو دولتين مختلفتين، و نتيجة لذلك فإن مكان إبرام العقد الإلكتروني لم يعتد به كمعيار لدولية العقد، و هو ما أكدت عليه المادة الأولى من القانون النموذجي لسنة 1996[1].

و لئن كان القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية قد كرس قاعدة إمكانية تطبيق أحكامه على كل عقد يجري إبرامه أو إثباته برسائل بيانات بغض النظر عما مكان عمل الطرفين، إلا أنه قرر بالمثل إعطاء الدول المشرعة الحق في الإعلان على أنها ستقصر نطاق التطبيق على العقود الدولية فقط، و في سبيل ذلك طرحت اللجنة نصا بديلا على النحو التالي: "ينطبق هذا القانون على رسالة البيانات حسب تعريفها الوارد في الفقرة(1) من المادة(2) عندما تتصل رسالة البيانات بالتجارة الإلكترونية"[2].

و في ضوء هذا النص سنكون بحاجة إلى معيار لتحديد دولية العقد الإلكتروني، و هو ما أخذ به المشروع الأولي لإتفاقية الأمم المتحدة بشأن العقود الدولية المبرمة أو المثبتة برسائل بيانات، حيث أخذ بالمعيار القانوني المضيق لإضفاء الصفة الدولية على العقود التي تبرم عبر الأنترنت[3].

2- موقف المشروع الأولي لإتفاقية الأمم المتحدة:

اعتنق المشروع الأولي لإتفاقية الأمم المتحدة بشأن العقود الدولية المبرمة أو المثبتة برسائل بيانات للمعيار القانوني المضيق لإضفاء صفة الدولية على العقود التي تبرم عبر الأنترنت، و هو ما يستفاد من نص المادة الأولى/ الخيار "باء" حيث نصت الفقرتين (1،2) على أن: "1- تنطبق هذه الإتفاقية على العقود التي تبرم أو تثبت بإستخدام رسائل بيانات"، 2- " لأغراض هذه الإتفاقية يعد العقد دوليا إذا كان مكان عمل الطرفين وقت إبرام العقد يوجد في دولتين مختلفتين"[4].

و من ثم يتضح أن واضعي هذا المشروع نظروا إلى إتصال العلاقة بأكثر من نظام قانوني تتبع دول مختلفة، على أن المشروع لم يأخذ بالمعيار القانوني على إطلاقه بل قيده، حيث أغفل العناصر

---

[1] تنص المادة 1 من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996: "ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية".

[2] طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 81.

[3] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 157.

[4] فاطمة الزهرة جندولي، المرجع السابق، ص 53.

الغير مؤثرة بحيث لا يؤخذ في الإعتبار جنسية معيار جنسية الأطراف أو الطابع المدني أو التجاري للطرفين في العقد[1].

الظاهر من خلال تحليل مواقف هذه الهيئات الدولية أن هناك تباين في وجهات النظر إتجاه تحديد دولية العقود الإلكترونية الدولية، و هو نفس الحكم الذي يمتد لينطبق على عقود الإستهلاك الإلكترونية.

الفرع الثالث: المعيار الملائم لدولية عقود الإستهلاك الإلكترونية

من أجل تحديد المعيار الملائم لدولية عقود الإستهلاك الإلكترونية من جل معايير الدراسة السابقة، فإن الأمر يحتاج إلى إمعان النظر في مسألتين مهمتين: الأولى هي مدى إستجابة العقد الإستهلاكي المبرم عبر الأنترنت لمعايير دولية العقود، و الثانية هي مدى إمكانية تطبيق قواعد الإتفاقيات الدولية للعقد الدولي عليها.

و عليه فإنه إذا أخذنا بالمعيار القانوني كأساس لتحديد دولية عقود الإستهلاك الإلكترونية فإنه وفق هذا المعيار يصبح مفهوم هذا العقد، بأنه: "ذلك العقد الذي يدخل بين أطرافه عنصر أجنبي"، والمتمثل في السبب المنشئ للعلاقة أو المتعلق بأحد أطراف العلاقة أو المتعلق بمحلها، وعليه يكون عقد الاستهلاك الإلكتروني دوليا عندما ينتمي الطرفان بجنسيتهما إلى دول مختلفة أو تكون أماكن عملهما في دول مختلفة، أو عندما يكون العقد واجبا تنفيذه في دولة أخرى غير تلك التي يوجد فيها أماكن عمل الطرفين، أو عندما يتم إبرام العقد في دولة أخرى غير الدولة التي ينتمي إليها أي من الطرفين بجنسيته أو يوجد فيها مكان عمله"[2].

و إن كان المعيار القانوني مازال هو الأساس لتحديد دولية العقد إلا أن خصوصية عقود الاستهلاك الإلكترونية تفرض تغليب المعيار الاقتصادي، استنادا إلى أنه الميدان الرئيس الذي يحيا و يتواجد به و يكثر فيه إجراء مثل هذا النوع من التعاقد هو التجارة الإلكترونية التي تمارس عبر

---

[1] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 157.

[2] مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، المرجع السابق، ص 1345.

الإنترنت، ومن ثم فإن هذا المعيار يبني الصفة الدولية للعقد على أساس الطبيعة الإقتصادية الدولية التي يكرسها، ويتجلى ذلك من خلال أمرين رئيسيين هما[1]:

- أن العقد يكون دوليا إذا نتج عنه انتقال للبضائع ورؤوس الأموال والخدمات عبر الحدود، و هو ما يتم فعلا في نطاق التعاقد الإلكتروني عبر وسائل تبادل البيانات والمعلومات وبخاصة شبكة الإنترنت.
- أن العقد يكون دوليا إذا تضمن عمليات تتجاوز النطاق الاقتصادي الداخلي، ذلك أن عقد الاستهلاك الإلكتروني غالبا ما يتسم بالطابع الاقتصادي الدولي.

و على الرغم من الميل إلى المعيار الاقتصادي لتحديد دولية العلاقة في نظام التجارة الإلكترونية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا[2]، إلا أنه مع ذلك يجب البحث عن توافر صفة الدولية في عناصر هذه العلاقة كي يمكن تطبيق قواعد تنازع القوانين أو قواعد القانون الدولي الخاص عليها من خلال مؤشرات معينة[3].

و لا شك أن الطبيعة المرنة للاتجاه الموفق في تكييف العلاقة التعاقدية الدولية بأنها خليط من العناصر القانونية و المؤشرات الاقتصادية، مكنته من الجمع بين صور مختلفة من العقود في مجال الحياة الخاصة الدولية، و منها عقود الإستهلاك الإلكترونية[4].

أما بالنسبة للمعيار الراجح فيما يتعلق بالعقود التجارية الإلكترونية الدولية فهناك من يتبنى المعيار القانوني الموسع في تقرير دوليتها، و هناك من يرجح تبني المعيار القانوني المضيق في منح الصفة الدولية للعقد الإلكتروني[5].

---

[1] مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، المرجع السابق، ص 1349.

[2] Erin Ann O'Hara and Larry E. Ribstein, Conflict of Laws and Choice of Law, George Mason University, Law & Economics Research Paper Series, 4 Nov 2009, p 633.

[3] هناك إتجاه فقهي ينادي بجعل المعيار الاقتصادي مجرد ضابط كونه لا يرقى أن يكون معيارا ينافس المعيار القانوني، ويسوق لتأييد وجهة نظره عدة حجج، لمزيد من التفصيل: نبيل زيد المقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 59.

[4] مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، المرجع نفسه، ص 1350.

[5] حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 37 و 38.

و أمام هذه الآراء المختلفة فنحن لا نؤيد الالتجاء إلى أي من الرأيين السابقين في تقرير دولية عقود الإستهلاك الإلكترونية، و ذلك على أساس بأن المعيار الذي يمكن الاطمئنان إليه في تحديد دولية العقد الإلكتروني لابد أن يحقق الخصائص الآتية[1]:

- أن يعتد بالصفة الأجنبية التي تلحق العقد؛
- أن يميز ـ عند الاعتداد بهذه الصفة ـ بين المؤثر منها في العقد و غير المؤثر؛
- أن لا يتقيد بمجرد عبور البضائع و السلع و الخدمات للحدود الدولية، كمعيار في إضفاء الصفة الدولية على العقد، و عدم إهمال هذا الجانب بشكل نهائي.

و لذلك نعتقد بأن عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية ـ مدام ـ هي عقود تشمل جميع المعايير التي حاولت تحديد دوليتها فهي عقود دولية بطبيعتها، و تشمل طرف تجب له الحماية ألا و هو المستهلك، على أننا ترك مسألة تقرير و الجزم بدولية هذه العقود من عدمها للقاضي الناظر في النزاع، حسب ظروف كل قضية على حدى بالإستناد إلى موضوع هذه العقود و الغاية التي تهدف إلى تحقيقها.

فالحقيقة إن قواعد الإسناد التي تحكم العقود التجارية الدولية الخاصة لا يمكن تصور إعمالها إلا بين الأنداد الذين لهم نفس القوة، إلا أن إعمالها في عقود المستهلكين الإلكترونية الخاصة سيثير البحث عن الحماية المستحقة للمستهلك الإلكتروني في إطار إعمال هذا المنهج.

المبحث الثاني

حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال منهج قواعد الإسناد

يستلزم فض النزاعات التي تثور في مجال العلاقات العقدية الدولية الإعتماد على قواعد الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق[2]، و هو نفس الحكم الذي ينطبق على عقود الإستهلاك الإلكترونية

[1] عبد الباسط جاسم محمد، تنازع الإختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014، ص 71.

[2] تعرف قواعد الإسناد على أنها: " تلك القواعد التي تشير إلى القانون الواجب تطبيقه على علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، و هي ليست دولية ملزمة لجميع الدول، بل هي قواعد وطنية يستأثر بها المشرع الوطني في كل دولة بوضعها، ولهذا هي تختلف من دولة إلى أخرى بالنسبة للعلاقة القانونية"، أنظر: غالب الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني، تنازع القوانين و تنازع الإختصاص القضائي الدولي وفقا للأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز حماد للطباعة، عمان، الأردن، 1996، ص 56.

المتضمنة على عنصر أجنبي، و لعل قاعدة خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة من أهم و أقدم قواعد القانون الدولي الخاص التي رسمتها نظرية تنازع القوانين إلا أنها ليست الوحيدة [1]، فإلى جانب مبدأ قانون الإرادة فإنه يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، عن طريق ضوابط إسناد تقليدية احتياطية يعمل القاضي على تطبيقها في حال عدم تحقق الفرض السابق[2].

أمام ذلك كله ذهب الفقه إلى تمديد العمل بالضوابط المقررة في مجال العلاقات الخاصة الدولية من خلال تطويعها على عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية، و هو ما طرح التساؤل حول مدى فعالية هذه الضوابط المقررة لتحديد القانون الواجب التطبيق في تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني؟ و للإجابة على التساؤل السابق قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين إثنين، و ذلك على التفصيل التالي:

المطلب الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال مبدأ قانون الإرادة.

المطلب الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال ضوابط الإسناد التقليدية.

المطلب الأول

حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال مبدأ قانون الإرادة

تجمع النظم القانونية العالمية على أن العقود الدولية تخضع لحكم قانون الإرادة الذي جرى الإتفاق عليه من قبل الأطراف حيث يمثل هذا المبدأ من المبادئ المستقرة في فقه القانون الدولي الخاص، وهو ما استقرت عليه جل التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية، و عليه فإن عقود المستهلك الإلكتروني الدولية لا تخرج عن هذا المدلول أو الضابط المعتمد في جميع التشريعات العالمية[3].

في هذا الإطار إرتأينا التطرق إلى مفهوم مبدأ قانون الإرادة في نطاق عقود الإستهلاك الإلكترونية في (الفرع الأول)، ثم إلى كيفية إعمال مبدأ قانون الإرادة في مجال عقود الإستهلاك

---

[1] Cécile Pellegrini Et Sabine Robert, Principes Et Méthodes Du Droit International Privé, Travaux Dirigés Droit International Privé, 5 éd, lexis Nexis, Paris, 2013, p 2.

[2] صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في ضوء الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 50.

[3] Dominique Bureau, L'influence De La Volonté Individuelle Sur Les Conflits De Lois, Mélanges En Hommage Afronçoisterée, Presse Universitaires de France, 4 éd D. paris 1999, p186.

الإلكترونية في (الفرع الثاني)، ثم تقييم دور قاعدة مبدأ قانون الإرادة في حماية المستهلك الإلكتروني في (الفرع الثالث)، كل ذلك على التفصيل التالي:

الفرع الأول: مفهوم مبدأ قانون الإرادة في نطاق عقود الإستهلاك الإلكترونية

إن فكرة خضوع العقد ذي العنصر الأجنبي لقانون الإرادة فكرة قديمة قدم العلاقات الدولية، و لها أصول تاريخية تناولها كثيرا فقه القانون الدولي الخاص بالشرح و التحليل[1]، ففي مقابل العلاقات القانونية التي تحكم أفراد الدولة الواحدة و تكون جميع عناصرها محلية و بالتالي تخضع للقانون المحلي، فإن القانون الذي يحكم العلاقات الناشئة عن العقود الدولية يترك مجالا لحرية الأفراد لتوجيه نشاطهم على النحو الذي يروق لهم، و عليهم ـ إضافة إلى اتفاقهم على شروط العقد ـ أن يحددوا بإتفاقهم القانون الواجب التطبيق الذي سيحكم العلاقة العقدية بينهم[2]، و هو ما يعرف بمبدأ قانون الإرادة ـ أو سلطان أو إستقلال ـ الإرادة أو كما يسمى بالفرنسية Le Principe De L'autonomie De La Volonté.[3]

و من أجل فهم أكثر لهذا المبدأ في نطاق عقود الإستهلاك الإلكترونية سنتناول المسائل التالية بالدراسة، و ذلك على النحو التالي:

البند الأول: التعريف بمبدأ قانون الإرادة

يراد بمبدأ قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المزمع إبرامه إذا كان هذا العقد مما يحتمل خضوعه لقوانين بلدان مختلفة[4]، حيث

---

[1] Jillian R. Camarote, A little More Contract Law With My Contracts Please: The need to apply unconscionability directly to choice-of-law clauses, Seton Hall Law Review , Vol, 2009, p 609.

[2] التحديد الاتفاقي لقانون العقد و هو: "إتفاق أطراف العقد ذي الصفة الدولية الخاصة على إختيار قانون محدد، يكون واجب التطبيق على هذا العقد"، أنظر: ئافان عبد العزيز رضا، تسوية المنازعات الناتجة عن إبرام العقود الإلكترونية، مجلة دراسات قانونية و سياسية، جامعة السليمانية، العراق، العدد 07، مارس 2016، ص 302.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الإدارة وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 106.

[4] للعلم فإن مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ التي تقررت منذ فترة طويلة من خلال الاعتراف بحق الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، و قد تكرس هذا المبدأ من قبل القضاء الفرنسي سنة 1910 قبل أن ينص عليه تشريعيا، و ذلك في حكم محكمة النقض الفرنسية في القضية المشهورة "AMRRICAN TRADING"، أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي الخاص، إصدارات الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 57، السنة 2001، ص 199.

يسمى ضابط الإرادة في فقه تنازع القوانين بالإسناد الشخصي، و هذا ما إستقر عليه فقهاء القانون الدولي الخاص [1].

فجوهر فكرة قانون الإرادة تتمثل في الإعتراف لأطراف العقد بحق إختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، و عند هذا الحد يتوقف دور الإرادة ويخضع العقد بعدها خضوعا كاملا لذلك القانون، و لا يتدخل الأطراف للحد من هذا الخضوع.

أما في نطاق التجارة الإلكترونية فإن الفقه يؤكد كذلك على خضوع العقد الإلكتروني لنفس القاعدة التقليدية (مبدأ قانون الإرادة) التي تحكم العقد الدولي في ما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، أي مبدأ حرية إختيار القانون من جانب الأطراف المتعاقدة[2].

و بناء على ذلك يجوز للطرفين في عقد الإستهلاك الإلكتروني الدولي الإتفاق على إخضاع علاقتهما التعاقدية لقانون آخر غير قانون بلد ابرام العقد، أو قانون بلد تنفيذه، أو قانون موطنهم المشترك، أو لأي قانون آخر واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص.

و عليه فإن العقود الإستهلاكية الالكترونية لا تختلف عن مثيلاتها بالنسبة لتفعيل قانون الإرادة، و تأييدا لهذا فإن فقهاء القانون الدولي الخاص ينصوا على أن أفضل حل لمشكلة المحكمة المختصة و القانون الواجب التطبيق خاصة على المعاملات التي تتم عبر الأنترنت هي قيام المتعاقدين بالإتفاق على ذلك[3].

و تجدر الإشارة على أن مبدأ قانون الإرادة في نطاق عقود الإستهلاك الإلكترونية يتجاذب فيه نظريتين، حيث يبدوا أن نطاق إعماله يتحدد ضيقا و اتساعا بين النظرية الشخصية والموضوعية، وهو ما سنحاول بحثه في البند الموالي.

---

[1] حنان عتيق، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، معهد الحقوق، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، السنة الجامعية: 2011/ 2012، ص 95.

[2] فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص 112.

[3] Karim Benykhlef, Fabien Gelinas, On line Dispute Resolution, University of Montreal - Faculty of Law and McGill University, Canada, Lex Electronica, Vol 10, No 2, 2005, p61.

البند الثاني: نطاق مبدأ قانون الإرادة

ظهر في فقه القانون الدولي الخاص نظريتان هما: النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، على أساسهم يتحدد نطاق مبدأ سلطان الإرادة في نطاق العقود التجارية الدولية، أين سنتناول تطويع إعمالهم في نطاق عقود الإستهلاك الإلكترونية.

أولا: النظرية الشخصية

يذهب أنصار هذه النظرية على أن مبدأ حرية التعاقد الذي يمنح الإرادة سلطانا مطلقا في هذا الشأن يرتفع بها فوق القانون الذي يستمد قوته الملزمة من إتفاق الأطراف على إختيار أحكامه لتنظيم الرابطة العقدية، لأن إختيار المتعاقدين لقانون العقد لا يتم بناء على قاعدة من قواعد تنازع القوانين و إنما يستند إلى مطلق سلطان الإرادة[1]، و هي النظرية المقبولة عموما منذ ما يزيد قرن من الزمان[2].

و من ثم فإن ما يترتب على هذه النظرية أن إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقدهم يصبح شرطا في العقد، و يطبقه القاضي على هذا الأساس و ليس على أساس وصفه قانونا[3].

بناءا على ما سبق فإذا أردنا العمل بموجب النظرية الشخصية في عقود الإستهلاك الإلكترونية فلا يكون هذا بصالح المستهلك، لأن التسليم بهذا الأمر يعني السماح للطرف القوي في فرض سيطرته على الطرف الضعيف، إذ أن إتاحة الفرصة للمتعاقدين بإختيار وإطلاق هذه الحرية قد يؤدي

---

[1] كريم مزعل شبي، ثامر داوود عبود حضير الشافعي، النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق، دراسة في تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية،كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد 32، العدد 2، 2017، ص 213.

[2] أوضح معالم هذه النظرية الفقيه لورانت (Laurent) بقوله: "إن الأطراف في تصرفاتهم القانونية أحرار في إختيار القانون الذي يحكم بينهم، حيث يترتب على ذلك ضمن نطاق القانون الدولي الخاص أن إرادة أو رغبة الأطراف الصريحة أو الضمنية أو المفترضة من خلال ظروف القضية هي التي ستشرف على القانون الواجب التطبيق و تحديده"، أنظر: زياد محمد فالح بشابشة، أحمد الحراكي، عماد قطان، دور إرادة أطراف التعاقد في إختيار القانون واجب التطبيق في الإلتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني، دراسة مقارنة، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث و الدراسات، فلسطين، العدد 30، جوان 2013، ص 361.

[3] Frédérique Sabourin, Le Contrat Sans Loi En Droit International Privé Canadien, Revue Québécoise De Droit International, Volume 19, Numéro 2, 2006, p38.

إلى انفلات العقد من حكم القانون، و هذا الأمر في أحيان كثيرة يضر بالطرف الضعيف الذي يكون من الأفضل له أن يخضع لقوانين توفر له حماية بغض النظر عن وجود صلة بين القانون و العقد[1].

على الرغم من أهمية هذه النظرية في نقل مبدأ حرية الإرادة من نطاق العقود الداخلية إلى العقود الدولية، فإن فكرة قانون الإرادة لم تسلم من النقد أين ظهر في المقابل نظرية ترفض مفهوم فكرة الإستقلال الشخصي من قبل الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق [2].

ثانيا: النظرية الموضوعية

اتجهت النظرية الموضوعية على عكس النظرية الشخصية ، ومجمل هذه النظرية هو أن الأفراد حين يذهبون إلى إختيار قانون معين لا يكون سوى إختيار للقانون الذي تتركز فيه العلاقة التعاقدية مع الأخذ بعين الإعتبار عناصر العلاقة و الظروف الملابسة لها، و هو ذات الأمر الذي يرجع إليه القاضي في إستخلاص الإرادة الضمنية، و على هذا فإن الأطراف باختيارهم لقانون معين يكونوا قد اختاروا القانون الأنسب لحكم العلاقة التعاقدية، و هو القانون الذي ترتكز فيه العلاقة التعاقدية[3].

و بذلك فإن النظرية الموضوعية تقوم على إعلاء سلطان القانون على إرادة المتعاقدين، حيث ترجع إختيار القانون إلى قاعدة التنازع المنصوص عنها في دولة القاضي واصفة دور الإرادة بقاعدة إسناد فقط.

و من خلال تطويع النظرية الموضوعية في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الإستهلاك الدولي، فإن المتعاقدون لا يستطيعون مخالفة القواعد الآمرة، وهذا الغرض كثير ما يحدث في عقود الإستهلاك الإلكترونية ذات البعد الدولي، مما يترتب على ذلك البحث عن بديل هو خضوع العقد الدولي لأحكام النظرية الموضوعية[4].

---

[1] نجلاء عبد حسن الأسدي، تدويل عقود المستهلكين و أثره في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 72.

[2] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، حسين عمران جرمط العبيدي، أثر قواعد الإسناد لحماية المستهلك الإلكتروني في العلاقات الخاصة الدولية، مجلة المحقق الحلي للعوم القانونية و السياسية، جامعة بابل، العراق، العدد 03، السنة2021، ص 287.

[3] إبراهيم بن أحمد سعيد الزمزمي، المرجع السابق، ص 115.

[4] فراس كريم الشيعان، إرم عصام خضير، أثر مبدأ قانون الإرادة على إختلال التوازن في العقود الدولية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العراق، المجلد 03، العدد 29 ، مارس 2016، ص 227.

من هنا يمكن القول بأن مضمون هذه النظرية يتأسس على تركيز العقد في موقع محدد من قبل أطرافه طبقا لطبيعة العقد وملابساته، وتبقى السلطة الأكبر للقاضي في تصحيح هذا التركيز، مما يعني ذلك أن هذه السلطة الكبيرة للقاضي تعد قيدا على حرية الأطراف، وقوة المورد الاقتصادية والفنية في إختيار القانون الذي يمكن له أن يحرم الطرف الضعيف من الحماية اللازمة[1].

و للأهمية التي حظى بها مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية، كان لابد أن نتطرق إلى بيان موقف التشريعات الوطنية و الإتفاقيات الدولية من هذا الضابط.

البند الثالث: موقف التشريعات القانونية من مبدأ قانون الإرادة

أضحى مبدأ قانون الإرادة و ما نتج عنه من حرية المتعاقدين في إخضاع عقدهم للقانون الذي يختارونه مبدأ ثابتا في القانون المقارن، حيث تعترف به التشريعات الوطنية و الإتفاقيات الدولية و تأكده كذلك الأحكام القضائية، و هذا ما سنتطرق له على النحو التالي:

أولا: موقف الإتفاقيات الدولية من مبدأ قانون الإرادة

نصت الإتفاقيات الدولية و التشريعات المختلفة على مبدأ قانون الإرادة حيث أدى ذلك إلى حرص العديد من الدول على تنظيمه في إطار دولي، و من الإتفاقيات الدولية التي تناولت في طياتها قانون الإرادة و بينت موقفها منها المادة 1/2 من إتفاقية لاهاي الخاصة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية المبرمة في 15 يوليو 1955 و النافذة ابتدأ من أول سبتمبر عام 1964م[2]، و في نفس الصياغ نصت إتفاقية روما الموقعة في 19 جوان 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على

[1] فراس كريم الشيعان، إرم عصام خضير، المرجع السابق، ص 822.

[2] صالح المنزلاوي، النظام القانوني لتجارة الإلكترونية في نطاق القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 265.

الإلتزامات التعاقدية الدولية في المادة 3 الفقرة 1 منها على نفس المبدأ[1]، و هو ما سارت عليه أيضا إتفاقية مكسيكو حول القانون المطبق على العقود الدولية لعام 1994[2].

أما في نطاق التعاقد الإلكتروني فمن الإتفاقيات المتخصصة التي تعترف بهذا الحق لأطراف العقد في إختيار القانون الواجب التطبيق، نجد قانون اليونسترال لسنة 1996 بشأن التجارة الإلكترونية[3].

و بهذا نجد أن العديد من الإتفاقيات قد كرست قاعدة قانون الإرادة على العقود الدولية المبرمة عبر الأنترنت أيا كان نوعها، و من ذلك العقود المبرمة عبر الشبكة بين التجار و المستهلكين، و غيرها من عقود المعاملات الإلكترونية.

ثانيا: موقف التشريعات الوطنية من مبدأ قانون الإرادة

أسوة بالاتفاقيات الدولية وجد مبدأ سلطان الإرادة طريقه إلى العديد من التشريعات الوطنية كذلك ، من ذلك المادة 116 من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 18 ديسمبر 1978، و المادة 187 من التقنين الأمريكي الثاني، و المادة 317 من القانون الدولي الخاص لإقليم كبيبك الكندي الصادر في 1991[4].

---

[1] زياد خليف العنزي، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقا لمبدأ مؤتمر لاهاي لعام 2015، مجلة جامعة الشارقة للعوم الشرعية والقانونية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، المجلد 13، العدد 02، ديسمبر 2016، ص 312.

[2] María Mercedes Albornoz, La loi Applicable Aux Contrats Internationaux Dans Les Pays Du Mercosur, Thèse pour Obtenir le Doctorat en Droit Privé, University Paris II, 2006, p. 238.

[3] تنص المادة 4 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996، بعنوان التغيير بالإتفاق:

(1) في العلاقة بين الأطراف المشتركة في إنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر، وما لم ينص على غير ذلك، يجوز تغيير أحكام الثالث بالإتفاق.

(2) لا تخل الفقرة (1) بأي حق قد يكون قائما في أن تعدل بالإتفاق أي قاعدة قانونية مشار إليها في الفصل الثاني.

[4] محمد فوزي محمد سعد خطاب، قاعدة قانون الإرادة و مدى إنطباقها على عقود نشر المصنفات الأدبية، المجلة العلمية للملكية الفكرية و إدارة الإبتكار، جامعة حلوان، مصر، المجلد 2، العدد 1، جانفي 2019، ص 217.

أما على مستوى التشريعات العربية فقد نصت المادة 19 من القانون المدني المصري و المادة 62 من القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998 على ذات نفس المبدأ، وهو كذلك في كافة تشريعات العالم[1].

أما بالنسبة للمعاملات الإلكترونية فقد جاء قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم: 85 لسنة 2001 منسجما مع المادة 20 من القانون المدني الأردني، و هو نفس نهج المشرع الإماراتي ـ في القانون رقم: 02 لسنة 2002 و الخاص بالمعاملات و التجارة الإلكترونية لحكومة دبي ـ حين أعطى أطراف العقد الإلكتروني الدولي الحق في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم[2].

و في ما يخص بعقود الإستهلاك الإلكترونية على وجه الخصوص فقد نص القانون الأمريكي الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسب الآلي لسنة 1999 على قانون الإرادة في المادة 109 منه، و التي جاء فيها يجوز للطرفين في اتفاقهم تحديد القانون الواجب التطبيق: " The parties their agreements may choses the applicable law"[3].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

أعتنق المشرع الوطني نفس المبدأ من خلال نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري، حيث يتضح من خلال هذه المادة بأن المشرع الوطني قد بنى قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية على ضابط إسناد أصلي هو قانون الإرادة، وثلاث ضوابط إسناد احتياطية هي: قانون الموطن المشترك، قانون الجنسية المشتركة وقانون محل الإبرام، و إشترط في قانون الإرادة أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، فلم يترك بالتالي لطرفي العقد الحرية الكاملة لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما[4].

---

[1] محمد الأيوبي، دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة القانون التجاري، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، العدد 02، السنة 2015، ص 158.

[2] زياد خليف العنزي، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني في التشريع الإماراتي، مجلة معهد دبي القضائي، الإمارات العربية المتحدة، العدد:06، نوفمبر 2015، ص 83.

[3] نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 116 و 117.

[4] نصت المادة 18 من القانون رقم 05-10 المتضمن القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

و السبب في هذا التقدير القانوني حسب رأينا هو ضرورة إقامة توازن بين إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد من ناحية، وضرورة خضوع هذه الرابطة العقدية للأحكام الآمرة للدولة القريبة للعقد واختصاص قضائها الوطني منعا للغش وحماية للطرف الضعيف في العقد من ناحية أخرى[1].

أما بالنسبة للعقود الإلكترونية فإنه و بعد صدور القانون رقم: 18- 05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، و بالرجوع إلى المادة 2 منه نجده نص على ما يلي: "يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات الإلكترونية في حال ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو مقيما إقامة شرعية في الجزائر، أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري، أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر"[2].

و بناء عليه فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية من حيث الموضوع يتطلب الرجوع إلى هذه المواد تحديدا، حتى و لو كان الأمر متعلقا بعقد إستهلاكي دولي يحتاج فيه المستهلك لحماية تشريعية خاصة سواء في مرحلة إبرام العقد أو في مرحلة تنفيذه، وذلك لعدم وجود نصوص قانونية أخرى تسمح بمعاملته معاملة حمائية على النحو المعمول به في إطار العقود الداخلية الخاضعة لأحكام موضوعية خاصة.

حيث نجد أن المشرع الوطني في القانون 05/18 أسقط واستغنى عن إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق بخصوص العقود الإلكترونية، و إعتمد على ضوابط موضوعية جامدة لتحديد القانون الواجب التطبيق تتمثل في تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو مقيما إقامة شرعية بالجزائر، أو شخصا معنويا خاضع للقانون الجزائري، أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر، و هو يفهم بأن المشرع الوطني لم يفرد أي

[1] حنان مناصرية، عزيزة شبري، دور قانون الإرادة في تطبيق العقود الإلكترونية، مجلة جيل للأبحاث القانونية المعمقة، قسنطينة، الجزائر، العدد 18، ديسمبر 2017، ص 78.

[2] أنظر: المادة 2 من القانون رقم 05/18 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق ل 10مايو سنة 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية، الجريدة الرسمية العدد: 28، بتاريخ 20 شعبان 1430، الموافق ل: 16 ماي سنة 2018.

ضابط حمائي للمستهلك الإلكتروني في مثل هذه الفروض، و هو ما يستوجب منه إعادة صياغة هذه المادة من جديد.

في حقيقة الأمر إن ما ذهب إليه المشرع الوطني يطرح أكثر من علامة استفهام بإعتبار أن الإرادة أهم ضابط يمكن الاستناد عليه لحكم العلاقات التجارية الدولية الإلكترونية أو المادية، و بالنظر كذلك إلى خصوصية المعاملات الإلكترونية من جهة، وكذا حجم الإنتقادات الموجهة للضوابط الموضوعية الجامدة من جهة أخرى، حيث يتبين أن المشرع الوطني قد قيد حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد و استلزم وجود صلة حقيقية بين القانون المختار و بين المتعاقدين أو العقد، و قد أورد هذه الأحكام في مجال عقود التجارة الدولية المبرمة بالوسائل التقليدية، و هذا ما رفض البعض الأخذ به في مجال عقود التجارة الإلكترونية كون أن هذه العقود تستلزم تحرير إختيار المتعاقدين من كل قيد.

و عليه يجب التعامل مع المادة 2 من قانون التجارة الإلكترونية 05/18 على أنها قاعدة إسناد استثنائية عن القاعدة العامة الواردة في المادة 18 من القانون المدني لتعلقها بالعقود الدولية الإلكترونية حصرا، وهي قاعدة قام المشرع الوطني بصياغتها بطريقة أحادية بحيث أنها تؤدي إلى تطبيق القانون الجزائري دون غيره[1].

و لأنه في نطاق العقود التجارية الدولية فالمتعارف عليه أن يقوم المتعاقدان بتحديد أو إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، و عليه فإننا نتساءل عن كيفية إعمال مبدأ قانون الإرادة في مجال عقود الإستهلاك الإلكترونية؟

الفرع الثاني: كيفية إعمال مبدأ قانون الإرادة في مجال عقود الإستهلاك الإلكترونية

بينا أن قانون الإرادة هو القانون الذي يختاره أطراف العقد الدولي ليكون هو القانون المختص بحكم عقدهم الدولي وفقا لنطاقه المبين سابقا، إلا أن هذا الإختيار يثير التساؤل حول كيفية التعرف

[1] فتيحة سعدي، تنازع القوانين في مجال العقود الاستهلاكية الدولية في القانون الجزائري و المقارن، مجلة جيل للدراسات المقارنة، طرابلس، لبنان، العدد 04، جوان 2019، ص 74.

على إرادة المتعاقدين لتحديد قانون الإرادة، والجواب على ذلك أن إرادة المتعاقدين قد تكون صريحة "Express"، و قد تكون ضمنية"Tacit" [1].

و عليه فكيفية إعمال مبدأ قانون الإرادة في مجال عقود الإستهلاك الإلكترونية يكون إما بالإختيار الصريح أو الإختيار الضمني، و ذلك على النحو التالي:

البند الأول: الإختيار الصريح لمبدأ قانون الإرادة

تعد إرادة المتعاقدين أفضل وسيلة لتسوية تنازع القوانين في مجال عقود التجارة الإلكترونية، و ذلك من خلال الإختيار الصريح لقانون العقد، و بإعتبار أن العقود الإلكترونية المبرمة عبر الأنترنت هي في الغالب عقود دولية، فإنه في الأغلب يتم إدراج بند من بنود العقد يتضمن تحديد القانون الواجب التطبيق في تلك العقود حيث يتم إدراج تحديد القانون على صفحة الموقع الخاصة بالمورد[2].

كما يمكن تحديد القانون المختار عن طريق بند الإختصاص التشريعي، أو يتقرر تحديده من خلال إعتماد الأطراف على أحد العقود النموذجية المألوفة في مجال عقود التجارة الإلكترونية[3].

و إذا كان الأصل أن يتم الإتفاق على إختيار قانون العقد لحظة إبرامه بموجب شرط صريح يدرج ضمن شروط العقد الأصلي، فإن هذا الإتفاق يمكن أن يتراخى إلى مرحلة لاحقة على إبرام العقد[4].

و تجدر الإشارة إلى أن التعبير عن الإرادة الصريحة في إختيار قانون العقد في إبرام المعاملات الإلكترونية، يتم من خلال الرسائل الإلكترونية أو عن طريق البريد الإلكتروني أو أي وسيلة أخرى من الوسائل الإلكترونية[5].

---

[1] سليمان أحمد الفضل، المرجع السابق، ص 172.

[2] محمد فواز محمد المطالقة، خلدون فوزي قندح، المرجع السابق، ص 261.

[3] Michel Vivant, Les Contrats du Commerce Electroniques, Conception, construction, Redaction, Paris, Litec, 1999, p 173.

[4] سليمان أحمد الفضل، المرجع نفسه، ص 173.

[5] فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 259.

من خلال ما سبق يتبين بوضوح أهمية إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقدهم بصفة صريحة، حيث يترتب على مثل هذا الإختيار تجنيب القاضي المختص بالنزاع عملية البحث عن القانون المختص بحكم العلاقة العقدية[1].

و عليه نخلص بأنه من الأفضل إتفاق الأطراف في مجال عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية على القانون المختار بصفة صريحة، إلا أن سكوتهم لا يعني عدم قابلية تحديد هذا القانون بل ينبغي على القاضي الكشف عن إرادتهم الضمنية من خلال الإستهداء بظروف و ملابسات العقد.

البند الثاني: الإختيار الضمني لمبدأ قانون الإرادة

إن مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق هي مهمة أطراف العقد بالدرجة الأولى و في الحالات التي لا يتم تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف بصورة صريحة، تناط مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق إلى القاضي فيسعى إلى البحث عن هذه الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال أي تعبير ضمني عنها[2].

حيث يجد إعمال الإرادة الضمنية للمتعاقدين أساسه في العديد من الإتفاقيات الدولية، و التقنيات الحديثة للقانون الدولي الخاص فعلى سبيل المثال نصت المادة 7 من إتفاقية مكسيكو على أن: "ينظم العقد بالقانون المختار من الأطراف و يجب أن يكون هذا الإختيار صريحا، و في غياب الإختيار الصريح يستخلص الإختيار بأسلوب واضح من سلوك الأطراف أو الشروط التعاقدية"، كما وجد هذا المنهج مقننا في العديد من التشريعات الوطنية[3].

أما بخصوص موقف المشرع الوطني من هذه المسألة فإنه و نظرا لأنه لم يورد مثل هذه العبارات في المادة 18 من القانون المدني المعدلة، فقد إتجه البعض إلى القول بأنه قد تبنى كغيره من التشريعات

---

[1] إن تطبيق هذا القانون المختار من طرف الأطراف في العلاقة الدولية يكون مقيدا بعدم مخالفته للنظام العام في دولة القاضي من جهة، و عدم ثبوت الإختصاص له بطريق الغش نحو القانون من جهة أخرى، أنظر: عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص 81.

[2] أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، دراسة مقارنة، رسالة لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، السنة 2017، ص71.

[3] عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع نفسه، ص 86.

الإتجاهات التي تنكر على الإرادة الضمنية دورها في تحديد القانون الواجب التطبيق، و مرد ذلك لصعوبات العملية التي تعترض القاضي عند الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين[1].

إلا أن الفقه و القضاء في مجال العلاقات الدولية الخاصة إستقر على أن للقاضي المعروض عليه النزاع صلاحية الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، من خلال عدة قرائن يستدل بها للكشف على هذه الإرادة، وهذه القرائن منها ما يكون ذاتيا يستمد من الرابطة العقدية ذاتها و منها ما يكون خارجيا يستخلص من ظروف و ملابسات التعاقد [2].

إن مسألة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين قد لا تكون في مجال التعاقد عبر شبكة الأنترنت بنفس السهولة التي كانت تبحث بها وفق طرق التعاقد التقليدية، وبالتطبيق في عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية خاصة فإن هناك عددا من العناصر التي أقرها الفقه و القضاء بإعتبارها ضوابط لاستخلاص الإرادة الضمنية تعد عديمة الجدوى في مجال التجارة الإلكترونية[3]، كما هو الحال بالنسبة لمكان تنفيذ العقد الإلكتروني أو لغة العقد بإعتبار أن معظم العقود الدولية التي يتم إبرامها عبر شبكة الأنترنت تحرر باللغة الإنجليزية فاللغة الإنجليزية التي هي اللغة الأكثر استخداما على شبكة الأنترنت[4].

كما أنه في حالة إستخدام لغة أخرى غير اللغة الإنجليزية فإنها تترجم بطريقة آلية إلى اللغة الإنجليزية من خلال برامج الحاسب الآلي، علاوة على ذلك فإن عملة الوفاء الإلكترونية تعد قرينة ضعيفة، و بالتالي لا يكون لها الأثر في مجال عقود الإستهلاك الإلكترونية[5].

في ضوء ما تقدم نلاحظ أن خضوع عقد الإستهلاك الإلكترونية الدولية لقانون الإرادة يعد من المبادئ المهمة في التعاملات الإلكترونية ذات الطابع الدولي، و ذلك إما بوصف تلك الإرادة وسيلة

---

[1] فاطمة الزهرة جندولي، المرجع السابق، ص 75.

[2] محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، دراسة مقارنة، دار الحامد، عمان، الأردن، 2013، ص 53.

[3] سليمان أحمد الفضل، المرجع السابق، ص 178.

[4] أبو الهيجاء محمد إبراهيم العرسان، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 120.

[5] Zanobetti Alessandra, Le Droit des Contrats dans le Commerce Electronique International, Revue de Droit des Affaires Internationales, International Business Law Journal, Unictral Law Library, Paris, 2000, p 552.

لنزع الرابطة العقدية من حكم القانون أو لإخضاعها لسلطانه، إلا أن التساؤل يبقى مطروح حول حدود مساهمة هذا المبدأ في تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني في معاملاته الدولية؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في الفرع الموالي.

الفرع الثالث: تقييم دور مبدأ قانون الإرادة في حماية المستهلك الإلكتروني

برغم من كون مبدأ سلطان الإرادة –كما عرفناه سابقا – يعتبر ضابط الإسناد الأساسي بل الرئيسي في العقود الدولية، غير أن هذا لا يعني أنه قد تم قبول هذا المبدأ على إطلاقه[1].

فبتطبيق ضابط الإرادة على عقود الإستهلاك فسنصبح أمام عقود تعسفية يختار فيها المتدخل القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الأكثر مصلحة له، دون الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المستهلك ليطبقه على العقد[2].

ناهيك على أن الإعتماد على قانون الإرادة كضابط إسناد رئيسي، في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الإستهلاك الدولي يتم تحديده بطريقة مجردة معصوبة العينين دون اهتمام بمضمون و مدى ملائمته للعقد، و عليه ستبقى العدالة التنازعية بعيدا عن أن تمارس دورا مباشرا في حماية الطرف الضعيف في العقد الدولي، لأن دورها يتوقف عند حد الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق بصرف النظر عما إذا كانت أحكام هذا القانون هي الأكثر فعالية في حماية الطرف الضعيف أم لا[3].

لهذه الأسباب نجد العديد من القوانين تدعوا صراحة لتجنب السلبيات الناتجة عن التطبيق المطلق لضابط الإرادة على العقود الإستهلاكية الدولية ،حيث نادى الكثير من فقهاء القانون الدولي الخاص بضرورة حماية المستهلك الإلكتروني، من خلال إما إبعاد هذا المبدأ كليا في مجال عقود الإستهلاك، و بين مؤيد للإبقاء عليه مع تقييده، و ذلك على النحو التالي:

[1] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 228.

[2] سفيان شبة، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري و القوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة و القانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 04، جانفي 2011، ص 6.

[3] حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 21.

البند الأول: حماية للمستهلك الإلكتروني بالإبعاد الكلي لمبدأ قانون الإرادة

يقصد بهذه القاعدة هو إبعاد مبدأ حرية الإرادة أو قانون الإرادة في العقود التي يكون أحد أطرافها ضعيفا من حيث القوة التفاوضية[1]، أي أن لما كان مبدأ سلطان الإرادة هو الذي يمنح المتعاقدين حرية إختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي هو السبب الرئيسي للإجحاف بالطرف الضعيف، فقد يبدو لأولى وهلة أن أفضل وسيلة لحماية هذا الطرف في العقود التي تتسم بحاجة للحماية هي حرمان الأطراف كلية من مكنة إختيار القانون الذي يحكم العقد، و هو الأمر الذي يؤدي عملا إلى حرمان الطرف القوي فقط من هذه المكنة بما يحوله دون تعسفه بالطرف الضعيف وجوره عليه[2].

و نتيجة لذلك يذهب جانب من الفقه إلى استبعاد القانون المختار من جانب الأطراف في حال عقود الإستهلاك، بإعتبار أن من شأن هذا الإختيار أن يؤدي إلى تطبيق قانون آخر غير قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك بما يؤدي ذلك إلى حرمان المستهلك من المزايا التي يوفرها له قانون محل إقامته المعتادة[3]، و يضيف البعض أن هذا الحل يجد أساسه في أن أغلب العقود التي يبرمها المستهلك هي عقود إذعان و التي يبرمونها تحت ضغط الحاجة أين تتميز بعدم التكافؤ في القوى بين طرفي العقد[4].

---

[1] وفاء يعقوب الجناحي، دور قواعد القانون الدولي الخاص في حماية المستهلك الإلكتروني في العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، مجلة جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، المجلد 16، العدد 01، يونيو 2019، ص450.

[2] أحمد محمد الهواري، مستحدث القول في حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية و الإقتصادية، جامعة حلوان، جمهورية مصر العربية، العدد17، ديسمبر 2007، ص 283.

[3] يرى أنصار هذه الفكرة أن إستبعاد مبدأ سلطان الإرادة من العقود الاستهلاكية الدولية تفرضها الطبيعة الحمائية المتوخاة من أجل حماية المستهلك، باعتباره الطرف الضعيف في العقد الدولي، بالإضافة إلى أن أساس وجود قوانين الإستهلاك أصلا هي رغبة المشرع بإضفاء حماية للمستهلك، وإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية بين الأطراف، و تكريس ضابط الإرادة على أساس مطلق، قد لا يتضمن حماية فعالة للمستهلك الدولي، لمزيد من التفصيل حول هذا الإتجاه أنظر: خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 97.

[4] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 229.

و لقد تبنى المشرع السويسري هذا النهج في المادة 120 من القانون الدولي الخاص الجديد والتي حضرت إتفاق الأطراف في عقود الإستهلاك، و هذا هو أيضا نهج قانون مقاطعة كبيبك الكندية الخاص بحماية المستهلك الصادر في 14 جويلية 1970[1].

و بشأن حقيقة الوضع في عقود الإستهلاك الإلكترونية نرى أنه لا يمكن تعطيل دور الإرادة كليا، لأنه من ناحية يوجد لدى المستهلك مصدر معلومات ضخم من خلال الأنترنت يمكنه الحصول على المعلومات عن جميع الموردين المنافسين للمورد الذي يتعامل معه، بالإضافة إلى أن القواعد التي تنظم الحماية الخاصة بالمستهلك هي قواعد آمرة في أغلب الأحوال، أو من قواعد البوليس التي تكفل حلا مباشرا للنزاع، و التي يطبقها القاضي مباشرة دون النظر إلى القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد كما سيأتي بيان ذلك لاحقا[2].

خلاصة القول بأن الإستبعاد الكلي لمبدأ قانون الإرادة في مجال العقود الإلكترونية الدولية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا قد يفرز نتائج غير محمودة لا يحبذها المشرع، و عليه فإنه ليس من الضروري الإبعاد الكلي لقانون الإرادة و إنما يجب تقيده فقط، و هو ما إتجه إليه جانب آخر من الفقه.

البند الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني بتقييد مبدأ قانون إرادة الأطراف

يرى جانب كبير من الفقه إلى أن إلغاء دور الإرادة كلية في تعيين القانون الذي يحكم هذه العقود يتجاوز الهدف المنشود وهو تحقيق حماية للمستهلك، لذلك رأى البعض أن لحماية المستهلك لابد من تقييد قانون الإرادة بالقواعد الموضوعية الحمائية المقررة قانونا للمستهلك[3]، و ليس من

[1] أحمد محمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 43.

[2] وفاء يعقوب الجناحي، المرجع السابق، ص 448.

[3] المقصود بقاعدة تقييد قانون الإرادة هو تجنب استبعاد حق الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق، فتقييد دور ضابط الإرادة هنا لا يعني إستبعاد في جميع الأحوال خاصة إذا كان يساهم في تحقيق الحماية الفعالة للمستهلك، ففي هذه الحالة يكون تعطيل قانون الإرادة غير مبرر، أنظر: أحمد محمد الهواري، مستحدث القول في حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 287.

الضروري الإستبعاد الكلي لقانون الإرادة فهذا الإستبعاد قد يأتي متوافقا مع حماية هذا العاقد و قد يأتي على حساب هذه الحماية[1].

و عليه تكون حماية المستهلك الإلكتروني من خلال تقييد مبدأ قانون إرادة الأطراف دون إستبعاده نهائيا، ولكن تقييده إلى حد عدم الإخلال بتطبيق القواعد الحمائية الآمرة لدولة إقامة الطرف الضعيف[2]

و يبرر هذا القول أن الإبقاء على ضابط الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على العقود الدولية من شأنه أن يحقق الأمان القانوني، كما من شأنه أن يحقق مصالحهم من خلال تمكينهم من إختيار قانون متطور يخدم مصالحهم و ينسجم مع الطبيعة المميزة للعقد خصوصا عقود التجارة الإلكترونية التي مازالت الفجوة كبيرة فيما بين قوانين الدول المختلفة، مما يحقق ازدهار هذه التجارة[3].

أما عن الأساس القانوني لهذا الحل فمن بين الإتفاقيات التي تبنت هذا النهج نجد إتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، وعدم الإعتداد بإختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق متى كان هذا الإختيار ضارا بالمستهلك[4].

يتضح من كل ما سبق بأن هناك مبدأ عام يمكن استخلاصه مما جرت عليه تشريعات القانون الدولي الخاص الوطنية و المعاهدات الدولية هدفه حماية المستهلك، و القاضي في حالة ما إذا اتجه الأطراف إلى إختيار قانون أجنبي ليطبق على علاقتهم التعاقدية، سيقوم بفحص مدى اصطدام مضمون هذا القانون مع القواعد الآمرة في القانون الداخلي، ليقوم بتطبيق القانون الذي يوفر حماية

---

[1] كيحل كمال، قانون العقد الدولي و أثره على المستهلك، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة أحمد دراية، أدرار، العدد 46، سبتمبر 2018، ص 128.

[2] يقصد بالقواعد الحمائية الآمرة هي: "مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم المصالح الأساسية والعليا في شكل قواعد آمرة و ناهية يمنع على الأفراد الإتفاق على مخالفتها في الحال، كونها تهم مصلحة المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد مما يجعل فكرة النظام العام قيدا على حرية التعاقد"، أنظر: فريدة محمدي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998، ص 29.

[3] أحمد محمد الهواري، مستحدث القول في حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 287.

[4] خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 116.

أكبر للمستهلك أما إذا أتفق مع هذه القواعد أو دعم الحماية للطرف الضعيف يجب تطبيقه على العلاقة التعاقدية[1].

ولا يختلف الحال في مجال عقود الإستهلاك الإلكترونية حيث أن هذا الحل يعطي للمستهلك الإلكتروني حماية كاملة في تعاقداته مع المهني، فهو في حال تم تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف و سواء إنفرد به المهني أم لا، فإن القاضي سوف يفحص مضمون هذا القانون ليستبعده أو يطبقه بحسب تعارضه مع القواعد الآمرة في قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، و التي تمثل الحد الأدنى من الحماية له، وعليه فإعطاء الإرادة هذا الدور وفق التحديد السابق من شأنه منح الثقة و الأمان في معاملات التجارة الإلكترونية والتي يغلب عليها الطابع الاستهلاكي[2].

بالإظافة إلى أن زيادة معدلات المستهلكين المتعاملين مع الشبكة حيث تزدهر هذه التجارة و تتطور، و يزول الخوف أو اللبس لدى المستهلك من بسط هذه الحماية عليه، لكونه سيتمتع في ظل هذا النهج بأكبر قدر من الحماية إما وفقا للقانون المختار أو وفقا للقانون الموضوعي الذي يحكم العقد أصلا أيهما أكثر حماية[3].

نتيجة لما سبق نخلص إلى أنه لا مانع في إعمال قانون الإرادة في نطاق عقود المستهلكين الإلكترونية الدولية، شرط عدم إحلال هذا القانون المختار بالقواعد الآمرة في قانون المستهلك أو محل إقامته المعتادة، أين تذهب التشريعات إلى الإعتماد على هذه الضوابط السابقة في تحقيق الحماية الكافية للمستهلك الإلكتروني.

[1] صراح خوالف، مظاهر تأثير قانون الإستهلاك على ضابط الإرادة في القانون الدولي الخاص، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، العدد 03، ماي 2021، ص 1094.

[2] أصبح الأمن القانوني هو القاعدة الأساسية التي تبنى عليها سياسة التشريع في النظم القانونية المعاصرة، و إذا كان هذا الأخير ضروري فإن الحاجة إليه تزداد مع تبني نظم جديدة كالتجارة الإلكترونية لأن مراعاة الأمن القانوني تبعث بالطمأنينة للمتعامل الإلكتروني، و في هذا السياق يقول الكاتب الفرنسي هنري مازود " أكثر من العدل نحتاج إلى الأمن كي نعيش"، أنظر:

- Henri Mazeaud, Francois Chabas, Droit civil, Obligations, 10eme edition, Paris, 2000, p 199.

[3] Faye Fangfei Wang, Internet Jurisdiction and Choice of Law, Legal Practices in the USA and China, Cambridge University Press, Illustrated Edition, 27 September, 2010, p103.

و إن كان هذا هو الحل المعمول في حالة التحديد الاتفاقي لأطراف النزاع، فإن التساؤل سيبقى مطروح حول القانون الواجب إعماله عند سكوت أطراف عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية عن هذا التحديد.

المطلب الثاني

حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال ضوابط الإسناد التقليدية

على الرغم من أهمية ضابط قانون الإرادة وقدرته على فض المشاكل التي تثيرها العقود الدولية، إلا أن إعماله يتعطل في حال سكوت الأطراف عن بيان القانون الواجب التطبيق، و في هذه الحالة لا يجوز للقاضي المعروض عليه النزاع أن يمتنع عن أداء واجبه، و إلا وقع تحت طائلة العقاب المقرر عن جريمة إنكار العدالة[1].

حيث يتوجب على القاضي الاجتهاد للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على العقد و ذلك إما بالإستناد إلى ضوابط جامدة ومعلومة سلفا، أو بإسنادها إلى ضوابط مرنة تستمد من الطبيعة الذاتية للعقد[2]، و عليه فعقود الإستهلاكية الإلكترونية الدولية لا تخرج من هذه الفروض السابقة.

و لما كان تطبيق هذه الضوابط السابق ذكرها تهدف إلى تجاوز ما تطرحه العقود الدولية التقليدية من صعوبات، فإن التساؤل المطروح هو حول مدى فعاليتها في حماية المستهلك الإلكتروني؟ هذا ما سيتم الإجابة عليه من خلال تقييم إعمال ضوابط الإسناد الجامدة لحماية المستهلك الإلكتروني في (الفرع الأول) ثم تقييم إعمال ضوابط الإسناد المرنة لحماية المستهلك الإلكتروني في (الفرع الثاني)، و ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: تقييم إعمال ضوابط الإسناد الجامدة لحماية المستهلك الإلكتروني

لقد إستقر فقه القانون الدولي الخاص منذ القديم في ما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في حالة عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية للمتعاقدين، على إعتماد

---

[1] Alexander Runge, The Need for Supporting Electronic Commerce Transactions with Electronic Contracting Systems, electronic markets, Volume 8, Issue 1, 1998, p 18.

[2] هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 548.

ضوابط ثابتة مرتبطة بإرادة الأطراف بوصفها إسناد معبر عن الصلة الوثيقة التي تربط عقدهم بقانون دولة محل الإبرام أو جنسية المتعاقدين أو موطنهما المشترك[1].

حيث يتميز هذا الإتجاه بأنه يكفل للمتعاقدين فرصة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد عند سكوتهم عن الإختيار، و هو ما يحقق لهم الأمان القانوني الذي ينشدونه و يحافظ على توقعاتهم إلى جانب تحقيق الإستقرار في المعاملات التجارية الدولية[2]، و قد إعتمد المشرع الوطني الجزائري هذا الرأي إيمانا منه بصحته[3].

و لكن إذا كان إعمال هذه الضوابط الجامدة من المسائل الميسورة في عقود التجارة الدولية[4]، فهل يمكن للقاضي الإستعانة بها لبيان القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية؟ هذا ما سيتم التعرض له من خلال التطرق لكل من إعمال ضوابط الإسناد الجامدة المرتبطة بالمتعاقدين لحماية المستهلك الإلكتروني، ثم إعمال ضوابط الإسناد الجامدة المرتبطة بالعقد لحماية المستهلك الإلكتروني، كما يلي:

---

[1] محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية:2011/2010، ص 52.

[2] محمد الأيوبي، دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 166.

[3] باستقراء المادة 18 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر نجد أن المشرع الوطني قد نص على ضوابط إسناد أخرى (إحتياطية) يتعين على القاضي إعمالها، و هي على التوالي: قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، قانون محل إبرام العقد، حيث يستفاد من نص المادة أن المشرع لم يترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي و إنما قرر الأخذ بالضوابط المذكورة في نص المادة على سبيل التدرج، مستبعدا في ذلك دور القاضي في تكملة إرادة المتعاقدين و قد إهتم المشرع بترتيب هذه الضوابط أيهم يكون الأكثر صلة بالعقد، أنظر: كمال كيحل، قانون العقد الدولي و أثره على المستهلك، المرجع السابق، ص 129.

[4] إن وصف ضوابط الإسناد بالجمود هنا يرجع إلى كون هذه الضوابط تعتمد على إعتبار مركز الثقل القانوني للعلاقة التعاقدية يكون ثابت مهما اختلف العقد و تباينت عناصره، و الملاحظ أنه و إن كان الرجوع إلى الإسناد الجامد يتم عند غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق، لكن هذا النوع من الإسناد لا يعني تطبيق قانون غير متصل بالعقد، أحمد حسين جلاب، كرار عبود محمد، تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الخدمات الحديثة، مجلة الكوفة، جامعة الكوفة، العراق، العدد:47، سبتمبر 2019، ص 133.

البند الأول: إعمال ضوابط الإسناد الجامدة المرتبطة بالمتعاقدين لحماية المستهلك الإلكتروني

تشمل ضوابط الإسناد الجامدة المرتبطة بالمتعاقدين كل من ضابط الموطن المشترك وضابط الجنسية المشتركة، حيث سنتطرق لمدى ملائمتهم في حماية المستهلك الإلكتروني تباعا، على النحو التالي:

أولا: تقييم دور ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين في حماية المستهلك الإلكتروني

يعتمد في تحديد الموطن على الربط بين الشخص و المكان برباط قانوني، و لهذا يعرفه الفقه بأنه: "المكان الذي يستقر فيه الشخص أو يتخذه مركزا لأعماله أو مصالحه"، حيث يدافع أنصار هذا الإسناد عنه بالقول بأن قانون الموطن المشترك هو القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره، و قد اعتادوا على أن ينظموا سلوكهم وفق أحكامه[1].

و على الرغم من وضوح فكرة الموطن إلا أنه يصعب تطبيقها في مجال المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الأنترنت، ذلك أن التعامل عبر شبكة الأنترنت يعتمد على العناوين الإلكترونية لا العناوين الحقيقية، و هذه العنوانين لا تعطي دلالة واضحة على العنوان الحقيقي[2]، كما أن اشتراك أطراف العقد التجاري الدولي في الموطن قلما يحدث على صعيد التجارة الإلكترونية، و إن حصل فقد يكون منطويا على غش[3].

و بالتطبيق على العقود التي يكون أحد طرفيها ضعيفا كالمستهلك فإنه قد يصعب تصور إعمال هذا الضابط، فالمستهلك يدخل شبكة الأنترنت و يتعاقد مع المورد والطرفان في كثير من

[1] محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 101.

[2] يوسف العلى، مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الأنترنت، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول: الجوانب القانونية و الأمنية للعمليات الإلكترونية، مركز البحوث و الدراسات، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، من 26 إلى 28 أفريل 2003، ص 220.

[3] نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 120.

الأحوال لا يعلمان بموطن بعضهما البعض نتيجة لصعوبة التركيز المكاني لعناصر عقود التجارة الإلكترونية[1].

و عليه فنحن نرى مع البعض في عدم ملائمة الإعتماد على ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية، و هو ما سينتج عنه عدم تحقيق هذا الضابط أي حماية للمستهلك الإلكتروني، ما يستوجب البحث عن إعمال ضابط آخر يكون أكثر حماية.

ثانيا: تقييم دور ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين في حماية المستهلك الإلكتروني

تعتبر الدولة هي صاحبة الإختصاص المانح لشهادة الجنسية، و هذا ما أقرته إتفاقية لاهاي لسنة 1930 بإعتبارها مصدرا لأحكام القانون الدولي الخاص[2].

و على هذا الأساس جعلت بعض القوانين الوطنية من الجنسية المشتركة للأطراف كضابط من الضوابط الاحتياطية المعتمدة عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، و هذا عند سكوت الأطراف عن إختيار القانون صراحة أو ضمنا، رغم ذلك فإن إسناد الرابطة العقدية إلى قانون دولة الجنسية المشتركة هو إسناد منتقد، حيث من الصعوبة بمكان التعويل عليه في مجال العقود التجارية ذات الطابع الدولي[3].

و عليه نرى أن إسناد الرابطة العقدية إلى قانون دولة الجنسية المشتركة يصعب الأخذ به حتى في مجال عقود الإستهلاك الإلكترونية، وذلك لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق في تلك الحالة و بين العقد[4]، كما أن الإعتداد بجنسية المتعاقدين يتطلب التحقق من هوية الأطراف و تحديد أماكن

[1] ليندة بلاش، إخضاع القعد الدولي للقواعد الموضوعية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية:2018/2017، ص 401.

[2] فاطمة رافد، ربيعة صبايحي، تكييف الإسناد لحل تنازع القوانين في عقد المقاولة الدولي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 6، العدد 2، ديسمبر 2012، ص 1574.

[3] صالح المنزلاوي، النظام القانوني لتجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، 332.

[4] إن الإتفاقيات الدولية لم تهتم بضابط الجنسية كمعيار يتم الإعتماد عليه لإيجاد قانون يحكم العقد الدولي، و من ذلك نجد إتفاقية روما لسنة 1980 ضمن نص المادة 4 منها و التي جاءت تحت عنوان القانون المطبق في حالة غياب الإختيار، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة على أنه: " إذا لم يتم إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وفقا لأحكام المادة الثالثة من هذه الإتفاقية فإن العقد يخضع لقانون البلد الذي يرتبط به ارتباطا وثيقا، كما نصت على إمكانية تجزئة العقد إذا كان جزءا من هذا الأخير له صلة أوثق مع بلد آخر"، فاطمة رافد، ربيعة صبايحي، المرجع نفسه، ص 1575.

تواجدهم لحظة إبرام العقد، و هو أمر يصعب التحقق منه في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية[1]، وهو ما يؤدي بالنتيجة إلى إنطباق نفس الحكم عند إعمال هذا الضابط في نطاق عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية لخصوصيتها، و ضرورة حماية الطرف الضعيف فيها.

البند الثاني: إعمال ضوابط الإسناد الجامدة المرتبطة بالعقد لحماية المستهلك الإلكتروني

تشمل ضوابط الإسناد الجامدة المرتبطة بالعقد كل من ضابط محل إبرام العقد وضابط محل تنفيذ العقد، وسوف نتطرق لمدى ملائمتهم في حماية المستهلك الإلكتروني تباعا.

أولا: تقييم دور ضابط محل إبرام العقد في حماية المستهلك الإلكتروني

يعتبر ضابط محل الإبرام من الضوابط التي عولت عليها التشريعات بما فيها المشرع الجزائري لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الإلتزامات التعاقدية، و يطبق هذا الضابط في حالة سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون المختص صراحة، أو في حالة عدم إمكانية الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين[2].

و يرجع سبب إعتماد التشريعات على هذا الضابط لإعتبارات متعددة أهمها أنه أول مكان تتجسد فيه الإرادات، فضلا عن أنه يؤدي إلى وحدة القانون المطبق على العقد، و من جهة أخرى فإن قانون دولة الإبرام هو القانون الذي يسهل على المتعاقدين الرجوع إليه للتأكد عند التعاقد من صحة الشروط التي يزمعون إدراجها في العقد[3].

إلا أنه و بالرغم من كل هذه المحاسن التي ساقها أنصار هذا الضابط فإنه لم يكن ليخلو من سهام النقد التي حاولت النيل من مكانته، بداعي أن هذا الضابط لم يعد متلائما مع تطور أساليب إبرام العقود في مجال التجارة الإلكترونية[4]، كما أن الأنظمة القانونية متباينة بشأن تعيين محل إبرام العقد بصدد العقود التقليدية التي تتم بين غائبين[5].

---

[1] سليمان أحمد الفضل، المرجع السابق، ص 205.

[2] محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 104.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع أصولا و منهجا، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 1996، ص 1105.

[4] محمد بلاق، ضوابط الإسناد ومدى فعاليتها اتجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مجلة المعيار، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، العدد 10، جوان 2016، ص 176.

[5] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 227.

أما في عقود المستهلكين فإن الفقه يجزم قطعا بعدم ملائمة ضابط محل إبرام العقد لحكم هذه العقود، حيث أن ضابط محل إبرام العقد يفتقر من الناحية العملية للفاعلية في حماية المستهلك و الذي يمثل الطرف الضعيف في العقد، إذ أنه من السهل على المهني أن يتحكم في تحديد محل إبرام العقد على نحو يصب هذا التحديد في مصلحته، فقد يلجأ لتجنب تطبيق القواعد الحمائية للمستهلك في دولة محل الإقامة لهذا الأخير[1].

فضلا عن أن مكان إبرام العقد في نطاق المعاملات التجارية الإلكترونية يمكن ألا يرتبط بعلاقة موضوعية أو جوهرية بموضوع العقد، لأن التعاقد من خلال الأنترنت يفترض إتصال العقد أثناء إبرامه بجميع الدول المرتبطة بالأنترنت، مما يعني أن معيار قانون محل الإبرام صعب التطبيق في مجال العالم الافتراضي[2].

إن الوصول إلى تحديد مكان إبرام العقد في عقود الإستهلاك الإلكترونية لا يعني أن هذا القانون هو الأنسب لحكم العلاقة التعاقدية، و ذلك لأن مصالح الأطراف لا تتحقق في هذا القانون إذ أن مصلحة الأطراف غالبا ما ترتبط بمبالغ واجبة السداد، أو تقديم السلع محل الأداء أو إجراءات معينة واجبة الإتباع و كل هذه الأمور ليست لها صلة بقانون محل الإبرام[3].

من كل ما سبق نخلص إلى أن هذا الضابط سيكون قاصرا في تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني، و ذلك نتيجة كل القصور الذي يشوب إعماله في نطاق المعاملات الإلكترونية الدولية، ما يبرر البحث عن إعمال ضابط آخر بإمكانه تحقيق هذه الحماية المنشودة في نطاق العلاقات الدولية الخاصة.

---

[1] بدران شكيب الرفاعي، المرجع السابق، ص 215.

[2] Grossfled Bernhard, Global Accounting, Where Internet Meets Geography, in the American Journal of Comparative Law, Vol. 48, N° 2, the American Society of Comparative Law, 2000, p 93.

[3] مما يزيد في خطورة إعمال ضابط محل إبرام العقد في عقود الإستهلاك الإلكترونية، هو صعوبة التركيز المكاني لعناصر العقد، حيث يتم معالجته إلكترونيا ضمن القواعد العالمية ثم يتم تحويله إلى المتلقي، لمزيد من التفصيل أنظر:

- Sylvette Guillemard, Le Droit International Prive Face au Contrat de Vente Cyber Spatial, Thèse de Doctorat en Droit, de L'université Laval Québec, 2003, p 464.

ثانيا: تقييم دور ضابط محل تنفيذ العقد في حماية المستهلك الإلكتروني

كان أول من نبه إلى أهمية إسناد العقود الدولية إلى قانون دولة التنفيذ هو الفقيه الألماني سافيني "Savigny" بإعتبار أن العلاقة التعاقدية ترتب آثارها في هذه الدولة، و على أساسه ينعقد الإختصاص بحكم العقد لقانون هذا المحل[1]، من هذا المنطلق إعتمدت بعض التشريعات على هذا الضابط لبيان القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية في حالة عدم تحديد هذا الأخير بصفة صريحة من قبل المتعاقدين، و كذا في حالة عدم إمكانية الوقوف عليه من خلال البحث عن الإرادة الضمنية لهما[2].

و ينهض الإسناد إلى قانون دولة تنفيذ العقد على أساس أن الرابطة العقدية ترتب آثارها في هذه الدولة، فضلا عن أن مصالح المتعاقدين ترتكز في هذه الدولة، كما ترجع أهمية قانون دولة محل التنفيذ إلى أنه المكان الذي يحقق مصالح المتعاقدين على إعتبار أن تنفيذ العقد هو هدف المتعاقدين[3].

و إذا كان لتطبيق قانون دولة محل تنفيذ العقد مزاياه السالفة الذكر، فإن التساؤل الذي يثور في هذا الصدد هو حول مدى ملائمة ضابط محل التنفيذ لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الإستهلاك الإلكتروني؟

لقد ذهب جانب من الفقه إلى أن مجتمع الأنترنت، وهو مجتمع إفتراضي مصطنع ينقسم إلى مناطق شبكية للاتصالات، و ليس إلى أقاليم ذات ركائز جغرافية أرضية كما هو الحال في العالم الحقيقي، و من ثم فإن ضوابط الإسناد المتعارف عليها في القانون الدولي الخاص التي تقوم على ركائز مكانية ليس لها أي دور في شأن التنظيم القانوني الدولي للعمليات التي تجري عبر الأنترنت[4].

---

[1] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 232.

[2] تنص المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري: "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاص بتنازع القوانين".

[3] محمد بلاق، ضوابط الإسناد ومدى فعاليتها اتجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 175.

[4] Stefania Bariatti , Internet Aspects Relatifs Aux Lois, le Droit et Défie D’internet, Actes du Colloque de Loussnne, Librairie Dalouz S.A. , Paris, 1997, p 65.

بل و على فرض إمكانية الإستعانة بمثل هذه الضوابط ذات الركائز الإقليمية، فإن القاضي المطروح عليه النزاع ستصادفه صعوبات عديدة في التحديد والتركيز المكاني للأشياء و الأشخاص في مجتمع التعامل على شبكة الأنترنت، فالأمر يتعلق بعالم رقمي لا يعرف غير الأرقام و البيانات ولا أهمية لمن يوجد وراء هذه الأخيرة و أماكنهم، و عليه فلا يمكن الإعتماد على عوامل الإرتباط التقليدية التي تقوم على تركيز العقد تركيزا مكانيا[1].

أما فيما يتعلق بعقود المستهلك فإن الواقع العملي يشير إلى عدم ملائمة هذا الضابط لحمايته، و ذلك بحكم أن إعمال هذا الضابط قد يؤدي إلى الإشارة لقانون لا يكفل للمستهلك أي شكل من أشكال الحماية المطلوبة[2]، خصوصا أنه بإمكان المهني أن يشترط تنفيذ العقد في بلد يكفل مصالحه بغض النظر عن حماية المستهلك حيث قد يكون هذا القانون أقل حماية للمستهلك هذا في العقود التقليدية[3].

أما بالنسبة لعقود الإستهلاك الإلكترونية فهي مثلها مثل عقود التجارة الإلكترونية ينطبق عليها نفس حكم عدم الملائمة، فمثل هذه الضوابط تعتمد على فكرة الإقليمية و هي فكرة لا تتناسب مع العقود الإلكترونية التي يبرمها المستهلك، ناهيك على أنه تم هجرها منذ زمن بعيد لأنها تؤدي إلى تحديد سابق و جامد لضوابط الإسناد، و هو أمر غير مقبول في عصر المعلوماتية[4].

و عليه فإن هذا الضابط كأقرانه من الضوابط الجامدة غير ملائم لعقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية، و بتالي لا يمكن أن يحقق أي حماية بالنسبة للمستهلك الإلكتروني في معاملاته التجارية ما يدفعنا إلى ضرورة إستبعاده.

خلاصة القول أن ضوابط الإسناد الجامدة سواء أكانت متعلقة بالعقد أو المتعاقدين، أثبتت عدم صلاحيتها لحماية المستهلك الإلكتروني في العقود التجارية الدولية، على إعتبار هذه الضوابط

---

[1] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 485.

[2] زهيرة عبوب، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية الدولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية:2018/2017، ص 357.

[3] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، حسين عمران جرمط، المرجع السابق، ص 299.

[4] عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص 96.

تقوم على أسس جغرافية جامدة محددة مسبقا دون مراعاة لطبيعة العقد، و لذلك يفضل الفقه الحديث و القضاء المعاصر إستبدالها بضوابط إسناد مرنة لاسيما إذا تعلق الأمر بحماية الطرف الضعيف في الرابطة العقدية –كالمستهلك – و هو سنتولى إيضاحه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: إعمال ضوابط الإسناد المرنة لحماية المستهلك الإلكتروني

نتيجة الإنتقادات التي وجهت لضوابط الإسناد الجامدة أفرز الفقه الحديث في إطار منهجية الإسناد الموضوعي للعقد الدولي منهجا يتوسط المنهجين السابقين، و هو منهج الأداء المميز الذي بمعنى أنه إذا كان العقد الواحد ينتج عنه عدة إلتزامات فإن أحدهما هو الذي يميز العقد و يعبر عن جوهره[1]، و بتالي يجب الإستناد إليه كضابط في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الذي يكون المستهلك طرفا فيه.

و عليه سنقوم بداية بعرض مفهوم هذا الضابط في مجال عقود الإستهلاك الإلكترونية، و صولا إلى تقييم دوره في حماية المستهلك الإلكتروني، و ذلك حسب التفصيل التالي:

البند الأول: مفهوم ضابط الأداء المميز في مجال عقود الإستهلاك الإلكترونية

بداية يمكن القول بأن الخشية من الإضرار بالأمن القانوني لعقود التجارة الدولية و منها عقود الإستهلاك الدولية، كان سببا في وجود ضابط الأداء المميز الكفيل بتحقيق الحماية اللازمة لتلك العقود بدلا من تبني ضوابط جامدة، فحماية العاقد الضعيف قد تقضي إلى إهدار الضوابط التي لا تعيد التوازن إلى العقد[2].

حيث تنهض فكرة هذا الضابط على أساس تفريد معاملة العقود و تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وفقا لأهمية الإلتزام الأساسي فيه[3]، ولأهميته فقد تعرض الفقه إلى تعريفه بأنه:

[1] إن أول من نادى بالأخذ بفكرة الأداء المميز هو الفقيه السويسري "Schnitzer" والذي برر الأخذ بهذه الفكرة هو هناك طرف واحد في الحياة الإقتصادية للعقد يكون له دور فعال و ظاهري في إبرام العقد، فهو الي يبيع و ينقل و يعطي القرض،...إلخ أم الطرف الآخر ربما يكون عملا عادي، و هذا الأخير لا يمارس وظيفة في إبرام العقد و لا عليه الإلتزام الرئيسي للعقد والذي نشأ العقد لأجله، أنظر: خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 157.

[2] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، حسين عمران جرمط، المرجع السابق، ص 300.

[3] Michelle Jean Baptiste, Créer et Exploiter un Commerce Electronique, Lexis, Litec, France, 1998, p 28.

"ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا"، بينما عرفه الأستاذ "Lagarde" بأنه: "الأداء الذي من أجله يتم الدفع"[1].

و في إطار عملية الإسناد فإن فكرة الأداء المميز تتطلب من القاضي القيام بعملية ذهنية لتكييف العناصر الواقعية المرتبطة بالعقد و وزنها في ميزان الإسناد، و ذلك عن طريق تحليل أداءات المتعاقدين لبيان الأداء المميز من بينها بهدف خضوع العقد بعد مقارنة هذه الأداءات لقانون الدولة التي يتحقق فيها هذا الأداء المميز، و هو في نفس الوقت الأداء الرئيسي من مجموع أداءات المتعاقدين[2].

من هنا يتبين بأن الإسناد وفقا لهذا الضابط يتميز بالمرونة مقارنة بأي ضابط إسناد آخر، كما يوفر للمتعاقدين الأمان القانوني دون أن يؤثر ذلك على مرونة الإسناد التي من خلالها يتم الوصول إلى القانون الواجب التطبيق حسب طبيعة العقد المتنازع فيه[3].

و نتيجة للخصائص التي تتمتع بها هذه النظرية في نطاق عقود التجارية الدولية، فقد تم تبنيها في العديد من التشريعات الوطنية و الدولية.

البند الثاني: التطبيقات التشريعية لنظرية ضابط الأداء المميز

أصبحت نظرية ضابط الأداء المميز منهجا ثابتا في أغلب الأنظمة القضائية، وتعترف بها أيضا الأنظمة القانونية كما أنها تعد مبدأ عاما معترفا به في الإتفاقيات الدولية[4]، و هذا ما سنوضحه في العرض التالي:

---

[1] طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 178.

[2] ماهر إبراهيم قنبر العزاوي، تنازع القوانين في عقد التأمين، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018، ص 301.

[3] Paul Lagarde, Le Nouveau Droit International Privé des Contrats Après L'entrée en Vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, Revue Critique de Droit International Privé, Dalloz, 1991, p 287.

[4] يعتبر القضاء أول من أوجد نظرية الأداء المميز إذ كان أول حكم تضمن هذا المبدأ هو حكم المحكمة الفدرالية السويسرية الصادر عام 1952، كما تبناها القضاء الفرنسي في حكم محكمة باريس الصادر في عام 1955 في قضية تتعلق بنزاع عرض أمام القضاء الفرنسي بشأن عقد دولي يتضمن توريد أجهزة صناعية، حيث أن أطراف العقد لم يعبروا عن إرادتهم في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، في حين عرض النزاع أمام محكمة باريس، ذهبت المحكمة إلى أن تطبيق قاعدة التنازع الفرنسية التي يتم بمقتضاها تحديد القانون الواجب التطبيق، يجب أن يكون موضوعيا بحيث يتم التوصل إلى القانون الأكثر ملائمة لحكم العقد وذلك من خلال البحث عن العناصر الأكثر صلة بالعقد، حيث أقرت المحكمة أن المكان الذي يتم فيه الأداء المميز للعقد يعتبر أكثر العناصر إرتباطا بالعقد، و عليه فإن القانون الواجب التطبيق وفق هذا المعيار هو قانون موطن البائع الذي يلتزم بتوريد الأجهزة الصناعية، أنظر: أحمد محمد الهواري، مستحدث القول في حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص147.

أولا: موقف الإتفاقيات الدولية من نظرية الأداء المميز

أقر ضابط الأداء المميز في العديد من الإتفاقيات الدولية، و لعل أبرزها إتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية لعام 1980، وذلك من خلال نص الفقرة الثانية من المادة الرابعة منها[1]، أما حديثا فقد تبنت إتفاقية مكسيكو المبرمة في 17 مارس 1994 هذا النهج في نص المادة 9 من هذه الإتفاقية[2].

و إذا ما أردنا أن نستند على ما ورد في الإتفاقيات السابق ذكرها على عقود الإستهلاك الدولية، لتوصلنا إلى أن الطرف الذي يلتزم بالأداء المميز في هذه العقود هو المورد نظرا للأداء الرئيسي و الجوهري الذي يلتزم به، و هو ما لا يستجيب مع الحماية المقررة للمستهلك خاصة في عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية البحتة التي تتم و تنفذ عبر شبكات الإتصال الدولية انعقادا وتنفيذا، بحسب ما ذهبت إليه إتفاقية الأمم المتحدة للخطابات الإلكترونية في العقود الدولية[3].

ثانيا: موقف التشريعات الوطنية من نظرية الأداء المميز

لقد ذهبت العديد من التشريعات الوطنية بغية مغادرة اللجوء إلى لضوابط الإسناد الجامدة إلى تبني ضابط الأداء المميز، و من أمثلة ذلك المشرع السويسري في نص المادة 2/117 من القانون الدولي الخاص لسنة 1987، و القانون المدني لمقاطعة كيبك الكندية الصادر عام 1991[4]، أما على صعيد التشريعات العربية فنجد أن المشرع التونسي قد أخذ بضابط الأداء المميز في القانون الدولي

---

[1] تنص الفقرة 2 من المادة 4 من إتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية لعام 1980 على الآتي: "عند إنعدام الإختيار الصريح يسري على العقد قانون الدولة التي يرتبط بها بروابط أكثر وثوقا، و تعتبر هذه الرابطة موجودة في الدولة التي توجد فيها الإقامة العادية وقت إبرام العقد للطرف الذي يقدم الأداء المميز".

[2] عبد السلام علي الفضل، نعيم علي العتوم، منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي، مجلة دراسات لعلوم الشريعة و القانون، الجامعة الأردنية، المجلد 46، العدد01، سنة 2019، ص 570.

[3] أنظر: اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية متاحة على الرابط التالي: https://uncitral.un.org/ar/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications.

[4] رمزي أحمد عوني ماضي، سامر نجيب المعايطة، نظرية الأداء المميز كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية، المجلة الأردنية في القانون و العلوم السياسية، جامعة مؤتة، المجلد 9، العدد 1، مارس 2017، ص 114.

الخاص التونسي الصادر في نوفمبر 1998 من خلال نص المادة 62 منه، في حين لم ينص المشرع الوطني الجزائري على هذا الضابط[1].

إن نظرية الأداء المميز للعقد تعد نظرية ثابتة في أغلب الأنظمة القانونية ، وملائمة في نظر جانب من الفقه لمجال المعاملات التجارية الإلكترونية بما فيها العقود التجارية التي يكون فيها المستهلك الإلكتروني طرفا، و لكن يبقى أن نتسأل عن مدى فعالية الإعتماد على هذا الضابط في تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية الدولية؟ هذا ما سنتطرق للإجابة عليه في البند الموالي.

البند الثالث: تقييم دور ضابط الأداء المميز في حماية المستهلك الإلكتروني

إن الوصول إلى تقييم دور ضابط الأداء المميز في حماية المستهلك الإلكتروني يكون من خلال التطرق لمسألتين هامتين: الأولى، تتمثل في إعمال ضابط الأداء المميز في نطاق عقود الإستهلاك الإلكترونية، و الثانية تتمثل في أثر إعمال ضابط الأداء المميز في حماية المستهلك الإلكتروني، و ذلك من خلال ما يلي:

أولا: إعمال ضابط الأداء المميز في نطاق عقود الإستهلاك الإلكترونية

على الرغم من تبني العديد تشريعات القانون الدولي الخاص والاتفاقيات الدولية، وكذلك قضاء بعض الدول لهذه النظرية كما أوضحنا سابقا، إلا أن الفقه اختلف بخصوص إمكانية إعمال نظرية الأداء المميز في مجال عقود التجارة الإلكترونية بين مؤيد و معارض، حيث حاول كل إتجاه تبرير موقفه، حيث يرى الإتجاه المعارض أن تطبيقه في عقود التجارة الإلكترونية لا يخلو من النقد و ذلك للنواحي التالية:

---

[1] تنص المادة 62 من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في: 27 نوفمبر 1998 على أن "يكون العقد محكوما بالقانون المختار بواسطة الأطراف، فإذا لم يوجد إختيار فيكون العقد محكوما بقانون دولة موطن الطرف الذي يكون إلتزامه قاطعا في تكييف العقد، أو قانون مقر مؤسسته عندما يكون العقد مبرما في إطار أنشطته المهنية أو التجارية".

أولا: أن الوسائط الإلكترونية تجعل من الصعب تحديد مكان العرض أو الشركة المنظمة له فهل هو بلد مقر خدمة الأنترنت؟ أو بلد مقر المنشأة؟ أو بلد المستهلك؟ فالمواقع الإلكترونية تتصف بأنها مؤقتة و محل الإقامة يفترض فيه الدوام[1].

ثانيا: يصعب تطبيق هذه النظرية في العقود الإلكترونية في الحالة التي يتم إبرام العقد و تنفيذه عبر شبكة الأنترنت، حيث أنه لا يوجد إقليم دولة معينة يتم فيها تنفيذ العقد بسبب البيئة غير المادية التي ينفذ العقد من خلالها[2].

ثالثا: أن الأساس التي تقوم عليه هذه النظرية يرجع إلى أساس جغرافي لا يتلاءم مع طبيعة المعاملات الإلكترونية[3].

رابعا: يصعب تطبيق هذه النظرية على العقود الإلكترونية عندما يقوم الطرف المدين بالأداء المميز بإبرام العقد عن طريق حاسوب يمتلكه مقدم خدمات المعلومات مقيم في نفس البلد التي يمارس نشاطه فيها، لأن القانون الواجب التطبيق سيكون قانون دولة مزود الخدمة لا قانون المدين بالأداء المميز[4].

و على الرغم من منطقية هذه المسوغات الرافضة إلا أن غالبية الفقه يرى إمكانية إعمال نظرية الأداء المميز في مجال عقود التجارة الإلكترونية، على أساس أن تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية ملائم إلى حد كبير، لأنها تعطي معيار مرن للقاضي بالرجوع إلى القانون الأنسب لحكم العقد، كما أن هذا الضابط إحتياطي يتم الرجوع له عند غياب الإرادة الصريحة و الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق، هذا بالنسبة للوضع في نطاق العقود التجارية الإلكترونية[5].

---

[1] يوسف عبد الكريم محمد الجرارة، المرجع السابق، ص 386.

[2] فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 114.

[3] طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 183.

[4] محمد الأيوبي، دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 176.

[5] أحمد حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص 143.

ثانيا: أثر إعمال ضابط الأداء المميز في حماية المستهلك الإلكتروني

تبين لنا في الفقرة السابقة كيف أن الفقه يميل إلى ملائمة خضوع عقود التجارة الإلكترونية الدولية إلى ضابط الأداء المميز و لو بتحفظ، و لكن و بالنظر إلى توفير الحماية الواجبة للمستهلك عد هذا الأخير هو مركز الخطورة في العلاقة التعاقدية، و هي الفكرة المقابلة لفكرة الأداء المميز بحيث يعتبر والحالة تلك أن قانون بلد المستهلك هو الأولى بالتطبيق سواء أكان قانون الدولة التي يقيم أو يتوطن فيها[1].

وعلى ذلك فإذا طبقنا معيار الأداء المميز على عقود الاستهلاك فإن القانون الواجب التطبيق سيكون هو قانون الطرف القوي في العقد باعتباره هو المدين بالأداء المميز، وأداء المستهلك هو مجرد دفع مبلغ نقدي في كثير من الحالات يكون ضئيلا كما في عقد القرض أو البيع أو الإيجار أو غيرها[2]، و المدين بالأداء المميز في هذه العقود يكون في أغلب الحالات تاجر أو مهنيا، والمستهلك الذي يعد الطرف الضعيف في العقد يتعاقد من أجل الحصول على سلعة أو خدمة للاستعمال الشخصي أو العائلي، وبالتالي سيكون التاجر أو المهني في وضع أفضل ويستفيد من تطبيق قانون مكان إقامته المعتادة في مواجهة المستهلك[3].

ناهيك على أن الأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى الإخلال بالوظيفة الإقتصادية للعقود لأنه يجعل العقد يرتكز على طرف واحد و هو المدين بالأداء المميز، و لا يعطي أهمية للطرف الآخر و هو في هذا الفرض يمثل المستهلك[4].

و على هذا الأساس وجهت انتقادات إلى نظرية الأداء المميز لاعتبارات أهمها أن هذه النظرية تهدف إلى تطبيق قانون المدين بالأداء المميز، و هو هنا المهني في عقد الإستهلاك الإلكتروني.

و لأن الإتجاه السائد حاليا على مستوى الفقه والتشريع والقضاء والاتفاقيات يتطلب توفير الحماية اللازمة للمستهلكين و بصفة خاصة المستهلك الإلكتروني، فقد ذهب جانب من الفقه إلى

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع "أصولا و منهجا"، المرجع السابق، ص 1111.

[2] Frédéric Leclerc, La Protection De La Partie Faible Dans le Contrats Internationaux, Etudes Conflits de Lois, Bruylant , Bruxelles, 1995, p 177.

[3] عبد السلام علي الفضل، نعيم علي العتوم، المرجع السابق، ص 574.

[4] موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص 103.

إمكانية القضاء بدعم المستهلك من خلال إعتباره هو المدين بالأداء المميز في عقود الإستهلاك حتى يصار إلى تطبيق قانون دولة إقامته[1].

إلا أن هذا الرأي لم يقبل على أساس أن تفعيل دور قاعدة تنازع القوانين الخاصة بحماية المستهلك، ينبغي أن يقوم على إسناد تخييري للمفاضلة بين قانون محل إقامة المستهلك و القانون الذي اختارته إرادة الأطراف، أي أيهما أصلح للمستهلك و بتالي يكون ضابط الإسناد هو القانون الأصلح للمستهلك[2].

من خلال ما سبق يمكن القول بأن إعمال ضابط الأداء المميز على عقود المستهلكين الإلكترونين يكون مرفوضا من ناحيتين، الأولى: أن عقود الإستهلاك الإلكترونية يصعب فيها التركيز المكاني لمقدم الأداء المميز الذي هو في الغالب المورد، و الثانية: أن المستهلك الإلكتروني طرف ضعيف يستحق الحماية خاصة أن إعمال هذا الضابط من شأنه تطبيق قانون المورد، و قد يخلو هذا القانون من الحماية اللازمة للمستهلك الإلكتروني أو قد تكون هذه الحماية أقل من الحماية المقررة له في قانون محل إقامته المعتادة[3].

عطفا على ما سبق نخلص إلى أن إعمال هذا الضابط (الأداء المميز) لا يحقق أي فاعلية في حماية المستهلك الإلكتروني، و هو ما يمثل تراجعا عن فكرة الحماية الخاصة التي يتمتع بها هذا الأخير، و على ذلك فقد ذهب بعض الفقه إلى البحث عن ضوابط أخرى قد تكفل حماية لهذا الطرف الضعيف في العقد.

الفرع الثالث: إعمال ضوابط إسناد ملائمة لحماية المستهلك الإلكتروني

إزاء عجز ضوابط الإسناد التقليدية في بسط الحماية اللازمة للمستهلك الإلكتروني، فقد إتجه الفقه و الكثير من التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية إلى وضع قواعد موجهة تراعي حماية المستهلك بكونه طرفا ضعيفا في العقد، و ذلك من خلال إسناد هذه العقود لقانون يتماشى والحماية

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع "أصولا و منهجا"، المرجع نفسه، ص 1112.

[2] طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 189.

[3] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 260.

التي قررتها له التشريعات الوطنية[1]، و بمنح الاختصاص لضابط محل إقامته بإعتباره القانون الذي يحقق مصلحته، أو تطبيق القانون الأصلح للمستهلك إذا كان هذا الأخير يحقق حماية أكثر للمستهلك من قانون محل إقامته[2]، ولكن إذا كان هذا الوضع يتماشى مع عقود الإستهلاك الدولية التقليدية، فإلى أي مدى يمكن إعمال نفس هذه القواعد في مجال عقود الإستهلاك الإلكترونية؟

هذا ما سيتم الإجابة عليه من خلال التطرق إلى حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال قاعدة الإسناد إلى قانون محل إقامة المستهلك، ثم التطرق إلى حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال قاعدة القانون الأصلح للمستهلك.

البند الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال قانون محل إقامة المستهلك

عقود الإستهلاك من العقود التي تعتبر قواعدها من القواعد الآمرة التي لا يجوز إتفاق الأطراف على ما يخالفها لارتباطها بالنظام الإقتصادي للدولة[3]، و لهذا عملت بعض النظم القانونية الحديثة على حماية المستهلك بوصفه العاقد الضعيف في عقود الإستهلاك"La partie la plus faible" من خلال تعيين القانون الواجب التطبيق بواسطة إسناد موضوعي، متمثلة في تبني قاعدة الإسناد إلى قانون موطن أو محل الإقامة المعتاد للمستهلك[4].

ولبيان الدور الحمائي لهذه القاعدة سنتطرق إلى ماهيتها، و مبرراتها، و أساسها القانوني، ثم تقييم الحماية التي تكرسها لحماية المستهلك الإلكتروني.

[1] يجب الإشارة إلى أن القانون الدولي الخاص قد شهد في القرن العشرين جنبا إلى جنب مع القوانين الموضوعية تطورا ملحوظا في مسألة حماية الدولة للقيم الإجتماعية و حقوق الطرف الضعيف في العلاقات القانونية، فقد لوحظ أن القواعد التقليدية للقانون الدولي الخاص لم تعد قادرة على مسايرة التطورات في مجال حماية الطرف الضعيف و غير ملائمة لتحقيق العدالة الإجتماعية، لذلك قام المشرع في عدد من الدول بإتباع نهج جديد وضوابط إسناد جديدة تتماشى مع القيم و السياسات الجديدة التي ترسخت في ظل القوانين الموضوعية، لمزيد من التفصيل أنظر: وفاء يعقوب الجناحي، المرجع السابق، ص 448.

[2] Meryem Edderouassi, le Contrat Electronique International, Thèse pour L'obtention de Doctorat en droit privé, Sous la Direction de Martine Exposito, Alpes L'université Du Grenoble, Soutenue le: 21-12-2017, p 472.

[3] محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 68.

[4] أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 154.

أولا: ماهية قاعدة الإسناد إلى قانون محل إقامة المستهلك

يقوم هذا الضابط على أساس إسناد العقد إلى الوسط الاجتماعي و القانوني للعاقد الضعيف – المستهلك–[1]، بمعنى أن المستهلك يخضع للحماية المقررة له في قانون موطنه أو محل إقامته المعتادة وفق القواعد الحمائية التي وضعها مشرعه رغبة في إضفاء الحماية عليه لكونه الطرف الضعيف في العقد حيث يكون في موقف غير متكافئ مع المورد[2].

حيث تنطلق التشريعات الحديثة من فكرة جوهرية قوامها إن كانت مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق ترجع للقانون الدولي الخاص، فإن هذا القانون يجب عند تعيينه على العقود التي تتسم بالحاجة لحماية بعض أطرافها – وأهمها عقود الإستهلاك - أن تتجنب أن يؤدي إختلاف مستويات الحماية في النظم القانونية التي ترتبط بها هذه العقود إلى تقرير حلول جائرة بالنسبة للمستهلك[3].

و بالنسبة لتحديد الإقامة المعتادة للمستهلم من الوجهة الدولية فقد حددت إتفاقية روما لعام 2008 في المادة 19 المقصود بمحل الإقامة المعتادة لشخص الطبيعي، بالمكان الذي توجد فيه مؤسسته المركزية أي المكان الذي يقيم فيه هذا الشخص بشكل يفيد إستقراره و عند ممارسته لنشاط مهني من خلال مؤسسة معينة، تعد هذه المؤسسة محل الإقامة المعتادة له[4].

حيث تمثل هذه القواعد الإلزامية في قانون موطن أو محل الإقامة المعتادة للمستهلك الحد الأدنى من الحماية المقررة له بحيث تشمل تلك القواعد على القوانين والأدوات القانونية التي تهدف إلى تزويد المستهلك بمستوى من الحماية في العقود التي يبرمها[5]، و في سبيل تأكيد هذه القواعد قدم الفقه المساند مجموعة من المبررات.

---

[1] يستند عقد الإختصاص لقانون محل إقامة المستهلك إلى أن هذا القانون هو أقدر القوانين على حمايته، لأنه القانون الذي يعرفه أكثر من سواه، و الذي إعتاد أن ينظم سلوكه في ضوء قواعده، و بتالي يكون بمقدوره أن يتوقع ما يترتب على تطبيقه من آثار سلبية و إيجابية بالنسبة له، أنظر: أحمد محمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 46.

[2] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 262.

[3] أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 63 و ما بعدها.

[4] أحمد أبو المجد محمد السيد عفيفي، القانون الواجب التطبيق حماية للمستهلك في عقود المشاركة الزمنية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، المجلد 61، العدد 1، جانفي 2019، ص 96.

[5] David Poyton, Electronic Contracts an Analysis of the Law Applicable to Electronic Contracts in England and Wales and its Role in Facilitating the Growth of Electronics, Doctoral Thesis Doctor of Philosophy, Aberystwyth University Published, 2004, p 98.

ثانيا: مبررات إعمال ضابط موطن أو محل الإقامة المعتاد للمستهلك

يذهب الإتجاه المدافع على هذا التوجه بتقديم مجموعة من المبررات من أجل التشبث بإعماله:

- فمن ناحية المستهلك هو الطرف الضعيف في العقد أمام شركات الإنتاج و التوزيع العملاقة، و من ثم فإن رضاه سيكون منقوصا تحت ضغط إجراءات الدعاية و الإعلان التي يقوم بها المهني، بحيث لا تترك للمستهلك حرية الاختيار المتأني و الحر في قبول العرض و فحص طلب التعاقد، و من ثم يكون هذا الضابط كحامي لتوقعات المشروعة للمستهلك فهو القانون الذي يدور في خلده لحظة التعاقد؛
- و من ناحية ثانية فإن تطبيق هذا الضابط في فض منازعات عقود الإستهلاك، يترتب عليه تطبيق القانون الذي يحقق للمستهلك مصلحته بإعتباره المكان الذي يعيش فيه، والذي يسهل عليه توقع النتائج المترتبة على تطبيقه[1]؛
- يجنب هذا الضابط المستهلك إمكانية الغش نحو القانون الذي يصطنعه المهني، وذلك باختيار القانون الذي يحمي مصالحه[2]؛
- يؤدي هذا الإسناد إلى تفادي مشكلات الإسناد الجامد، و تحقيق العدالة في القانون الدولي الخاص خاصة في حالة التعاقد بين غائبين[3]؛
- كذلك من مصلحة دولة الإقامة المعتادة للمستهلك، أن يطبق قانونها على العقود التي يكون فيها هذا الأخير طرفا فيها لوضع قانونها الحمائي موضع التطبيق[4].

و هكذا يمكن القول بأن ضابط قانون موطن أو محل إقامة المستهلك هو أقدر القوانين على تحقيق الحماية الخاصة للمستهلك بوصفه العاقد الضعيف في العقد، حيث دفعت المبررات السابقة كل من القوانين الوطنية والإتفاقيات الدولية و القضاء، إلى الأخذ بهذا الضابط في الإعتبار عند سن وتشريع قواعدها المنظمة لعملية التعاقد الدولية، و فض تنازع القوانين بشأنها كما سيأتي.

---

[1] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 263.

[2] Giesela Rühl, Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency, Clpe Research Paper, Vol. 03 No. 01, 2007, p 37.

[3] حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 61.

[4] أبو العلا على النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص 48.

ثالثا: الأساس القانوني لإعمال ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك

نتيجة ما يعكسه إعمال هذا الضابط من حماية للمستهلك فقد تم تكريسه في بعض الإتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية، كاتفاقية لاهاي لسنة 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع، من خلال نص المادة الثالثة منها التي تؤكد على تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة للمشتري على البائع أو نائبه[1].

كما قررت إتفاقية روما لسنة 1980 و الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية نفس النهج، وذلك في المادة 5 منها الفقرة 2 كما توقفنا عنده سابقا[2].

أما على المستوى الوطني فلقد تم تقنين هذا الضابط في العديد من التشريعات الوطنية، نذكر منها على سبيل المثال: المشرع السويسري وذلك في المادة 120 من القانون الدولي الخاص الجديد[3]، و هو أيضا نهج قانون مقاطعة كيبك الكندية الخاص بحماية المستهلك في القانون الصادر في جويلية 1972[4].

و رغم التوافق الذي يحظى به هذا الضابط غير أنه يلاحظ أن جميع التشريعات التي أسندت عقود الإستهلاك لقانون محل إقامة المستهلك، تتطلب لإعماله عددا من الشروط التي تختلف من تشريع لآخر و لكنها تظهر ارتباط العقد بدولة محل إقامة المستهلك[5]، على أن التساؤل المهم الذي نطرحه بعد تناولنا لهذه القاعدة الحمائية التقليدية ـ ضابط محل إقامة المستهلك ـ هو ما إذا كانت هذه القاعدة تصلح أيضا لتحديد القانون الذي يحكم عقود الإستهلاك الإلكترونية أم لا؟ و مدى تحقيقها للحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني؟ هذا ما سيتم الإجابة عليه من خلال البند الموالي.

---

[1] حسام الدين فتحي ناصف، ا حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 60.

[2] Meryem Edderouassi, Op. Cit, p 488.

[3] خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص189.

[4] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 266.

[5] أحمد محمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص48.

رابعا: تقييم قاعدة إعمال قانون محل إقامة المستهلك في حماية المستهلك الالكتروني

بينا في ما سبق كيف أن العديد من النصوص التشريعية الوطنية و الإتفاقيات الدولية سعت لحماية المستهلك عن طريق عقد الإختصاص لقانون محل إقامته، حيث لاقت هذه القاعدة قبولا لدى الكثير من التشريعات و الإتفاقيات الدولية، إلا أنها في نفس الوقت وجهت لها أسهم النقد على أساس أنه إذا كانت التشريعات التي أخذت بها قد وضعت لها اشتراطات لإعمالها، فإن الملاحظ أن هذه الاشتراطات في مجال العقود التي تتم عبر الأنترنت هي محل نظر[1]، و هو ما يطرح التساؤل عن كيفية إعمال هذا الضابط في نطاق العقود الدولية التي يكون فيها المستهلك الإلكتروني طرفا؟ و عن الدور الذي تؤديه في حمايته؟ ذلك ما سنحاول الإجابة عليه على النحو التالي:

بخصوص التعاقد عبر وسائل الإتصال الإلكترونية فإنه يمكن تكييف ـ قيام الطرف المهني بإتخاذ موقع على شبكة الأنترنت و اعتمادها وسيلة لعرض وتقديم بضائعه وخدماته ـ على أن يجسد و بشكل واضح هذا السعي نحو المستهلك، فلو دخل هذا المستهلك على موقع المهني على صفحة الأنترنت و تصفح العروض المتاحة على الموقع و اختار إحداها ثم تعاقد على شراء تلك السلعة أو الخدمة[2].

فإن التساؤل الذي يمكن إثارته في هذه الحالة هل يمكن للمستهلك الإلكتروني التمتع بالحماية الخاصة المنصوص عليها مثلا في إتفاقية روما؟ في هذا يرى إتجاه من الفقه أن المستهلك الإلكتروني لا يمكن أن يستفيد من الحماية التي تكفلها الفقرة 2 المادة 5 من إتفاقية روما، و ذلك لعدم إمكانية تطابق الشروط الواردة في الفقرة المذكورة في ميدان عقود الإستهلاك الإلكترونية[3].

---

[1] أنظر: المادة 5 الفقرة 2 من إتفاقية روما لسنة 1980 و المبرمة بين الدول الأعضاء في الجماعة الإقتصادية الأوروبية بخصوص القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية.

[2] عادل أبو هشيمه محمود حسن حوته، المرجع السابق، ص 132.

[3] سالم عبد الكريم، عصمان جمال، عقد الإستهلاك الدولي بين الخصوصية و القانون الواجب التطبيق، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد 6، العدد 1، جوان 2021، ص 353.

حيث أن الشرط الخاص بأن يكون المورد استقبل طلب المستهلك في دولة هذا الأخير لا يمكن تطبيقه أيضا لأن المورد يستقبل طلب المستهلك في صندوق الخطابات الإلكترونية، و قلما يوجد صندوق الخطابات الإلكتروني الخاص بالمورد المعلوماتي أو في دولة المستهلك[1].

كما أن في مجال التجارة الإلكترونية فلا يوجد إغراء من طرف المورد الذي لم يقم سوى بعرض إيجاب الشراء، فالمستهلك هو الذي يتوجه إليه و يطلب التعاقد، فضلا عن أن تطبيق هذه المادة مجحف في مواجهة المورد، و من هذا المنطلق فإنه ليس ضروريا حماية المستهلك في مثل هذه العقود[2].

و لكن رغم هذه الإنتقادات التي تعرض لها تطبيق المادة 5 من إتفاقية روما على عقود الإستهلاك الإلكترونية، إلا أن إتجاه ثاني من الفقه على عكس الإتجاه الأول يذهب لتمديد العمل بها في هذا النوع من العقود، لأنها تهدف لحماية المستهلك من تطبيق قانون المورد المختار من جانب واحد، و الذي يترتب عليه حرمان المستهلك من تطبيق قانون دولته، فضلا عن أنه في حالة حرمان المستهلكين الإلكترونيين من الحماية سوف يؤدي إلى إستبعاد عدد كبير من هؤلاء من هذه الحماية، و عليه فإن أي عملية تجارية إستهلاكية تتم عبر الأنترنت عن طريق عقود نموذجية يجب أن تخضع لأحكام هذه المادة[3].

و الحقيقة أنه ما إنتهى إليه الإتجاه الفقهي الأول لا يمكن الأخذ به على إطلاقه للأسباب التالية[4]:

– لأنه يفترض أن العقود المبرمة من خلال شبكة الأنترنت هي تلك العقود التي تبرم من خلال شبكة الويب سايت و هذا غير صحيح، حيث أن هناك أداتين للإتصال عبر شبكة الأنترنت، أولهما وسيلة البريد الإلكتروني وثانيهما وسيلة الويب.

– و لأنه إذا كان من النادر أن يوجد البريد الإلكتروني الخاص بالمورد في دولة محل إقامة المستهلك، فإنه غالبا ما يكون للمورد وكيلا يمثله في دولة إقامة المستهلك، و يكون له بريده الإلكتروني الخاص به يستقبل من خلاله المعاملات الخاصة بالمورد.

---

1 عادل أبو هشيمه محمود حسن حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 133.

2 أحمد محمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص49 و ما بعدها.

3 علي رشيد محمود المشهداني، أكرم فاضل سعيد، المرجع السابق، ص 72.

4 محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 269.

- كذلك إن التفرقة التي أقامها الإتجاه الفقهي السابق بين العقود التقليدية و العقود الإلكترونية من حيث أساليب الدعاية و الإعلان، لا تقوم على أساس منطقي سليم، فالخطورة التي قد يواجهها المستهلك في عقود الإستهلاك الإلكترونية قد تكون على درجة أعلى من تلك التي قد يتعرض في ميدان العقود التقليدية، مما يبرر ضرورة حماية المستهلك في مثل هذه الحالات.

- ثم أنه من غير الصحيح أن المورد في العقود المبرمة من خلال شبكة الأنترنت هو الذي يصدر الإيجاب، و أن المستهلك هو الذي يوجه القبول، نظرا لأن المسألة تعتمد على الظروف الخاصة بكل حالة على حدى.

لهذه الأسباب فإننا نتفق مع ما ذهب إليه الإتجاه الفقهي الذي أكد على أن الحالات الواردة في الفقرة 2 من المادة الخامسة من إتفاقية روما قد تجد لها حضورا في ميدان العقود الإستهلاكية الإلكترونية[1].

و عليه فإن عقود الإستهلاك الإلكترونية تكون وثيقة الصلة بقانون دولة محل الإقامة العادية للمستهلك متى هذا الأخير قد قام بالأعمال الضرورية اللازمة لإبرام العقد في هذه الدولة، إذ العبرة بقانون بلد محل الإقامة العادية للمستهلك المتعامل عبر شبكة الأنترنت، و ذلك لدرء الغش أو التحايل نحو تطبيق قوانين لا تخدم و لا توفر حماية كافية للمشتري المستهلك[2].

و على أي حال و أي كان من أمر الصعوبات التي قد تثور حول تطبيق الشروط الواردة في الفقرة 2 المادة الخامسة من إتفاقية روما في ميدان عقود الإستهلاك الإلكترونية، فلا شك أن المستهلك سوف يبقى محفوفا بالحماية القانونية في ظل هذا العالم الافتراضي من خلال القواعد ذات الأثر الفوري أو التطبيق المباشر[3]، هذا بالنسبة للأحكام التي قررتها لائحة روما لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك ذي الطابع الدولي.

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، المرجع السابق، ص 42.

[2] عبد كريم موكه، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي الإلكتروني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 2، السنة 2010، ص 204.

[3] عادل أبو هشيمه محمود حسن حوته، المرجع السابق، ص 136.

أما بالنسبة للمركز القانوني للمستهلك الإلكتروني في إطار إعمال هذا الضابط، فإنه وعلى الرغم من ما يحققه من حماية وفقا لما تم عرضه سابقا من مبررات، إلا أنه و في مجال المعاملات الإلكترونية لا يمكن الجزم بأن قاعدة قانون محل إقامة المستهلك ستكون دائما أكثر حماية له فتباين التشريعات المختلفة في سن قواعد حمائية للمستهلك يفرض هذا القول[1].

كما لا يمكن إسناد عقود الإستهلاك الإلكترونية إلى قانون موطن أو محل الإقامة المعتاد للمستهلك بقصد حمايته، دون تضمين قاعدة التنازع الخاصة إستثناء يسمح للقاضي بتطبيق قانون آخر غير قانون محل إقامة المستهلك متى كان يوفر حماية أفضل له[2].

و من ثم فإنه لا يصح التشبث بقاعدة قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك لمجرد أنه على علم بها و تحمي توقعاته المشروعة، ذلك أنه يجب العمل على حماية المستهلك دون إعطاء أهمية لمسألة علمه أو عدم علمه بالقانون المختص[3].

نخلص من خلال التحليل السابق إلى إعتبار ضابط موطن أو محل الإقامة المعتادة للمستهلك يمثل الحد الأدنى من الحماية المقررة للمستهلك الإلكتروني، رغم صعوبة تطابقه مع المعاملات الإلكترونية، و هو ما يدفعنا إلى ضرورة البحث عن ضابط آخر يرتفع بمستوى هذه الحماية المقررة في قانونه كحد أدنى وفق القانون الأصلح للمستهلك، و هو ما سوف نبحثه من خلال البند الموالي.

البند الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال قاعدة القانون الأصلح للمستهلك

رغم ما يحققه ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك من نتائج إيجابية تصب في صالح المستهلك الإلكتروني، إلا أن بعض من الفقه إتجه إلى إعتماد قاعدة جديدة تمثلت في إختيار الإسناد للقانون الأكثر ملائمة لحماية الطرف الضعيف، خاصة إذا كانت هذه العلاقة ذات طابع دولي[4]،

---

[1] أحمد محمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 72.

[2] حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 64.

[3] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 274.

[4] فاطمة الزهرة جندولي، المرجع السابق، ص 108.

حيث يؤكد هذا الإتجاه على أن هذه القاعدة هي الأنسب لحسم النزاع ولها فعالية في حماية المستهلك الإلكتروني[1].

و لبيان الدور الحمائي لهذه القاعدة و مدى فعاليتها في حماية المستهلك الإلكتروني، سوف نتطرق إلى ماهيتها و مبرراتها و أساسها القانوني، ثم تقييم دور الحماية القانونية التي تكرسها، و ذلك على النحو التالي:

أولا: ما هية قاعدة الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك

مؤدى الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك أن تعمل قواعد الإسناد الأخرى إلى جانب قاعدة الإسناد التي تمثل حماية خاصة للمستهلك، وإعطاء القاضي دورا في بحث أي القوانين يحقق حماية أفضل للمستهلك[2].

و لكن دون الاكتفاء بدور قاعدة التنازع المتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق بطريقة آلية لا تعرف نتائجه و عما إذا كان سيعطي المستهلك الحماية المطلوبة أم لا؟ فإذا كان الهدف هو تحقيق أكبر قدر من الحماية للمستهلك بإعتباره الطرف الضعيف في العقد، فإن ذلك الهدف يتحقق بتطبيق القانون الأكثر حماية للمستهلك حتى و لو كان ذلك القانون هو القانون الذي إختاره الأطراف، أو قانون الطرف الآخر المتعاقد مع المستهلك طالما أن هذا القانون أو ذلك يوفر مستوى أعلى من الحماية يفوق المستوى المقرر في قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، و هكذا تكون أولوية التطبيق للقانون الأكثر حماية للمستهلك[3].

والواقع أن القاعدة التي نادى بها أنصار هذا الإتجاه تتطلب عدم الوقوف على القانون المحدد بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، بحيث تستلزم الأخذ بعين الإعتبار النتائج التي ستترتب على تطبيقه، و المفاضلة بين القوانين المتنازعة لإختيار أكثرها ملائمة لحماية المستهلك[4].

---

[1] خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 196.

[2] يقابل هذه القاعدة قاعدة تطبيق القانون الأكثر سخاء و فائدة للعامل في نطاق علاقات العمل ذات الطابع الدولي، لمزيد من التفصيل أنظر: أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، القانون الواجب التطبيق على اختراعات العمال في علاقات العمل ذات الطابع الدولي، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية، المجلد 09، العدد 5، أكتوبر 2021، ص 1453.

[3] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 45.

[4] فاطمة الزهرة جندولي، المرجع السابق، ص 108.

ثانيا: مبررات إعمال ضابط الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك

يقدم الإتجاه المنادي بالإسناد إلى القانون الأكثر صلاحية للمستهلك عدة مبررات، و هي:

- إن الإسناد إلى القانون الأكثر صلاحية للمستهلك يوسع من صلاحية القضاء في البحث عن القانون الذي يخدم مصلحة المستهلك، خاصة في الحالة التي يكون فيها قانون الإرادة هو الأكثر حماية للمستهلك من قانون محل إقامته، حيث يمكن للقاضي هنا تطبيق قانون الإرادة لما يقدمه هذا الأخير من قواعد حمائية[1].
- إن الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك يؤدي إلى تفعيل وإرساء دور الإسناد التخييري كآلية لحماية الطرف الضعيف والأفراد حسني النية، حيث يؤدي هذا النظام إلى تحقيق نتيجة موضوعية في مجال حماية المستهلك[2].
- إن الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك يؤدي إلى تطويع دور الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق، حيث تؤدي إرادة الأطراف في مجال حماية الطرف الضعيف في حل إختيارها لقانون أكثر صلاحية لهذا الأخير[3].
- إن الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك يتسم بالمرونة الكافية فهو يضمن تطبيق القانون الأكثر حماية للمستهلك، كما أنه يحقق عدة مزايا منها: أنه يكفل وحدة القانون الذي يحكم العقد، سواء إستند إختصاص هذا القانون لإرادة الأطراف أو لم يستند إليها[4].
- إن الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك يغني عن اللجوء لبعض الوسائل التي تستخدم في تصحيح مسار قاعدة التنازع عند عدم تحقيق الهدف الحمائي لها، مثل استخدام الدفع بالنظام العام أو إعمال منهج قواعد التطبيق الضروري[5].

---

[1] أمينة أضريبينة، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط، المملكة المغربية، السنة الجامعية: 2014-2015، ص 413.

[2] خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 203.

[3] زهيرة عبوب، المرجع السابق، ص 373.

[4] أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 162.

[5] أحمد أبو المجد محمد السيد عفيفي، المرجع السابق، ص 103.

ثالثا: الأساس القانوني للإسناد إلى القانون الأكثر صلاحية للمستهلك

لقد لاقى تطبيق هذا الضابط رواجا لدى بعض التشريعات الدولية و الوطنية، و من بين الإتفاقيات التي أخذت بهذا الضابط إتفاقية روما لعام 1980 والتي أرست مبدأ الإسناد ألتخييري، حيث نصت المادة 5 الفقرة 02 على أنه: "إختيار القانون الواجب التطبيق لا يجوز أن يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي تقررها له النصوص الآمرة في قانون بلد محل إقامته المعتادة"[1].

و أما في ما يخص تقنين هذا الإسناد على مستوى التشريعات الوطنية فنجد أن القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1978 حيث نص على هذا الضابط في الفقرة 2 من المادة 41، أين أوجبت إستبعاد إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق في العقود التي تبرم مع المستهلكين و ذلك في حالة كون هذا الإختيار ضارا بالمستهلك[2].

و حديثا نجد أن التقنين الأمريكي نص على نفس المبدأ حينما أخذ به القانون التجاري الأمريكي الموحد UUC في القسم (C301/1)، حيث يشير إلى ضرورة ألا يترتب على تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف حرمان المستهلك من الحماية التي يقررها له قانونه[3].

رابعا: تقييم دور قاعدة ضابط الإسناد للقانون الأكثر صلاحية للمستهلك في حماية المستهلك الإلكتروني

بالرغم مما انتهينا إليه من أن ضابط الإسناد إلى القانون الأكثر صلاحية للمستهلك يمثل الحماية الأفضل للمستهلك في العقود الدولية التقليدية، فإنه على الرغم من ذلك تعرض للنقد حيث تتضح مثالبه حسب البعض عندما يوفر أحد القوانين حماية للمستهلك في نقطة لا يوفرها له القانون الآخر، و يوفرها له القانون الثاني الحماية في مسألة أخرى لا يوفرها له القانون الأول، بحيث تصبح مسألة تحديد القانون الأصلح للمستهلك موضوع خصومة يترتب عليها تجزئة العقد وإخضاع كل جزء منه لقانون معين[4].

---

[1] مليكة جامع، المرجع السابق، ص 263.

[2] خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 206.

[3] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 276.

[4] خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه، ص 207.

كما اعترض البعض الآخر على إعمال هذا الإسناد، على أساس أن القاضي يجد صعوبة في المقارنة لتحديد القانون الأكثر حماية للمستهلك[1].

كما أن الأمر لم يقتصر على الانتقادات السالفة ذكرها بل تعداه ليشمل أن إعمال هذا الضابط يخل بالأمان القانوني و التوقعات المشروعة للأطراف.[2]

رغم هذا الانتقادات فإنها لم تمس جوهر الإسناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك، بإعتبار أن لهذا الضابط هدف سام هو تحقيق العدالة و حماية الطرف الضعيف في العقد.

كما من شأن إعمال هذا الضابط تصحيح مسار قانون الإرادة و استدراك المستهلك بالرعاية التي غابت عنه عند التعاقد، و هكذا يتبين لنا أن القانون الأكثر حماية للمستهلك يكرس الطابع الموضوعي لقاعدة التنازع، للوصول إلى نتيجة موضوعية من خلال تعيين القانون واجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة و الذي يحقق حماية فعالة للمستهلك[3].

هذا ما دفع البعض إلى القول بأن إعمال هذا الضابط في نطاق عقود التجارة الإلكترونية ملائم لحكم العلاقة العقدية بين المستهلك و المورد، بإعتبار أن جوهر هذا الضابط هو الإبقاء على إرادة الأطراف، مع الأخذ في الاعتبار بأن قانون الإقامة المعتادة للمستهلك يمثل قيدا على الإرادة في حال الإسناد إلى قانون يخل بالقواعد الآمرة في قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك[4].

و في تقييم هذه القاعدة نخلص إلى أنه و على الرغم من النقد الموجه لها، إلا أنه لا يقلل من أهمية هذه القاعدة في تحقيق الحماية المنشودة للمستهلك الإلكتروني في نطاق المعاملات التجارية الدولية، إنطلاقا من أنها قاعدة إسناد خاصة ببعض العقود ألا و هي عقود الإستهلاك الإلكترونية، و ليس إسنادا عاما ينطبق على كافة العقود التجارية الدولية، فهذا الإسناد هو إسناد محدود النطاق يقتصر على العقود الدولية التي يبرمها المستهلكون عبر الأنترنت التي توصف في غالبها على أنها عقود

[1] أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 170.
[2] فاطمة الزهرة جندولي، المرجع السابق، ص 110.
[3] مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، المرجع السابق، ص 1363.
[4] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 281.

إذعان، و لهذا فإن إعمال هذه القاعدة في الفضاء الإلكتروني يمثل آلية مناسبة لحماية المستهلك الإلكتروني رغم النقد الذي يعكر صفو إعمالها.

بناء على ما تقدم في هذا الفصل فإننا نخلص إلى أن إعمال قواعد التنازع التقليدية لتحديد القانون الواجب التطبيق في مجال عقود الإستهلاك الإلكترونية، قد توصل إلى نتائج غريبة و غير مقبولة، و بتالي لا تساهم في تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني، لهذا تعرض هذا المنهج (تنازع القوانين) إلى انتقادات لاذعة عند إعماله لتسوية منازعات المستهلك العالم الإفتراضي، و الذي كان سببها الرئيسي هو إختلاف الأسس التي بنيت عليها ضوابط الإسناد في مجال عقود التجارة الدولية التقليدية عنها في مجال المعاملات الإلكترونية، كل هذا إنعكس بالسلب على المستهلك الإلكتروني و ساهم في عدم تحقق الحماية المنشودة له في معاملاته التجارية الدولية، كما كان مبررا لإتجاه أنظار الفقه نحو منهج آخر بديل عن قواعد التنازع، عرف بالمنهج الغير تنازعي عله يستطيع تحقيق الحماية المنشودة للمستهلك الإلكتروني.

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية وفقا للمناهج البديلة

ثلاثة عوامل تؤثر في تطور التجارة الدولية هي التطور التكنولوجي والسياسات الاقتصادية والتطور الصناعي[1]، و بإعتبار أن منهج الإسناد حتى وقت قريب كان هو المنهج السائد لحل مختلف المشكلات الناشئة عن الروابط العقدية الدولية، إلا أنه مع ظهور الأنترنت أضحت مثل هذه المعايير القائمة على فكرة الإقليم محل شك و ذلك لاستحالة حصر الأنترنت في نطاق جغرافي واحد[2].

من هذا المنطلق ذهب أصحاب الفضاء الإلكتروني إلى القول بأن معاملات التجارة الإلكترونية يجب أن تخضع لقواعد خاصة موضوعية بعيدة عن المنهج التنازعي، و من هنا ظهر منهج القواعد المادية لتجارة الإلكترونية[3].

و أمام عجز المنهج التنازعي في حماية المستهلك الإلكتروني فقد ذهب إتجاه في نطاق القانون الدولي الخاص، إلى أن الحل يكمن في إعمال مناهج بديلة تمثلت في القواعد المادية بشقيها سواء الوطنية أو الدولية، من خلال تطويعها لتوفير الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني في العقد التجاري الدولي.

من أجل ذلك قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين، على النحو التالي:

المبحث الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال منهج القواعد المادية الوطنية.

المبحث الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال منهج القواعد المادية الإلكترونية.

---

[1] زبيدة عبد الهادي، القواعد المادية لمنازعات عقود قانون التجارة الدولية في الأنظمة العربية في إطار الاتفاقيات الدولية، دراسة مقارنة، المجلة العربية للعلوم و نشر الأبحاث، المركز القومي للبحوث، غزة، فلسطين، المجلد 03، العدد 02، مارس 2017، ص 150.

[2] حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية أزمة مناهج تنازع القوانين و ظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة معارف، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، العدد 05، السنة 2008، ص 150.

[3] ظهر منهج القواعد المادية للتجارة الإلكترونية كنتيجة حتمية لما عرف بأزمة منهج التنازع، و التي كان مردها الإنتقادات التي وجهت لهذا الأخير بإعتباره منهجا زائفا و أعمى يفتقد للحلول الدولية، حيث يذهب هذا الإتجاه بعدم إخضاع المنازعات الناشئة عن التعاقد عبر شبكة الأنترنت لإختصاص القضاء الوطني، وإنما يخضع الفصل فيها للتحكيم الإلكتروني، أنظر:

- Eric Caprioli, Arbitrage et Médiation Dans Le Commerce Electronique, L'expérience du Cyber Tribunal, Revue De L'arbitrage, N° 2, Caprioli Associés, Société D'avocats, Paris, 1999, p 228.

المبحث الأول

حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال منهج القواعد المادية الوطنية

قد يتجه كل من القضاء الوطني و المشرع الوطني أحيانا نحو خلق بعض القواعد المادية للقانون الدولي الخاص، تهدف إلى تنظيم بعض المسائل المتعلقة بالعقود الدولية تتلاءم و طبيعة تلك العقود[1].

و يمكن إجمال القواعد المادية ذات الأصل الوطني و المتعلقة بمجال عقود الإستهلاك الإلكترونية في صورتين، الأولى متمثلة في القواعد ذات التطبيق الضروري، أما الثانية فتتمثل في فكرة النظام العام و نظرية الغش نحو القانون[2].

و من أجل تقييم دور هذه القواعد المادية الوطنية في حماية المستهلك الإلكتروني، إرتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين:

المطلب الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري.

المطلب الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال فكرة النظام العام و نظرية الغش نحو القانون.

المطلب الأول

حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري

تعد القواعد ذات التطبيق الضروري من المناهج التي ظهرت بجانب منهج تنازع القوانين، و نتيجة الأهمية التي تحظى بها هذه القواعد في تحديد القانون الواجب على العقود التجارية الدولية، و تزايد دور الدولة في تنظيم الشؤون التجارية و الإقتصادية لكافة أفراد المجتمع و التي من بينهم طائفة المستهلكين، كان الإتجاه نحو تمديد العمل بهذه القواعد في عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية لخصوصيتها، فهي قواعد وضعت أساسا من أجل حماية الطرف الضعيف و إخراج عقود الإستهلاك ذات الطابع الدولي من دائرة قانون الإرادة[3].

---

[1] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 165.

[2] أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة، الإسكندرية، 1989، ص 21.

[3] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الواجب التطبيق على العلامة التجارية الإلكترونية من خلال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، مجلة معهد العلمين للدراسات العليا، النجف، العراق، العدد 5، جانفي 2020، ص 27.

و لبيان دور هذه القواعد في حماية المستهلك الإلكتروني في إطار منازعاته التجارية الدولية، بداية سنتعرض إلى ماهية هذه القواعد في (الفرع الأول)، ثم بحث هذه القواعد كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني(الفرع الثاني)، كل ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: ماهية القواعد ذات التطبيق الضروري

إرتبط ظهور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري بظهور تدخل الدولة في النشاط الإقتصادي و الإجتماعي للأفراد تحقيقا للمصالح العامة و حماية الطرف الضعيف في العلاقات القانونية[1]، حيث يعترف القانون الدولي الخاص بوجود مفهوم دقيق للنظام العام يعرف بالقواعد ذات التطبيق الضروري، حيث أضحت هذه الفكرة من الأفكار الأساسية التي تحتل مكانا بارزا في هذا الفرع القانوني[2].

و لبحث ماهية هذه القواعد سنتناول مفهومها، و المعايير التي تستند عليها في إعمالها، وذلك على النحو الآتي:

البند الأول: مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري

نتيجة للدور الحديث لقواعد القانون الدولي الخاص في مسألة حماية القيم الإجتماعية، ولتدخل الدولة بهدف حماية التوجيه الاقتصادي والاجتماعي في مجال القانون الداخلي، فقد كان لهذا التدخل آثاره الحتمية على صعيد العلاقات الدولية الخاصة، حيث ترتب على ذلك أن ظهرت العديد من القواعد الآمرة يتعين تطبيقها تطبيقا مباشرا دون الحاجة لقاعدة الإسناد[3].

و لفهم أكثر لهذه القواعد سوف نتطرق إلى تعريفها و تمييزها عن قواعد الإسناد، ثم بيان أهم خصائصها، كل ذلك على النحو التالي:

---

[1] هشام خالد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 541.

[2] يعد الفقيه "Francescakis" أول من تعرض لقواعد البوليس ذات التطبيق الضروري وذلك في رسالة بحثه: " نظرية الإحالة وتنازع الأنظمة في القانون الدولي الخاص"، و هو من قال أن هذا المنهج أصبح ينافس منهج قواعد الاسناد، أنظر:

- Monegre Francoise, Droit International Privé, 5 Ed, Litec, Paris, 2009, p 69.

[3] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 176.

أولا: تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري

لقد عبر فقه القانون الدولي الخاص عن قوانين البوليس ذات التطبيق الضروري بمصطلحات مختلفة مثل: قوانين البوليس و الأمن المدني، أو الاحكام الآمرة المهيمنة، القواعد القاطعة، قوانين التطبيق المباشر، قواعد تأمين المجتمع، النظام العام التوجيهي و غيرها، و في واقع الأمر أن هذه التعبيرات تتلاقي للتعبير عن نفس هذا المنهج أو الأسلوب والذي يختلف عن المنهجية التي تتبناها قاعدة التنازع التقليدية لحل مشكلة تنازع القوانين[1].

ورغم سلامة هذا القول إلا أن بعض المصطلحات لا تتشابه بالضرورة مع مضمون المصطلحات الأخرى، مما قد يؤدي إلى الإخلال بالتنسيق بين النظم القانونية المختلفة بوصفة أحد الأهداف التي ترمي إلى تحقيقها قواعد القانون الدولي الخاص بشكل صريح أو ضمني[2].

وفي سبيل تبرير مدلول تسمية القواعد ذات التطبيق الضروري يرى الأستاذ: أحمد عبد الكريم سلامة أن تفضيل إصطلاح القواعد ذات التطبيق الضروري عن إصطلاح القواعد ذات التطبيق المباشر، مرده أنه يكشف درجة الإلتزام التي تنطوي عليها هذه القواعد، و التي تدفع القاضي إلى تطبيقها إذا توافرت الصلة بين العلاقة المطروحة و قانون القاضي[3].

ولعل إفراط منهج قواعد الإسناد في دوليته والناجم عن معاملة القانون الوطني والقانون الأجنبي على قدم المساواة، أدى إلى ظهور من يدعو إلى تجاهل أحكام قواعد الإسناد وتطبيق أحكام القانون الوطني إذا ما كانت قواعده ذات تطبيق ضروري، وسواء تم تحديد هذا القانون عن طريق إختيار الأطراف أو بناء عن تحديد قاعدة إسناد موضوعية[4].

[1] Mohamed Salah Abdel Wahab, The Law Applicable To Technology Transfer Contracts And Egyptian Conflict of Laws, A Triumph Of Nationalism Over Internationalism, Year book of Private International Law, Vol. 12, 2010, p 468.

[2] بشار قيس محمد، صلاح عجمي جميل، تحديات إعمال قوانين البوليس الأجنبية، مجلة الجامعة العراقية، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، العراق، العدد 46، فيفري 2020، ص 394.

[3] محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 62.

[4] Zheng Sophia Tang, Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws (Studies in Private International Law, Hart Publishing, September, 2009, p 195.

الحقيقة أن القواعد ذات التطبيق الضروري أضحت من الأفكار الأساسية التي تمثل مكانا بارزا في مجال النظرية العامة لتنازع القوانين، حيث يعرفها جانب من فقه القانون الدولي الخاص بأنها: "مجموعة القواعد الموضوعية التي تبلغ في أهميتها لمجتمع الدولة حدا كبيرا يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية، و يتعين من ثم تطبيقها مباشرة دون النظر إلى تصنيفها و ما إذا كانت تنتمي إلى القانون العام أو الخاص دونما عوز إلى إعمال قواعد الإسناد"[1].

كما يذهب البعض إلى تعريفها بأنها: "مجموعة القواعد الموضوعية و المباشرة الموضوعة أصلا لمواجهة العلاقات القانونية الوطنية البحتة بجميع عناصرها، تحقيقا لسياسات المشرع الإجتماعية و الإقتصادية، إلا أن صفتها الآمرة تبلغ حدا يقضي معه تطبيقها على العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي"[2].

وهي على هذا النحو تجلب الإختصاص الدولي للنظام القانوني الوطني الذي تنتمي إليه دون الحاجة إلى قواعد تنازع القوانين، تحت مبرر حماية الصالح العام في المجتمع دون مراعاة لدولية العلاقة.

وبالنظر إلى الدور الذي تلعبه هذه القواعد فقد تم تكريسها في العديد من التشريعات المقارنة، كما هو الشأن في نص المادة 6 من القانون المدني الفرنسي، كما كرستها كذلك بعض الإتفاقيات الدولية كإتفاقية روما لسنة 2008 المعدلة لإتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية لسنة 1980 في نص المادة 7 منها[3].

أما المشرع الوطني فقد نص على هذه القواعد من خلال المادة 5 من القانون المدني الجزائري، و التي تنص: "يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة و الأمن"[4].

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري، قواعد البوليس و الأمن و قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية تطبيقية، دار النهضة العربية، 1985، ص 72.

[2] يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين و تنازع الإختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص 73.

[3] ليندة بلاش، دور القواعد ذات التطبيق الضروري، بين إلزامية قواعد الإسناد و التخفيض من مرتبتها، المجلة الأكاديمية للباحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 3، السنة 2019، ص 503.

[4] أنظر: أحكام المادة 5 من القانون المدني الجزائري.

من الواضح أن القواعد ذات التطبيق الضروري محل الدراسة هي قوانين وطنية من حيث الهدف و المنشأ، لتبعث من جديد المنهج الأحادي القديم الذي كاد الفقه يهجره تحت تأثير تعاليم المدرسة السافينية ذات الإسناد المزدوج[1].

ثانيا: تمييز القواعد ذات التطبيق الضروري عن قواعد الإسناد

تختلف القواعد ذات التطبيق الضروري عن قواعد الإسناد في أكثر من ناحية، من بينها ما يلي:

1. القواعد ذات التطبيق الضروري من طبيعة خاصة تقتضي تطبيقها مباشرة على المنازعات المطروحة، أما منهج قواعد الإسناد يقوم على إختيار القانون الأكثر إتصالا بالعلاقة المتنازع فيها، و قد يكون قانون القاضي أو قانونا أجنبيا[2].
2. يختلف منهج معالجة قواعد التطبيق الضروري عن منهج قواعد الإسناد، حيث ينطلق منهج القواعد ذات التطبيق الضروري من البحث في القواعد القانونية عن العلاقة التي تختص بها و تنطبق عليها، بينما منهج التنازع يبدأ من المسألة أو الرابطة القانونية المطروحة للكشف عن القانون الملائم لحكمها[3].
3. تشكل قواعد التطبيق الضروري عودة جزئية إلى المنهج الأحادي الذي كان سائدا في القديم، و الذي كان يقوم على تحليل القوانين و البحث عن نطاق تطبيقها، على خلاف منهج قاعدة الإسناد و الذي يقوم على تحليل الروابط القانونية وصولا إلى تحديد القانون الواجب التطبيق في شأنها، بصرف النظر عن إرادة هذا القانون في الانطباق[4].

[1] Pascal Vareilles Sommières, Lois De Police Et Politiques Législatives, Revue Critique De Droit International Privé, N° 2, Dalloz, Paris, 2011, p 211.
[2] Jan C. Schultsz , Les Lois De Police Etrangères, In Droit International Privé: Travaux du Comité Français De Droit International Privé, Ed CNRS, Paris, 1998,p 40 .
[3] محمد بلاق، منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في إطار العلاقات الدولية الخاصة، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، جامعة إبن خلدون، تيارت، المجلد07، العدد 1، جوان 2021، ص 246.
[4] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 178.

و يتضح لنا مما تقدم بأن مجرد وجود القواعد ذات التطبيق الضروري لا يدعو إلى النظر إلى العلاقة دولية كانت أو غير دولية كونها تعمل بمجرد انطباقها على العلاقة، و أنها لا تهتم بالقانون الواجب التطبيق فالقانون الوطني هو ما سيتم إعماله بأي حال من الأحوال لأنها تعتبر ملزمة للقاضي.

ثالثا: خصائص القواعد ذات التطبيق الضروري

تتميز القواعد ذات التطبيق الضروري بعدد من الخصائص نذكر منها:

- أنها قواعد ذات طبيعة إقليمية من حيث تطبيقها، و على هذا الأساس فإنها تطبق على كل من يوجد بإقليم الدولة التي أصدرتها و لا يمكن تطبيقها خارج هذا الإقليم[1].
- أنها تطبق على المنازعات ذات العنصر الأجنبي عن طريق تحديد الوقائع التي تكون مناطا لهذا السريان، دون بيان الحالات التي يطبق فيها قانون أجنبي[2].
- لا تعطي قواعد التطبيق الضروري مزايا، فهي عبارة عن قواعد لها طبيعة موضوعيه مادية أو إستثنائية مقارنة بالمبدأ العام، و هذا الإستثناء ضروري و حتمي و يعتبر الوسيلة الوحيدة لضمان بعض المصالح الخاصة[3].
- هذه القواعد توجد داخل التنظيم القانوني الوطني، دون الالتفات إلى تصنيفها أو إنتمائها إلى القانون العام أو الخاص[4].
- أنها قواعد تتسم بالخطورة لأنها تعبر عن الروح الوطنية و تتناسى عن قصد الصفة الدولية للنزاع المعروض على القاضي[5].

ونتيجة للمزايا السابقة التي تتمتع بها القواعد ذات التطبيق الضروري دفع ذلك بعض تشريعات الدول إلى إعطاء الإختصاص لقانون القاضي لتطبيق هذه القواعد، و تمديد العمل بها حتى فيما يتعلق

---

[1] علي الهادي الأسود، العلاقة بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري و قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، جامعة الزاوية، الجماهيرية الليبية، العدد 07، ديسمبر 2015، ص 42.

[2] محمود محمد ياقوت، الإرادة و قواعد البوليس ضرورية التطبيق، دراسة تحليلية تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 72.

[3] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 300.

[4] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 179.

[5] أبو العلا علي أبو العلا، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، المرجع السابق، ص 57.

بالمعاملات التجارية الدولية في صورة عقود الإستهلاك، و ذلك لحاجة المستهلك إلى الحماية من تعسف الطرف القوي الذي قد يختار قانون يحقق به مصالحه الشخصية[1].

حيث نلاحظ أن هذه القواعد تعطي الإختصاص دائما إلى قانون الدولة الذي تنتمي إليها، و هو ما يفهم أن القاضي سيطبق القواعد الآمرة الموجودة لديه خاصة إذا ما تعارضت مع قانون الإرادة، عندما يكون مجحفا في مواجهة المستهلك.

و بعد أن تناولنا القواعد ذات التطبيق الضروري بتعريفها و خصائصها، سوف نتناول المعايير التي بموجبها يمكن تحديد القوانين التي يمكن أن تكون قواعد ذات تطبيق ضروري.

البند الثاني: معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري

لقد أتفق أغلب فقهاء القانون الدولي الخاص على وجود هذه القواعد والدور الذي تؤديه رغم خروجها من مجال تنازع القوانين، إلا أنهم اختلفوا حول المعيار الذي يمكن الإعتماد عليه لتحديد هذه القواعد، و في ما يلي عرض لأهم المعايير التي قيلت في هذا الصدد:

أولا: المعيار الشكلي

يقوم هذا المعيار على أساس أنه لا توجد صعوبة في البحث عن القواعد ذات التطبيق الضروري في حالة وجود إرادة صريحة من المشرع، فهذا الأخير يمكنه أن يصرح باكتساب قانون معين لصفة القواعد ذات التطبيق الضروري، حيث يحدد المشرع النطاق المكاني لهذه القواعد و نطاق سريانها[2].

بيد أن هذا المعيار تعرض للنقد حيث علق إكتساب القاعدة القانونية لوصف القواعد ذات التطبيق الضروري على الإرادة المعلنة من جانب المشرع في تحديد نطاق تطبيقها، في حين أنه من المتصور ألا يكون هذا قصد المشرع من تحديد نطاق قاعدة معينة[3].

---

[1] هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 771

[2] خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 245.

[3] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 180.

ثانيا: المعايير الفنية

لقد حاول جانب آخر من الفقه في البحث لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري عن طريق اللجوء إلى أفكار عامة مستمدة من نطاق القانون الدولي الخاص، كفكرة النظام العام وفكرة الإقليمية.

1. معيار النظام العام:

ذهب فريق من الفقه مؤيدا بأحكام القضاء إلى تفسير ظاهرة القواعد ذات التطبيق الضروري في ضوء فكرة النظام العام دون استلزام أي صلة بين النزاع والإقليم عند تطبيق هذه القواعد[1]، و مقتضى هذه الفكرة أنه إذا تعلق قانون القاضي بالنظام العام أدى ذلك إلى فرض تطبيق هذا القانون حتى و إن أدت قاعدة التنازع إلى تطبيق القانون الأجنبي[2]

بيد أن هذا المعيار لا يخلو من النقد على أساس أن التطبيق المباشر للقواعد ذات التطبيق الضروري بإسم النظام العام قد يؤدي إلى الخلط بين هذه القوانين و بين الدفع بالنظام العام، فعلا الرغم من كلا من هاتين الفكرتين تسعى إلى حماية المبادئ الأساسية في دولة القاضي إلا أنهما مختلفان من حيث طريقة إعمال كل منهما، و من حيث توقيت هذا الإعمال[3].

2. معيار الإقليمية:

ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى الاستناد لفكرة الإقليمية كمعيار لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري باعتبار أن هذه القواعد هي في الأصل ذات طابع إقليمي، حيث تنطلق فكرة الإقليمية من فكرة إرتباط القوانين بإقليم الدولة التي وضعتها، فهي تطبق داخل إقليم هذه الدولة لتحقيق المصلحة العامة لها، و من ثم فإنه على هذا النحو تكون الإقليمية هي المعيار الذي من خلاله يمكن الكشف عن هذه القوانين و تحديدها[4].

---

[1] عمر صدقي محمود، تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في المنازعات الناشئة عن تلويث البيئة وفق منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، مجلة الدراسات القانونية، جامعة الفيوم، جمهورية مصر العربية، العدد 42، السنة 2018، ص 327.

[2] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 181.

[3] بدران شكيب الرفاعي، المرجع السابق، ص 284.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري، المرجع السابق، ص 115.

و لقد واجه هذا الإتجاه موجة كبيرة من الإنتقادات في الفقه الفرنسي، حيث ذهب الفقيه" Loussouarn" إلى القول بأن اللجوء إلى فكرة الإقليمية لتحديد ماهية قواعد التطبيق الضروري هي في الواقع محاولة لفهم فكرة غامضة عن طريق فكرة أكثر غموضا، و على هذا النحو فإنه يصعب البحث و الكشف عن قواعد التطبيق الضروري في ضوء فكرة أو معيار الإقليمية[1].

ثالثا: المعايير الغائية

لعل من بين أقدم المعايير التي قيلت في هذا الشأن المعايير الغائية، حيث إعتمد الفقه عليها من أجل تحديد مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري التي تقوم على الغاية الإجتماعية للقاعدة القانونية، فإذا كانت هذه الأخيرة تستهدف حماية النظام العام و مصلحة الجماعة فهي إذن من القواعد ذات التطبيق الضروري[2].

و في هذا السياغ يرتكز مضمون المعايير الغائية على فكرتين اثنتين: الأولى تمثل معيار مصلحة الدولة، و الثانية معيار تنظيم الدولة.

1. معيار مصلحة الدولة:

ذهب البعض في توصيفه للقواعد ذات التطبيق الضروري بأنها القوانين التي تهدف إلى حماية مصلحة الجماعة دون تلك التي يكون هدفها وغايتها مصلحة فردية، فالقواعد ذات التطبيق الضروري تطبق على كافة الأشخاص والوقائع و التصرفات التي صدرت من أجلها، و تطبق فقط داخل إقليم الدولة و لا تمتد خارجها و لا تقبل في نطاقها إعمال أو تطبيق أي قانون أجنبي.[3]

و في حقيقة الأمر فإن هذا المعيار لاقى نوعا من التأييد في مرحلة ما إلا أنه لم يصمد أمام الإنتقادات التي وجهت له، و أبرزها هو أن تحديد فئة معينة و مميزة من القوانين يمكن أن تتسم بالطابع

---

[1] بدران شكيب الرفاعي، المرجع السابق، ص 285.

[2] محمد بلاق، منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في إطار العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 244.

[3] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 304.

السياسي قد يكون فيه قدر كبير من الصعوبة، كما أن كل قانون لابد أن يستهدف في الواقع هدفا سياسيا، فالاختلاف بين قانون و آخر ليس في الطبيعة بقدر ما هو بالدرجة[1].

2. معيار تنظيم الدولة:

ظهر هذا المعيار نتيجة ما توصل إليه الفقيه "Francescakis" من تطور، فبعد أن كان يربط في وقت مضى بين القواعد ذات التطبيق الضروري المباشر– و هي القواعد ذات التطبيق الضروري – والنظام العام، و في مرحلة لاحقة إتخذ هذا الفقيه من فكرة تنظيم الدولة معيارا لتحديد المقصود بالقوانين ذات التطبيق المباشر، أين عرف هذا الفقيه القواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر بأنها: "القواعد التي يتعين مراعاتها من أجل حماية التنظيم السياسي و الإقتصادي للدولة "، مما يوجب تطبيقها أي كان القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية[2].

في حقيقة الأمر أن هذه الفكرة لم تلقى التأييد على أساس أن هذا المعيار يؤدي إلى إتساع نطاق القوانين ذات التطبيق الضروري، و التي لا تقتصر على مجالات القانون الخاص بل تمتد لتشمل كافة روابط القانون العام، أضف إلى ذلك أن إعمال هذا المعيار يبدوا صعبا ولا يمكن أن يغطي كافة الفروض التي يجب أن يطبق فيها قانون القاضي أيا كان العنصر الأجنبي في العلاقة محل النزاع، حيث يجب على القاضي أن يتبين ما إذا كان قانون معين يتعلق بالمصلحة الإجتماعية و الإقتصادية للدولة، و كذلك الهدف الذي يسعى هذا القانون إلى تحقيقه[3].

رابعا: المعيار العقلاني

في الوقت التي عجزت فيه المعايير السابقة الذكر للكشف عن القواعد التي يتطلب الأمر تطبيقها تطبيقا مباشرا لا تقبل المزاحمة من أي قانون آخر، على النحو الذي بيناه سابقا، ظهر إتجاه فقهي آخر

---

[1] بدران شكيب الرفاعي، المرجع السابق، ص 288.

[2] محمود محمد ياقوت، الإرادة و قواعد البوليس ضرورية التطبيق، المرجع السابق، ص 90.

[3] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 306.

ربط تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري إنطلاقا من تلك الصلة العقلانية التي تربط بين مضمون هذه القواعد وأهدافها من ناحية و نطاق تطبيقها من ناحية أخرى[1].

حيث يرى الأستاذ الدكتور هشام صادق أحد فقهاء القانون الدولي الخاص المصريين، أن الصلة العقلانية التي تربط مضمون و أهداف قواعد التطبيق الضروري بنطاق تطبيقها أهم ما يميز هذه القواعد، و من ثم فهي تصلح معيارا لتحديد تلك القواعد[2].

و بعد أن تعرضنا لجميع المعايير السابقة التي قيلت لتحديد ضرورية القواعد ذات التطبيق الضروري، فإنه وبعد هذا التحليل يمكن القول بأن جميع هذه المعايير يمكن أن ثبتت صلاحيتها كأساس للتطبيق المباشر لبعض القواعد المادية التي تنتمي لقانون القاضي، إلا أنها لا تصلح كأساس كافي لإعمال قواعد لا تنتمي للقانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد في دولة القاضي، و هو ما يزيد في تأكيد ملائمة المعيار العقلاني للكشف عن القواعد الضرورية التطبيق.

لذلك نرى بأن المعيار العقلاني هو المعيار الأنسب إلى تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري لأنه معيار تتجسد فيه الصلة العقلانية في العلاقات القانونية بمضمونها وأهدافها، وهو ما على القاضي الوطني إعماله في نطاق منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية، خاصة و أن المستهلك الإلكتروني يعتبر الطرف الضعيف في المعاملات التجارية الإلكترونية.

الفرع الثاني: القواعد ذات التطبيق الضروري كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني

سبق لنا التعرض بأن العقود الدولية بصفة عامة تخضع لقانون الإرادة أما في حال عدم وجود هذا الإختيار من جانب الأطراف فإن العقد يخضع لقانون الأوثق صلة بالنزاع، و عليه فإن عقود المستهلك الإلكتروني الدولية لا تخرج عن هذا الضابط العام المعتمد في جميع التشريعات العالمية.

و إن كان هذا هو الوضع الطبيعي في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، فإن المشرع أحيانا يعبر عن إرادته في كون بعض التشريعات تعد من قواعد التطبيق الضروري عن طريق بيان النطاق المكاني

---

[1] عبد الحفيظ عيد، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية: 2016-2017، ص 316.

[2] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 184.

لسريانها[1]، و هو ما يطرح التساؤل عن كيفية إعمال هذه القواعد ذات التطبيق الضروري لحماية المستهلك الإلكتروني؟ و مدى تحقيق هذه القواعد الحماية للمستهلك الإلكتروني؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال المسائل التالية:

البند الأول: كيفية إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري لحماية المستهلك الإلكتروني

تعد القواعد ذات التطبيق الضروري قواعد آمرة و إستثنائية و غير ظاهرة في النصوص التشريعية، و يتم الكشف عنها و تفسيرها من قبل المحكمة بالاستعانة إلى ظروف و وقائع كل قضية[2].

و لغرض بيان كيفية إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال عقود الإستهلاك الإلكترونية، فإننا نذكر بأن تطبيقها يختلف باختلاف الفئة التي تنتمي إليها هذه القواعد و هو ما يفهم بأن تطويع إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال عقود الإستهلاك الإلكترونية لا يكون في فرض واحد بل في عدة في فروض[3].

على هذا الأساس نتعرض لصور كيفية إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري لحماية المستهلك الإلكتروني، ثم لتنازع الصور أو الفروض ملائمة لحماية المستهلك الإلكتروني.

أولا: صور إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري لحماية المستهلك الإلكتروني

في فقه القانون الدولي الخاص المعاصر فإن القاضي المعروض أمامه النزاع هو الذي يكشف ما إذا كانت هناك قواعد ضرورية التطبيق يلزم إعمال أحكامها على العلاقة المعروضة عليه أم لا، و هو ما ينطبق على المنازعة المتعلقة بعقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية، على أن يراعي عند إعمالها تطبيقها

---

[1] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 307.

[2] فراس كريم الشيعان، عامر الشيخ عبد العلي، المرجع السابق، ص 34.

[3] تتمثل فروض إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في نطاق العلاقات الدولية الخاصة في ثلاث فئات: إذا كانت القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون بلد القاضي، أو تطبيق القاضي قواعد تطبيق ذات التطبيق الضروري لقانون دولة أخرى عندما تشير إليه قاعدة الإسناد، أو إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي للقانون المختص أو قانون القاضي، لمزيد من التفصيل حول هذه الفروض أنظر: بشار قيس محمد، صلاح عجمي جميل، المرجع السابق، ص 397 و ما بعدها.

على المسائل التي تدخل في نطاق سريانها[1]، و هو في بحث ذلك يكون أمام ثلاث فروض نتناولها كما يلي:

1- حماية المستهلك بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي:

في هذا الفرض يتم تطبيق قواعد التطبيق الضروري الوطنية الصادرة من مشرع الدولة التي ينتمي إليها القاضي نفسه، و لا شك هنا القاضي في هذا الفرض يكون ملزم إلتزاما مطلقا بتطبيق هذه القواعد ذلك أن القاضي سوف يتأثر بأوامر مشرعه[2].

و في هذه الفئة يجب التفرقة بين حالتين[3]: الحالة الأولى إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري إذا كان قانون بلد القاضي مختصا فيتم تطبيق هذه القواعد على المسائل المعروضة أمام المحكمة، سواء أكانت هذه القواعد الآمرة بالمعنى الداخلي أو الدولي بالإضافة إلى القواعد الآمرة الأخرى، أما الحالة الثانية فيتم إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري إذا كان قانونها غير مختص، فيكون القاضي ملزم بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري على المسائل التي تدخل في إطار سريانها، ولو كان قانون القاضي غير مختص و من هذه المسائل عقد الإستهلاك الإلكتروني.

2- حماية المستهلك بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية لقانون أجنبي:

في هذا الفرض يتم إعمال قواعد التطبيق الضروري التي تنتمي إلى القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد، و هنا لا توجد صعوبة في تطبيق قواعد القانون العام و قواعد البوليس من طرف القاضي الوطني مادام أن هذه القواعد لازمة في التنازع المتعلق في عقد الإستهلاك إستنادا لفكرة الإسناد الإجمالي[4].

أي لا لبس في أن القاضي سوف يطبق القانون الواجب التطبيق على العلاقة المعروضة عليه ككل لا يتجزأ و منها قواعد التطبيق الضروري، على أنه و في مجال حماية المستهلك يتم تطبيق القانون الذي

---

[1] علاء حسين علي الشبع، مدى إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة آداب، جامعة ذي قار، الناصرية، العراق العدد11، السنة 2017، ص 340.

[2] بدران شكيب الرفاعي، المرجع السابق، ص 318.

[3] هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 727.

[4] فراس كريم الشيعان، عامر الشيخ عبد العلي، المرجع السابق، ص 35.

تشير إليه قاعدة التنازع بما في ذلك القواعد الحمائية للمستهلك، مع مراعاة أن تكون هذه القواعد الواردة في القانون الأجنبي أفضل في حمايتها من القواعد الآمرة في قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، و ذلك تطبيقا للإسناد لقانون الأكثر صلاحية للمستهلك في علاقاته التعاقدية الدولية[1].

3- حماية المستهلك بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية لقانون دولة أجنبية:

في هذا الفرض تكون حماية المستهلك بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية لقانون دولة أجنبية، أي دولة من الغير التي لها صلة أو رابطة وثيقة بالنزاع المعروض على القاضي، ولم تعط قاعدة الإسناد المعنية الإختصاص لهذا القانون و إنما عقدت الإختصاص لقانون آخر[2].

فالبحث عن القواعد الحمائية للمستهلك لا يكون فقط باتجاه قانون القاضي فقد لا تتوافر الحماية بجانب هذا القانون، بل حتى لدى قواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية لقانون أجنبي، و بتلك المثابة يمكن الحصول على تلك الحماية من ذلك القانون إذا كان واجب التطبيق على العقد بموجب قاعدة الإسناد و بإعتباره قانون الإرادة، كما يمكن الحصول على الحماية المشار إليها من خلال القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الأجنبي، حتى و لو لم يكن هذا القانون مختصا أصلا بحكم عقد الإستهلاك[3].

في هذا تجدر الإشارة إلى أنه وإن كان الإتجاه التقليدي يرفض تطبيق قواعد التطبيق الضروري الأجنبية على أساس الطبيعة الإقليمية لهذه القواعد، و نعتها أحيانا أخرى بكونها من القوانين السياسية، إلا أن الإتجاه الحديث يرى إمكانية تطبيقها بإعتبارها تتفق مع رغبات المشرع الأجنبي و هو ما يسمح بإمكانية وجود نظام حمائي لصالح الطرف الضعيف، كما يعد تشجيعا لظاهرة التضامن بين الدول[4].

---

[1] Abdel Moneem Zamzam, Les Lois De Police La Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparée Franco-Egyptienne, Thèse De Doctorat En Droit, Dijon, France, 2003, p116.

[2] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 308.

[3] خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 245.

[4] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين و تنازع الإختصاص القضائي الدوليين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 213.

و لكن في حال إعمال القواعد الآمرة الأجنبية في نطاق العلاقات الخاصة، فإن التساؤل الذي يطرح هنا هو هل أن تطبيق القواعد الآمرة الأجنبية يتم بصفة مطلقة أو هناك شروطا يجب أن تتوافر لإعمالها؟

في الحقيقة أن فقه القانون الدولي الخاص يذهب إلى أن هناك شروطا يجب أن تتوافر في القواعد الآمرة الأجنبية، حتى يتساوى إعمالها مع القواعد الآمرة في قانون موطن المستهلك أو القاضي، و هي على النحو التالي[1]:

- أن تكون قواعد ذات طابع إلزامي أو آمر و أن يكون القانون المختار قد أخل بها؛
- أن تكون هناك مصلحة مشروعة من تطبيق هذه القواعد الآمرة، أي تطبيقها مرهون بما تحققه من نتائج إيجابية تصب في مصلحة المستهلك؛
- يخضع القاضي في تقديره لمدى توافر هذه الشروط، و كذلك لمدى ملائمة إعمال القاعدة التي توافرت شروط تطبيقها على هذا النحو ، لرقابة المحكمة العليا بإعتبارها مسألة قانون لا مسألة واقع.

و على ذلك فإننا نخلص إلى أن إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري قد يزيد من تحقيق الحماية الخاصة للمستهلك هذا من ناحية، كما أن من شأن إعمال هذه القواعد تحقيق الحلول التي تنسجم مع العلاقات الدولية الخاصة.

ثانيا: تنازع صور قواعد التطبيق الضروري الملائمة لحماية المستهلك الإلكتروني

أمام الفروض الثلاث السابقة التي تطرقنا لها بالدراسة، فإنه و في نطاق المنازعات الدولية للمستهلك قد يحدث أن تتنازع صور هذه القواعد من حيث التطبيق، و ذلك عندما تكون هناك أكثر من قاعدة تريد الانطباق و تنتمي إلى أكثر من قانون واحد، أم إذا كانت هناك قاعدة واحدة تريد الانطباق على النزاع فيتم تطبيقها إذا ما توافرت شروط الضرورية لتطبيقها[2].

---

[1] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 310.

[2] عيد الحفيظ عيد، المرجع السابق، ص 335.

و هو ما يطرح التساؤل حول أي القواعد أولى بالانطباق على النزاع المعروض؟ في هذا يجيب الفقه بالقول بتساوي إعمال هذه القواعد، إذ أن تطبيق القاضي للقواعد الآمرة الأجنبية في المنازعات المعروضة عليه يسير مع القواعد الراسخة في مجال العلاقات الدولية الخاصة كقاعدة الإحالة و تنفيذ الأحكام الأجنبية[1].

فالفقه و القضاء الغالب و كذلك التشريعات الداخلية الحديثة كلها قد خولت للقاضي إعمال كافة قواعد التطبيق الضروري في قانونه، ولو لم يكن المشرع قد حدد نطاق تطبيقها على نحو صريح[2].

و على هذا الأساس يتعين على القاضي الوطني في هذا الفرض أن يقوم بإجراء مفاضلة بين القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية المتنازعة، و من ثم إعمال القاعدة التي تصب في مصلحة المستهلك.

و عليه فإن القاضي الوطني و لتحقيق مزيد من الحماية للمستهلك قد يقبل تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع، ويكون ذلك مبررا خاصة إذا كان هذا القانون متضمنا قواعد آمرة أو قواعد ذات تطبيق ضروري أكثر حماية من تلك الحماية المقررة وفقا للقواعد الآمرة في قانونه الوطني[3].

من جهة أخرى و رغم أهمية الاعتبارات الخاصة باليقين القانوني في مجال عقود التجارة الدولية، و هي الإعتبارات التي سمحت بإسناد هذه العقود للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين، إلا أنه من المتعين على القاضي في نفس الوقت ألا يتجاهل القواعد ذات التطبيق الضروري الآمرة في الدولة التي ترتبط بالعقد و التي تهدف إلى حماية مصالح جماعية لا يجوز إغفالها، بالإضافة إلى حماية الطرف الضعيف في التعاقد[4].

من خلال ما سبق نخلص لأهمية إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري بإعتبارها قواعد قانونية تطبق مباشرة على المنازعات القانونية سواء وطنية أو مشوبة بعنصر أجنبي، إلا أن عملية تطويع إعمالها

---

[1] أبو العلا على النمر، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 66.

[2] علاء حسين علي شبع، مدى إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 345.

[3] خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 276 و 277.

[4] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 314.

في المنازعات التجارية الإلكترونية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، والتي تفتقد إلى المرتكزات المكانية، يبقى رهين لمستوى الحماية التي ستحققه للمستهلك الإلكتروني، و هو ما سنحاول الإجابة عليه من خلال البند الموالي.

البند الثاني: تقييم دور القواعد ذات التطبيق الضروري في حماية المستهلك الإلكتروني

مما تقدم يلاحظ أن الإستناد على القواعد ذات التطبيق الضروري في حماية طائفة المستهلكين يمثل جانب مهم في قواعد القانون الدولي الخاص مقارنة بمنهج التنازع، حيث أن القاضي يلتزم بإعمال هذه القواعد سواء كانت بمناسبة معاملات مادية تقليدية أو معاملات إفتراضية إلكترونية[1].

و عليه فإن بحث مدى تحقيق هذه القواعد الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني بمناسبة معاملاته التجارية الدولية، يكون من خلال التطرق لفروض إعمال هذه القواعد، ثم نعرج على بعض نماذج إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في نطاق منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية، و ذلك النحو الآتي:

أولا: فروض إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري لحماية المستهلك الإلكتروني

لنبين فاعلية هذه القواعد في المنازعات التي تثور بخصوص منازعات معاملات الإستهلاك التي تتم عبر شبكة الأنترنت، فإنه و في هذا الصدد يجب أن نفرق بين فرضيتين:

الفرض الأول: عند عرض النزاع على الآليات المستحدثة عير شبكة الأنترنت، و الفرض الثاني: عند طرح النزاع على القضاء الوطني أو التحكيم التقليدي[2]، و ذلك كما يلي:

الفرض الأول: في حالة عرض النزاع على الآليات المستحدثة عبر شبكة الأنترنت

بصدد هذا الفرض الأول يجب أن نفرق بين أمرين: أولهما، عندما يتعلق النزاع المطروح بمعاملة تدور وجودا و عدما في إطار مجتمع الأنترنت و ينفذ الحكم الذي يصدر في هذا النزاع في ذات المجتمع و

[1] فراس كريم الشيعان، عامر الشيخ عبد العلي، العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، جامعة بابل، العراق، العدد 4، السنة 2018، ص 34.

[2] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الواجب التطبيق على العلامة التجارية الإلكترونية من خلال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، المرجع السابق، ص 36.

بأدواته، ففي مثل هذه الحالات نعتقد أن الهيئة المطروح عليها النزاع لن تلتفت إلى ثمة قواعد ذات تطبيق ضروري تتعلق بالمجتمع المادي أيا كان عند تصديها للفصل في مثل هذه المنازعات، أما الأمر الثاني فإن كان النزاع المطروح يتعلق في إحدى عناصره بالمجتمع المادي و سيتم تنفيذه من خلال ذلك المجتمع فإن الأمر سيختلف دون شك، و هو ما نعتقد معه أن الهيئة المعروض عليها النزاع ستراعي قواعد البوليس حسبما سلف الذكر بالنسبة للقضاء الوطني، و هو نفس الحكم الذي تخضع له عقود التجارة الإلكترونية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا[1].

الفرض الثاني: في حالة عرض النزاع على القضاء الوطني أو التحكيم التقليدي

في هذا الفرض يجري عرض النزاع المتصل بالعقد الإلكتروني على القضاء العادي الوطني أو التحكيم التقليدي، و مما لاشك فيه أنه في هذا الفرض سوف يكون لقواعد التطبيق الضروري مكانة خاصة أمام هذه الجهات، فالقاضي الوطني ملزم بمراعاة هذه القواعد عند بحثه للنزاع المعروض عليه وإلا كان حكمه مخالفا للقانون، و بالتالي نعتقد أن الأمر لن يختلف عن منهج القضاء الوطني أو التحكيم التقليدي عند التصدي للفصل في المنازعات التقليدية ذات العنصر الأجنبي[2].

ثانيا: نماذج لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في نطاق المعاملات الإستهلاكية الإلكترونية

تعمل قواعد التطبيق الضروري على حماية المجتمع و ضبط نشاط الأفراد المقيمين فيه، و في هذا الإطار كان للقضاء تدخل من خلال إعمال هذه القواعد في مجال منازعات المعاملات الإلكترونية الدولية:

حيث نعرض هنا للحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في: 12 جويلية 2012، و ذلك في النزاع المتعلق بعقد الإستهلاك بين شركة أمريكية تدعى Hewlett Packard و مستهلكين فرنسيين[3].

---

[1] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 185.

[2] صلاح علي حسين، المرجع نفسه، ص 189.

[3] للإطلاع على حكم محكمة النقض الفرنسية، منشور على الموقع الإلكتروني التالي: https://www.courdecassation.fr/acces-rapide-judilibre، تم الإطلاع عليه يوم:2022/08/28، على الساعة 19:00 مساءا.

و تتلخص وقائع القضية أن مستهلكين فرنسيين أشتروا عبر الأنترنت أجهزة كمبيوتر عبر موقع الشركة على الأنترنت، و قد تمسك المدعون بأن الشركة تقوم بتوزيع الأجهزة المعدة سلفا و المزودة ببرنامج التشغيل ويندوز Windows، و دفعت جمعية الدفاع عن المستهلكين أن هذا السلوك التجاري يخالف المادة 01/122 من قانون الإستهلاك الفرنسي، و طلبت في دعواها وقف بيع الأجهزة على موقع الشركة سابقة التجهيز ببرنامج التشغيل Windowsدون السماح للمشتري بالتنازل عن هذا البرنامج مقابل تخفيض الثمن الذي يقابل تكلفة برنامج التشغيل، حيث قضت المحكمة بأن بيع الحاسوب السابق التجهيز ببرنامج التشغيل دون السماح للمستهلك بشراء ذات الجهاز دون برنامج التشغيل، يكون ممارسة تجارية غير مشروعة و اعتبرت المحكمة أن هذا العمل مخالف للحيطة المهنية[1].

و من خلال هذا الحكم فإن الملاحظ بأن المحكمة قد أعملت قواعد التطبيق الضروري في قانون القاضي، أين ألزمت المهني بتقديم المعلومات الكافية حول قيمة العناصر الجوهرية للعقد.

كذلك و من التطبيقات حكم القضاء الأمريكي قضية Tewip Jo Kentwear V. chubitala، حيث تمتلك شركة Kentwear العلامة التجارية Energie و مسجلة في الولايات المتحدة الأميركية و تملك شركة Ctubiyatia و مسجلة في إيطاليا، و حصلت شركة Kentwear على حكم قضائي يمنع شركة Ctubiyatia من إستخدام العلامة التجارية داخل الولايات المتحدة الأمريكية، حيث قامت الشركة الإيطالية بإنشاء ثلاث مواقع هي: (Siyty, Energie,Missity com.) و تستعمل كروابط إلكترونية للوصول إلى العلامة التجاريةEnergie , و طالبت شركة Kentwear بمنع إستخدام المواقع الإلكترونية، لأنه يعد إستخدام داخل الولايات المتحدة الأمريكية و يضر بسمعتها[2].

[1] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 315.

[2] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الواجب التطبيق على العلامة التجارية الإلكترونية من خلال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، المرجع السابق، ص 38.

أين قررت المحكمة الأمريكية بحق إستعمال الموقع الإلكتروني Energie لأنه ينهي بالنطاق الوطني الإيطالي، و إلغاء الروابط الإلكترونية في الموقعين الإلكترونين الآخرين، مما يؤدي بالإضرار بالعلامة التجارية Energie و الحماية القانونية هذه نص عليها القانون الأمريكي[1].

حيث يلاحظ هنا بأن القضاء الأمريكي أستند إلى قواعد التطبيق الضروري في إعمال القانون الأمريكي، و منع إستعمال هذه العلامة في الولايات المتحدة الأمريكية لأنها تؤثر على علامة تجارية أمريكية مسجلة في الولايات المتحدة الأمريكية

عطفا على ما سبق نخلص لأهمية الدور الذي تلعبه القواعد ذات التطبيق الضروري في حماية المستهلك الإلكتروني رغم الصعوبة التي تواجه عملية تطويعها، و على الرغم من ذلك فهناك أفكار أخرى إستقرت عليها قواعد القانون الدولي الخاص يمكن إعمالها في مثل هذه الفروض، في مقدمتهم فكرة النظام العام و نظرية الغش نحو القانون، و التي سنحاول إبراز دورها في نطاق المعاملات التجارية الإلكترونية المتعلقة بالمستهلك.

المطلب الثاني

حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال فكرة النظام العام ونظرية الغش نحو القانون

تعتبر حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية من المبادئ العامة في العقود الدولية بما فيها عقود الإستهلاك الدولية، غير أن لهذا المبدأ استثناءات يستبعد فيها القانون المختص لحكم العقد التجاري الدولي ليحل محله قانون آخر[2].

إستنادا إلى ما تقدم يفهم بأن هناك حالات للقاضي الوطني أن يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، وذلك في حالة تعارض القانون الأجنبي ـ الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية لتطبيقه ـ مع المصالح الجوهرية الأساسية للدولة، و هو ما يعرف بالدفع

---

[1] للإطلاع على حكم المحكمة الأمريكية، منشور على الموقع الإلكتروني التالي: https://www.finnegan.com/en/، تم الإطلاع عليه يوم: 2022/01/19 على الساعة 10:00 صباحا.

[2] كوثر مجدوب، حدود الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الإستهلاكي، مجلة تاريخ العلوم، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 08، جوان 2017، ص 269.

بالنظام العام أو إذا كان هناك تحايل للأفراد على قاعدة الإسناد الوطنية، و هو ما يطلق عليه الدفع بالغش نحو القانون[1].

و لبحث دور هذه القواعد في حماية المستهلك الإلكتروني في إطار معاملاته التجارية الدولية، سنتعرض بداية إلى حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال فكرة النظام العام في (الفرع الأول)، ثم التعرض إلى حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال نظرية الغش في القانون في (الفرع الثاني)، و ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال فكرة النظام العام

من أهم خصائص قاعدة الإسناد أنها قاعدة إختيار أو مفاضلة، و عليه فلا ريب إذ أن القاضي الوطني وهو بصدد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية ملزم بإحترام الأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام العام في دولته، بحيث لا يمكن له تطبيق القانون الأجنبي و إهدار المبادئ الأساسية لدولته، ذلك أن المشرع عندما سمح بتطبيق القانون الأجنبي إستلزم ألا يكون هذا الأخير مخالفا للنظام العام[2].

و لما كان مبدأ قانون الإرادة هو الضابط الأساس في مجال عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية كما أشرنا إليه سابقا، فمن شأنه أن يخل بالحماية المقررة للمستهلك الإلكتروني، من هذا المنطلق ظهرت ضرورة تطويع تطبيق قواعد النظام العام في الحد من هذه الإرادة، مراعاة لحماية المستهلك كونه الطرف الضعيف في العقد[3].

---

[1] مهند أحمد محمود صانوري، موانع تطبيق القانون الأجنبي في القانون البحريني، دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، المجلد 22، العدد 2، السنة: 2020، ص 01.

[2] ظهرت فكرة النظام العام لأول مرة في القانون الدولي الخاص في فقه الأحوال الإيطالي في القرن الثالث عشر، حيث فرق الفقيه بارتول "Bartol" زعيم المدرسة الإيطالية القديمة بين نوعين من القوانين: هي القوانين الملائمة و القوانين البغيضة أو المستهجنة، حيث يرى بأن القوانين أو الأحوال الملائمة تكون شخصية التطبيق، فتتبع الشخص أينما ذهب فتطبق خارج الإقليم الذي صدرت فيه، كالأحوال التي تقرر عدم أهلية البنت للميراث، للتفصيل أكثر أنظر: جمال محمود الكردي، تنازع القوانين منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 186.

[3] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 46.

و لتقييم إعمال فكرة النظام العام في حماية المستهلك الإلكتروني فإنه من المناسب التطرق إلى ماهية هذه الفكرة أو القاعدة، ثم تقييم صلاحية إعمال هذه الفكرة في نطاق عقود الإستهلاك الإلكترونية، ثم نتطرق إلى تقييم دورها في حماية المستهلك الإلكتروني، و ذلك كما يلي:

البند الأول: ماهية فكرة النظام العام

معالجة ماهية فكرة النظام العام تقتضي منا أن نوضح الأدوار المختلفة التي تلعبها هذه الفكرة في مجال القانون الداخلي و القانون الدولي الخاص، و في عقود التجارة الدولية كذلك، وذلك كما يلي:

أولا: مفهوم النظام العام في القانون الداخلي

في مجال العقود التي تبرم في نطاق القوانين الوطنية و تخضع لأحكامها و التي يمكن أن نطلق عنها العقود الداخلية، يقصد بالنظام العام في القانون الداخلي بأنه: "مجموعة القواعد التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد، سواء كانت هذه المصالح سياسية أو إقتصادية أو إجتماعية"[1].

كما يعرف بأنه: "مجموعة القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد الإتفاق علة مخالفتها، وإلا كان الإتفاق باطلا بطلانا مطلقا"[2]، حيث يعمد المشرع إلى سن مجموعة من القواعد الآمرة التي من خلالها يحدد الإطار العام لنشاط الأفراد الذين يقطنون هذا الإقليم و الذين لا يجوز لهم مخالفتها[3].

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري يتضح أنه أشار إلى فكرة النظام العام من خلال نصوص القانون المدني- باعتباره الشريعة العامة-، دون أن يحدد المشرع المقصود بهذه الفكرة حيث أشار لها في حديثه عن المحل والسبب باعتبارهما ركنين في العقد، حيث نصت المادة 93 القانون المدني على أنه: "إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"، في حين

---

[1] سليمان أحمد الفضل، المرجع السابق، ص 181.

[2] عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2015، ص 157.

[3] Michael Joachim Bonell, Règles Impératives, Commentaires Révisés ,Article 14, Groupe de travail chargé de la Préparation Des Principes Relatifs Aux Contrats Du Commerce International, Cinquième Session Rome, 24 – 28 mai 2010, Etude L – Doc. 115, p 5.

نصت المادة 97 من ذات القانون على أنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا"[1].

و يظهر من خلال هذه النصوص أن المشرع الجزائري أورد فكرة النظام العام في القانون المدني- باعتباره الشريعة العامة-، كقيد على صحة بعض الالتزامات بوجه عام و العقود بصفة خاصة دون أن يحدد المقصود به أو نطاق إعماله.

و دون الخوض أكثر في موقف المشرع الوطني من مفهوم النظام في القانون الداخلي، فإن النظام العام في القانون الداخلي يهدف إلى إبطال كل اتفاق مخالف للقواعد الآمرة، أو بمعنى آخر يبطل كل اتفاق يخالف أي قاعدة مرتبطة بالمصالح الاقتصادية أو السياسية للمجتمع، و لهذا يعد قيدا مهما على مبدأ حرية التعاقد[2].

ثانيا: مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص

أورد بعض الفقهاء في ميدان القانون الدولي الخاص تعريفات متعددة لفكرة النظام العام، و يلاحظ على مجموعها أنها ركزت على الوظيفة الرئيسية التي يؤديها النظام العام، أي بوصفه أداة للاستبعاد سواء بالنسبة للقانون الذي يختاره الأطراف أو الذي عينته قاعدة التنازع الوطنية[3].

حيث يعرف بعض الفقه النظام العام في التنازع الدولي للقوانين بأنه: "دفع يتم بمقتضاه منع تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، إذا كان حكمها يتعارض مع المبادئ و الأسس الإجتماعية و الإقتصادية و السياسية و الدينية التي يقوم عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي"[4]، كما عرف بأنه: "دفع يهدف إلى إستبعاد تطبيق القانون الموضوعي

[1] عدة عليان، فكرة النظام العام و حرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2016/2015، ص 30.

[2] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 133.

[3] Hamza Jabir, Op. Cit, p 541.

[4] Bernard Audit , Droit International Privé, 3ed , Economica, Paris, 2000, p. 277.

الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان حكمه يخالف الأسس و المبادئ الجوهرية التي يتأسس عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي"[1].

لكن يجب الإشارة إلى أن إستبعاد القانون الأجنبي عن التطبيق يجب أن يبقى تدخلا استثنائيا، لأنه يشكل في حقيقة الأمر خرقا لمبدأ حياد قاعدة التنازع التي تفيد بأن القانون الأجنبي يجب أن يعلن مختصا، واجب التطبيق بالإستقلال عن مضمونه، و في هذا يخضع القاضي في تقديره للنظام العام إلى رقابة المحكمة العليا لأن الدفع بالنظام العام هو إستثناء يعطل تطبيق قاعدة الإسناد و هو بذلك مسألة قانون[2].

كما أن إعمال موانع تطبيق القانون الأجنبي ينبغي أن يكون مقرونا بالحكمة والاعتدال، بحيث لا يتم اللجوء إليه إلا في الحالات التي تستدعي حماية المبادئ العامة والأساسية في مجتمع دولة القاضي[3].

وبالإضافة إلى النصين السابقين المتعلقين أساسا بالقواعد العامة في إبرام العقد فقد أسس المشرع الوطني إلى فكرة الدفع بالنظام العام لأول مرة في مجال القانون الدولي الخاص بموجب الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 1975/09/26 المتضمن القانون المدني من خلال المادة 24، والتي نظمت العلاقات ذات العنصر الأجنبي فيما يسمى بالنظام العام الخارجي، ثم عدلت هذه المادة بموجب القانون رقم: 10/05 المؤرخ في: 2005/07/20 المعدل و المتمم للقانون المدني، و أصبحت صياغتها على النحو التالي: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، يطبق فيها القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة"[4].

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عملا، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010، ص 271.

[2] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1998، ص 187.

[3] محمد صالح ملفي القضاة، أثر النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، دراسة مقارنة في القانون الأردني، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، الأردن، المجلد 03، العدد 03، أوت 2021، ص 88.

[4] عادل بن عبد الله، الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 03، مارس 2018، ص 222.

و إنطلاقا من الطبيعة الإستثنائية لدفع بالنظام العام بالشكل المبين أعلاه فإن إعمال هذا الدفع بالنسبة للقاضي مرهون بتوافر شروط وجب عليه التقيد بها، و هي حسب مفهوم المادة 24 من القانون المدني الجزائري تتمثل في ما يلي:

- ثبوت الإختصاص التشريعي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام: معنى ذلك أن لا يقبل الدفع بالنظام العام إلا أذا كان القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع هو قانون أجنبي ثبت له الإختصاص بموجب قاعدة إسناد وطنية أو إتفاقية دولية في دولة القاضي، الأمر الذي يفهم منه أنه إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون القاضي فلا مجال لإثارة الدفع بالنظام العام لإستبعاده[1].
- مخالفة أحكام القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي: أي أن يكون القانون الأجنبي مختلفا في حكمه الموضوعي مع نظيره في قانون القاضي إختلافا جذريا بصفة كلية أو جزئية[2]، و التعارض المطلوب لاستبعاد القانون الأجنبي هو التعارض الجوهري مع المثل والقيم العليا متمثلا في المسائل التي تعتبر نظاما عاما من الدرجة الأولى كمسائل الشريعة الإسلامية، و يؤكد الفقه بأن العبرة في تقدير تحقق التعارض هي بوقت نظر القاضي في الدعوى، و ليس بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع[3].

و في هذا الإطار تنقسم فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص إلى نوعين: النوع الأول، يسمى النظام العام التوجيهي Ordre de Public de direction، حيث يعد النظام العام بهذا المعنى قاعدة إسناد لصالح قانون القاضي، حيث يطبقه على أي قانون أجنبي قد تحدده قاعدة التنازع حيث يكون له دورا إيجابيا، أما النوع الثاني و هو ما يسمى بالنظام العام الحمائي Ordre de Public eviction، حيث يهدف إلى إستبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق إعمالا لقاعدة

[1] بدر شنوف، الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث و الوصية ذات البعد الدولي، مجلة الدراسات الفقهية و القضائية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، المجلد 1، العدد 1، السنة 2015، ص 186.

[2] آمنة رحاوي، دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2017/2016، ص 159.

[3] حمزة قتال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، القواعد العامة، دار هومة، الجزائر، 2018، ص 368.

الإسناد إذا كانت أحكام هذا القانون تحمل في طياتها مخالفة لقواعد النظام العام و الآداب في دولة القاضي، و يكون لهذا النوع من النظام العام دورا سلبيا[1].

و هذا النوع الأخير من النظام العام هو الذي يهمنا بإعتباره ينظم حماية الطرف الضعيف (المستهلك)، فهدف فكرة النظام العام الحمائي يكمن في مواجهة الضعف التعاقدي الذي يتمثل في إنعدام المساواة الفعلية بين طرفي العقد، كما يحمي الأسس العليا في المجتمع سواء السياسية أو الإقتصادية أو الإجتماعية مثله مثل النظام العام الداخلي، و ذلك بإستبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي حتى ولو إتفق الأطراف على تطبيقها ما دامت تتنافى مع هذه الأسس العليا[2].

نخلص إلى أن نطاق تطبيق قواعد النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص أضيق عنه في مجال القانون الداخلي، و يرجع ذلك إلى أن القواعد الآمرة في القانون الداخلي ترتبط أكثر بعلاقات الأطراف، و لذلك تتفق غالبية الفقه على أنه ليس كل ما يعد من النظام العام في مجال القانون الداخلي يعد كذلك في مجال القانون الدولي الخاص.

ثالثا: مفهوم النظام العام في عقود التجارة الدولية

ينادي الفقه في مجال عقود التجارة الدولية بوجود نظام عام آخر هو النظام العام الدولي، و الذي يعرف على أنه: "مجموعة القواعد اللصيقة بالتجارة الدولية و التي تلبي كل متطلباتها واحتياجاتها عن طريق تشجيع و ابتداع القواعد الذاتية الخاصة التي تتفق و نمو المبادلات التجارية عبر الدول"[3].

و في هذا الصدد يطلق الفقه عدة تسميات على النظام العام الدولي إلا أن جميعها تقف عند مدلول واحد، كالنظام العام عبر الحدود أو النظام العام العالمي أو النظام العام لقانون التجارة الدولية، و

[1] سليمان أحمد الفضل، المرجع السابق، ص 182.

[2] إذا ظهر للقاضي أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية يصطدم ومقتضيات النظام العام في دولته وتمت إثارة هذا الدفع و تحققت كافة شروطه، فإنه يستبعد هذا القانون في أي مرحلة كانت عليها الدعوى حماية لنظامه القانوني الداخلي، وهذا ما جرى العمل على تسميته بالأثر السلبي للنظام العام، ولا شك في أن هذا الاستبعاد سيوجد فراغا تشريعيا مما يوجب على القاضي البحث عن قانون آخر ليحل محل القانون المستبعد، و هو ما يطلق عليه بالأثر الإيجابي للنظام العام، و من المتفق عليه وجوب التحقق من شدة وصرامة الدفع بالنظام العام إذا ما تعلق الأمر بحق اكتسب بالخارج وتم التمسك به في دولة القاضي، أنظر: محمد صالح ملفي القضاة، المرجع السابق، ص 95.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، المرجع السابق، ص 582.

لقد أتى المشرع الجزائري باصطلاح النظام العام الدولي في المادة 1051 من ق.إ.م.إ بنصها على أنه: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي....وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي"[1].

و على غرار النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص يعهد فقهاء التجارة الدولية إلى النظام العام الدولي بدورين مشابهين للدورين الذين يقوم بهما الأول، و إن كان يوجد بينهما بعض الإختلاف[2]:

- الدور الأول: هو دور إيجابي يتمثل في دعوة المحكمين إلى أن يقوموا بصفة أولية بتطبيق القواعد و المبادئ الأساسية للتجارة الدولية التي تستقل عن كل نظام وطني.

- الدور الثاني: و هو دور سلبي و يؤدي النظام العام في هذه الوظيفة إلى إستبعاد القانون الوطني الواجب التطبيق وفقا لقاعدة التنازع أو وفقا لإختيار الأطراف، و يطبق أحد المبادئ والقواعد العامة للتجارة الدولية، إذا قدر المحكم أن نصوص هذا القانون تصطدم بأحد المبادئ الهامة التي يجب إحترامها على المستوى الدولي.

و هكذا بعد أن فصلنا في ماهية النظام العام على كافة المستويات التي يشملها، سنبين مدى إمكانية تطبيق فكرة النظام العام في نطاق عقود الإستهلاك الإلكترونية.

البند الثاني: صلاحية إعمال فكرة النظام العام في نطاق عقود الإستهلاك الإلكترونية

تعرضنا في ما سبق إلى ماهية النظام العام والأدوار المختلفة التي يلعبها كأحد قواعد القانون الدولي الخاص، وهو الأمر نفسه في المعاملات التي تتم عبر شبكة الأنترنت بإعتبار معاملات التجارة الإلكترونية بصفة عامة، و عقود الإستهلاك الإلكترونية بصفة خاصة تتم في مجال إفتراضي غير خاضع لأي سلطة سياسية أو إقليمية[3].

و بناءا عليه سنوضح على التوالي صلاحية إعمال كل من فكرة النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي لحكم العقود الإلكترونية التي يبرمها المستهلك، كما يلي:

---

[1] محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص49.

[2] سليمان محمد خليد، الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظل التعاقد الإلكتروني، مجلة الندوة للدراسات القانونية، قسنطينة، العدد 03، فيفري 2015، ص 64.

[3] صالح المنزلاوي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في نطاق القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 298.

أولا: صلاحية إعمال فكرة النظام العام بمفهومها الداخلي على عقود الإستهلاك الإلكترونية

يقترن إستعمال إصطلاح النظام العام في الأنظمة الوطنية بحماية المبادئ الأساسية والأسس العليا الإقتصادية و الإجتماعية و السياسية و الأخلاقية التي يقوم عليها مجتمع الدولة، و بأن المعاملات التي تتم داخل حدود الدولة هي معاملات وطنية، فرغم أن المعاملات الإلكترونية هي لدى الفقه الغالب معاملات دولية، إلا أن هناك مجالا لتطبيق فكرة النظام العام بمفهومه الوطني على العقود التي يبرمها المستهلك الإلكتروني، خاصة و أن العالم الإلكتروني ليس ببعيد في تكوينه عن العالم الحقيقي من حيث وجود المجتمع و سلطة توقيع الجزاء[1].

إن رسم حدود فكرة النظام العام للمجتمع الإلكتروني لن تكون مستقلة تماما عن النظام العام الداخلي، بل إنها تقتبس منه بعض التطبيقات التي يمكن أن تنطبق بشكل أو بآخر على عقود التجارة الإلكترونية[2].

و عليه يمكن القول بأن عقود الإستهلاك الإلكترونية كغيرها من العقود إذا تضمنت مخالفة للنظام العام الوطني أمكن إبطالها، خاصة أمام تحقق مقتضيات حماية المستهلك الإلكتروني، لكن المشكلة تثور عندما يكون عقد الإستهلاك الإلكتروني ذو طابع دولي مرتبط بأكثر من دولة، و هو ما يتصور أن يشكل أمر ما مخالفة للنظام العام في دولة و لا يكون مخالفا للنظام العام في دولة أخرى، و من ثم لابد لعقد الإستهلاك الإلكتروني أن يخضع لقواعد النظام العام الداخلي لكل دولة مرتبط بها، و هذا الأمر بطبيعة الحال يحمل مشقة و صعوبة كبيرة[3].

ثانيا: صلاحية إعمال فكرة النظام العام بمفهومها الدولي على عقود الإستهلاك الإلكترونية

يمكن إعمال فكرة النظام العام بمفهومه الدولي في عقود الإستهلاك الإلكترونية، من خلال تطبيق فكرة النظام العام الحمائي في عقود التجارة الإلكترونية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، خاصة في

[1] صالح المنزلاوي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في نطاق القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 303.

[2] Youssef Jaber, Les Contrats Conclus Par Voie Electronique, Etude Comparée, Thèse de Doctorat En Droit Privé, Soutenue à L'université Montpelliier, France, 2011-2012, p 100.

[3] صالح فواز، نسرين جمعة، القيود الواردة على نظرية الإرادة و صعوبات تطبيقها على العقد الإلكتروني، مجلة جامعة تشيرين للعلوم الإقتصادية و القانونية، الجمهورية العربية السورية، المجلد41، العدد 05، سبتمبر 2019، ص 472.

الحالات التي يفرض فيها الطرف الآخر قانون ينكر أو يتجاهل حقوق المستهلك، فيتم إستبعاد القانون الوطني الواجب التطبيق وفقا لإختيار الأطراف أو لقاعدة التنازع، و يتم تطبيق القانون الذي يكفل حماية أفضل للمستهلك و هو في العادة قانون الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للمستهلك[1].

و قد وجد لهذا الإتجاه تطبيقا له في بعض التشريعات الوطنية و الإتفاقيات الدولية، مثل القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 في المادة 120 الفقرة 01 منه، و المادة 5 من إتفاقية روما لعام 1980[2].

أما المشرع الجزائري فقد أشار لفكرة النظام العام الدولي في نص المواد: 1/1051[3] و6/1056[4] من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، إلا أنه لا يمكن من خلالها معرفة عناصر هذا النظام و خاصيته، و هل أن أحكام هذه المواد تشمل كافة العقود الدولية أو أن تطبيقها مقصور في نطاق التحكيم التجاري الدولي.

البند الثالث: تقييم دور فكرة النظام العام في حماية المستهلك الإلكتروني

انتهينا إلى أن النظام العام هو عبارة عن آلية يتم بمقتضاها إستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بسبب تعارض أحكامه مع القواعد الأساسية في دولة القاضي، و في هذا يمكن أن تلعب فكرة النظام العام عدة أدوار في حماية المستهلك.

إن إقرار فكرة النظام العام هو تدعيما لفكرة العدالة التعاقدية القائمة على أساس التوازن بين المتعاقدين، لذلك لا يمكن أن نعتبر وجودها إنقاصا لحرية الإرادة في التعاقد، بل هو استعمال فعلي للإرادة التي نص عليها القانون مع ضرورة احترام مقتضيات أعلى وأسمى تتمثل في النظام العام[1].

---

[1] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 309.

[2] سليمان أحمد الفضل، المرجع السابق، ص 185.

[3] تنص المادة 1/1051 من ق.إ.م.إ على ما يلي: " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، و كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

[4] تنص المادة 6/1056 من ق.إ.م.إ على ما يلي: "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية: - إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي".

[1] فطيمة عاشور، النظام العام الحمائي آلية لحماية الطرف الضعيف، مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، المركز الجامعي تيبازة، العدد 07، جوان 2019، ص 27.

فالنظام العام يؤدي إلى إستبعاد القانون الأجنبي الأقل حماية للمستهلك إذا كان من شأن إعماله أن يشكل حماية منقوصة له، فالدفع بالنظام العام لا يسمح فقط بإبطال نتائج الإختيار الماكر للمورد أو المفروض بواسطة الطرف القوي، و لكن أيضا بالسماح لمحاكم الدولة بأن تأخذ بمستوى حماية تحكم به كحد أدنى[1].

و من ثم فإن الدفع بالنظام العام يعد قيدا على مبدأ سلطان الإرادة في مجال القانون الدولي الخاص، حيث يعمل على حماية الطرف الضعيف في العقد في مواجهة الطرف القوي الذي يستغل تفوقه الفني و القانوني و الإقتصادي بفرض قانون معين يخدم مصالحه، فيأتي النظام العام ليبطل هذا الإختيار متى خالف القواعد الحمائية التي وضعها المشرع لحماية الطرف الضعيف[2].

و عليه يمكن القول بأن النظام العام له هدفان في مجال حماية المستهلك: الأول، يتمثل في إستبعاد القانون المخالف للقواعد الأساسية في دولة القاضي، و الثاني هو إعادة التوازن بين طرفي العقد الذين تتوسع الهوة بينهما في ظل التفوق الملحوظ لصالح المهني على حساب المستهلك، فقواعد النظام العام هنا تمثل حماية مباشرة و فعالة للمستهلك أي كان القانون الواجب التطبيق على العقد[3].

و تماشيا مع هذا النهج فقد تضمنت قوانين دول الإتحاد الأوروبي قواعد خاصة تهدف بشكل أساسي لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، كالمستهلك في عقد الإستهلاك والعامل في عقد العمل[1].

و رغم وجاهة و صحة ما سبق، إلا أن تطبيق فكرة النظام العام في العقود الإلكترونية الدولية التي يكون المستهلك طرفا فيها يواجه بعض المشاكل، حيث أن إعمال هذه الفكرة في عقود الإستهلاك الإلكترونية

[1] خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 229.

[2] Ana-Juanita, Mandatory Rules of Public Policy Concerning Consumer Protection in Recent Juris Prudence, Transylvanian Review of Administrative Sciences, Traian Mosoiu Str, 400132, Cluj-Napoca, Romania, 2013, p 49.

[3] أبو العلا على أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 77.

[1] وفاء يعقوب الجناحي، المرجع السابق، ص 449.

من خلال إستبعاد القانون الأجنبي لصالح قانون القاضي قد يكون مضرا بالمستهلك، وذلك أن قانون القاضي ليس هو الأفضل دائما لحماية المستهلك الإلكتروني[1].

فقد يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق يتضمن ذات الحماية في قانون القاضي أو تفوق عليها، و هنا لا يوجد مبرر لإعمال قواعد النظام العام الذي يؤدي إلى إستبعاد هذا القانون لمجرد تجاهله لمسألة معينة تعتبر من النظام العام في قانون القاضي، كما أن إعمال الدفع بالنظام العام قد يؤدي إلى الإضرار بحماية المستهلك ذاته و ذلك بإستبعاد القانون الأجنبي، وحرمان المستهلك من حماية أفضل يوفرها له القانون الأجنبي، و لذلك فيجب قصر إعمال الدفع بالنظام العام على إستبعاد القانون الأجنبي الذي يضر بحماية المستهلك الإلكتروني ويتضمن حماية غير كافية له[2].

خلاصة القول على أنه بالرغم ما تحمله فكرة النظام العام من مبدأ حمائي للمستهلك بصفة عامة، إلا أن ضرورة توافقها مع عقد الإستهلاك الالكتروني كفكرة في النظام العام الداخلي والدولي يصعب تحقيقها وذلك لتعارض في كثير من الأحيان بين النظامين، لذلك نرى أنه من الضروري صياغة مبادئ عامة يقوم عليها التعاقد الالكتروني، من خلال إتفاقية دولية تحدد القواعد التي تشكل النظام العام الإلكتروني إن صح التعبير.

الفرع الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال نظرية الغش في القانون

تعد القاعدة التي تقتضي بأن الغش يفسد كل شيء من القواعد الراسخة في مجال القانون الدولي الخاص[1]، و على إعتبار أن ضابط الإسناد هو الأداة التي يتحدد بموجبها القانون الواجب التطبيق في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، فقد يعمد هؤلاء الأطراف إلى التحايل على القانون بتغيير القانون واجب التطبيق على المنازعة ليوافق مبتغاهم، و لذلك إستقرت مبادئ القانون الدولي الخاص على الأخذ بالدفع بالتحايل على القانون كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي حماية لضوابط الإسناد[2].

---

[1] أبو العلا على أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 76.

[2] خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 234.

[1] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 68.

[2] ظهرت نظرية الغش نحو القانون في القضاء الفرنسي لأول مرة بمناسبة القضية الشهيرة للأميرة البلجيكية (فالنتينا دي كارمان) التي تزوجت من الأمير الفرنسي (دي بوفرمون) و اكتسبت الجنسية الفرنسية عام 1874م بهذا الزواج ثم دب الخلاف بينهما، فانفصلا جسمانيا و أرادت فالنتينا التطليق من

إن الغش نحو القانون يعتبر من الحالات الأكثر حدوثا في العقود الدولية و التي من بينها عقود الإستهلاك الدولية، لأن هذا الدفع لا يتصور إلا إذا كانت قاعدة الإسناد تتوقف على إرادة الأشخاص[1].

و بما أن تشريعات الوطنية في تنظيمها القانوني لمعاملاتها قد تختلف من دولة الى أخرى، حيث أن بعض المعاملات التي يجيزها قانون دولة معينة قد لا يجيزها قانون دولة أخرى، حيث تعتبر مخالفة لنظامه العام أو الآداب العامة هذا من ناحية، و من ناحية أخرى كثيرا من الأشخاص في المجتمع يسعى للقانون الذى يحقق له مصلحة أو منفعة أكثر من غيره، على هذا الأساس فإنه يتصور إعمال الغش في العلاقات الدولية ذات العنصر الأجنبي[2].

و من هنا فإنه من المتصور أن يتعلق الغش في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود المستهلكين، حيث يعمد المورد في هذا الفرض إلى تغيير ضابط الإسناد من أجل تطبيق قانون معين، و التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق، و المستهلك إذا وافق عليه يعني أنه تخلى عن الإختصاص التشريعي الذي قد يوفر له أكبر قدر من الحماية، و لابد هنا على قاضي النزاع التدخل بالدفع بالغش تماشيا مع القاعدة التي تقضي بخضوع العقد إلى قانون يحقق الحماية للمستهلك[1].

أمام حساسية الموضوع و أهميته سيتم التطرق إلى ماهية الدفع بالغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، ثم شروط و جزاء الدفع بالغش نحو القانون، ثم تقييم دور الدفع بالغش نحو القانون في حماية المستهلك الإلكتروني، كل ذلك على النحو التالي:

زوجها لكن قانون جنسيتهما كان يمنع التطليق في ذلك الوقت، فذهبت عام 1875م إلى مقاطعة (التنبورغ) الألمانية وتجنست بجنسيتها ليتيسر لها حل عقد الزواج بالتطليق وفقا لقانون هذه المقاطعة الذي كان يبيح التطليق، و أقامت دعوى التطليق على زوجها الفرنسي وحصلت على حكم بذلك من المحكمة وتزوجت في برلين من الأمير الروماني (بيسكو)، فرفع زوجها السابق الأمير الفرنسي(دي بوفرمون) دعوى عليها أمام محكمة فرنسية مطالبا فيها إبطال التطليق و زواجها الثاني من الأمير الروماني بسبب الغش نحو القانون، فحكمت المحكمة الفرنسية له بذلك، ومما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية في القضية، أن الغرض الوحيد من الأعمال التي قامت بها هذه الزوجة هو التخلص من حكم القانون الفرنسي والوصول إلى عقد زواج جديد مما يشكل غشا نحو القانون، لمزيد من التفصيل أنظر: يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 282.

1 خالد شويرب، المرجع السابق، ص 83.

2 سيد أحمد محمود أحمد، الغش نحو القانون، دار الحافظ للنشر، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2020، ص 08.

1 نجلاء عبد حسن الأسدي، المرجع السابق، ص 141 و142.

البند الأول: ماهية الدفع بالغش نحو القانون في نطاق القانون الدولي الخاص

نقطة الإنطلاق في نظام الدفع بالغش نحو القانون أن أحد المتنازعين في المجال القانوني لا يرتضي حكم القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع، فيرى أن من مصلحته الخلاص منه ولكنه لا يجد إلى ذلك سببا سوى تغيير ضابط الإسناد الذي يحدد القانون الواجب التطبيق، بهدف أن يشير هذا الضابط الجديد إلى تطبيق القانون الذي يتفق تطبيقه مع أهداف هذا الشخص و رغباته[1].

فطبيعة ضوابط الإسناد والتي يتحدد بناءها عليها القانون الواجب التطبيق هي التي تسهل هذا التحايل على القانون، فيقوم الخصوم بتغيير المادة الواقعية المكونة لضابط الإسناد لأن هذه الضوابط كلها قابلة للتغيير بإرادة الخصوم، فيكون لإرادتهما دور في تعيين القانون الواجب التطبيق[2].

فيكون دور القاضي هنا الحكم بإستبعاد تطبيق القانون المشوب بحالة الغش، و يحل محله القانون الواجب لتطبيق أصلا لو لم يقع ذلك الغش، بصرف النظر إن كان القانون الأخير يمثل قانون القاضي أو كان قانونا أجنبيا[3].

كما تجدر الإشارة إلى أن التحايل على القانون لا يتحقق في جميع حالات تغيير ضابط الإسناد، و إنما فقط في الحالات التي تتم بنية التهرب من القواعد الآمرة في قانون معين، أي أن التغيير في ضابط الإسناد ليس مقصود لذاته وإنما فقط لما يؤدي إلى تغيير القانون الواجب التطبيق بسوء نية، و هو ما يطلق عليه بالغش نحو القانون أو التحايل على القانون[1].

و لأهمية الدفع بالغش نحو القانون عمدت التشريعات الوطنية إلى إعتماده ضمن نصوصها القانونية، و هو الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري إثر تعديله للقانون المدني الصادر بمقتضى القانون رقم: 05 – 10، و المؤرخ في: 2005/06/20، حيث عدل المادة 18 منه معالجا هذه الحالة في

---

[1] Pierre Bourel, Pascal De Vareilles-Sommières, Yvon Loussouarn ,Droit International Privé, 10 éd, Dalloz, Paris, 2013, p 362.

[2] كمال كيحل، الغش نحو القانون في تنازع القوانين، مجلة البحوث و الدراسات، منشورات جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، العدد 08، جوان 2009، ص 72.

[3] أحمد دغيش، الغش نحو القانون في القانون الدولي الخاص، مجلة المنار للدراسات و البحوث القانونية والسياسية، جامعة يحي فارس، المدية، العدد 02، سبتمبر 2017، ص 5.

[1] كمال كيحل، الغش نحو القانون في تنازع القوانين، المرجع نفسه، ص 73.

المادة 24 الفقرة 01 بقوله: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة، إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون"[1].

و بسبب أن مسألة التعريف لا تعد من إختصاص المشرع فقد عمد الفقه لمحاولة تعريفه، حيث يعرفه جانب من الفقه بأنه: " إتخاذ تدبير إرادي بوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة مختص عادة بحكم علاقة قانونية، وإحلال قانون دولة أخرى أكثر تحقيقا للنتائج المتوخاة"[2]، و منهم من عرفه بأنه: "مناقضة قصد الشارع بإتخاذ تدابير إرادية مشروعة و لو من غير عمد للوصول إلى نتائج غير مشروعة"[3].

أما الأستاذ أعراب بلقاسم فيعرفه بأنه: "قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط الذي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق، بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة"[4].

و الملاحظ من التعريفات السابقة على أنها تشمل عدة عناصر لازمة لكي يحقق التحايل آثاره، على أساس أن تغيير ضابط الإسناد هو مشروع من حيث الأصل، كما أنه لا مجال لإعمال نظرية الغش إذا لم تحقق الحيلة أو الغش الهدف المتوخى منه ألا وهو تغير ضابط الاسناد.

و رغم أن المجال الرئيسي لدفع بالغش نحو القانون يكمن في مسائل الأحوال الشخصية والأحوال العينية عادة، إلا أن البعض من الفقه يرى إمكانية إعماله حتى في مجال عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، و هو ما يتيح فرضية إعماله كذلك حتى في عقود الإستهلاك الإلكترونية، خاصة من طرف المهني الذي سيعمد إلى التلاعب في العناصر الواقعية لتحديد القانون المختص بحكم النزاع، و استبداله بقانون يحقق مصلحته دون مصلحة المستهلك[1].

على أنه وجب الإشارة إلى أن الدفع بالغش نحو القانون في إطار العلاقات الدولية الخاصة لا يتحقق إلا إذا توافرت عناصره أو شروطه، و ذلك حتى يرتب الجزاء المنوط به.

---

[1] أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 77.

[2] مهند أحمد محمود صانوري، المرجع السابق، ص 10.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 131.

[4] بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 187.

[1] فاطمة الزهرة جندولي، المرجع السابق، ص 147.

البند الثاني: شروط و جزاء الدفع بالغش نحو القانون

يطلب الفقه و معه القضاء في الدفع بالغش نحو القانون توافر شرطين هامين هما: شرط مادي يقضي بإجراء تغيير إرادي، وشرط معنوي هو توافر نية الغش نحو القانون [1].

و للأسف لم يتعرض المشرع الجزائري لهذه الشروط ضمن نص المادة 24 من القانون المدني بشكل صريح، رغم أن بعض الشروط قد تفهم من خلال ألفاظ النص و البعض الآخر يستنتج من خلال مضمونه.

أولا: الشرط المادي

يجمع الفقه على ضرورة توافر العنصر المادي لإمكان إعمال الغش نحو القانون، أين يتطلب أن يقع تغيير إرادي في ضابط الإسناد بشكل يؤدي إلى تغيير الإختصاص التشريعي، ويتحقق هذا الشرط فقط بالنسبة لضوابط الإسناد التي يمكن تغييرها بإرادة الأفراد مثل الجنسية، حيث يتوقف عليها تحدي القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية عند أغلب تشريعات العالم بإعتبار كل شخص يستطيع تغيير جنسيته فيتغير تبعا لذلك قانونه الشخصي[1]، و بذلك فالغش لا يتحقق إلا في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد من الضوابط التي يتسنى تدخل إرادة الأفراد في تغيرها كتحديد القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي[2].

و تتعدد صور تغيير ضابط الإسناد لتشمل مختلف مجالات القانون بغض النظر عن نوعها أو طبيعتها، بداية من مسائل الأحوال الشخصية و مرورا بمسائل الأموال و انتهاء بمسائل الإلتزامات التعاقدية و هو الذي يهمنا في هذا الفرض.

---

[1] Pierre Mayer, Droit International Privé, 5è Ed, Montchrestien, E.J.A, Paris, 1994, P 279.

[1] كمال كيحل، الغش نحو القانون في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 76.

[2] خالد شويرب، المرجع السابق، ص 84.

ثانيا: الشرط المعنوي

يصطلح بهذا الشرط هو توافر نية الغش نحو القانون، أي نية التحايل والتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، إذ لو انتفت هذه النية لكان الإجراء الذي قام به مرتكب الغش سليما[1].

ويرى البعض أنه و نظرا لصعوبة إثبات النوايا الداخلية للشخص، فيمكن عدم التعويل على هذا الشرط إكتفاء بأنه يمكن استخلاص وجود الغش من ذات الظروف المحيطة بالتصرف دون حاجة للتصدي لبحث مسألة النية[2].

و الحقيقة أن تطلب العنصر المعنوي كشرط جوهري لقبول الدفع بالتحايل على القانون هو الذي يميز بين الحالة التي يتوافر فيها الغش فعلا، و الحالة التي يتضح فيها أن الخضوع للقانون الجديد لم يكن مقصودا لذاته و إنما ترتب كأثر عرضي لتغيير ضابط الإسناد، فالتغيير مناط الغش هو الذي يكون باعثه الأصلي الهروب من حكم قاعدة الإسناد[1].

ثالثا: جزاء الدفع بالغش نحو القانون

رغم اختلاف فقهاء القانون الدولي الخاص حول مجال الجزاء في نطاق إعمال نظرية الغش نحو القانون، إلا أن الراجح فقها وقضاءا هو وجوب حرمان التصرف المشوب الغش من كل أثر قانوني سواء تعلق الأمر بوسيلة الغش أو غايته، و بخاصة أن الآثار الأخرى لسلوكه الغير مشروع لم تكن مقصودة من طرف الغاش فترفض هي الأخرى، وتفاديا أيضا لتجزئة العمل القانوني الواحد[2].

---

1 أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 79.

2 سيد أحمد محمود أحمد، المرجع السابق، ص 70.

1 عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 193.

2 لمزيد من التفصيل حول إختلاف الفقه في ما إذا كان أثر الدفع بالغش نحو القانون يمس النتيجة التي سعى الشخص لتحقيقها فقط، أم يمتد ليشمل النتيجة و الوسيلة معا، أنظر: حمزة قتال، المرجع السابق، ص 379.

و عليه فإن الجزاء المترتب في حال تحقق الركنان السابقان هو عدم الإعتداد بالتغيير الذي أجراه الأطراف، ويطبق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد قبل هذا التغيير، أي إغفال التغير المنطوي على تحايل على القانون و الغش، ومن ثم يطبق القانون الذي سعت إرادة الأطراف إلى تجنب تطبيقه[1].

البند الثالث: تقييم دور الدفع بالغش نحو القانون في حماية المستهلك الإلكتروني

في حقيقة الأمر يصعب القول بوجود الغش نحو القانون في مجال العقود الدولية بصفة عامة و إن وجد فيكون في حالات جد نادرة[2]، فليس من المعقول السماح للأطراف بإختيار القانون واجب التطبيق ثم نتجاهل من جهة أخرى هذا القانون على أساس أن هذا الإختيار منح له الإختصاص على أساس التحايل على القانون الأصلي واجب التطبيق[3].

أما في نطاق عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، فإنه قد يتصور أن يعمد أحد أطراف العقد التجاري الإلكتروني الدولي إلى تغيير موطنه و جعله متحدا مع موطن الطرف الآخر للتهرب من أحكام القانون المختص أصلا بحكم النزاع، كما قد يقوم أحد الأطراف بتغيير جنسيته إلى جنسية الطرف الآخر حتى يصبح القانون الواجب التطبيق هو قانون الجنسية المشتركة، و قد يسعى صاحب الأداء الجوهري في العقد إلى تغيير محل إقامته إلى دولة أخرى تحقق له أغراضه، بل قد تعمد الشركة إلى تغيير مركز إداراتها الرئيسي للتهرب من أحكام قانون مقر المركز الحقيقي[1].

و الحقيقة أن التفكير بإمكانية الدفع بالغش نحو القانون بصدد الضوابط السالفة لا يجد صداه في نطاق العقود الإلكترونية الدولية، ذلك أن من غير المعقول أن يعمد الأطراف إلى التحايل بتغيير الضوابط لتحقيق أهدافهم و التهرب من القانون المختص أصلا بحكم النزاع، في حين أن المشرع قد خول لهم

---

[1] صالح فواز، نسرين جمعة، المرجع السابق، ص 476.

[2] Georges Cavalier, Essai Sur Le Contrat De Services En Droit International Privé Broché, Thèse De Doctorat En Droit Des Affaires, En Cotutelle Avec l'Université Radboud de Nimègue, Lyon, 2005, p 253.

[3] عبد الحفيظ عيد، المرجع السابق، ص 170.

[1] لمزيد من الأمثلة حول تغيير ظرف الإسناد بنية التهرب من تطبيق أحكام قاعدة الوطنية، أنظر: سيد أحمد محمود أحمد، المرجع السابق، ص 23.

صلاحية إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، و هو نفس الحكم الذي ينطبق على العقود الإلكترونية الدولية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا[1].

و بهذا يتبين بأن إعمال الدفع بالغش نحو القانون لا يجد صداه في مجال عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، و عليه فلا يمكن الحديث عن أي حماية للمستهلك الإلكتروني في هذا الصدد.

و بعد أن أنهينا البحث في منهج القواعد المادية الوطنية و تقييم دورها في حماية المستهلك الإلكتروني في نطاق التجارة الإلكترونية، ننتقل الآن لبيان القواعد المادية لتجارة الإلكترونية أين هناك من الفقه من نادى بضرورة وجود قواعد مادية تحكم العلاقات الإلكترونية في نطاق القانون الدولي الخاص، و هو ما يدعو إلى بحث دورها هي كذلك في حماية المستهلك الإلكتروني.

المبحث الثاني

حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال منهج القواعد المادية الإلكترونية

لقد تعرضت قواعد التنازع في إطار تسوية المنازعات التجارية الدولية للعديد من النقد نتيجة ثبوت عجزها عن ملاحقة الوثبات السريعة للمعاملات التجارية الإلكترونية و إشكالاتها[1]، و هو ما دفع بظهور إتجاه فقهي ينادي بعدم صلاحية تطبيق قواعد تنازع القوانين على عقود التجارة الإلكترونية، و أن المنهج الجديد الذي بإمكانه معالجة مشاكل هذه التجارة الحديثة هو منهج القواعد المادية، و ذلك بإعتبارها بديلا تشريعيا ينسجم مع وسائل و إمكانات العالم الإفتراضي، أين تخضع عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية لنفس الحكم[2].

---

[1] أنظر في ذلك: المحامي حسام أبو حامدة، الغش نحو القانون الدولي الخاص كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي: https://www.mohamah.net/law، تم الإطلاع عليه يوم: 2021/11/18، على الساعة 20:00 مساءا.

[1] لقد أظهر الإعتماد بشكل مفرط على قواعد التنازع في حل منازعات المعاملات الخاصة الدولية قصور هذا المنهج في الإحاطة بمتطلبات العقود التجارية الدولية، مما أدى إلى وضع هذا المنهج في موضع صعب و كشف القناع عن العيوب الخطيرة التي تميز قواعده، شبهها البعض بالإنقلاب في علم القانون الدولي الخاص، أنظر: سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 247.

[2] نبيل زيد المقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 86.

و لئن كانت هذه وجهة نظر أنصار المجتمع المعلوماتي، فإن البحث في إعمال هذه القواعد المادية وتقييم دورها في حماية المستهلك الإلكتروني في منازعاته النجارية الدولية، يتطلب منا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية القواعد المادية للتجارة الإلكترونية.

المطلب الثاني: القواعد المادية للتجارة الإلكترونية كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني.

المطلب الأول

ماهية القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

تعد القواعد المادية للتجارة الإلكترونية عبارة عن كيان قانوني موضوعي ذاتي خاص بالعمليات التي تتم عبر الأنترنت مما يجعلها نظيرا للقانون الموضوعي للتجارة الدولية، أين تتشكل هذه القواعد من مجموعة العادات و الممارسات المقبولة التي نشأت و استقرت في المجتمع الإفتراضي للأنترنت[1].

فالقواعد المادية تمثل أحد تطبيقات المنهج المباشر في القانون الدولي الخاص، فهي منهج يعتمد إعماله على التطبيق المباشر للقواعد المادية التي تحكم العلاقات الخاصة الدولية.

و سعيا منا إلى بيان ماهية هذه القواعد فإننا سنتطرق إلى مفهومها في (الفرع الأول)، ثم مصادرها في (الفرع الثاني)، كما يلي:

الفرع الأول: مفهوم القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

ذهب المناصرون للمجتمع الإفتراضي على أن منهج القواعد المادية للتجارة الإلكترونية يمثل أهم الحلول الناجعة لمشكلات التنازع التشريعي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، و على أن حل مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية يخضع لهذ القواعد، فوجود قواعد مادية يؤدي إلى إزالة المشاكل الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على هذه العقود[1].

[1] أحمد صباح غدير، تطبيق منهج القواعد الموضوعية على عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الرافدين، العراق، المجلد 22، العدد 80، أكتوبر 2021، ص 51 و ما بعدها.

[1] فراس كريم شان، طه خادم حسن، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، العدد 02، المجلد 08، سنة 2016، ص 317.

و لبحث مفهوم هذه القواعد المادية ذات الطبيعة الدولية سنتطرق لتعريفها، و تحديد أهم خصائصها في نطاق القانون الدولي الخاص، كل ذلك على النحو التالي:

البند الأول: تعريف القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

تنبعث القواعد المادية لتجارة الإلكترونية من صميم المنهج المادي حيث تهدف إلى تسوية المنازعات التي تثور بصدد عقود التجارة الإلكترونية، و التي من ضمنها عقود الإستهلاك الإلكترونية[1].

و قبل الخوض في تعريف هذه القواعد وجب الإشارة إلى أن الفقه إختلف حول مدى صحة تسمية هذه القواعد بالمادية أو الموضوعية[2]، حيث ذهب فريق من الفقهاء الى تسميتها بالقواعد الموضوعية بينما ذهب جانب آخر إلى التسوية بين تسميتها قواعد موضوعية أو قواعد مباشرة وفق ما تؤكده طبيعتها، إلا أن الفقه الغالب يوكد على تسميتها بالقواعد المادية (Regles Matérielles) أو(Material)[1].

و تعرف القواعد المادية لتجارة الدولية بشكل عام على أنها: "ذلك القانون الذي يضع مباشرة تنظيما خاصا ومستقلا عن كل قانون داخلي، لبعض العلاقات القانونية بالنظر الى صفتها الدولية"[2].

أما بالنسبة للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية فقد تم تعريفها على أنها: "قواعد موضوعية خاصة بالعلاقات التي تتم عبر شبكة الأنترنت ذات الطابع الدولي، تضع الحل مباشرة للمسألة المتنازع عليها

---

[1] فاطمة الزهرة جندولي، المرجع السابق، ص 159.

[2] تعددت تسميات الفقه للقواعد المادية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، فمنهم من أطلق عليها إصطلاح القانون الإلكتروني (lex electronica) أو قانون الاتصالات lex numérica أو القانون الافتراضي (lex virtual) أو القانون الرقمي (lex numerica أو قانون التجار الجديد(lex corporative)، وكذلك من أطلق عليها مصطلح القانون الطائفي و آخرون أطلقوا عليها قانون الفضاء الافتراضي المشترك(cybrspace common law)، إلا أن أتجاه آخر يميل إلى تسميتها القواعد المادية للتجارة الدولية، أنظر: فراس كريم شان، طه خادم حسن، المرجع السابق، ص 320.

[1] إن التبرير الذي يسوقه أنصار هذه التسمية هو أن القواعد المعنية بتنظيم العلاقات الدولية الخاصة قد لا تقتصر على ما تضعه الدول و تطبقه بصفتها صاحبة السيادة والسلطان كما في العلاقات الداخلية، كما أن الفقه الغالب يذهب على أن هذه القواعد لا تكون مباشرة في جميع الأحوال، و لهذا فقد سايرنا الفقه الغالب بتسمية هذه القواعد بالقواعد المادية للتجارة الالكترونية، نقلا عن: صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 111.

[2] طه كاظم حسن المولي، المرجع السابق، ص 256.

دون اللجوء إلى قواعد الإسناد التي بطبيعتها قواعد غير مباشرة تحيل إلى قواعد القانون الداخلي التي قد لا تتناسب مع قواعد القانون الدولي"[1].

في حين هناك من عرفها على أنها: "مجموعة قواعد قانونية تقدم تنظيما مباشرا و خاصا ليحكم المعاملات التي تتم عبر شاشات أجهزة الحواسيب الآلية، و تتكون من العادات و الممارسات التي نشأت و استقرت في المجتمع الإفتراضي، و طورتها الهيئات و الحكومات و المستخدمون في مجال تكنولوجيا المعلومات و الإتصالات"[2].

من خلال التعريفات السابقة يمكن أن نخلص بأن القواعد المادية الإلكترونية ما هي إلا نصوص تتكون من مجموعة من القواعد والمبادئ التي كرسها المتعاقدون في مجال التجارة الإلكترونية، صنعت خصيصا لتنظيم العلاقات الدولية الخاصة.

وعليه فهذه القواعد يمكن تطويعها لحل النزاع ماديا بين المورد و المستهلك بمناسبة علاقة عقدية إلكترونية دون حاجة لتعيين قانون محدد، ذلك أنها قواعد وضعت خصيصا لتستجيب لطبيعة المعاملات الإلكترونية، و هي غالبا ما تأخذ بتأمل عميق العلاقات الدولية و تعطي حلولا تأخذ بعين الإعتبار خصوصية المعاملات التجارية الإلكترونية[1].

و من أجل تحديد أكثر دقة لمفهوم القواعد المادية لتجارة الإلكترونية سنبحث خصائص هذه القواعد، و ما تتميز به في العلاقات الدولية الخاصة.

البند الثاني: خصائص القواعد المادية لتجارة الإلكترونية

تتميز القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (lex electronica) أو ما يسميها البعض بالقانون الموضوعي للأنترنت (Substantive internet law)، بمجموعة من الخصائص التي تميزها عن قواعد القانون الدولي الخاص، و التي يمكن أن نوجزها في النقاط التالية:

---

[1] Chahid Slimani, Les Solutions Juridiques Pratiques Aux Conflits Du Commerce International, Revue Electronique De Recherche Juridique, N° 1, Rebat, Maroc, 2018, P 190.

[2] سليمان أحمد الفضل، المرجع السابق، ص 232.

[1] Jean-Michel Jacquet Et Philippe Delebecque Et Sabine Corneloup, Droit Du Commerce International, Dalloz, Paris, 2007, p 67.

أولا: قواعد مادية و مباشرة

تتميز القواعد المادية في نطاق تنازع القوانين بأنها قواعد مباشرة تعطي إجابات للأسئلة المثارة في المنازعة الدولية الخاصة دون إسناد السؤال إلى قانون دولية معينة لإجابته[1]، كما يرجع ذلك إلى أنها تنظم مسائل متفق على أهميتها في العلاقات الدولية خاصة مسائل التجارة الدولية، فجاءت فكرة القواعد المادية لتنظم هذه الأحكام الملائمة للتجارة الإلكترونية وفق متطلبات هذه التجارة، و هو ما يجعل من هذه القواعد قواعد مباشرة محددة الهدف و المضمون و سهلة التطبيق، كما تحقق مصلحة العلاقات الخاصة الدولية و مصلحة الدول ذاتها[2].

ثانيا: قواعد طائفية و نوعية

تتعلق طائفية هذه القواعد بالأشخاص المخاطبين بها، فهذه الأخيرة تخاطب مستخدمي الشبكة العالمية و مقدمي خدمات الشبكة و المشتركين فيها، و على وجه الخصوص الأشخاص الذين يمارسون التجارة الإلكترونية أفراد أو هيئات تجارا أو مستهلكين، أم نوعية هذه القواعد فتتأتى من أنها لا تنظم إلا نوعا معينا من المعاملات و المسائل، و هي تلك التي تنشأ في مجال التجارة الإلكترونية بشكل عام كالدعاية للسلع و الخدمات و المعالجة الآلية للبيانات و نظام التعامل مع البنوك الإلكترونية و الدفع الإلكتروني[1].

ثالثا: قواعد تلقائية النشأة

هي قواعد تلقائية النشأة لأنها نتاج عادات و أعراف و ممارسات سادت بين أفراد هذا المجتمع ذاتيا مع مرور الوقت، و تأتي الصفة التلقائية لها على إعتبار أن أغلب هذه القواعد نابعة من مجتمع ذاتي

[1] عبد الله سيف السبوسي، دور القواعد الموضوعية و منهج الإسناد في فض تنازع القوانين في مسائل الفعل الضار الناتج عن الإعتداء على الحقوق المجاورة لحق المؤلف مع التطبيق على قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة جامعة جنوب الوادي الدولية للراسات القانونية، جمهورية مصر العربية، العدد 5، السنة 2020، ص 272.

[2] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 356.

[1] نافع بحر السلطان، المرجع السابق، ص 83.

حيث لا يمر بالإجراءات الشكلية كما هو الحال في القوانين الوضعية، كما أنها لا تخضع لجهة رسمية تقوم بتنظيمها فهي تلقائية التطبيق و غير تابعة لسلطة معينة[1].

رابعا: قواعد ذات طابع دولي

تتميز القواعد المادية للتجارة الإلكترونية بطابعها العالمي أو ما يسمى بالطابع عبر الدولي، و يظهر هذا من خلال الوسيط الإلكتروني المستعمل لإبرام مختلف التعاملات التجارية الدولية، و طبيعة التعاملات التي تتم غالبيتها في إطار معاملات دولية[2]، و تأتي هذه الخاصية على إعتبار أن الشبكة العالمية لا تخضع لهيمنة دولة ما أو منظمة ما أو هيئة أو سلطة إقليمية أو عالمية، و بالتالي فلا وجود لقواعد دولية تحكم منازعات التجارة الإلكترونية[3].

خامسا: قواعد ذات وظيفة وقائية و علاجية

يمكن القول مجازا بأن إعمال القواعد المادية يحول دون نشأة فكرة تنازع القوانين القائمة على معرفة حكم القانون أو توحيده[1]، و بصفة عامة فالقواعد المادية للتجارة الإلكترونية تهدف إلى تحقيق وظيفتين[2]: تتمثل الأولى، في أنها وقائية و ذلك في أنها تساعد الأطراف في مرحلة التفاوض على إبرام العقود مما يؤدي إلى التقليل من فرض نشوب النزاع مستقبلا، كما أنها تمنع نشوء النزاع و التنازع بين القوانين لمعرفة حكم القانون أو توحيده و يؤخذ بها في المرحلة الأولى لنشوء النزاع، أم الوظيفة الثانية فهي علاجية و ذلك عند نشوء النزاع من خلال مساعدة الأطراف على التفاهم و إعادة التنفيذ السلمي للإلتزامات التعاقدية، و يكون ذلك باللجوء إلى التوفيق و الوساطة أو عن طريق القضاء.

---

[1] أرجيلوس رحاب، المرجع السابق، ص 441.

[2] سمير خليفي، القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الالكترونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، السنة الجامعية:2018/2017، ص 182.

[3] أحمد عبد الكريم سلامه، الانترنت والقانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص23.

[1] محمد بلاق، أزمة منهج التنازع و انعكاساتها على منازعات العقود الدولية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 7، العدد 1، جوان 2021، ص 2671.

[2] مصطفى القاسمي، القواعد المادية في فض منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لمجلة القانون و الأعمال، http://www.droitetentreprise.com، تم الإطلاع عليه يوم: 2021/06/18 على الساعة: 18:00 مساء.

و بعد أن قمنا بتحديد خصائص هذه القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، سنتطرق للمصادر التي تستقي منها هذه القواعد وجودها.

الفرع الثاني: مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

ترتب على ظهور عقود التجارة الإلكترونية بروز قواعد مادية تطبق مباشرة على النزاعات المتعلقة بهذه العقود، هذه القواعد المادية الإلكترونية تستمد أسسها و قواعدها من مصادر متعددة صممت أو يجري تصميمها لفضاء الأنترنت لمواجهة النزاعات التي تثور على المستوى الجغرافي في شبكة الأنترنت[1]، و ذلك كله بهدف توفير الحماية و الثقة لدى أطراف التجارة الإلكترونية و المساهمة في زيادة حجم المبادلات التجارية الإلكترونية[2].

و نظرا لعدم وجود قواعد مادية دواية تحكم علاقات المستهلكين بصفة خاصة، فإننا نلجأ إلى القواعد المتفرقة التي تنظم التجارة الإلكترونية الدولية و إخضاع معاملات المستهلكين من خلالها[3].

و من أجل تحديد مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية نرى من المناسب تقسيمها إلى مصادر وطنية و أخرى دولية، و ذلك على النحو التالي:

البند الأول: المصادر الوطنية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية

لغرض تسليط الضوء على هذه المصادر الوطنية التي ساهمت في تكوين القواعد المادية لتجارة الإلكترونية، فإنه يمكن تصنيفها إلى صورتين: قواعد مادية إلكترونية من صنع المشرع الوطني، و قواعد مادية إلكترونية من صنع القضاء الوطني.

أولا: قواعد مادية من صنع المشرع الوطني

لقد أرست بعض التشريعات الوطنية قواعد موضوعية في قوانينها الداخلية بحيث يمكن تطبيقها مباشرة على عقود التجارة الدولية على الرغم من أنها من وضع المشرع الداخلي، حيث ذهب الفقه إلى

[1] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية المرجع السابق، ص 115.

[2] Saffar Karim, La Regulation Globale De Commerce Electronique, Thèse De Doctorat, Faculté Des Etudes Supérieures, Université Montréal, Canada, 2013, p 210.

[3] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 324.

إمكانية القاضي في تطبيق تلك القواعد المادية مباشرة على النزاع المعروض عليه إذا كان هذا النزاع متعلقا بالتجارة الدولية دون الرجوع إلى قواعد الإسناد[1].

و تتجدد الحالة في وقتنا هذا مع التجارة الإلكترونية أين فرضت و بسبب خصوصية ميدان التجارة الإلكترونية و التي تعد أسلوبا جديد يختلف من حيث طريقة ممارسة هذه التجارة عبر الفضاء الإلكتروني، مما دفع الدول إلى العمل الجاد لأجل إصدار تشريعات خاصة بمعاملات التجارة الإلكترونية و العقود الإلكترونية و التواقيع الإلكترونية و الدفع الإلكتروني و حماية المستهلك و الخصوصية و الملكية و كل ما يدخل في نطاقها، و من هذه التشريعات على سبيل المثال قانون الولايات الأمريكية الموحد لعام 1999 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية، إضافة الى خطة العمل التي أطلقها الرئيس الأمريكي الخاصة بتطوير التجارة الالكترونية والمكونة من خمسة مبادئ[2].

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فقد نظم المعاملات التجارية الإلكترونية من خلال القانون 18-05 المتعلق بمعاملات التجارة الإلكترونية، و الذي سنه من أجل وضع الإطار القانوني المناسب لتنظيم مجال التعاملات الإلكترونية في المجال التجاري.

و الجدير بالذكر أن تطبيق القواعد التي اشتملت عليها القوانين المذكورة أعلاه لا تستبعد اللجوء إلى قواعد التنازع، فإذا كان النزاع يتعلق بموضوعات التجارة الإلكترونية وعرض على قاض وأشارت قاعدة التنازع في قانون القاضي بتطبيق القانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع، فإن المقصود بذلك القانون الخاص بالتجارة الإلكترونية في دولة القاضي كما يجري تطبيق قانون التجارة الإلكترونية لدولة ما عندما تشير إليه قاعدة التنازع الأجنبية، عندما يكون القانون الواجب التطبيق غير قانون القاضي المعروض عليه النزاع[1].

أما في حالة إختار الأطراف صراحة تطبيق قانون وطني للتجارة الإلكترونية، فإن على القاضي أن يطبق القواعد الموضوعية في القانون المختار تطبيقا مباشرا دون الرجوع الى قواعد الاسناد طالما يوجد

---

[1] طه كاظم حسن المولي، المرجع السابق، ص 256.

[2] Pierre Trudel, Charles-Albert Morand, La Lex Electronica, Le Droit Saisi par la Mondialisation, Bruxelles, Éditions Bruylant, Collection Droit International, 2001, p 15.

[1] سمير حليفي، القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص 199.

قانون يعالج المعاملات الإلكترونية في دولته ما لم ينص مشرع هذا القانون على خلاف ذلك، وهو نفس التوجه الذي ذهب إليه الفقه الغالب بضرورة التطبيق المباشر للقواعد المادية لقانون التجارة الإلكترونية في دولة القاضي المعروض عليه النزاع في الحالة التي يكون فيها مشرعه الوطني قد نظم التجارة الإلكترونية، بصرف النظر عن إختصاص قانون القاضي بموجب قواعد التنازع من عدمه، ورغم أن الدولة قد أقحمت نفسها في مجال التجارة الإلكترونية دونما إعتبار لدولية التعامل فيها إلا أن هذه القواعد قد صيغت بما يتلاءم مع خصوصية التجارة الإلكترونية ولا يترتب على تطبيقها مباشرة أية اخلال بقاعدة التنازع، وكذلك فإن التحكيم هو الميدان الآخر لتطبيق هذه القوانين مباشرة من دون الرجوع لقواعد الإسناد في ظل غياب إختيار أطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق[1].

ثانيا: قواعد مادية من صنع القضاء الوطني

لقد كان للقضاء الوطني و قضاء التحكيم الإلكتروني دورا مهما في إرساء الكثير من القواعد المادية على مستوى التجارة الدولية و التجارة الالكترونية، وهذا ما سنبحثه على النحو التالي:

1– القضاء الوطني:

لقد أخذ القضاء الفرنسي زمام المبادرة بشأن خلق قواعد مادية تتجاوب مع التطور الذي حدث أخيرا في مجال العلاقات الدولية، مخالفا في ذلك ما هو مألوف و مستقر في نظامه القانوني الداخلي[1].

حيث عمل القضاء على تطوير مجال تدخله فبعدما كانت مهمته تنظيمية داخلية من خلال سد الثغرات القانونية المتواجدة في التشريعات الوضعية، حاول أيضا إيجاد قواعد مادية تهدف لتنظيم مسائل التجارة الدولية مستترا في البداية وراء أفكار أخرى في القانون الدولي الخاص، وبصفة خاصة وراء الإعمال التقليدي لمنهج التنازع حتى يضفي على هذه القواعد سمة وضعية في إطار المبادئ العامة، وما

---

[1] طه كاظم حسن المولي، المرجع السابق، ص258.

[1] أحمد محمد الهواري، عقود التجارة الدولية بين القواعد الموضوعية و قواعد الإسناد، مجلة الأمن و القانون، أكاديمية الشرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، المجلد20، العدد 2، السنة 2012، ص 10.

إن اكتسبت حلوله طابعا عاما مجردا نتيجة استقرار العمل بهذه القواعد بوصفها قواعد قانون دولي خاص مادي[1].

و من بين القواعد التي إستقر عليها القضاء الفرنسي في هذا الشأن القاعدة التي تقضي بصحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية[2]، أما في نطاق المعاملات الإلكترونية فقد أتيحت الفرصة للقضاء الوطني في وضع عدد من المبادئ عند تصديه للفصل في منازعات التجارة الإلكترونية، بشأن منازعات أسماء المواقع الإلكترونية المطروحة على الشبكة والمعروفة بإسم الدومين أو أسماء النطاقات، أم التطبيق الثاني فهو المتعلق بتطبيق القضاء الوطني لقواعد البوليس في إطار المجتمع المعلوماتي[3].

كما كرس القضاء الوطني في إطار توفير الحماية اللازمة للمستهلك الالكتروني في مجال الإختصاص القضائي الدولي قاعدة منح الاختصاص القضائي لمحكمة موطن المستهلك أو محل اقامته، مع منحه الحق في إقامة الدعوى أمام محكمة دولة المورد أو المهني إذا كان يحقق حماية أفضل له من قانون دولته لكونه الطرف الأضعف في العقد، و هو ما سنتطرق له بشيئ من التفصيل لاحقا[1].

2- قضاء التحكيم الإلكتروني:

لقد شهد ميدان التحكيم في التجارة الدولية ازدهارا ملحوظا أمام عودة النزعة الفردية و حرية التبادل التجاري و سلطان الإرادة، أما اليوم و في ظل المكانة التي تحتلها قوانين التجارة الإلكترونية و المعاملات الإلكترونية، و الابتعاد عن التعقيدات التي يثيرها القضاء فإنه بات منطقيا اللجوء إلى الوسائل البديلة أو الآليات الجديدة لحل منازعات التجارة الإلكترونية[2]، بحيث تتلائم و معطيات التقنيات الحديثة

---

[1] محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية:2016/2015، ص 107.

[2] فراس كريم شان، طه خادم حسن، المرجع السابق، ص 333.

[3] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 175.

[1] جمال محمود الكردي، قواعد الإختصاص القضائي الدولي التقليدية لمنازعات الحياة العصرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 100.

[2] لقد أظهر إنتشار جائحة كورونا عبر جميع مناطق العالم و ضرورة مواجهتها أهمية التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات التجارة الدولية، و في ظل تلك الظروف أعتبر التحكيم الإلكتروني الوسيلة المثلى و الملائمة لفض مثل تلك المنازعات، لمزيد من التفصيل أنظر: أمير خليل، تسنيم كحلة، نحو تحكيم سيبراني في فلسطين في ظل جائحة كورونا – دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، كلية القانون، جامعة قطر، المجلد 10، عدد خاص بمؤتمر القانون في مواجهة الأزمات العالمية، الوسائل و التحديات، فيفري 2021، ص 42 و ما بعدها.

في الإتصال و التعامل عبر شبكة الأنترنت و المتمثلة في التحكيم الإلكتروني و الوساطة الإلكترونية و التوفيق الإلكتروني[1].

في هذا الصدد يرى أنصار القواعد المادية لتجارة الإلكترونية أن أحد أهم مصادرها هي الأحكام التي تصدر في إطار ما يعرف بالتحكيم الإلكتروني، حيث أنشأت هيئات التحكيم الإلكتروني قواعدها الخاصة التي تتناسب مع طبيعة المنازعات الإلكترونية التي تتلاءم مع السرعة التي تتمتع بها الشبكة العالمية، و بتالي فإن ما ترسيه تلك الأحكام من يكون رافدا مهما للقانون المادي الإلكتروني[2].

لذلك يعتبر أنصار هذا الإتجاه بأن الأحكام التي تصدر عن هيئات التحكيم الإلكتروني، في شأن التجارة الإلكترونية مصدرا من مصادر القواعد المادية لتجارة الإلكترونية.

البند الثاني: المصادر الدولية للقواعد المادية لتجارة الإلكترونية

لقد تنوعت الأعمال الدولية التي أرست بحد ذاتها مجموعة من القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، التي ساهمت في وضع الكثير من الحلول الذاتية لكثيرا من المشكلات الخاصة بالتجارة الإلكترونية و مجتمع الأنترنت بعيدا عن الإطار الوطني[1].

و لغرض تسليط الضوء على هذه المصادر سيتم البحث في القواعد المادية للتجارة الإلكترونية ذات النشأة التنظيمية، ثم البحث في القواعد المادية للتجارة الإلكترونية ذات النشأة التلقائية، و ذلك على النحو التالي:

أولا: قواعد مادية دولية ذات نشأة تنظيمية

يرى أنصار المجتمع الإفتراضي أن مصادر القواعد المادية ذات النشأة التنظيمية هي: كل من الإتفاقيات الدولية و التوصيات و الأعمال الدولية و الممارسات القاعدية.

---

[1] أبو العلا أبو النمر، المشكلات العملية و القانونية في التجارة الإلكترونية، المرجع سابق، ص 39.

[2] عادل أبو هشيمه محمود حسن حوته، المرجع السابق، ص 145.

[1] فراس كريم شان، طه خادم حسن ، المرجع السابق، ص269.

1- الإتفاقيات الدولية:

تعتبر الإتفاقيات الدولية من أهم أدوات توحيد القواعد المادية في شتى المجالات و تتركز على وجه الخصوص في إتفاقيات القانون الدولي الخاص في مجال التجارة الدولية، بسبب أهمية هذا المجال و حاجته لمثل تلك القواعد المنظمة لمسائله، و في نطاق التجارة الإلكترونية كانت هذه الإتفاقيات رافدا مهما لمسائل التجارة الإلكترونية رغم الصعوبات التي تواجه تطبيقها في نطاق البيئة الإلكترونية[1].

في هذا الإطار فقد لجأت الكثير من الدول إلى عقد إتفاقيات دولية تتضمن قواعد موضوعية مشتركة تحكم فئة معينة من العلاقات ذات الطابع الدولي، و تكون هذه القواعد ملزمة للقاضي الداخلي في هذه الدول، و الثابت في الفقه القانوني أن الإتفاقيات الدولية تعد أداة مهمة و فعالة في توحيد القواعد الموضوعية بين الدول و أطرافها[1].

أما في مجال التجارة الإلكترونية فيوجد عدد محدود من الإتفاقيات ذات الصلة بتلك المعاملات، و تلك الإتفاقيات تعجز عن تقديم حلول كافية لمواجهة هذا الكم الهائل من المعاملات، لذلك تم التأكيد على وجوب تمديد العمل بالاتفاقيات الدولية المتضمنة حلولا تقليدية ـ كاتفاقيات لاهاي و إتفاقية فيينا للبيع الدولي للسلع لسنة 1980 ـ على عقود التجارة الإلكترونية، و العمل على تطويعها بغية تحقيق الأمان القانوني للعقود المبرمة عبر الأنترنت[2].

و تجدر الإشارة إلى أن إتفاقية منظمة الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005، و المتعلقة بتنظيم مجال التجارة الإلكترونية تعد من بين الإتفاقيات القليلة في هذا المجال، التي كان لها دورا بارزا في تكوين بعض القواعد المادية للتجارة الالكترونية من خلال سعيها نحو إعتماد قواعد موحدة لإزالة العقبات التي تعرقل إستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود

---

[1] Vincent Fauchoux, Pierre Deprez , Jean-Michel Bruguière, Le Droit De l'internet lois, Contrats et Usages, Lexis Nexis, Paris, 2013, p 12.

[1] نبيل زيد المقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 91.

[2] إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، المرجع السابق، ص 275.

الدولية، حيث سعت هذه الإتفاقية إلى تذليل تلك العقبات من خلال إرساء قواعد دولية لتحقيق التكافؤ بين الخطابات الإلكترونية ونظيراتها الورقية[1].

أما على مستوى الوطن العربي فنجد إتفاقية تنظيم أحكام التوقيع الإلكتروني في مجال المعاملات الإلكترونية، و التي تم إبرامها في 5 جوان 2008 و لم يتم العمل بها إلى حد الآن، حيث تعد هذه الإتفاقية الأولى عربيا في مجال المعاملات الإلكترونية، و التي ترمي إلى تنمية التجارة العربية البينية بصفة خاصة[2].

و رغم المزايا التي تحققها هذه الإتفاقيات إلا أن المتأمل في مجال تكنولوجيا المعلومات و الإتصالات و أدواتها، يدرك أن عدد الإتفاقيات المبرمة في هذا المجال لا يرقى إلى المستوى المطلوب، خاصة في ظل البحث عن الحماية القانونية المنشودة لفئة المستهلكين الإلكترونيين.

2- التوصيات الدولية:

في ظل شح الإتفاقيات الدولية الحديثة المعنية بتنظيم شؤون التجارة الإلكترونية وتبادل البيانات إلكترونيا، و عدم تلبية أغلب إتفاقيات التجارة الدولية التقليدية لحاجات التجارة الالكترونية، و في ضوء التزايد المستمر للمعاملات التي تتم من خلال التبادل الإلكتروني للبيانات، لكل هذا وجدت حاجة ملحة لإيجاد نظام تشريعي موضوعي موحد يتفق ومعطيات التجارة الالكترونية[1].

في هذا الصياغ برزت أهمية الإستعانة بالأعمال الدولية فكانت التوصيات الدولية أحد أهم مصادر القانون المادي الإلكتروني، و لعل أهم هذه التوصيات التي صدرت عن لجنة الأمم المتحدة الإقتصادية لأوروبا لسنة 1979، الخاصة بسند الشحن البحري حيث تضمنت إقتراح بإستخدام المعالجة الإلكترونية للمعلومات في إطار القواعد الضرورية و الإجراءات الخاصة بالنقل البحري[2].

---

[1] فراس كريم شان، طه خادم حسن ، المرجع السابق، ص 341.

[2] سليمان أحمد الفضل، المرجع السابق، ص 236.

[1] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 120.

[2] صاحب كل هذا النوع من التطور التكنولوجي في مجال نظم المعلومات على صعيد النقل البحري، وظهرت طرق حديثة لإبرام التعاقدات في هذا المجال، وظهرت الدعوة الحثيثة إلى إنشاء نظام إلكتروني معني بتبادل المعلومات والاستغناء عن التعامل الورقي، أنظر: رشا علي الدين، النظام القانوني لسندات الشحن الإلكترونية، دراسة علي ضوء قواعد تنازع القوانين، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

ثم توالت الأعمال و التوصيات الدولية في تنظيم التجارة الإلكترونية كتوصية الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي رقم: 14 الصادرة في الدورة التاسعة لسنة 1997، بشأن الإعتداد بالمستندات التجارية التي تصدر بوسائل أخرى غير الكتابة و إعتبارها مستندات رسمية[1].

كذلك يمكن الإشارة في هذا الصدد لأعمال اللجنة الأوروبية المعنية بتسوية المنازعات خاصة التي تتم بين المستهلكين، حيث أصدرت مجموعة من التوصيات بخصوص حل المنازعات على الخط منها التوصية رقم: 98/257 الصادرة في: 30 مارس 1998 بشأن تسوية منازعات المستهلكين خارج ساحات القضاء[1].

3- الممارسات القاعدية:

تشكل الممارسات القاعدية في نطاق التجارة الإلكترونية قواعد مادية تم إرساءها من خلال العقود النموذجية الدولية، و الشروط العامة التي تتضمنها بعض العقود التي لابد منها لمباشرة التجارة الإلكترونية، و هي كالآتي:

أ- العقود النموذجية:

في إطار المعاملات التجارية الإلكترونية تتجه معظم المنظمات المهنية إلى إعداد عقود نموذجية الطابع، تتضمن العادات الجارية و الأحكام الجديدة التي تستمد قوتها من تداولها و من أعضاء المجتمع الذي وجدت فيه[2]، و يقصد بالعقود النموذجية في نطاق عقود الاستهلاك بأنها: "تلك العقود التي تبرم بين المورد و المستخدمين سواء كانوا مستهلكين أو مهنيين، و تتناول العديد من المسائل الفنية والقانونية

---

https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=685484، تم الإطلاع عليه يوم:2021/04/11، على الساعة 20:00 مساءا.

[1] أرجيلوس رحاب، المرجع السابق، ص 445.

[1] فراس كريم شان، طه خادم حسن ، المرجع السابق، ص 341

[2] سليمان أحمد الفضل، المرجع السابق، ص 239.

التي يجب إحترامها من الطرفين"[1]، و بتالي هي عبارة عن نموذج لعقود جاهزة وضعت في متناول المهتمين لتنظيم أي علاقة تجارية تتم في إطار اهتمامهم.

و لقد لاقت العقود النموذجية قبولا واسعا لدى الأنظمة القانونية المختلفة ما يكفي لتبنيها، ومن بين هذه النماذج نجد الإتفاق النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية بخصوص التبادل الإلكتروني للبيانات عبر شبكات الحواسيب الآلية[2].

و على المستوى الوطني يوجد العديد من النماذج ينحصر تطبيقها داخل الدولة التي أعدتها كما في العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين، حيث تمت صياغته و وضع شروطه وفقا للقانون الفرنسي مع إمكانية تطبيق القواعد الواردة في هذا العقد النموذجي أمام إحدى المحاكم الأجنبية إذا رأى القاضي أن هذه القواعد الإتفاقية تحقق للمستهلك حماية أكثر من تلك التي يحققها له قانونه الوطني[1].

بالإضافة إلى هذه العقود النموذجية هناك نماذج ينحصر إعمالها في قطاع معين، و أهمها عقد Odette النموذجي المطبق في المجال الخاص بالسيارات في أوروبا، و العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين Contrat- type de commerce électronique Commerçants- Consommateurs الذي اعتمدته غرفة التجارة و الصناعة بباريس في 30 أفريل 1980[2].

---

[1] يمكننا أن نستخلص الخصائص التي يجب توافرها في هذه الشروط حتى يعد العقد قائما على أساسها، و يمكن حصرها في ما يلي: 1- أن ترد هذه الشروط في عقد الإستهلاك، 2- أن تكون هذه الشروط مفروضة على المستهلك، 3- أن يكون العقد المضمن لهذه الشروط موجها لعدد غير معين من الأفراد أي موجه لجمهور العملاء، لمزيد من التفصيل أنظر: أشرف عبد العظيم عبد القادر عبد الواحد، المرجع السابق، ص 30.

[2] Lionel Bouchurberg, Internet et Commerce Electronique, Site web, Contrats, Responsabilités, Contentieux , Encyclopédie Delmas, 2° Ed, Delmas, Paris, 2001, p136.

[1] أسامه أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 99.

[2] فاطمة الزهرة جندولي، المرجع السابق، ص 192.

ب- الشروط العامة:

يلجأ في بعض الأحيان المتعاملون في مجال التجارة الدولية إلى إستعمال الشروط العامة التي تعد بدورها من بين المصادر المشكلة للقواعد المادية للتجارة الدولية، وهي عبارة عن أحكام يستعين بها المتعاقدون ويدرجونها ضمن عقودهم التي يستكملونها بعد ذلك بالشروط الخاصة التي يتفقون عليها[1].

و هناك الكثير من الشروط التي تواتر العمل عليها في بعض العقود اللازمة لمباشرة التجارة الإلكترونية، حيث يتم وضعها من قبل الجهات الفنية أو التجارية المتخصصة ذات العلاقة بحيث يتوجب على كل مستخدم متعاقد عبر الشبكة أن يوافق على تلك الشروط عند إبرام عقد ما، أي قبل البدء بمزاولة التجارة على الشبكة العالمية[2].

ثانيا: قواعد مادية دولية ذات نشأة تلقائية

يقصد بالمصادر ذات النشأة التلقائية أو الذاتية: "تلك القواعد التي تنشأ من سلوك المهنيين على الأنترنت أثناء تعاملهم مع المستهلكين"، أي أنها لا تنتمي إلى تنظيم رسمي و من ثم فهي تتمتع بالمرونة الكافية التي تساعدها في مواكبة إحتياجات الشبكة العالمية و المتعاملين خلالها، فهي تواكب التطورات التقنية للشبكة التي تنتقل من طور إلى طور بسرعة عالية، و هي في نفس الوقت تواكب توقعات المتعاملين على الشبكة حيث انها قواعد تمثل رغباتهم و تطلعاتهم، فهم الذين يضعونها و لا تفرض عليهم[1].

و تشمل هذه المصادر ذات النشأة التلقائية كل من الممارسات التعاقدية، تقنيات السلوك، العادات و الأعراف و الممارسات المستقرة لتجارة الإلكترونية، كما يلي:

---

[1] سمير خليفي، القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص 177.

[2] طه كاظم حسن المولي، المرجع السابق، ص 280.

[1] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق ص 184.

1- الممارسات التعاقدية:

تعتبر الممارسات التعاقدية من المصادر المهمة لإرساء القواعد النظامية التي يقوم عليها القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي للمعاملات عبر الأنترنت، و ترجع أهمية الممارسات التعاقدية في هذا المجال على أساس أن هذه العقود هي التي يمكن بواسطتها السيطرة على سلوك المتعاملين عبر الأنترنت[1].

و عليه فالعقد الإلكتروني بإعتباره أحد عناصر القانون الإلكتروني يعتبر مصدرا من مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، إذ أن هذا العقد الإلكتروني قادر على أن يخلق نظامه القانوني الخاص به و من ثم الخضوع له عند تنظيم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة و فقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، بإعتبار أن الاتفاقات المبرمة بين الأطراف بشكل صحيح تعد بمثابة قانون الأطراف المختار[2].

2- تقنيات السلوك:

تعد قواعد السلوك التي يضعها المتعاملون مع شبكة الأنترنت بأنفسهم لتطبق عليهم، و التي يتم تدوينها من قبل الهيئات و المؤسسات المهنية المعنية بوضع مبادئ و أسس التعامل عبر الشبكة الدولية للإتصالات، من أهم المصادر التي تتكون منها القواعد المادية للمعاملات الإلكترونية[1].

و تعرف قواعد السلوك في ميدان المعاملات التجارية الإلكترونية بأنها: "مجموعة المبادئ والأحكام الصادرة عن هيئات ومؤسسات مهنية وتجارية سواء كانت وطنية أم دولية، والتي تهدف إلى تنظيم التجارة الإلكترونية وسيادة السلوك الأخلاقي القويم على الشبكة العالمية"، حيث قامت بعض المؤسسات والهيئات الدولية بوضع قواعد سلوك للتجارة الدولية عموما والتجارة الإلكترونية خصوصا[2].

و من أهم القواعد التي يمكن الاسترشاد بها في هذا المجال قواعد السلوك الموحد للتبادل الإلكتروني للبيانات التجارية عن طريق الإرسال عن بعد، الذي أعدته غرفة التجارة الدولية بالاشتراك مع عدد من

---

[1] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 239.

[2] طه كاظم حسن المولي، المرجع السابق، ص 280.

[1] Hamza Jabir , Op. Cit, P 549.

[2] فراس كريم شان، طه خادم حسن ، المرجع السابق، ص 342

المنظمات الدولية، و هي تعد قواعد إخبارية تهدف إلى تقديم نموذج موحد لقبول إتفاقات التبادل الإلكتروني بشأن المعلومات التجارية التي تتم عن بعد[1].

و لعل من المناسب هنا ذكر ما جاء به في التوجيه الأوروبي رقم: 2001/31 الخاص بالتجارة الإلكترونية، و الذي حث الدول الأعضاء في الاتحاد على وضع قواعد سلوك موحدة تتناسب مع الاتحادات و المنظمات التجارية و المهنية والاستهلاكية للإسهام في تنفيذ هذا التوجيه بالشكل السليم[2].

و يترتب على مخالفة قاعدة أو أكثر من تقنين حسن السلوك تطبيق عقوبات من نفس الفعل المرتكب، و التي غالبا ما تكون ردود فعل منظمة تشمل قطاع إستخدام الأنترنت، و في هذا نشير إلى ما توصلت إليه إحدى المحاكم الأمريكية عند إدانتها مخترقي الرسائل التطفلية حين إعتبرت الإرسال غير المطلوب للبريد الإشهاري يتعارض مع مبادئ الأخلاقيات إلا إذا سمح الممون بذلك[1].

و بذلك فإن قواعد السلوك تعد من المصادر المهمة لقواعد القانون المادي الإلكتروني، و يرجع ذلك إلى تنوع انماط المتعاملين عبر شبكة الأنترنت.

3- العرف و العادات و الممارسات المستقرة للتجارة الإلكترونية:

من الثابت أن العرف يعتبر أحد المصادر المهمة للقانون بصفة عامة، فكثيرا ما تعتبر القواعد العرفية قواعد قانونية ملزمة في التشريعات الداخلية خاصة تلك المتعلقة بالمعاملات التجارية، حيث ينتج غالبا عن ممارسة راسخة و معترف بها في مجتمع معين و تتطور تدريجيا[2].

أما في مجال التجارة الإلكترونية وقياسا على القانون الدولي العام يمكن إعتباره المصدر الأول و ذلك نظرا لحداثة مجتمع الأنترنت من جهة، و لعدم وجود سلطة عليا تملك سن قواعده و تفرض الجزاء على مخالفته من جهة أخرى[3].

---

[1] فاطمة الزهرة جندولي، المرجع السابق، ص 179.

[2] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 329.

[1] Chiheb Ghazouani, Op.Cit ,p 307.

[2] Filali Osman, Les Principes Généraux De La Lex Mercatoria, Contribution à L'étude D'un Ordre Juridique National, L.G.D.J, 1992, p 15.

[3] فاطمة الزهرة جندولي، المرجع نفسه، ص 180.

و لقد ساهم المتعاملين في ميدان التجارة الإلكترونية في إرساء القواعد المادية للقانون الإلكتروني و ذلك بطريقة تلقائية، و لعل من أهم هذه القواعد ما إستقر من أعراف و عادات و ممارسات في الأوساط المهنية لذلك العالم الرقمي للمعلومات و الإتصالات، و حيث أن تلك الأعراف و العادات ذات طبيعة تعاونية خاصة بكل نوع من أنواع التعاون الذي يتم في هذا العالم الإفتراضي، كالأعراف و العادات السائدة في مجال الدعاية و الترويج للسلع و الخدمات و في مجال حماية الحياة الخاصة، و في شأن حماية المستهلكين، و في شأن الحفاظ على حقوق الملكية الفكرية[1].

و إلى جانب العرف نجد العادات التجارية الإلكترونية الإتفاقية أين تعتبر مصدرا من مصادر القانون المادي الإلكتروني، ذلك أنها عادات تتصل بالعلاقات القانونية الناشئة بمناسبة معاملات معينة و قد أطلق عليها الفقهاء تسمية العادات الإرادية (Usage volontaire)، للإشارة فإن قوتها تستمد من إرادة الأفراد الذين تواتروا على إتباعها[1]، و تعرف العادة التجارية الإلكترونية بأنها: "سلوك أطرد المتعاملون في ميدان التجارة الإلكترونية تجارا أم مستهلكين، على القيام به في مسألة تجارية معينة من مسائل التجارة الإلكترونية"[2].

و قد تم تجميع الكثير من العادات التجارية الدولية من قبل هيئات متخصصة و من ذلك ما أصدرته غرفة التجارة الدولية من قواعد بطلق عليها قواعد (Incoterms)[3]، هذه القواعد طرحت مسألة إمكانية تطبيقها في المجال الإلكتروني، و هنا أجمع الفقه على إمكانية تمديد العمل بها طالما وجد إسناد صريح من الأطراف على إتباع أحكامها[4].

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، الأنترنت و القانون الدولي الخاص فراق أم تلاقي، المرجع السابق، ص 17 و 18.

[1] أبو العلا علي أبو العلا نمر، المشكلات العملية والقانونية في التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص 52.

[2] فراس كريم شان، طه خادم حسن، المرجع السابق، ص 349.

[3] إنكوترمز: هي مزيج من كلمات ثلاث في اللغة العربية و هي شروط التجارة الدولية، حيث تم نشر قانون Incoterms لأول مرة في عام 1953 من قبل غرفة التجارة الدولية لغرفة التجارة الدولية (ICC) من أجل تسهيل شؤون الأعمال، حيث شرحت المجموعة مصطلحات Incoterms حتى يتمكن التجار من التجارة مع بعضهم البعض على الرغم من الاختلافات الموجودة بينهم، و لتجنب ارتباك القوانين المختلفة في كل بلد، منذ ذلك الحين أصبحت Incoterms معيارا للعقود مقبولا عالميا، أنظر: أبو العلا علي أبو العلا نمر، المشكلات العملية والقانونية في التجارة الالكترونية، المرجع نفسه، ص 68.

[4] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 187.

من خلال ما سبق يلاحظ أن المتعاملين في إطار العالم الإفتراضي سعوا إلى إرساء قواعد القانون المادي الإلكتروني، و كانت العادات أحد هذه القواعد لكونها قواعد قادرة على الاستجابة لمقتضيات و حاجات المعاملات الإلكترونية ـ و خاصة تلك المبرمة عبر الأنترنت ـ ذات الطبيعة الغير مادية، و هي تتوافق مع البيئة الفنية و التكنولوجية للشبكة على عكس القواعد القانونية الوضعية التي طابعها التطور البطيء و الحذر الذي يصطدم بالسرعة التي تعرفها المعاملات الإلكترونية[1].

إنطلاقا مما تقدم يتبن لنا حداثة مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية و تعددها، و هو ما دفعها للتأثير بشكل جلي على المعاملات التجارية الدولية التي يبرمها المستهلك الإلكتروني، و هو ما يدفعنا لبحث عن أثر هذا المنهج في حمايته، هذا إن ثبت حقا إعتباره منهجا مستقلا.

المطلب الثاني

القواعد المادية الإلكترونية كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني

لقد سبق بيان مفهوم القواعد المادية للتجارة الإلكترونية ومصادرها، و إنتهينا إلى التسليم بوجود قواعد حقيقية تلعب دورا أساسيا و مهما في تنظيم التجارة الإلكترونية الدولية[1]، و هو ما حمل بعض الفقه إلى الدعوة للخروج عن نطاق قواعد الإسناد التقليدية و اللجوء إلى القواعد المادية الإلكترونية مباشرة، و محاولة إعمالها في تسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية[2].

رغم جدية هذا الإتجاه فالحقيقة تستوجب و قبل تقييم دور منهج القواعد المادية في حماية المستهلك الإلكتروني، التطرق إلى حقيقة مدى تتمتعها بصفة النظام القانوني أم لا؟ هذا ما سيتم بيانه بداية من خلال التعرض إلى الطبيعة القانونية للقواعد المادية لتجارة الإلكترونية في (الفرع الأول)، ثم تقييم دور هذه القواعد في حماية المستهلك الإلكتروني (الفرع الثاني)، وذلك على التفصيل التالي:

---

1 صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 240.

1 محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 336.

2 محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 203.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للقواعد المادية الإلكترونية

إن البحث في الطبيعة القانونية للقواعد المادية الإلكترونية لا يكون بمنأى عن الإشارة إلى أن هذا القانون أو القواعد قد أثيرت حولها الكثير من الشكوك في حقيقة وجودها، و مدى قدرتها على حسم المنازعات التي تثور بصدد المعاملات التجارية الإلكترونية، ما دفع البعض إلى التساؤل عما إذا كانت هذه القواعد تعد نظاما قانونيا متكاملا يمكن معه مغادرة المنهج التنازعي، أم أن دورها ثانويا ينحصر في تزويدنا ببعض الحلول في الحالات التي يعجز عن معالجتها منهج قواعد التنازع[1].

و لغرض الإجابة على هذا التساؤل كان لابد لنا من التطرق لمفهوم النظام القانوني في نطاق معاملات التجارة الإلكترونية، ثم نتطرق إلى مسألة إلزامية قواعد هذا النظام من عدمها، وذلك ما سنتناوله على النحو التالي:

البند الأول: مفهوم النظام القانوني

يعد تحديد مفهوم النظام القانوني من أكثر المفاهيم التي شغلت إهتمام الفقهاء القانونيين، و ذلك كله قصد فهمهم للظواهر القانونية عموما و كذا لوضع تصور شامل يجمع بين العناصر القانونية و غير القانونية، و لعل من بين أكثر ما يؤكد هذا الطرح إختلاف الفقه في تحديد مفهوم النظام القانوني، بحيث ينظر إليه البعض على أنه قاعدة قانونية تعتبر القواعد المعيارية هي العنصر الأبرز في النظام القانوني[1]، في حين ينظر إليه البعض الآخر من زاوية التنظيم و البناء، و يرى أن الحديث عن النظام القانوني يتطلب الجمع بين القاعدة و التنظيم[2].

و النتيجة من ذلك كله أحد أمرين: إما عدم الإعتراف بالصفة القانونية للقواعد المادية الإلكترونية بمعنى عدم إلزاميتها، و بتالي يمكن الوصول إلى تحرر العقد الإلكتروني من حكم القانون و يظل العقد

---

[1] طه كاظم حسن المولي، المرجع السابق، ص 289.

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، المرجع السابق، ص 311.

[2] محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 33.

طليقا، أو على العكس من ذلك الإعتراف بالصفة القانونية لهذه القواعد، و بتالي إبعاد شبح تحرر العقد الإلكتروني إذ أنه سوف تخضع لقواعد قانونية موضوعية إلكترونية تؤدي إلى حلول مباشرة لحل النزاع[1].

و لذلك كان لابد لنا بداية بيان تعريف النظام القانوني، ثم التطرق للخلاف الفقهي الدائر حول مدى تمتع القواعد المادية للتجارة الإلكترونية بصفة النظام القانوني أم لا.

حيث يعرف البعض النظام القانوني بأنه: "مجموعة متناسقة من القواعد تأتي من مصادر مرتبطة على نحو تدريجي، و تستلهم نفس المجموعة من المبادئ وذات الرؤيا للحياة و العلاقات داخل الوحدة الإجتماعية التي يجب أن تحكمها"[2]، في ما عرفه الأستاذ "Virally" على أنه: "نظام تهذيب الروابط الإجتماعية، و ما يميزه ليس فقط وضع قواعد، و إنما وضع نظم مخصصة لضبط الروابط الإجتماعية او لحل المنازعات"[3]، أم الفقيه الإيطالي "Romano Santi" بأنه: "نظام قانوني يجب أن يشتمل على مجتمع متجانس بدرجة كافية و سلطة مؤثرة داخل ذلك الكيان، و مجموعة قواعد تنظم سلوك الأشخاص داخل هذا النظام"[1].

أما عن مكونات هذا النظام القانوني فيذهب البعض إلى أنه يتكون من شقين: الأول، جانب عضوي أو نظامي أم الشق الآخر، فهو الجانب القاعدي أي وجود القواعد القانونية، و هو ما ينسجم مع الشق الأول و يكمله[2].

و إذا كان هذا هو مفهوم النظام القانوني بوجه عام فإننا نتسأل، هل يمكن إضفاء وصف النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية التي تعنى بتنظيم التعامل بين المستهلك و المورد؟ أم أن تمتعها بهذا الوصف مازال بعيدا عنها؟ إن الإجابة على هذا التساؤل السابق لا يكون إلا من خلال التعرض للخلاف الفقهي الذي دار حول مسألة مدى تمتع القواعد المادية للتجارة الإلكترونية بصفة النظام القانوني أم لا؟.

---

[1] صالح المنزلاوي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، المرجع السابق، ص 241.

[2] سليمان أحمد الفضل، المرجع السابق، ص 243.

[3] طه كاظم حسن المولي، المرجع السابق، ص 290.

[1] سمير خليفي، القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص 235.

[2] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 337.

البند الثاني: الخلاف الفقهي حول مدى تمتع القواعد المادية للتجارة الإلكترونية بصفة النظام القانوني

إختلف الفقه بصدد إجابته عن التساؤل السابق ما بين إتجاهان: إتجاه ينفي منكر لصفة النظام القانوني عن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية مبرزا نقائصه التي تحول دون ذلك، و ما بين إتجاه مؤكد معترف للقواعد المادية لصفتها القانونية المستقلة، و هو ما سوف نتطرق له على النحو الآتي:

أولا: الإتجاه المنكر لصفة النظام القانوني عن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

لقد أنكر البعض صفة النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية فهي وفقا لهم لا تعدو أن تكون مجرد قواعد مادية تندرج ضمن عموم قانون التجار، و من ثم فهي لا تشكل نظاما قانونيا قائما بذاته[1]، و قد إستند أنصار هذا الإتجاه على عدة حجج لتدعيم وجهة نظرهم كما يلي:

1- أن قيام أي نظام قانوني يتطلب وجود الجماعة أو التنظيم، و في حالة تطبيق القاعدة أعلاه على التجارة الالكترونية فأنه لا يمكن القول بشكل قاطع بوجود مجتمع متماسك موحد و منظم قادر على أن يجمع كافة المتعاملين عبر شبكة الانترنت بما يؤدي الى عدم قدرته على خلق قواعد سلوك ملزمة لهذا المجتمع[1]، إضافة الى قلة و صعوبة ظهور الأعراف المتعلقة به بسبب غياب الوحدة والترابط بين مستخدمي شبكة الأنترنت، وانتماء المتعاملين عبر الشبكة لنظم قانونية مختلفة إضافة إلى إختلاف طوائفه اجتماعيا و فكريا و ثقافيا، مما أدى إلى وجود أعراف وعادات خاصة بكل طائفة لما فيها من ضمان في الحفاظ على مصالحها المتعارضة، وهذا بحد ذاته يؤدي الى صعوبة التسليم بوجود التنظيم الموحد كأساس في قيام النظام القانوني[2]، و بتالي هو يتكون من جماعة لا يسودها الإنسجام الذي يولد قواعد ملزمة[3].

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 63.

[1] ناصر حمودي، نزاعات العقود الإلكترونية أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، المرجع السابق، ص 177.

[2] محمد مأمون سليمان، التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 428.

[3] عادل أبو هشيمة محمود حسن حوته، المرجع السابق، ص 148.

2- أن الدول لاتزال غير متعاونة في هذا المجال إنطلاقا من مبدأ توفير الحماية اللازمة لمواطنيها، لذلك فأنها غير مستعدة لترك حل المنازعات التي يعتبر أحد مستهلكيها طرفا فيها لحكم القواعد المادية الالكترونية، لما قد يترتب عليها من ضرر بالمصالح الاقتصادية والسياسية الخاصة بتلك الدولة، مما يدفعها للوقوف أمام كل محاولة للإعتراف بمثل هذا القانون الالكتروني[1].

3- إن أغلب القواعد المادية للتجارة الالكترونية تكونت من مجموعة قواعد السلوك المجردة من حيث نشأتها ومضمونها، وبسبب حداثة تكوينها فإنها خالية من عنصر الالزام بما يجعل منها عرفا واجب الإتباع، وبالتالي فإن غياب القواعد الآمرة يعني عدم استقامة النظام القانوني لها[2].

4- إن القواعد المادية الإلكترونية تفتقر إلى الجزاء الذي يحمل الأفراد على إحترامها و استمرارها على غرار النظام القانوني للدولة الذي يتميز بذلك الجزاء، حيث أن منع المخالف من الوصول للشبكة و الذي يعتبره أنصار القانون الموضوعي جزاء يعد إجزاء غير فعال لصعوبة تحديد هوية الشخص مرتكب المخالفة لما تتمتع به الشبكة من سهولة التخفي و التستر حيث يستطيع المستخدم من أن يغير عنوانه و معلوماته الشخصية[1]، فرسالة القاعدة القانونية لن تصل مبتغاها دون أن يكون هناك جزاء باعتباره عنصرا جوهريا في القاعدة القانونية، واستلزامه فيها لا يعني أن إحترامها بالضرورة يستند إلى وجوده وخوف الأفراد من إحتمال توقيعه[2].

5- إن الحديث عن القانون المادي للتجارة الالكترونية لايزال مبكرا لأن قواعده لاتزال في طور التكوين ولم تكتمل بعد، مما يصعب معها أن تشكل قانونا مستقلا بحد ذاته، إضافة إلى أنها لم تتوصل إلى الحلول الناجعة في الكثير من فروع القانون، إضافة إلى طبيعته الذاتية التي تجعله غير قادر على شمول كل فروع القانون، كما في قانون الإستهلاك أو القانون المالي وغيرهما، مما يعني بقاء الحاجة إلى حتمية تدخل الدولة في الحالات التي يتعذر معها تطبيق القانون المادي للتجارة الالكترونية[3].

[1] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 250.

[2] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص338.

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية، المرجع سابق، ص 56.

[2] سمير خليفي، القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص 241.

[3] عادل أبو هشيمة محمود حسن حوته، المرجع السابق، ص 153.

إن هذا الطرح يؤكد عجز القواعد المادية على عن تشكيل نظام قانوني مستقل إذ لا يمكن قبول تنظيم هذا المجتمع بمقتضى قواعد مكملة، فمجتمع الأنترنت يتكون إلى جانب المهنيين مجموعة المستهلكين الذين يجب أن تتم حماية حقوقهم بمقتضى قواعد قانونية آمرة.

و لتحقيق هذا المسعى تبقى الحاجة إلى تدخل الدولة قائمة ليس لإقامة التوازن بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة للمتعاملين مع شبكة الأنترنت، بل لتوقيع الجزاءات على كل مخالف للقواعد السلوكية السابقة و القواعد ذات الصلة[1].

و بعد أن تم تحديد الحجج الواردة من الفقه المنكر لصفة النظام القانوني على القواعد المادية الإلكترونية، فإنه في المقابل هناك إتجاه ثاني على عكس الاتجاه الأول يكرس فكرة تمتع القواعد المادية الإلكترونية بصفة النظام القانوني.

ثانيا: الإتجاه المعترف بصفة النظام القانوني للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية

ذهب هذا الإتجاه الفقهي بعكس ما ذهب إليه الإتجاه الأول حيث يعتبر أن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (Lex Electronica) نظاما قانونيا مستقلا بطبيعته الموضوعية، و تبرز أهميته في مجال المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة الدولية بحيث توازي في أهميتها القواعد المادية للتجارة الدولية[1].

و لقد إستند أنصار هذا الإتجاه لتبرير موقفهم في كونها نظام قانوني مستقل إلى الحجج التالية:

1- أن الإشكال المتعلق بتوفر صفة النظام القانوني في القواعد المادية للتجارة الإلكترونية لا وجود له، إذ لا يمكن التشكيك في القيمة القانونية لهذه القواعد على أساس وجود أو عدم وجود قانون دولي طائفي، بل يتحقق بمدى قدرته الحقيقية على تشكيل نظام قانوني يستند على مبادئ كافية لضمان فعاليته و تماسكه[2].

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 65.

[1] ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، المرجع السابق، 497.

[2] Antoine Kassis, Le Nouveau Droit Européen des Contrats Internationaux, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Hors collection, 1993, p 392.

2- فيما يخص المجتمع الافتراضي فإنهم ذهبوا إلى وجود هذا المجتمع المتجانس الذي يتكون من العاملين في التجارة الالكترونية و الخاص بشبكة الانترنت، حيث أن أفراده يعيشون بفكر وهدف واحد ويرتبطون فيما بينهم بروابط وثيقة بما يجعلهم قادرين على تكوين مجتمعا دوليا حقيقيا قادرا على حكم معاملاته، وفرض الجزاءات التي تضمن الإلتزام بتلك القواعد وضمان تطبيقها كما هو معمول به في قضاء التحكيم الالكتروني[1].

3- إن الاعتراف بالصفة القانونية لهذه المصادر واستقرارها في مجتمع الأنترنت، كان نتيجة للإعتراف بمنبع هذه المصادر كالاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية التي تعدها المنظمات الدولية كلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري اليونسترال و غيرها من المصادر، بما يؤدي حتما إلى دعم الأمان القانوني الذي ينشده المتعاقدين مع ضمان وحدة الحلول للمشكلات الفنية و القانونية التي تحصل عبر الشبكة الدولية الأنترنت، إضافة إلى تجنب الفراغ التشريعي الذي يمكن أن تؤدي إليه التشريعات الوطنية خاصة التي لم تنظم التجارة الإلكترونية، و النقص الذي يشوبها عند إعمالها في مجال العقود الالكترونية[1].

4- تتميز القواعد المادية للتجارة الإلكترونية بوجود جزاءات ذاتية خاصة بها، و عليه لا يمكن القول بافتقار هذه القواعد لخاصية الجزاء، فقد أصبح لمجتمع الأنترنت قضاة متخصصين في حل منازعاته، و الذي يتميز بعدالته الافتراضية حيث يقوم القضاة بمهامهم في عقد جلساتهم عن بعد بواسطة آليات ومعدات مصممه لهذا الغرض عبر شبكة الأنترنت، وإصدار أحكامهم على المخالف بالطرد أو إنهاء اشتراكه أو حرمانه من التعامل عبر الشبكة أو تعليق الإستفادة منها هذا بالإضافة إلى قضاء التحكيم الالكتروني[2].

الحقيقة أنه و إن كانت غالبية الفقه تنتصر للحجج السالفة الذكر، فإن جانبا آخر من الفقه يرى ضرورة التريث في الحكم عليها و عدم محاولة إجهاضها في المهد كما فعل أنصار الإتجاه المنكر، و لا التأكيد على تمتعها بصفة النظام القانوني الكامل كما قرر أنصار الإتجاه الثاني، و بهذا يكون أنصار هذا

---

[1] أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، ص 1662.

[1] فراس كريم شان، طه خادم حسن ، المرجع السابق، ص 352.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، الأنترنت و القانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق، المرجع السابق، ص21.

الإتجاه قد تبنوا موقفا معتدلا فاعترفوا للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية بصفة النظام القانوني غير الكامل، و هي على حد تعبيرهم ما تزال كالجنين في طور النمو و التكوين[1].

و بالتالي فمسألة وجود النظام القانوني للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية أصبحت مسألة واقع، و يتخطاها البحث بإعتبارها كافية لسد الثغرات و وضع الحلول للمشكلات التي تثار بمناسبة التعاقد الإلكتروني بشكل خاص، و التجارة الإلكترونية بشكل عام[2].

خلاصة القول أن القواعد المادية الإلكترونية تمثل نظاما قانونيا غير كامل فهي لها بعض مقومات النظام القانوني إلا أنها في نفس الوقت يلحقها النقص و القصور، و بالتالي تبقى دائما في حاجة إلى القواعد الوطنية لسد هذه الثغرات و تكملة أوجه هذا النقص و القصور، و رغم هذا الموقف فهذا لا يمنعنا من تقييم دور هذه القواعد في حماية المستهلك الإلكتروني.

الفرع الثاني: تقييم دور القواعد المادية للتجارة الإلكترونية في حماية المستهلك الإلكتروني

بالرغم من أن القواعد المادية الإلكترونية هي قواعد طائفية ونوعية كما سبق الإشارة إليه، حيث تعنى بتنظيم معاملات الأنترنت بما فيها العقود الدولية الإلكترونية التي يكون المستهلك طرفا فيها، و عليه فهذه القواعد سوف تكون الأجدر في تنظيم هذا النوع من العقود وما ينتج عنها من منازعات، إلا أن الأمر ليس بهذه السهولة كونه يتعلق بمنهج أو نظام مازال في بدايته ويعتريه بعض القصور في مسائل عديدة، و بطبيعة الحال سيؤثر هذا القصور على الحماية المنشودة للمستهلك الإلكتروني[1].

و لغرض تقييم دور هذه القواعد في حماية المستهلك الإلكتروني كان لابد لنا من بحث أثر إعمال هذه القواعد في حماية المستهلك الإلكتروني، ثم الوقوف على أوجه القصور التي تواجه هذه القواعد في تحقيق هذه الحماية، و ذلك على النحو التالي:

---

[1] أبو العلا علي أبو العلا النمر، المشكلات العملية والقانونية في التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص 118.

[2] ناصر حمودي، نزاعات العقود الإلكترونية أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، المرجع السابق، 184.

[1] محمود جمال الكردي، تنازع القوانين بشأن المسؤولية عن سوء إستخدام الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 148.

البند الأول: أثر إعمال القواعد المادية للتجارة الإلكترونية في حماية المستهلك الإلكتروني

على الرغم من أن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية تبدو في مظهرها كفيلة بحكم منازعات عقود التجارة الإلكترونية كالعقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، إلا أن الواقع يدفع إلى التشكيك في وجود تلك القواعد و صلاحيتها لحسم المنازعات التي تثور بشأن المعاملات التجارية الإلكترونية[1].

فمع كل هذه التبريرات و الحجج النابعة من آراء مؤيدي وجود فعالية و كفاية القواعد المادية الإلكترونية لتشكل مجتمعة قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني، إلا أن المغالاة في هذا الحكم لا يصح كون هذه القواعد لم تنضج بعد، و بتالي لا يمكن لها حكم عقود الإستهلاك الإلكترونية ومعاملات التجارة الإلكترونية بدون اللجوء لتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، أو القوانين الوطنية العامة المنظمة لمثل هذه المعاملات[1].

و يرى البعض على أن إعمال القواعد المادية في عقود الإستهلاك الإلكترونية يؤخذ عليها ما يلي[2]:

- غالبية هذه القواعد ليست تشريعية و من ثم لا تعبر بصورة مؤكدة وواضحة عن حكم القانون، و العديد من التشريعات الوطنية بالنسبة لموقفها من تنازع القوانين تكاد تخلو من مثلها.
- يقتصر إعمال القواعد المادية ـ مع فرض وجودها ـ على المعاملات التجارية التي تتم بين الموردين و بعضهم البعض سواء تمت في شكل تقليدي أو إلكتروني، بينما في علاقات الموردين مع المستهلكين ليس ثمة أعراف يبحث عنها القاضي بل توجد نصوص تشريعية ذات طابع حمائي.
- تدور غالبية المعاملات التجارية الدولية المبرمة عبر الأنترنت التي تعد أطرافها في حكم المستهلكين في فلك أثمان ضئيلة زهيدة، و مع ذلك فإن هؤلاء المستهلكين في حاجة إلى أمان قانوني من نوع خاص، يكفل لهم عند المنازعة ضمان تطبيق قانون بلادهم أو قانون آخر يحقق لهم حماية أفضل،

---

[1] محمد بلاق، التحديات التي تواجه منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الإجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 13، العدد 02، أكتوبر 2021، ص 838.

[1] نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 98 .

[2] إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص 272 و 273.

بغض النظر عن نوعية قواعد هذا القانون أو طبيعتها القانونية و دون انتظار لما قد يراه القاضي من قواعد مادية.

و لذلك نحن نرى أنه لا مناص من اللجوء إلى قواعد القانون الدولي الخاص لحل المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية الدولية، كما نرى ضرورة وجود تعاون دولي من أجل تحديد بعض المفاهيم في العالم الإلكتروني مثل مفهوم المركز الإقليمي، و رضا الأطراف وقبولهم، و مركز المنشأة، كما يجب على الدول إجراء تعديلات في تشريعاته الداخلية بحيث تشمل كل المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، و بصفة خاصة ما يتعلق بالمستهلك بإعتباره طرف ضعيف توجب له الحماية لإعتبارات خاصة، كما يجب الأخذ في الإعتبار التوفيق بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة، فلا مانع من منح العقود الدولية نوع من الحرية بإعطاء أطرافها الفرصة في خلق تنظيم ذاتي يحكم علاقاتهم التعاقدية شريطة أن لا يؤدي ذلك إلى تحرير العقد من سلطان القانون[1].

بناء على ما تقدم يتبين بأن عقود الإستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي بحاجة إلى تكافل جميع المناهج القانونية التي تنير سبيلها عند توظيفها في العلاقات التعاقدية خصوصا أثناء مواجهة الأزمات، و هو الأمر الذي يفرض على القائمين على هذه التجارة ـ بحسبان أنهم اللاعب المسيطر و الدائم ـ مجهودا خاصا، ذلك أن فكرة التعايش و التعاون بين المنهجين تطرح التعاون الدولي كبديل يستهدف تحقيق الأمن القانوني و المصلحة المشتركة للأطراف المتعاقدة، بالشكل الذي يسمح بإحداث تحولات إقتصادية و قانونية تدفع بالعلاقات الدولية نحو التقدم و الازدهار[2].

و أمام هذا الوضع فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تلعب القواعد المادية الإلكترونية أي دور رئيسي في حل المنازعات الدولية ذات الصلة بالمستهلك الإلكتروني، و هو ما دفعنا للبحث في القصور التي تواجه هذه القواعد و قدرتها على تحقيق الحماية المنشودة له.

---

[1] سليمان أحمد الفضل، المرجع السابق، ص 250.

[2] محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 247.

البند الثاني: مظاهر القصور التي تواجه القواعد المادية للتجارة الإلكترونية في حماية المستهلك الإلكتروني

يتمثل القصور الذي يواجه القواعد المادية لتجارة الإلكترونية في تحقيق الحماية الكافية للمستهلك الإلكتروني، في عدم قدرة هذا المنهج في مواجهة المشكلات الناشئة عن المعاملات التجارية الإلكترونية بصفة عامة[1].

و في هذا الصدد يمكن تحليل بعض صور القصور التي تواجه هذه القواعد، كما يلي:

1- عدم توافر صفة النظام القانوني في هذه القواعد:

إن تطبيق مفهوم النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية يقود إلى أنه لا تتوافر فيها فكرة النظام القانوني، فمن ناحية لا يمكن القول بوجود مجتمع منظم متماسك يجمع كل المتعاملين مع شبكة المعلومات الدولية قادر على سن قواعد سلوكية ملزمة لهم، فالسوق الإلكترونية تجمع العديد من المستهلكين و غير المهنيين الذين يدخلون في علاقات تعاقدية، و هناك المهنيون المحترفون و بجوارهم من يعملون بالتجارة بالصدفة فافتقاد مثل هذا التجانس يؤدي إلى صعوبة ظهور أعراف هذا المجتمع[1].

حيث لا توجد هيئة أو مؤسسة تدير هذه القواعد فالنظام القانوني- بالمعنى الدقيق للاصطلاح- هو مجموعة القواعد الخاصة و الأجهزة القادرة على تطبيقها، و التي توجد مع نشأة و نشاط وحدة اجتماعية معينة هي بذاتها ذات طبيعة خاصة، و بالتالي يصعب الاعتراف بصفة النظام القانوني للقواعد المادية[2].

---

[1] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 249.

[1] عادل أبو هشيمة محمود حسن حوته، المرجع السابق، ص 148.

[2] مصطفى القاسمي، القواعد المادية في فض منازعات عقود التجارة الدولية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي: https://www.droitetentreprise.com/ ، تاريخ الزيارة يوم:2022/03/01، على الساعة 11:00 صباحا.

و من ناحية ثانية فإنه لا يوجد تعاون بين الدول في هذا الشأن، و ليس لديها الاستعداد لترك المنازعات التي يكون مواطنوها المستهلكين أطرافا فيها كي يحكمها هذا القانون، كما أنه من المستبعد أن تتوافق الدول المتقدمة مع الدول الأقل تقدما حول الملكية الفكرية في مجال الأنترنت[1].

و من ناحية ثالثة فإن الإدعاء بوجود مجتمع إفتراضي مستقل عن كل الدول أمر يصعب قبوله، فمستخدمو الشبكة و القائمون على خدماتها هم في الحقيقة أشخاص حقيقيون من لحم و عظم و دم لهم موطن أو مقر حقيقي، و يقومون بدفع إلتزامات مالية من خلال حسابات حقيقية لدى البنوك لها مواقع مكانية معروفة، كما أن الوسائل الفنية للإتصالات تتمركز في إقليم دولة محددة، و بتالي يمكن أن تخضع العمليات التي تتم عبر الأنترنت لقوانين تلك الأماكن أو الأقاليم حسبما تحددها قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص[2].

2- عدم توافر صفة الإلزام في هذه القواعد:

بالنظرة الفاحصة لما يسمى القواعد المادية للتجارة الإلكترونية يتبين أنها مجموعة من قواعد السلوك المحدود في نشأتها و في مضمونها، و لا يتوافر فيها عنصر الإعتقاد بالإلزام الذي يعتبر ضروريا لتحويل العادة إلى عرف واجب الإحترام، بالإضافة إلى أن هذه القواعد لا تتضمن الجزاء الذي يكفل إحترامها، بل و على فرض وجود تلك الجزاءات فإنها غير فعالة، و لا يستطيع مقدم الخدمة إستخدام أي وسيلة لمنع السلوك المخالف، و هو ما يؤثر على المستهلك بصفته الطرف الضعيف، و لعل سبب ذلك يرجع إلى أن هذه القواعد مصدرها الإرادة الذاتية للمهنيين و المتعاملين مع الشبكة و يعتمد تطبيقها على إرادتهم[1].

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 63.

[2] صالح المنزلاوي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 251.

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 64.

3- العجز الكائن في هذه القواعد:

الثابت كما أشرنا سابقا أن هذه القواعد مازالت في بداياتها الأولى فهي كالجنين في طور التكوين، ناهيك على أن هناك من المسائل التي ستظل بحاجة إلى القانون الداخلي قائمة كالقانون الواجب التطبيق على أهلية أطراف المعاملات عبر الأنترنت و على التراضي[1].

و على ذلك فإن العجز الكائن في هذه القواعد لا يمكن تلافيه إلا بالرجوع إلى النظم الوضعية في الدول المختلفة، كما أن هذا القصور في هذه القواعد يعطي الفرصة واسعة لتقدير المحكم أو المطروح عليه النزاع لإصدار حكم لا يستجيب إلى مصلحة المستهلك، فقواعد القانون الموضوعي للأنترنت وإن كانت تستجيب للمعطيات الذاتية و الحاجات الخاصة للمتعاملين عبر شبكة الأنترنت و تحقيق العدالة بينهم إلا أنه في كثير من الأحيان لا وجود لمثل هذه العدالة، فهناك دائما طرف يفرض تلك القواعد وهو الطرف الأقوى إقتصاديا (المورد)، وهو ما لا يستجيب للحماية اللازمة للمستهلك[2].

4- القواعد المادية للتجارة الإلكترونية تعبر عن مصالح كبار الموردين:

ذهب جانب من الفقه إلى انتقاد الإتجاه المنادي بخضوع عقود التجارة الإلكترونية إلى قواعد موضوعية بعيدا عن سيطرة الدول، على أساس أن ذلك الإتجاه يقف بجوار المشروعات و الشركات الأجنبية المصدرة للمنتجات و البضائع و تجاهل مصالح الطرف الآخر، فالعادات التجارية المزعومة هي من وضع رجال القانون في الدول الغربية و التي ستكون بطبيعة الحال محققة لمصالح مورديهم و شركاتهم العملاقة بإعتبار أنهم هم من بيدهم مجتمع التكنولوجيا المتقدمة على حساب مصالح الدول المستوردة[1].

و في ختام تقييم القواعد المادية للتجارة الإلكترونية المقترحة من البعض لحكم المعاملات التي تتم عبر الأنترنت، و التي من ضمنها عقود المستهلك الدولية فإننا نرى أنه يتعين التريث في الحكم على هذه القواعد و عدم إجهاض الفكرة في المهد و أن نتتبع نمو هذا المولود الجديد، فالقواعد المادية الإلكترونية

[1] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 254

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 66.

[1] أشرف أبو الوفا محمد، المرجع السابق، ص 209.

تجد مصدرها في ذلك المجتمع الإفتراضي و عليه فإن اي حكم عليها بعدم صلاحيتها أو فعاليتها في فض منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية أو حماية المستهلك الإلكتروني يكون أمرا سابقا لأوانه.

و بعد أن انتهينا من عرض القواعد المادية ذات الأصل الوطني و الدولي على النحو السابق الذكر، فإنه يتبقى لنا بحث دور آليات تسوية منازعات الإستهلاك الإلكترونية ومدى مساهمتها في تحقيق الحماية الفعالة للمستهلك الإلكتروني، و هو بصدد منازعاته التجارية الدولية.

الباب الثاني

تسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية

الباب الثاني

تسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية

من الطبيعي في بيئة التجارة الإلكترونية أن تظهر منازعات تماما كما هو الحال في العالم المادي، فقد صاحب الإنتشار المتزايد في حجم عقود الإستهلاك الإلكترونية العابرة للحدود زيادة في معدل الخلافات الناجمة عنها، و هو الأمر الذي يستدعى البحث عن الوسائل الكفيلة لتسوية منازعاتها على مستوى مناهج القانون الدولي الخاص.

إن قيام نزاع تجاري ذو طابع دولي يفرض البحث عن تحديد القضاء المختص للفصل في هذا النزاع سواء تعلق النزاع بمعاملة تقليدية أو إلكترونية، لهذا نجد أن قوانين الدول تعقد الإختصاص لمحاكمها بالنظر في المنازعات الدولية الخاصة دون أن تتعداه إلى إختصاص محاكم الدول الأخرى، و بصفة عامة يسري هذا المنهج في تسوية عقود التجارة الإلكترونية الدولية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا.

بناءا على هذا التمهيد فإن فض منازعات عقود المستهلك الإلكتروني الدولية تخضع لتطويع قواعد الإختصاص القضائي الوطني و مدى قدرتها في تحقيق الحماية له، أو إعمال الحلول الملائمة التي يراها الفقه تحقق الهدف المنشود، على أنه و رغبة في الإستفادة من الإمكانيات التي تتيحها شبكة الأنترنت والوسائط الإلكترونية، إتجه التفكير إلى فض منازعات المستهلك الإلكتروني بالوسائل الإلكترونية البديلة كآليات ملائمة للمعاملات التجارية الالكترونية.

من أجل ذلك قمنا بتقسيم هذا الباب إلى فصلين رئيسيين:

الفصل الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار قواعد الإختصاص القضائي الدولي

الفصل الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار وسائل التسوية الإلكترونية البديلة

و سنتناول تفصيل ذلك على النحو التالي:

الفصل الأول

حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال قواعد الإختصاص القضائي الدولي

كقاعدة عامة تخضع منازعات العقود الإلكترونية الدولية التي يكون المستهلك طرفا فيها للضوابط العامة للإختصاص القضائي الدولي[1]، لاسيما وأن غالبية الأنظمة القانونية المقارنة لم تسن قواعد اختصاص قضائي خاصة بعقود الإستهلاك، حيث لا يخفى أن تلك القواعد هي المتعارف عليها لدى غالبية الأنظمة القانونية، والتي صيغت لتطبق على المنازعات الدولية الخاصة التقليدية[2].

و لأن المستهلك الإلكتروني يمثل الطرف الضعيف في نزاعات المتعلقة بالمعاملات التجارية، فقد برزت الحاجة إلى حمايته حتى من خلال قواعد الإختصاص القضائي، على أن البعض يقرر هذه الحماية للمستهلك من خلال قواعد إختصاص قضائي خاصة، كما هو الحال بالنسبة للحماية التي حظي بها عند إعمال قواعد الإختصاص التشريعي[3].

من أجل ذلك قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين على النحو التالي:

المبحث الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال قواعد الاختصاص القضائي الدولي العامة

المبحث الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال قواعد الاختصاص القضائي الدولي الخاصة

---

[1] ئافان عبد العزيز رضا، المرجع السابق، ص 296.

[2] إن مشكلة الإختصاص القضائي الدولي في منازعات الإستهلاك الإلكترونية تعد أكثر تعقيدا من مشكلة الإختصاص التشريعي، فقواعد الإسناد و إن كان قد ظهر لها بديل يمكن أن يعمل إلى جانبها، فإن قواعد تحديد الإختصاص القضائي بقيت تعمل كآلية وحيدة لفض منازعات هذه العقود، أنظر: علي عبد الستار أبو كطيفة، الإختصاص القضائي الدولي في منازعات التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، قسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة بابل، السنة الجامعية 2016، ص 04.

[3] حماية العاقد الضعيف لم تقتصر على مجال تحديد القانون الواجب التطبيق و إنما شملت أيضا ما يتعلق بتحديد المحكمة المختصة في نطاق عقود التجارة الدولية، لمزيد من التفصيل أنظر: خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية العاقد الضعيف في مجال الإختصاص القضائي الدولي، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة حلوان، جمهورية مصر العربية، العدد 26، مارس 2012، ص 267.

المبحث الأول

حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال قواعد الاختصاص القضائي الدولي العامة

يثير إستخدام شبكات الإتصال الإلكتروني في إنجاز المعاملات التجارية الإلكترونية عدة مسائل مرتبطة بالاختصاص القضائي و بمنازعتها، و هو نفس الحكم الذي ينطبق على المنازعات الناجمة عن معاملات المستهلك الإلكتروني[1].

في هذا تنقسم ضوابط الإختصاص التي يؤول بمقتضاها للمحاكم الوطنية صلاحية النظر في المنازعات التجارية العقدية المشتملة على عنصر أجنبي إلى قواعد شخصية و أخرى مكانية، حيث سنبحث صلاحية هذه الضوابط لتحقيق هذه الحماية المبتغاة.

من أجل ذلك قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين على النحو التالي:

المطلب الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال قواعد الاختصاص القضائي الدولي الشخصية.

المطلب الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال قواعد الاختصاص القضائي الدولي المكانية.

و هو ما سنتطرق له كما يلي:

المطلب الأول

حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال قواعد الاختصاص القضائي الدولي الشخصية

تقوم بعض الإتجاهات التقليدية في تحديد الإختصاص القضائي ـ أساسا ـ على ضوابط شخصية، و تشمل هذه الأخيرة كل من ضابط الجنسية وضابط موطن المدعى عليه[2]، وهو ما يثير

---

[1] لا غرو عند بعض فقهاء القانون بتسمية قواعد الإختصاص القضائي الدولي بالإختصاص القضائي الإلكتروني في المنازعات الناشئة عن علاقات قانونية عبر شبكة الأنترنت، من غير ادعاء بعجز قواعد الإختصاص و إنما الدعوة إلى ترويضها و جعلها أكثر استجابة لمتطلبات التعامل الإلكتروني و مصالح طرفي النزاع، أنظر: نافع بحر السلطان، الإختصاص القضائي الإلكتروني للمحاكم العراقية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية و السياسية، جامعة تكريت، العراق، المجلد01 العدد 02، السنة 2009، ص 205.

[2] الصادق عبد القادر، رافع أحمد بالعبيدي، تنازع الإختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية و الإجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 3، سبتمبر 2021، ص 995.

التساؤل عن ملائمة تطبيقهما في مجال عقود المستهلكين المبرمة عبر الإنترنت؟ وعن مدى توفيرهما الحماية للمستهلك الإلكتروني؟

و بداية و قبل البحث في دور هذه القواعد ذات الطابع الشخصي في حماية المستهلك الإلكتروني، سنتطرق لأهمية عقد الإختصاص للقضاء الوطني في منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية في (الفرع الأول)، ثم إعمال ضابط الجنسية لحماية المستهلك الإلكتروني في (الفرع الثاني)، ثم إعمال ضابط موطن المدعى عليه في حماية المستهلك الإلكتروني في (الفرع الثالث)، كل ذلك كما يلي:

الفرع الأول: أهمية عقد الإختصاص للقضاء الوطني في منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية

الثابت أن المحاكم الوطنية لكل دولة هي التي تتولى حل كافة المنازعات التي تقوم بين الأفراد سواء أكانت هذه المنازعات وطنية بحة أم كانت مشتملة على عنصر أجنبي، إذ لا توجد حتى الآن هيئة قضائية دولية تتكفل بفض المنازعات الداخلية في نطاق القانون الدولي الخاص[1]، وبناء عليه فقواعد تنازع الإختصاص القضائي في كل دولة هي التي تنظم حالات إختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات ذات العنصر الأجنبي[2].

و لأن عقود الإستهلاك الإلكترونية بصفة عامة ليس لها ضوابط مادية، في حين أن القوانين الوطنية ذات نطاق إقليمي و مقيدة بحدود دولة معينة الأمر الذي يثير مشكلة الإختصاص القضائي[3].

---

[1] حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 5.

[2] إن التنازع من حيث المكان لا يقتصر على الإختصاص التشريعي و إنما يشمل تنازع الإختصاص القضائي أيضا، و ينصب جوهر هذا التنازع على معرفة الحالات التي تختص فيها المحاكم الوطنية في نظر الدعاوى التي يكون عنصرا أجنبيا سواء كان من ناحية أطراف الدعوى أو من ناحية العناصر الأخرى في العلاقة كمحل وجود المال أو محل حدوث الواقعة المنشئة للإلتزام أو محل حدوث الواقعة المنشئة للإلتزام أو محل تنفيذ الإلتزام، و الغالب أن إنعقاد الإختصاص القضائي للنظر في الدعاوى المشوبة بعنصر أجنبي يتبعه عقد الإختصاص التشريعي للقانون الوطني أي قانون المحكمة ذاتها التي تنظر في الدعوى، أنظر: عبد الله فاضل حامد، جلال حسين عنز، هقال صديق إسماعيل، أثر الإختصاص القضائي الدولي في تحديد القانون الواجب على الخاصة الدولية، دراسة تحليلية، المجلة الأكاديمية، جامعة نيروز، العراق، العدد 2، السنة 2020، ص 124.

[3] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 43.

و من ثم يثور التساؤل حول أهمية القواعد القانونية الداخلية في تنظيم إختصاص المحاكم الوطنية للتطبيق على النزاعات المتعلقة بهذه العقود؟

حيث يتضح في إطار الإجابة على هذا التساؤل أهمية عقد الإختصاص للقضاء الوطني في منازعات عقود الإستهلاك سواء تعلق الأمر بمنازعة دولية مادية أو منازعة دولية إلكترونية، و هو ما يتطلب منا التطرق إلى المسائل التالية:

البند الأول: مفهوم الإختصاص القضائي الدولي وفقا للأحكام العامة

يقصد بالإختصاص القضائي الدولي وفقا للأحكام العامة بيان الأحكام التي تحدد نطاق ولاية محاكم الدولة في المنازعات ذات العنصر الأجنبي إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى، هذا في مقابلة قواعد الإختصاص الداخلي تلك التي تعين إختصاص كل محكمة من محاكم الدولة المعنية إزاء غيرها من المحاكم التابعة للدول ذاتها[1].

فالاختصاص القضائي هو: "السلطة التي يخولها المشرع لهيئة من الهيئات القضائية للفصل في المنازعات، أي سلطة المحكمة للحكم في نوع معين من الخصومة بمقتضى القانون"[2]، أما قواعد الإختصاص القضائي الدولي فهي: "مجموعة القواعد القانونية التي تحدد ولاية المحاكم الوطنية في نظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي، إتجاه غيرها من المحاكم الأجنبية للدول الأخرى"[3].

و يفهم من ذلك أن قواعد تنازع الإختصاص القضائي الدولي هي قواعد وطنية تتناول إختصاص المحاكم الوطنية حصرا و لا سلطان لها على اختصاص المحاكم الأجنبية.

حيث تحوز قواعد الإختصاص القضائي الدولي درجة كبيرة من الأهمية في القانون الدولي الخاص، فهذه القواعد هي التي تكفل حماية الحقوق والمراكز القانونية التي يتمتع بها الأشخاص كالمستهلكين، و لولا هذه الحماية لتجردت الحقوق و المراكز القانونية من كل قيمة لها هذا من ناحية، و من ناحية

---

[1] هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص 37.

[2] سنكره علي رسول، تنازع الإختصاص القضائي الدولي و أحكامه في القانون العراقي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة كويه، العراق، السنة الجامعية 2008، ص 29.

[3] يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 347.

أخرى فهذه القواعد هي التي تحدد الإختصاص الدولي لمحاكم كل دولة بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبي[1].

و مما تجدر الإشارة إليه أن قاعدة التنازع في مجال الإختصاص التشريعي تحدد القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتزاحمة على حكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، أما قواعد الإختصاص القضائي الدولي فهي تحدد من بين المحاكم التي يمكن أن يتصل بها النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، المحكمة الوطنية التي يرتبط بها النزاع جديا دون التعرض لتحديد إختصاص محاكم الدول الأخرى[2].

و لأجل ذلك توصف قواعد الإختصاص القضائي الدولي بأنها مفردة الجانب وظيفتها تحديد إختصاص المحاكم الوطنية دون المحاكم الأجنبية، و هذه الصفة تعد علامة فارقة تميزها عن قواعد الإختصاص التشريعي التي تعد مزدوجة تشير إلى إختصاص القانون الوطني كما تشير في الوقت ذاته إلى إختصاص القانون الأجنبي[3].

و إذا كان الأصل هو استقلال كل من الإختصاص القضائي والاختصاص التشريعي في خارج الحدود التي تتطابق فيها الإعتبارات التي يقوم عليها كل منهما[4]، غير أن ذلك لا يعني أن الوصال بين الاختصاصين منقطع فقد يؤثر أحدهما في الآخر، فيؤثر تحديد المحكمة المختصة على تحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة محل النزاع أو بعض المسائل الأخرى للإختصاص التشريعي، كما قد يؤثر القانون الواجب التطبيق للاختصاص التشريعي على الإختصاص القضائي، على أن الخروج عن هذا

---

[1] إن مشكلة تنازع الإختصاص القضائي تسبق من حيث ظهورها مشكلة تنازع القوانين، إذ أن هذه لا تقوم أمام القاضي إلا بعد أن يكون قد بحث في إختصاصه أو عدم إختصاصه في النزاع المعروض أمامه، و اتخذ في ذلك القرار الذي تفرضه قواعد الإختصاص القضائي الدولي ضده، أنظر: فؤاد رياض، سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين و تنازع الإختصاص القضائي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1993، ص 12.

[2] ريم محمد عابد الضمور، الإختصاص التشريعي و القضائي بمنازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، قسم القانون الخاص، جامعة مؤتة، الأردن، السنة الجامعية 2008، ص 92.

[3] لمزيد من التفصيل حول خصائص قواعد الإختصاص القضائي الدولي و تمييزها عن قواعد الإختصاص التشريعي، أنظر: يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 438 و 439.

[4] سنكره علي رسول، المرجع السابق، ص 36.

المبدأ من خلال التلازم بين الاختصاصين إنما يجب أن يبقى محافظا على طبيعته كإستثناء، و أن يرتبط بالغايات التي استوجبته من قبيل إحترام السيادة الوطنية و نظامها العام[1].

و بصفة عامة فإنه يمكن القول بأن تحديد الإختصاص القضائي الدولي أو المحكمة المختصة دوليا بالمنازعة ذات العنصر الأجنبي، يكشف في الغالب و منذ البداية عن الحل النهائي أو الحكم الذي سوف تصدره المحكمة المختصة في المنازعة الدولية، و على الرغم من أن المشرع الوطني في كل دولة هو الذي يتولى صياغة قواعد أو ضوابط الإختصاص القضائي الدولي، إلا أن هناك مجموعة من الضوابط المحددة للإختصاص القضائي مسلمة في مختلف دول العالم، و إن أمكن إختلاف العلة التي يقوم عليها الإلتزام أين غالبا ما تستمد هذه الصلة من ضوابط أو قواعد إقليمية، بمعنى أن اختصاص المحاكم في حالة التنازع عليه بين أكثر من دولة يقوم على ضوابط إقليمية وشخصية و أخرى موضوعية[2].

نخلص مما تقدم إلى أن الإختصاص القضائي الدولي يتحدد عندما يحدد المشرع الوطني عادة الإختصاص القضائي لمحاكمه الداخلية (قانون الإجراءات المدنية و الإدارية)، فالمشرع الوطني لا يتدخل في تحديد الإختصاص القضائي لمحاكم الدول الأجنبية في أي نزاع يعرض على القاضي الوطني، إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقا لأنه توجد بعض القواعد في القانون الدولي الخاص تستجيب إلى مبادئ القانون الدولي العام.

البند الثاني: أهمية تحديد القضاء المختص بالنسبة لقواعد القانون الوطني

بعد أن تعرضنا للقواعد الناظمة للإختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، فإن الأكيد أن تظهر المنازعات في عقود الاستهلاك الإلكترونية الدولية بشكل طبيعي كما هو الحال في البيئة التقليدية، سواء ما تعلق منها بإبرام العقد أو تنفيذه أو تفسيره، أو يتعلق بالعناصر المرتبطة بالتجارة الإلكترونية مثل منازعات الملكية الفكرية و العلامات التجارية و اتصالها بأسماء مواقع التجارة الإلكترونية، الأمر

---

[1] أيوب دينوري، تلازم الاختصاصين القضائي و القانوني في المنازعات الدولية الخاصة، مجلة أبحاث قانونية و سياسية، جامعة محمد الخامس، المغرب، المجلد 5، العدد 2، ديسمبر 2020، ص 60.

[2] حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 11.

الذي يثير العديد من التساؤلات خاصة في ما يتعلق بأهمية تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع وفقا لقواعد القانون الداخلي، نظرا لوجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية كونها تقوم على الأغلب بين أطراف من خارج النطاق الإقليمي الواحد[1].

حيث تتجلى أهمية تحديد القضاء المختص بنظر النزاع الناشئ عن العقد الإلكتروني الدولي بالنسبة للقواعد الوطنية التشريعية في المسائل التالية:

أولا: تكييف العلاقة القانونية

يساعد تكييف العلاقة القانونية محل النزاع في تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع الناشئ عن عقود التجارة الإلكترونية[2]، إذ تبدأ المحكمة كما هو الحال في العقود التقليدية و تتبع المحكمة في ذلك قواعد التكييف الواردة في قانون دولة القاضي[3].

فتكييف المنازعة ذات العنصر الأجنبي يعني تحديد طبيعتها القانونية من حيث كونها من مسائل الأحوال الشخصية أو من مسائل الأموال أو العقود أو غيرها مما يمهد الوصول إلى قاعدة الإسناد المناسبة لها، و من ثم تعيين القانون الواجب التطبيق فنقطة البداية في تحديد الإختصاص التشريعي تكون من عملية التكييف[4].

إن التكييف بحد ذاته لم يكن مسألة قانونية خاصة بالقانون الدولي الخاص بل إن وجوده يشمل جميع فروع القانون ولاسيما القانون الداخلي، و لكنه متى ظهر في الميدان الدولي فإنه يثير تنازعا آخر و يعود هذا التنازع أساسا لإختلاف المفاهيم القانونية من دولة لأخرى[5].

---

[1] عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 367.

[2] المقصود بالتكييف في نطاق تنازع القوانين هو: "تحديد الوصف القانوني الصحيح لموضوع النزاع تمهيدا لإسناده إلى قانون معين"، لمزيد من التفصيل أنظر: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 79.

[3] محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لعقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 9.

[4] حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص 65.

[5] مصطفى قربال، التكييف في القانون الدولي الخاص، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي: https://www.droitetentreprise.com/، تاريخ الإطلاع يوم:2021/03/23، على الساعة 16:00 مساء.

على هذا الأساس يساهم تحديد الإختصاص التشريعي في المنازعات ذات العنصر الأجنبي في تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع، إذ تكلف المحكمة المرفوع أمامها النزاع المدعي رفع دعواه أمام المحكمة الأجنبية التي سيطبق قانونها الأجنبي على النزاع ذي العنصر الأجنبي[1].

ثانيا: العلاقة بين القانونين الوطني و الأجنبي

من البديهي أن تثار مسألة العلاقة بين القانونين الوطني و الأجنبي في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، خاصة مع تداخل العلاقات الدولية واتساع نطاقها في العصر الحديث، الأمر الذي أدى إلى تطور القانون الدولي وتقدمه بشكل أصبحت معه موضوعاته تشمل تلك التي كانت تعد من صميم الاختصاص الداخلي للدولة[2].

و عليه فكلما تأكد في أي قضية منظورة أمام محكمة وطنية فإن قاعدة من قواعد القانون الدولي تؤثر في الحكم، على هذا الأساس يؤثر تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع في اضطرارها لتطبيق قانونها الوطني، و ذلك في حالة تعذر معرفة أحكام القانون الأجنبي المختص أساسا بالانطباق على النزاع لكي يصدر القاضي حكما حاسما للنزاع، و لا يمتنع عن إحقاق الحق بحجة غياب النص[3].

كما نلحظ أهمية تحديد المحكمة المختصة في الأحوال التي يتم فيها إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي[4]، إذ سيكون لقواعد تحديد الإختصاص القضائي الأثر الحاسم في إعمال قانون المحكمة المرفوع أمامها النزاع بإعتبار مخالفتها القانون الأجنبي المختص أساسا

---

[1] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 47.

[2] حسينة شرون، علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، المجلد 5، العدد 1، جوان 2007، ص 31.

[3] المبدأ المستقر أمام القضاء الفرنسي هو حرية القاضي المطلقة في التصدي تلقائيا للكشف عن مضمون القانون الأجنبي، و الإلمام بقواعده فهي رخصة له إن شاء إستعملها و إن شاء تركها، فإذا عجز الخصوم عن إثبات مضمون القانون الأجنبي و عجز القاضي عن إثباته هو الآخر أو لم يتصدى له، فعندئذ يحكم وفقا لقواعد القانون الفرنسي، أنظر: حمدان بن درويش ألغامدي، دور القاضي الوطني في إعمال القانون الأجنبي و إثباته، مجلة كلية الشريعة و القانون بطنطا، جامعة الأزهر، جمهورية مصر العربية، المجلد 35، العدد 35، مارس 2020، ص 769.

[4] هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 144 و ما بعدها.

بنظر النزاع، فالنظام العام المقرر في قانون المحكمة المرفوع أمامها النزاع يؤدي إلى إستبعاد ذلك القانون و تطبق المحكمة قانونها الوطني[1].

ثالثا: القواعد الإجرائية و تنفيذ الأحكام الأجنبية

في الحقيقة إن مسألة الآثار الدولية للأحكام من أهم مسائل القانون الخاص بصفة مطلقة، ففي الأحوال التي يراد فيها التمتع بآثار الحكم الأجنبي في غير الدولة الصادر عن محاكمها، يؤدي عدم الإعتراف بهذا الحكم و من ثم رفض تنفيذه إلى خلق روح عدم الثقة في أحكام القضاء في المنازعات ذات الطابع الدولي، طالما أن نفاذها في الدول الأجنبية أمر غير مضمون مما يؤدي إلى عرقلة المعاملات الدولية و اضطراب حياة الأفراد و مراكزهم القانونية[2].

و لأن تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع يؤثر في تطبيق القواعد التشريعية لقانون المحكمة، و ذلك في كل من إجراءات التقاضي و التنفيذ الجبري و الإجراءات الوقفية و التحفظية، فهذه المحكمة التي تتخذ على إقليمها هذه الإجراءات تعد هي المختصة بنظر النزاع و تطبق بشأن الإجراءات المذكورة قانونها الوطني[3].

أما بالنسبة لأهمية تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع في علاقتها بقبول تنفيذ الأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية أو رفضها، فإنه لابد لتنفيذ الأحكام التي تصدر عن المحاكم الأجنبية داخل الدولة، في حين لا توجد مشكلة في قابلية الأحكام الصادرة من المحاكم الوطنية، للتنفيذ داخل إقليم الدولة التي أصدرت هذه الأحكام من محاكمها[4].

و تجدر الإشارة إلى أن الدول و إن كانت تتمتع بالحرية المطلقة عند صياغتها للقواعد المنظمة للإختصاص القضائي الدولي وليس عليها إلتزام بالنسبة للدول الأخرى، أين المشرع يحدد نصيب المحاكم الوطنية من ولاية القضاء إزاء محاكم الدول الأجنبية مادام أنه لا توجد سلطة أو هيئة دولية

---

[1] يونس عرب، منازعات التجارة الإلكترونية، الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية التي أقامته منظمة الإسكوا، الأمم المتحدة خلال الفترة 8-10 تشرين الثاني 2000 بيروت، لبنان، ص 06.

[2] حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 329.

[3] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 50.

[4] يونس عرب، المرجع نفسه، ص 6.

تختص بهذا التحديد في القانون الدولي المعاصر، و هذه الحرية لا يقيدها سوى ما تلتزم به الدول من إلتزامات ناشئة عن معاهدات ثنائية أو جماعية أين يعد الدفع بالحصانة من أهم هذه القيود التي يفرضها القانون الدولي العام[1].

بناء على ما سبق نخلص إلى مدى الأهمية في تحديد المحكمة المختصة بالنسبة لقواعد القانون الوطني حيث تزداد هذه الأهمية في ظل العلاقات القانونية الدولية المبرمة إلكترونيا كعقود الإستهلاك، ولهذا سعت الدول إلى جلب الإختصاص إلى محاكمها بالإعتماد على القواعد التقليدية في تحديد الإختصاص القضائي الدولي و إعمالها لتسوية المنازعات الإلكترونية ذات الطابع الدولي، على أنه في ظل غياب التنظيم القانوني لا يبقى أمام القاضي الوطني سوى أن يتعامل مع الوضع الكائن من خلال تفسير النصوص القانونية أو تمديد العمل بالقواعد الداخلية للإختصاص القضائي من خلال تطويعها.

الفرع الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال ضابط الجنسية

إن البحث في دور قواعد الإختصاص القضائي الدولي المبنية على ضابط الجنسية في حماية المستهلك الإلكتروني، يتم التوصل إليه من خلال التطرق لهذه المسائل الثلاث التالية:

البند الأول: مفهوم ضابط الجنسية وفقا للأحكام العامة

يعطي القانون الدولي العام لكل دولة الحق في تحديد الأحوال أو الإعتبارات أو الضوابط أو الأسس في تحديد الإختصاص الدولي للمحاكم، و حتى في العلاقات ذات الطابع الدولي أو التي لها ارتباطات مع أكثر من دولة واحدة، و من هذه الضوابط ضابط الجنسية[2].

و بداية يمكن تعريف الجنسية وفقا للأحكام العامة بأنها: "المعيار الأساسي في تحديد ركن الشعب في الدولة للتفريق بين الوطني والأجنبي"، فهي بهذا التعريف رابطة قانونية وسياسية بين الفرد والدولة التي ينتمي إليها هذا الأخير، وتصبغ عليه صفة الوطني فمن ينتسب لدولة من الدول يسمى

---

[1] سنكره علي رسول، المرجع السابق، ص 97.

[2] عبد المنعم قريرة، الاختصاص القضائي الدولي و نظر محاكم الدولة في المنازعات ذات العنصر الأجنبي، مجلة البحوث القانونية، جامعة مصراتة، الجماهرية العربية الليبية، المجلد 6، العدد 10، جانفي 2019، ص 168.

"وطنيا" و من لا ينتسب إليها فهو "أجنبي"[1]، حيث جرى العمل على اختصاص محاكم الدولة بالنظر في الدعاوي التي ترفع على رعاياها بغض النظر عن موطنهم تأسيسا على ما للدولة من قدرة على كفالة آثار أحكامها في مواجهة المتمتعين بجنسيتها[2].

و ينعقد الإختصاص القضائي وفقا لهذا الضابط إلى محاكم الدولة التي ينتمي إليها المدعى عليه أو المدعي بجنسيته دون الإعتداد بالإقليم الذي يعيش عليه، لذلك يعده كثير من الفقهاء ضابطا قانونيا شخصيا عاما لا يقتصر على نوع معين من المنازعات دون غيرها[3].

عطفا على ما سبق يقصد بهذا الضابط أن توافر الجنسية الوطنية للمدعى عليه أو المدعي يعتبر عنصرا كافيا في ذاته لإنعقاد الإختصاص لمحكمة الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، دون حاجة لإشتراط توافر عنصر أو رابطة أخرى بين النزاع و تلك الدولة التي يحمل جنسيتها سواء المدعي أو المدعى عليه.

و هو ما أكدته العديد من المواثيق و المعاهدات الدولية المتعلقة بالإختصاص القضائي كما هو الحال بالنسبة لإتفاقية بروكسل المبرمة لسنة 1968، و كذلك إتفاقية لوجانو المبرمة بين دول الجماعة الأوروبية لسنة 1988[4].

و لذات الأهمية تبنى المشرع الجزائري كغيره من التشريعات هذا الضابط كإستثناء عن الأصل العام، و خول للمحاكم الجزائرية صلاحية النظر في النزاع إذا كان المدعي أو المدعى عليه جزائريا حسب المادتين 41[1]و 42[2] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

---

[1] عبد الحفيظ بن عبيدة، الجنسية و مركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2005 ، ص 29.

[2] آيات أبو بكر محمد، التحكيم في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، العراق، العدد 02، السنة 2020، ص 324.

[3] إنتهج المشرع الجزائري مسار المشرع الفرنسي في تحديد الإختصاص القضائي الدولي، حيث جعل كل من جنسية المدعي أو المدعى عليه على حد سواء كضابط لمنح الإختصاص للمحاكم الوطنية، فتطابق نص المادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي مع نص المادتين 41 و 42 من ق إ م إ الجزائري، يوحي بنفس المعنى و بتالي يكفي لإنعقاد الإختصاص للمحاكم الجزائرية أن يكون أحد الخصوم جزائريا مدعيا كان أو مدعى عليه، و بذلك لا يشترط أي شرط آخر إلى جانب الصفة الجزائرية كأن يشترط أن يكون للجزائري موطن بالجزائر أو له أموال بها، أنظر: بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 20 و ما بعدها.

[4] سليمان أحمد الفضل، المرجع السابق، ص 255.

و معنى ذلك عمليا أن التفسير الحرفي لهذه المواد سيؤدي في النهاية إلى أن القاضي الجزائري يكون مختصا بالنظر في المنازعات الناشئة عن الإلتزامات التعاقدية متى كان أحد طرفي العقد حاملا للجنسية الجزائرية، دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كان الإلتزام العقدي ناشئا عن علاقة عقدية مادية أو علاقة عقدية تجارية إلكترونية، أين يتطابق فيه الإيجاب و القبول عبر شبكة إتصالات دولية بإستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات لعدم وجود تنظيم قانوني خاص بالعقود التجارية الدولية الإلكترونية.

و بمجرد ثبوت الجنسية لأحد الخصمين يسوغ عقد الإختصاص لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته في النظم القانونية التي تأخذ بهذا الضابط[3]، و ذلك دون اشتراط وجود رابطة أخرى بجانب الجنسية ربما لأن الرابطة الأخرى كالموطن أو محل نشوء الإلتزام أو محل تنفيذه تكفي بمفردها لينعقد بها الإختصاص القضائي الدولي[4].

و للعلم فإن هذا الضابط منتقد من الفقه على أساس إستناده على مفاهيم سياسية قديمة تعتبر اللجوء إلى القضاء قاصرا على الوطنيين وحدهم[5]، كما يرى البعض الآخر أنه لا يتلائم مع مبدأ قوة النفاذ الذي يشكل أساسا لقواعد الإختصاص القضائي الدولي، حيث أن اعتناق هذا الضابط وحده دون إشتراط رابطة أخرى بين النزاع و دولة المحكمة يجرد الحكم من فاعليته الحقيقية عند التنفيذ[6].

---

[1] تنص المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على ما يلي: " يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري.

كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين".

[2] تنص المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على ما يلي: "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي".

[3] لمزيد من التفصيل حول موقف المشرع الفرنسي من إعمال هذا الضابط، أنظر:

- Pierre Mayer, Vincent Heuzé, Droit International Privé, 10 ème Edition, Montchrestien, Paris, 2010, p.213

[4] نور حمد الحجايا، مصلح أحمد الطراونة، الإختصاص القضائي الدولي بمنازعات المسؤولية التقصيرية الناشئة في بيئة إلكترونية، دراسة في القانون الأردني، مجلة كلية الحقوق الكويتية، المجلد 30، العدد 04، ديسمبر 2006، ص 188.

[5] أحمد علي فهمي إبراهيم، الضوابط الشخصية و المكانية للإختصاص القضائي الدولي بمنازعات العقود المتصلة بالعلامات التجارية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة المنصورة، مصر، العدد 54، ديسمبر 2021، ص 538.

[6] سليمان أحمد الفضل، المرجع السابق، ص 256.

إن ضابط الجنسية على الرغم من أنه ضابط له مكانته في فقه القانون الدولي الخاص، إلا أنه ضابط شخصي متحرك و مرن يمكن تغييره بسهولة من طرف الأطراف، حيث لا يصلح وحده لتقرير الإختصاص بمنازعات عقود التجارة الدولية، و رغم ذلك سندرس إعماله في نطاق المعاملات التجارية الإلكترونية.

البند الثاني: إعمال ضابط الجنسية في نطاق المعاملات التجارية الإلكترونية

لما كان من أخص خصائص عقود التجارة الإلكترونية أنها عقود تبرم عبر المواقع الإلكترونية عن بعد بين طرفين يتواجدان في أماكن متباعدة، أين السمة الأساسية لهذه العقود تتمثل بعدم الحضور المادي المعاصر لأطرافه في لحظة تبادل الرضا بينهم، لذلك يكون من الصعوبة على كل من الطرفين المتعاقدين التحقق من أهلية و جنسية الطرف الآخر، و لا تقتصر صعوبة تحديد جنسية الطرف الآخر على العلاقات التعاقدية بل يصعب أيضا تحديد جنسية حتى مرتكب العمل الإلكتروني غير المشروع[1].

الحقيقة أن طبيعة عقود التجارة الإلكترونية التي تتسم بغياب التواجد المادي لطرفي العقد لحظة إبرامه، و بالتالي فالتحقق من هوية و شخصية المتعاقدين قد لا تكون في مجال التعاقد عبر الأنترنت بالسهولة ذاتها في المجال التقليدي للتعاقد، حيث يصعب مراقبة العناوين الإلكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتحقق من هوية الشخص الآخر[2].

في هذا الإطار يمكن القول أنه إذا كان الأخذ بضابط الجنسية كأساس للاختصاص القضائي يؤدى إلى تركيز و توطين الرابطة العقدية، فإنه وإن كان يسهل إعماله في النطاق التقليدي للعقود الدولية، إلا أنه سيواجه صعوبات جمة عند إعماله على العقود الإلكترونية الدولية.

---

[1] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، علي عبد الستار أبو كطيفه، الضوابط العامة للإختصاص القضائي الدولي في منازعات التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بابل، مجلد 22، العدد04، ديسمبر 2015، ص 1592.

[2] إنقسم الفقه الدولي بشأن تطبيق هذا الضابط على المعاملات الإلكترونية بصفة عامة حيث يرى بعضهم أن ضابط جنسية لم يعد ملائما للتطبيق على دعاوى المنازعات الإلكترونية الدولية، و ذلك نظرا لعدم تعبيرها عن رابطة حقيقية بين النزاع الإلكتروني و بين دولة المحكمة المختصة، في حين يرى البعض الآخر أنه يجب العودة إلى ضابط الجنسية لعقد الإختصاص لمحاكم الدولة في نظر دعاوى المنازعات الإلكترونية، حيث أن هذا الضابط يحقق إرتباط حقيقيا بين النزاع و المحكمة المختصة، لمزيد من التفصيل، أنظر: صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء و التحكيم، آليات فض المنازعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 149.

نتيجة لكل تلك الصعوبات دفعت جانبا من الفقه الفرنسي إلى إعلان عدم ملائمة ضابط جنسية المدعى عليه لمعطيات العالم الإلكتروني و التجارة الإلكترونية، و برروا ذلك بحجة صعوبة تحديد جنسية المواقع الإلكترونية و بصفة خاصة المواقع التي لا تمثل شركة تجارية قائمة لها جنسية محددة و موطن معروف في العالم الإلكتروني[1].

و يضاف إلى ما سبق أن معظم التشريعات الدولية لم تتناول مسألة تحديد جنسية المواقع الإلكترونية و لم تضع أي نص يلزم المواقع ببيان جنسيتها، فعلى سبيل المثال التوجيه الأوروبي رقم: 44 الصادر سنة 2001 المتعلق بالإختصاص القضائي الدولي جاء خاليا من الإشارة إلى ضابط الجنسية بالرغم من أن واضعي هذا التشريع كان في اعتبارهم معطيات التجارة الإلكترونية[2]، و هو نفس موقف إتفاقية إستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2005 الصادرة عن لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة (الأونسترال) حيث لم تكترث لضابط الجنسية و استبعدته من نطاق تطبيق أحكامها[3].

و إذا كان من الإنتقادات التي تقلل من أهمية ضابط الجنسية في التعاقد التقليدي هو تعارضه مع مبدأ قوة نفاذ الأحكام القضائية، فإن هذا التعارض يكون أكثر وضوحا في التعاقد عبر شبكة الأنترنت[4]، لأن مجرد الإستناد إلى ضابط جنسية المدعى عليه لعقد الإختصاص القضائي بنظر النزاع إلى محكمة الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، دون أن يكون هناك عنصر آخر يربط بين هذه المحكمة و بين النزاع ذاته يجعل التعارض مع مبدأ قوة النفاذ أكثر وضوحا[5].

---

[1] عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص 331.

[2] أحمد حسين جلاب، نداء بديري حنون، تنازع الإختصاص القضائي الدولي في عقود الخدمات الحديثة، مجلة الكوفة، جامعة الكوفة، العراق، المجلد 1، العدد 45، السنة 2020، ص 43.

[3] تنص المادة 1 الفقرة 03 من إتفاقية إستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2005 على أن: " لا تؤخذ جنسية الأطراف في الإعتبار لدى تقرير إنطباق هذه الإتفاقية".

[4] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، حسين عمران جرمط العبيدي، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني في ظل قواعد الإختصاص القضائي الدولي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، جامعة بابل، العراق، العدد:04، السنة: 2021، ص 758.

[5] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 167.

و إذ أن شبكة الأنترنت تعد من أهم صور و آليات العولمة في الوقت الحاضر فإن التجار أو المؤسسات التجارية يمارسون نشاطهم في مختلف دول العالم دون أن يكون لجنسية الأطراف المتعاقدة ذلك الإعتبار القانوني المهم، و هو ما يعده الفقهاء مظهرا للوحدة التجارية بين مختلف دول العالم[1].

مما تقدم نخلص إلى أنه لا يمكن الركون إلى الضابط الجنسية في تحديد الإختصاص القضائي في منازعات التجارة الإلكترونية بصفة عامة، كما أن ضابط الجنسية كفكرة أصلا تشهد تراجعا واضحا في نطاق المعاملات التجارية الإلكترونية ذات الطابع الدولي في الوقت الحاضر، و رغم ذلك فهذا لا يمنع من البحث في مدى إمكانية تحقيق هذا الضابط الحماية للمستهلك الإلكتروني في منازعاته التجارية الدولية.

البند الثالث: تقييم دور ضابط الجنسية في تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني

يثار التساؤل في إطار في إطار تطبيق ضابط الجنسية في تحديد الإختصاص القضائي لمنازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية، هل أن ضابط الجنسية قادر على تحقيق الحماية الكافية للمستهلك الإلكتروني بمناسبة تطبيقه بمناسبة نزاع متعلق بمعاملاته التجارية الدولية أم لا؟ من خلال التحليل السابق خلصنا إلى أنه لا يمكن الركون إلى الضابط الجنسية في تحديد الإختصاص القضائي في منازعات التجارة الإلكترونية.

و عليه فإن الإجابة على التساؤل السابق ستكون إنطلاقا من الإنتقادات التي قللت من أهمية هذا الضابط في التعاقد التقليدي و الإلكتروني، و التي يمكن إجمالها في ما يلي[2]:

- لم تتناول أغلب الإتفاقيات الدولية لمسألة تحديد جنسية المواقع الإلكترونية، و لم تحاول وضع أي نص يلزم المواقع ببيان جنسيتها.
- تخلو معظم وثائق البيانات الشخصية الخاصة بعقود التجارة الإلكترونية التي يملئها المستخدم قبل التعاقد من بيان خاص بالجنسية، حيث دائما تهتم بالموطن أو محل الإقامة.

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 31.

[2] صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء و التحكيم، المرجع السابق، ص 153.

و حتى بالعودة لموقف المشرع الجزائري في الإختصاص القضائي الدولي المبني على ضابط الجنسية الجزائرية فبغض النظر عن المركز القانوني لحاملها سواء أكان مدعي و هو ما قررته المادة 41 من ق إ م إ، أو كان مدعى عليه و هو ما قررته المادة 42 من نفس القانون، فصياغة المادتين 41 و 42 جاءت بصيغة الجواز حيث في كل مرة تبدأ بكلمة الجواز، و عليه فإن هذا الضابط الذي بني عليه الإختصاص القضائي الدولي هو ضابط جوازي بمعنى أنه يمكن التنازل عنه[1].

و حتى بالعودة إلى قانون التجارة الإلكترونية رقم: 05/18 من خلال المادة 2 فإن الملاحظ أنها تدخل في إطار منهج التنازع المتعلق بإشكالية إسناد حكم العلاقات الدولية الخاصة لقانون من القوانين المرتبطة بها، و هي لا تتعدى هذا النهج إلى تحديد الجهة أو المحكمة المختصة بالنظر في منازعات العقود الدولية الإلكترونية.

و عليه فنحن نرى أنه لا أهمية لهذا الضابط في تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني بل على العكس فقد يكون ضارا به، وذلك في الحالة التي يكون فيها المستهلك متوطنا في غير دولة جنسيته مما يكلفه ذلك مشقة الإنتقال لهذه الدولة[2].

و تزكية لعدم تحقيق هذا الضابط أي حماية للمستهلك الإلكتروني فإن البعض يذهب إلى أن إعماله يؤدي إلى تعارض الإختصاص القضائي الإلكتروني للمحاكم الوطنية القائم على ضابط الجنسية في دعوى تتعلق بعقود الإستهلاك الإلكترونية، لأن الدعاوى الأخيرة عادة ما يتم إسعافها بضابط محل إقامة المستهلك أو موطنه لتوفير حماية خاصة له[3].

كما يذهب البعض إلى أن تطبيق ضابط الجنسية في منازعات الإستهلاك الإلكترونية الدولية ليس دائما في صالح المستهلك، ففي بعض الأحيان تكون ضارة والأحيان الأخرى تكون نافعة

[1] عمارة بلغيث، الإختصاص الجوازي لضابط الجنسية في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، جامعة خنشلة، المجلد 3، العدد 2، جانفي 2016، ص 67.

[2] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، علي عبد الستار أبو كطيفه، المرجع السابق، ص 1593.

[3] نافع بحر السلطان، الاختصاص القضائي الإلكتروني للمحاكم العراقية، المرجع السابق، ص 207.

فالمسألة تتوقف على قانون الدولة التي ينعقد إختصاصها القضائي وفقا لجنسية مواطنيها، ولهذا نرى صعوبة في تطبيق هذا الضابط في منازعات الإستهلاك الإلكترونية[1].

و بناء على ما تقدم فنحن نرى ضرورة إستبعاد إعمال ضابط الجنسية في منازعات العقود الإلكترونية الدولية التي يكون فيها المستهلك طرفا، وهو ما يتيح للتشريعات للبحث عن معيار آخر يحقق مصلحة المستهلك الإلكتروني، حيث سنأخذ صورة عن ضابط موطن المدعى عليه و مدى ملائمته لحماية المستهلك الإلكتروني من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثالث: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال ضابط موطن المدعى عليه

يعد ضابط موطن المدعى عليه أو محل إقامته من أهم الضوابط في مجال الإختصاص القضائي الدولي، حيث ينعقد الإختصاص القضائي بموجبه إلى محكمة الدولة التي يوجد فيها موطن المدعى عليه أو محل إقامته المعتاد، و هو ضابط شخصي و قانوني يقوم على الصلة التي تربط المدعى عليه بإقليم الدولة التي يتوطن فيها، و ينبني على إعتبارات قانونية كما أنه ضابط عام لا يقتصر على نوع معين من المنازعات[2]، فمبدأ قيام الإختصاص بناءا على موطن المدعى عليه يعد من أهم المبادئ التي تقوم عليها كل من الإختصاص القضائي الداخلي و الدولي[3].

أما مفهوم الموطن فهو يختلف في مجال المعاملات الإلكترونية عنه في المعاملات المادية، و هو ما سيكون له كبير الأثر في تطبيقه كضابط لمنازعات عقود التجارة الإلكترونية التي يكون أحدى أطرافها مستهلكا[4].

---

[1] صفاء فتوح جمعة، قواعد الإختصاص القضائي الدولي للمنازعات الدولية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، دراسة تطبيقية على العقود التجارية الدولية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2019، ص 229.

[2] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 167.

[3] سمية كمال، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية:2015-2016 ص 33.

[4] أهم و أولى هذه الإشكاليات صعوبة الكشف عن مكان أطراف المعاملات الإلكترونية حيث أن الأصل في تحديد الموطن يكون بناءا على الرابط الحقيقي بين الشخص و المكان برباط قانوني، و لذلك فقد عرفه الفقه بأنه: "المكان الذي يقيم فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لأعماله"، أنظر: صالح جاد المنزلاوي، الإختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية و الإعتراف و التنفيذ الدولي للأحكام و الأوامر الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 80.

و عليه فإن البحث في دور قواعد الإختصاص القضائي الدولي المبنية على ضابط موطن المدعى عليه أو محل إقامته في حماية المستهلك الإلكتروني، يكون من خلال التطرق لهذه المسائل التالية:

البند الأول: مفهوم الموطن وفقا للأحكام العامة

بداية يقصد بالموطن: "المكان التابع لإقليم دولة معينة، والذي يقيم فيه الشخص بنية البقاء سواء كانت هذه الدولة هي التي يحمل جنسيتها أم لا"[1]، في حين عرفته المادة 36 من القانون المدني الجزائري ـ المعدل و المتمم ـ بأن: "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، و عند عدم وجود سكن يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت"، و إذا كان هذا هو المقصود بالموطن فإن محل الإقامة يقصد به: "المكان الذي يقيم فيه الشخص إقامة مادية، دون أن تتوفر لديه نية الإستقرار"[2].

و إن كان من وجهة البعض أن هناك إختلافا بين المعيارين إلا أن الإتجاه الحديث لدى فقه القانون الدولي الخاص يذهب إلى جعل محل الإقامة كقرين أو بديل للموطن في مواضع عدة، حيث يتفادى هذا الإتجاه الخلافات المترتبة عن تعدد صور فكرة الموطن في الأنظمة القانونية المختلفة[3].

و لتحديد مفهوم الموطن أو الإقامة كأساس للإختصاص القضائي الدولي فإنه يجب الرجوع إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع إذ المسألة تتعلق بتفسير قاعدة وطنية، كما أنها تعتبر من مسائل التكييف و بالرجوع إلى ذلك القانون نلحظ التفرقة بن أربعة أنواع من المواطن فهناك الموطن العام، والموطن المختار، و الموطن الخاص، والموطن الحكمي أو القانوني[4].

و بموجب ذلك فهناك قاعدة في قواعد الإختصاص القضائي الداخلية و الدولية مقتضاها إختصاص محكمة موطن المدعى عليه كأحد ضوابط الإختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، حيث يعطى الإختصاص القضائي الدولي الأصلي في النزاع المشوب بعنصر أجنبي لمحاكم الدولة التي يتوطن

[1] كوثر مجدوب، المرجع السابق، ص 201.
[2] فاطمة زهرة جندولي، المرجع السابق، ص 222.
[3] سماح هادي محمد، دور قواعد الإختصاص القضائي الدولي في حل منازعات المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية العالمية للدراسات القانونية، منشورات الراية الدولية الإلكترونية، عمان، الأردن، المجلد 02، العدد 02، أوت 2020، ص 05.
[4] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 77 و 78.

أو يقيم فيها المدعى عليه، حيث يستوي في موطن المدعى عليه كضابط للإختصاص القضائي الدولي أن يكون موطنا للشخص الطبيعي أو الإعتباري[1].

و لقد تعرض التنظيم الأوروبي رقم: 44 لسنة 2001 الخاص بقواعد الإختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية و التجارية لهذا الضابط، هذا على المستوى الدولي[2].

أما على المستوى الوطني فهناك العديد من التشريعات الوضعية التي أخذت به في مجال الإختصاص القضائي الدولي منها المشرع اللبناني في المادة 97 من قانون أصول المحاكمات المدنية المتعلقة بالإختصاص المكاني الداخلي، و المستندة إلى نص المادة 74 من القانون ذاته، و هو نفس ما أخذ به القانون المدني الكندي في المادة 3148 التي تمنح المحاكم الكندية إختصاص النظر بالدعوى التي لسببها إرتباط بالإقليم الكندي، أم في ما يخص عقود الإستهلاك فتقرر المادة 3149 أن الدعوى ضد المستهلك المقيم في الإقليم الكندي تقام أمام المحاكم الكندية و ليس له حق التنازل عن هذا الحق بالاتفاق[3].

أما المشرع الجزائري قد تبنى هذا الضابط في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية كأساس لعقد الإختصاص للمحاكم الجزائرية، و ذلك من خلال نص المادة 37 من هذا القانون، حيثساير المشرع الجزائري في ذلك معظم التشريعات العربية و التوجيهات الأوروبية[4].

و يؤيد الإتجاه الغالب بأن تصوير فكرة الموطن في العلاقات الداخلية يختلف بالضرورة عن تصوير هذه الفكرة في العلاقات الخاصة الدولية، ففكرة الموطن في العلاقات الخاصة الدولية هي تعبير عن

---

[1] لاشك أن تطبيق هذا المعيار سيترتب عليه دفع الضرر عن المدعى عليه حتى لا يسوقه المدعي إلى محكمته، وهو ما كان سيلحق به ضررا جسيما دون مقتضى، و بطريقة أخرى فإن من يدعي حقاً قبل آخر عليه أن يلجأ إليه ويطالبه به في محكمته، مع تحمله كافة الأعباء والمصاريف التي تقتضيها مثل هذه المطالبة، كما أن محكمة المدعى عليه هي الأقدر على إلزامه بتنفيذ الحكم الذي ربما يصدر ضده في الدعوى محل الحديث، أنظر: هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص 56 و ما بعدها.

[2] صفاء فتوح جمعة، قواعد الإختصاص القضائي الدولي للمنازعات الدولية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، المرجع السابق، ص 331.

[3] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 170.

[4] تنص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على ما يلي: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

إرتباط الشخص بإقليم دولة معينة أما فكرة الموطن في العلاقات الداخلية فهي تعبير عن الارتباط بمكان معين داخل هذه الدولة[1].

إن البادي من العرض السابق أنه ليس هناك ما يدعو للتخلي عن القاعدة العامة في الإختصاص الدولي للمحاكم إذ يمكن رفع الدعوى أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه، عملا بما هو مستقر عليه في القوانين الداخلية و الدولية من أن المدعي يسعى إلى المدعى عليه في محكمته.

و بعد أن تم تحديد مدلول الموطن عموما و ضابط موطن المدعى عليه كقاعدة لتحديد الإختصاص القضائي الدولي، سنتطرق إلى إمكانية إعماله في مجال منازعات عقود التجارة الإلكترونية الدولية.

البند الثاني: إعمال ضابط موطن المدعى عليه في نطاق المعاملات التجارية الإلكترونية

هذا الضابط و إن كان ثبت إعماله في مجال عقود التجارة الدولية التقليدية إلا أن إعماله في مجال عقود التجارة الإلكترونية، و عقد الاختصاص لمحكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه يواجه العديد من الصعوبات المنبثقة من طبيعة المعاملات الإلكترونية التي تقوم على الأرقام و البيانات في عالم غير مادي[2].

حيث يرى الفقه ـ بحق ــ أن التعاقد عبر شبكة الأنترنت لا ينسجم بالكامل مع الضوابط ذات الطابع الإقليمي منها ضابط الموطن أو محل الإقامة المعتادة، ذلك أن العقد الذي يبرم بالوسائل الإلكترونية لا يتضمن في الغالب عنوان المشتري و إن تضمنه قد لا يكون حقيقيا أو دقيقا كما أنه لا يمكن الجزم بالعنوان الدقيق للمشتري في العقود التي تنفذ مباشرة عبر الشبكة، أما في العقود التي تبرم على الشبكة و تنفذ خارجها بالطريق المادي التقليدي فتتضمن بالتأكيد عنوان موطن المشتري أو محل إقامته لأنه بغير ذلك لا يمكن ضمان وصول المعقود عليه له، هذا ناهيك عن الصعوبة البالغة التي تكتنف إمكانية معرفة مرتكب الفعل الضار على شبكة الانترنت في ما يخص المسؤولية التقصيرية[3].

---

[1] صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء و التحكيم، المرجع السابق، ص 107.

[2] آيات أبو بكر محمد، المرجع السابق، ص 330.

[3] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 172.

و حيث يلعب تحديد مكان أطراف النزاع دورا بارزا عند إعمال ضابط موطن المدعى عليه عند تحديد الإختصاص القضائي الدولي المتعلق بمنازعات المعاملات التجارية الإلكترونية عموما، و منازعات عقود الإستهلاك خصوصا، و إزاء مثل تلك الصعوبات السابقة فقد دعى البعض إلى عدم تطبيق المفاهيم التقليدية الموجودة في العالم الحقيقي على العالم الإفتراضي لأنها مفاهيم مادية، و لهذا يجب الإستناد على فكرة الموطن الإفتراضي لأن اللجوء إلى موطن مادي حقيقي للشخص ليس لديه أي قيمة في عالم الشبكات[1].

في حين رفض البعض تطبيق فكرة الموطن الإفتراضي على أساس أن المورد يختلق موطنا مصطنعا، فضلا على أنه يمكن أن يضع عوائق أمام وصول المدعي للعدالة، لذا فإنه يقترح أن يدرج شرط في العقد الإلكتروني يلزم الطرفين بالإدلاء بكافة البيانات الشخصية المتعلقة بهما، و في حال عدم الإدلاء بتلك البيانات من قبل أحد الأطراف فعلى الطرف الآخر إذا وقع نزاع أن يرفع دعواه أمام محكمة موطنه أو محل إقامته[2].

و في ذات السياق فإن البعض يقترح حلا مغايرا لفك تلك الإشكالية يتبلور في قيام كل دولة بالتشديد بإلزام المواقع التجارية التي تقدم خدماتها إلكترونيا بتحصيل موافقة من غرف التجارة المعتمدة في دولها، و إبراز هذه الموافقة على الموقع الذي تستخدمه بما يضمن التزامها ببيان بياناتها المتعلقة بالموقع الجغرافي مع توعية المستخدمين بكافة الوسائل الممكنة بعدم التعامل مع المواقع التي لا تحمل تلك الموافقة[3].

في الواقع فإننا نتفق مع هذا الرأي الأخير ونرى بأنه الحل الأمثل لأن قيام المشرع بإلزام المواقع التجارية الإلكترونية بإدراج البيانات المتعلقة بالموقع الجغرافي الخاص بها، يعد أكثر فاعلية من الشرط الذي يدرج من قبل الأطراف لأنه تحديد عام سيسري على جميع الحالات، و من ثم فإنه يعفي

---

[1] أحمد حسين جلاب، نداء بديري حنون، المرجع السابق، ص 45.

[2] عادل أبو هشيمه حوته، المرجع السابق، ص 331

[3] نبيل زيد المقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 198.

القاضي من البحث عن الشرط الذي قد يغفل الأطراف عن إدراجه فضلا عن إنكاره في بعض الحالات.

و تجدر الإشارة إلى أن التشريعات الدولية في معرض نصوصها قد تطرقت لهذه المسألة حيث وضعت قواعد تحدد مكان أطراف التعاملات الإلكترونية عموما، حيث نص القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عن الأمم المتحدة لعام 1996 على كيفية تحديد مكان الأطراف في عقد التجارة الإلكترونية، و عد ذلك المكان بأنه مقر عمل الطرف المعني و إذا تعدد مقر العمل، فيعتد بمقر العمل الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل هذه المعاملة[1].

أما إتفاقية الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسترال عام 2005، فقد اشترطت على المواقع الإلكترونية بيان المكان الحقيقي لها عند تقديمها أي عرض للتعاقد عبر الشبكة الأنترنت[2].

إن إعمال هذا الضابط المبني على موطن المدعى عليه أو محل إقامته لتحديد الإختصاص القضائي الدولي في منازعات المعاملات الإلكترونية الحديثة يثير إشكالات كثيرة، لهذا فأغلب الفقه يذهب إلى أن التعاقد عبر شبكة الأنترنت لا ينسجم مع هذا النوع من الضوابط ما أدى إلى التقليل من فرص إعماله إلى حد كبير، على إعتبار أنه لا يوجد إلتزام على الأطراف بكتابة بياناتهم أو محل إقامتهم خاصة في العقود التي تبرم و تنفذ داخل الشبكة[3].

---

[1] تنص المادة 15 الفقرة 04 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، "ما لم يتفق المنشئ والمرسل اليه على غير ذلك يعتبر أن رسالة البيانات ارسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه، ولأغراض هذه الفقرة:
أ- اذا كان للمنشئ او المرسل اليه اكثر من مقر عمل واحد ،كان مقر العمل هو المقر الذي له اوثق علاقة بالمعاملة المعنية ، او مقرا لعمل الرئيسي اذا لم توجد مثل تلك المعاملة.
ب- اذا لم يكن للمنشئ او المرسل اليه مقر عمل ، يشار من ثم الى محل اقامته المعتاد".

[2] تنص المادة 6 الفقرة 01 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، "عندما يشترط القانون ان تكون المعلومات مكتوبة ، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط اذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع اليه لاحقا".

[3] محمد بلاق، ضوابط تحديد الإختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونية بين الإتجاهين التقليدي و الحديث، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، جامعة إبن خلدون، تيارت، العدد 04، ديسمبر 2015، ص 18.

حيث تبنت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسترال لعام 2005 معيار المقر ذي الصلة الأوثق بالعقد، و هو معيار أوسع مما أخذ به القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996، و منحت القضاء سلطة تحديد ذلك المقر في ضوء الظروف التي كان الأطراف على علم بها أو كان عليهم أن يتوقعوها قبل أو عند إبرام العقد[1].

و تجدر الإشارة إلى أن المحاكم الأمريكية قد تصدت في العديد من الدعاوى المرفوعة على أحد المقيمين بها لمجرد ثبوت أن جهاز الإتصال بالأنترنت قد وجد و بث خدمته من خلال إحدى الولايات الأمريكية، كما عملت أيضا على إختصاصها في حالة كون عنوان البريد الإلكتروني يكشف عن وجوده بالولايات المتحدة، و كذا عنوان الموقع مقره الولايات المتحدة لإنتهائه بـ Us[2].

من خلال ما سبق يتضح لنا بأن الإستناد على ضابط الموطن أو محل الإقامة فيما يتعلق بالمنازعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية الدولية أمر تكتنفه الكثير من الإشكالات، و التي يمكن أن تعيق عمل القضاء عند تصديه للفصل في مسائل من هذا النوع وصولا إلى تحقيق اليقين و الأمان القانونيين.

البند الثالث: تقييم دور ضابط موطن المدعى عليه في تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني

الواضح مما تقدم أن قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه هي من القواعد الهامة المسلم بها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي بمنازعات العقود الدولية، وعليه يثار التساؤل عن مدى قدرة هذه القاعدة على توفير الحماية للمستهلك الإلكتروني؟

يذهب الفقه القانوني إلى أنه لا يوجد ما يمنع من إعمال ضابط موطن المدعى عليه في منازعات المستهلكين المبرمة عبر الأنترنت ما دامت تتسم بالطابع الدولي، و من ثم يمكن رفع الدعوى أمام

---

[1] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 173.

[2] رشا علي الدين، القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية عن الصحافة الإلكترونية، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد 58، أكتوبر 2015،ص 119.

محكمة موطن المدعى عليه إلا أن تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني إذا كان أحد أطراف الدعوى أمر يكتنفه الغموض[1].

فإذا أبرم عقد إستهلاك عبر شبكة الأنترنت سواء تعلق الأمر بسلع أو خدمات و أثير نزاع بشأن هذا العقد و جرى إخضاع مثل هذه العلاقات لولاية محكمة موطن المدعي عليه الأجنبي على نحو ما سبق بيانه، فإن ذلك سوف يكشف عن بعض الصعوبات القانونية على اعتبار أن تحديد الموطن يقوم على ربط الشخص بمكان قانوني أو إقليم دولة معينة بينما ذلك يكون من الصعوبة بمكان في العقود التي تتم عبر الأنترنت، لكونها تقوم على عناوين إلكترونية تبتعد كثيرا عن إعطاء دلائل واضحة عن العنوان الحقيقي[2].

بل إن الكثير منها لا تحمل أي مؤشرات صحيحة تدل على الموطن، كما أن سياسة منح هذه العناوين تتباين من مكان لآخر هذا من جانب[3]، و من جانب آخر فإن إعماله يفضي إلى إلزام المستهلك بتحمل عبء الإنتقال إلى تلك الدولة بمقاضاته للمدعى عليه، مما يعني إجهاض قواعد الحماية الخاصة التي أولاها المشرع لبسط الحماية له بكونه الطرف الضعيف في التعاقد و من ثم ما دام لا يستفيد منها فلا قيمة لها[4].

و في إطار هذه المسألة يذهب البعض إلى أن تطبيق هذا الضابط يتعارض مع ضابط موطن أو محل إقامة المستهلك إذا كان الأجنبي المدعى عليه طرفا في عقد الإستهلاك الإلكتروني، فلا يجوز أن ترفع الدعوى عليه من قبل المدعي إلا أمام محكمة الدولة التي يتواجد فيها موطن المستهلك، و الهدف من ذلك تقديم ضمانة للمستهلك في أنه لن يذهب خارج إقليم دولة موطنه للدفاع عن نفسه في القضايا التي ترفع عليه من طرف المتعاقد الآخر[5].

[1] أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون، المنعقد ما بين 10 و12 ماي 2003، العين جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 1647.

[2] صالح جاد المنزلاوي، الإختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية و الإعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 81.

[3] كريمة تدريست، دور قواعد الإختصاص القضائي الدولي في حماية المستهلك الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة حمه لخضر، الوادي، المجلد 11، العدد 03، ديسمبر 2020، ص 107.

[4] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، علي عبد الستار أبو كطيفه، المرجع السابق، ص 1586.

[5] نافع بحر سلطان، الإختصاص القضائي الإلكتروني للمحاكم العراقية، المرجع السابق، ص 209.

على أن وجب الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي كان أقرب للصواب في تحديد الإختصاص القضاء الدولي، من خلال تبنيه معايير يمكن أن تحقق الحماية اللازمة للمستهلك الإلكتروني[1]، و هو ما نأمل من المشرع الجزائري أن يحذو حذوه.

نخلص مما تقدم بأن دخول المستهلك الإلكتروني طرفا في العلاقات التعاقدية الدولية يؤثر على تطبيق ضابط الموطن أو محل إقامته تأثيرا سلبيا، حيث يؤدي ذلك إلى الامتناع عن تطبيقه و البحث عن تطبيق ضابط آخر حمائي يصلح لتطبيق في منازعات المستهلك الإلكتروني الدولية.

المطلب الثاني

حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال قواعد الاختصاص القضائي الدولي المكانية

سبق لنا النص على أن تطبيق الضوابط الشخصية في منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية لم يحقق النتائج المرجوة لحماية المستهلك الإلكتروني، و نتيجة لذلك سعى الفقه للبحث على ضوابط أخرى يمكن اللجوء إليها لعقد الإختصاص للمحاكم الوطنية في مجال الإختصاص القضائي الدولي[2].

و على إ عتبار أن أشهر الضوابط المكانية التي يمكن اللجوء إليها لعقد الإختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، تتمثل في ضابط مكان إبرام العقد بإعتباره مكان نشأة الإلتزام (الفرع الأول)، و ضابط مكان تنفيذ العقد بإعتباره مكان تنفيذ الإلتزام (الفرع الثاني)، و ضابط موقع المال بإعتباره موقع المال محل النزاع في إقليم دولة معينة (الفرع الثالث)، فإننا سنبحث دور هذه الضوابط في حماية المستهلك الإلكتروني من خلال التقسيم التالي:

---

[1] لمزيد من التفصيل حول إتجاهات القضاء الفرنسي في حماية المستهلك الإلكتروني، أنظر:

- Meryem Edderouassi, Op. cit.,p 571.

[2] سليمان أحمد الفضل، المرجع السابق، ص 268.

الفرع الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال ضابط مكان إبرام العقد

يعد ضابط مكان إبرام العقد من أشهر الضوابط التي يستأنس بهما المشرع لعقد الإختصاص للمحاكم الوطنية، إلا أن تقيم دور هذا الضابط في حماية المستهلك الإلكتروني بمناسبة معاملاته التجارية الإلكترونية، لا يكون إلا من خلال التطرق إلى المسائل التالية:

البند الأول: مفهوم ضابط مكان إبرام العقد وفقا للأحكام العامة

يقصد بمكان نشأة الإلتزام بالنسبة للإلتزامات التعاقدية: "المكان الذي أبرم فيه العقد"، والمرجع في تعيين محل نشأة الإلتزام هو قانون الدولة التي أبرم فيها العقد كونه الواجب التطبيق على مسائل التفسير[1].

و يعتبر مكان إبرام العقد أحد الضوابط التي يلجأ إليها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، و الذي يفيد بعقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يوجد بها مكان نشوء الالتزام، وهو ضابط موضوعي وإقليمي في آن واحد، لأن الاختصاص بموجبه يتحدد بمراعاة عنصر موضوعي للعلاقة العقدية محل المنازعة، و المتمثل في مكان إبرام العقد بغض النظر عن أشخاص الخصوم، وبالتالي يوجد ارتباط جدي بين العقد ومحاكم تلك الدولة يجعلها أكثر قدرة من غيرها من المحاكم التابعة لدول أخرى في الفصل في المنازعات المتعلقة بهذا العقد[2].

حيث تعترف النظم القانونية على اختلافها بهذا الضابط محل الحديث في تحديد الاختصاص القضائي الدولي فهو من الضوابط النوعية على العكس من الضوابط الشخصية، حيث لا يتصرف حكمه سوى إلى نوع معين من الدعاوى وهي الخاصة بالالتزامات، و من تلك التشريعات التي اعتنقت الضابط المذكور نجد قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادة 46، و التي توضح بأن

---

[1] حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص، الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 127.

[2] حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص، الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، المرجع نفسه، ص 128.

الاختصاص ينعقد للمحاكم الفرنسية متى ما كانت فرنسا هي مكان التسليم الفعلي للبضاعة أو مكان أداء الخدمة[1].

كما أعتمد المشرع المصري المبدأ المماثل عندما نص في المادة 30 /1 من قانون المرافعات المدنية و التجارية على أن: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، إذا كانت الدعوى متعلقة بالإلتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه في الجمهورية"[2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فهو لم ينص على هذا الضابط ضمن قواعد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية، لكن نص عليه ضمن الإختصاص القضائي الداخلي للمحاكم الوطنية و هو ما عبر عليه في نص المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3].

و إذا كان الأمر يبدو هينا في ظاهره بالنسبة للعقود الدولية المادية إلا أنه يثير بالنسبة للعقود المبرمة عبر شبكة الأنترنت مشاكل متعددة يقتضي حلها الرجوع إلى القانون الوطني، على إعتبار أن الأمر يتعلق بتفسير قاعدة من قواعد الإختصاص الوطنية.

البند الثاني: إعمال ضابط مكان إبرام العقد في نطاق المعاملات التجارية الإلكترونية

يبرم العقد الإلكتروني بوسائل إلكترونية على شبكة الإتصال العالمية الأنترنت التي لا تحتل حيزا مكانيا محسوسا، و بالتالي فإن تحديد مكان انعقاده هو تحديد قانوني افتراضي اقتضته الضرورة العملية والقانونية بالنظر إلى الأهمية القصوى لمعرفة مكان إنعقاد العقد كضابط يلجأ إليه في مسائل قانونية

---

[1] Paragraphe 2 de L'article 46 Code De Procédure Civile: "En matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service".

[2] للإطلاع على قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم: 13 لسنة 1968 أنظر الموقع الإلكتروني التالي:
- file:///C:/Users/raf3/Downloads/13_36.pdf .

[3] تنص المادة 39 الفقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على ما يلي: "رفع الدعاوى المتعلقة بالمواد المبينة أدناه أمام الجهات القضائية الآتية:
– في مواد المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وتأجير الخدمات الفنية أو الصناعية، يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو تنفيذه، حتى ولو كان أحد الأطراف غير مقيم في ذلك المكان".

شتى، و من بينها تحديد إختصاص المحكمة المكاني[1]، فالعقود الإلكترونية تمثل نموذجا جديدا للتعاقد بين غائبين مكانا بصرف النظر عن وقت إبرامها واضعة عقبة أمام قابلية التيقن من مكان إبرام العقد، لأن التعاقد يجري عن طريق رسائل البيانات[2].

في هذه العقود يتم إرسال المعلومات من مواقع إلكترونية على شبكة الأنترنت لا تشير إلى محل وجودها الفعلي أو يتم تنفيذها في أكثر من دولة، نتيجة لطبيعة محل هذا العقود المعلوماتية المختلفة عن العقود ذات الطابع المادي فيبرم العقد بين طرفين قد لا يشير كلاهما إلى موقعهما الحقيقي، حيث يستطيع مورد الخدمات أو السلع أو الجهة التي ترسل البيانات أن ترسلها لأكثر من دولة، فيثور التساؤل عن لأي محكمة ينعقد الإختصاص للنظر بالنزاع؟

للإجابة على هذا السؤال من وجهة نظر بعض الفقه يتحتم على القاضي الرجوع إلى محل إبرام العقد لاعتماد محكمة مكان الإبرام كمحكمة إختصاص للنظر في الدعوى، و بما أننا أمام عقود تبرم عبر وسائل إلكترونية في عالم إفتراضي، فالمسألة التي تثور هنا كيفية تحديد مكان إبرام هذا العقد الإلكتروني في هذا العالم الإفتراضي؟

إن الإجابة على التساؤل السابق لم تكن بالأمر اليسير و شغلت إهتمام الفقهاء كثيرا في الآونة الأخيرة، حيث أن العديد من التشريعات المحلية والدولية تصدت للإجابة على ذلك نظرا للانتشار الواسع لمثل تلك الطائفة من العقود و من ثم كثرة النزاعات الواقعة بشأنها[3].

في هذا الإطار تغايرت مواقف القوانين الوطنية بشأن تحديد هذا المكان ـ محل إبرام العقد الإلكتروني ـ في العقود الإلكترونية تبعا للنظرية التي يتبناها القانون الوطني لكل دولة من النظريات المختلفة التي حاولت تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد في التعاقد بين غائبين[4].

---

[1] محمد الأيوبي، مدى ملائمة الضوابط الشخصية لتحديد الإختصاص القضائي الدولي في حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 85.

[2] نافع بحر سلطان، الإختصاص القضائي الإلكتروني للمحاكم العراقية، المرجع السابق، ص 215.

[3] أحمد حسين جلاب، نداء بديري حنون، المرجع السابق، ص 52.

[4] إن هذه النظريات غير مختصة بتحديد مكان إبرام عقود الإستهلاك الإلكترونية و إنما جاءت لتحديد مكان إبرام العقود التي تبرم بين غائبين من حيث المكان و حاضرين من حيث الزمان، و نتيجة لتطابق العقود التي تبرم التي تبرم بالوسائل الإلكترونية الحديثة مع العقود التي تبرم بين غائبين، عمد الفقه إلى الإعتماد على تلك النظريات لتحديد مكان إبرام العقود الإلكترونية عموما، للحاجة الماسة إلى ذلك في تحديد الإختصاص التشريعي و القضائي في

و نتيجة لذلك فتحديد مكان إبرام العقود الإلكتروني يكون تبعا للنظرية التي اعتمدتها من النظريات التالية: نظرية إعلان القبول، نظرية تسليم القبول، نظرية تصدير القبول، نظرية العلم بالقبول، و هو الأمر الذي لا تتسع دراستنا لعرضه بالتفصيل.

حيث يؤدي الإعتماد على نظرية من النظريات السابقة إلى إختلاف تحديد مكان العقد عن تحديده وفقا لقواعد النظرية الأخرى، مما يؤدي إلى إختلاف المحكمة المختصة بالنزاع.

على أننا نشير إلى أن إتفاقية الخطابات الإلكترونية لعام 2005 إعتمدت نظرية العلم بالقبول لتحديد مكان إنعقاد العقد الإلكتروني بغية الحد من المنازعات الناشئة عن صعوبة تحديد مكان إبرام العقود التجارية الإلكترونية، حيث يتضح بأن نظرية العلم بالقبول تعد من أكثر النظريات التي تم إعتمادها لتحديد مكان إبرام العقود الإلكترونية[1].

حيث يرى أنصار هذه النظرية أنها أفضل النظريات، بإعتبارها تحافظ على حقوق الموجب إذ يتخذون من تسلم القبول قرينة على علم الموجب به، إلا أنها تعتبر قرينة بسيطة يمكن للموجب إثبات عكسها بإقامة الدليل على عدم علمه بالقبول بالرغم من وصوله إليه[2].

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذا الشأن فالقانون 05/18 المتعلق بمعاملات التجارة الإلكترونية لم يعط فكرة عن هذا الموضوع حيث جاء خاليا من النص عن تحديد مكان إبرام العقد، في حين عالج ذلك القانون المدني من خلال نص المادة 67 بخصوص التعاقد بين غائبين حيث أعتنق نظرية العلم بالقبول[3].

و نحن نعتقد بترجيحها في عقود التجارة الإلكترونية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، على أساس أن الأخذ بهذه النظرية من شأنه كسب الوقت، حيث أن العقد ينشأ بمجرد إعلان القبول، في

المنازعات القائمة بشأنها، لمزيد من التفصيل أنظر: شريف ماجد محمد جاويش، مجلس العقد الإلكتروني في القانون المدني، دراسة مقارنة، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية، المجلد 6، العدد 2، السنة 2019، ص 74 و ما بعدها.

[1] أحمد حسين جلاب، نداء بديري حنون، المرجع السابق، ص 56.

[2] فوزية صبيحي، نضرة قماري، تحديد لحظة إنعقاد العقد الإلكتروني في القانون المقارن والقانون الجزائري، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد 18، جوان 2017، ص 277.

[3] تنص المادة 67 من القانون المدني الجزائري: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللّذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أنالموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

حين أنه على ضوء بقية النظريات السابقة ينبغي الإنتظار و ورود الموافقة إلى علم الموجب أين يتتطلب ذلك مدة طويلة.

إن تطبيق هذه النظرية في المجال الإلكتروني يؤدي إلى القول بأن العقد الإلكتروني ينعقد في اللحظة التي يطلع فيها الموجب على الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول، ومن هذا المنطلق تكون المحاكم الوطنية مختصة بنظر النزاع العقدي الذي ثار في الجزائر مثلا متى كان الموجب موجودا بها وقت نشأة الإلتزام و علم بالقبول فيها، في حين لا ينعقد لها الإختصاص إذا كان الموجب موجودا بالخارج لحظة علمه بالقبول[1].

و بإعتبار أن المشرع الجزائري لم ينظم المسائل الخاصة بالتجارة الإلكترونية في مجال الإختصاص القضائي الدولي بنظر المنازعات التي تثور بصددها، سيكون لزاما علينا تمديد العمل بقواعد الإختصاص القضائي الداخلية و تفسيراتها الواردة في المجال الداخلي، ومحاولة تطويعها لتشمل نطاق الإختصاص القضائي الدولي، و إن كان هذا التمديد أو التطويع سيثير العديد من الإشكالات لصعوبة تحديد مكان إبرام العقد في فضاء الأنترنت.

من خلال العرض المتقدم نخلص إلى أن دور هذا الضابط في تحديد قواعد الإختصاص القضائي في منازعات العقود الإلكترونية الدولية محدود، فرغم المحاولات التشريعية التي حاولت تنظيم التعاملات الإلكترونية لتحديد المكان الذي يتم فيه العقد المبرم عبر شبكة الأنترنت، إلا أنه لا توجد لحد الآن من الناحية العملية وسيلة تقنية يمكن التعويل عليها بصورة قاطعة لهذا التحديد.

و إذا كانت هذه تفسيرات ضابط مكان الإبرام في مجال عقد الإختصاص لدعاوى منازعات عقود التجارة الإلكترونية، فإن التساؤل المهم في بحثنا هو عن صلاحية إعمال هذا الضابط لحماية المستهلك في مجال منازعات العقود التجارية المبرمة عبر الإنترنت، و التي لا تسمح بالتركيز المكاني للمعاملات التي تتم عبرها، هذا ما سيتم التعرض له في البند الموالي.

---

[1] فوزية صبيحي، المرجع السابق، ص 278.

البند الثالث: تقييم دور ضابط مكان إبرام العقد في تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني

إن التمعن في الحلول المتباينة سالفة البيان والمقترحة لمعالجة إشكالية تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني عبر الإنترنت يسمح بالقول بوجود صعوبة في تقديم حل واحد لتلك المسألة، و هو ما يؤدي إلى بروز إشكالات متعددة في التطبيق [1]، لأن العمليات الإلكترونية التي تتم عبر الأنترنت يتم ممارستها على نطاق دولي، و هو ما يؤدي إلى التداخل بين القوانين الوطنية للعديد من الدول، و التي تقدم حلولا متباينة بحسب مدى تبنيها للنظريات المذكورة آنفا[2].

الواقع أن مسألة تحديد مكان إبرام العقد لها خصوصياتها في مجال العقود الإستهلاك الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت، و يرجع ذلك إلى صعوبة تحديد المكان الذي ترسل منه الرسائل الإلكترونية وكذلك مكان استلامها، و عليه فإنه و بالنظر إلى كل الصعوبات التي تم بيانها فإن إعمال ضابط مكان إبرام العقد لن يحقق الحماية المرجوة للمستهلك في مجال العقود الإلكترونية المبرمة عبر الأنترنت.

كما نعتقد أن الأصلح لتجاوز الصعوبات المذكورة في مجال تحديد مكان إبرام عقود الاستهلاك الالكترونية هو ضرورة الإتفاق على مكان إنعقاد العقد بين الطرفين أي بين المستهلك و المورد كأن يكون مكان الإرسال أو مكان التسليم، و إذا لم يتحقق ذلك يمكن الأخذ في الحسبان مكان تسجيل المؤسسة كمعيار لتعيين مكان إبرام العقد، فضلا عن ذلك يمكن الإعتماد على مكان الحاسوب الذي تم من خلاله التعاقد بخصوص المنشأة التي لا تمتلك مكان مادي للعمل وتمارس نشاطها من خلال الانترنيت[3].

و لأن تطبيق ضابط مكان إبرام العقد على عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية يمكن أن يتطابق مع ضابط مع مكان تنفيذه، و بالنظرا إلى أن تنفيذ معظم عقود الإستهلاك يكون في محل الإقامة

---

[1] مازال الخلاف الفقهي و الصعوبات العملية تدفع برجال الفقه و القضاء إلى البحث عن ضوابط مناسبة لتحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني بمناسبة تحديد المحكمة المختصة في الفصل في المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية الإلكترونية الدولية، و هذا ما يجعل من إزالة هذه العقبة ـ عن طريق حل هذا التنازع ـ أمرا مهما يساهم في تعزيز الثقة في التعامل من خلال هذه الوسائط الإلكترونية و دعمها قانونيا، لمزيد من التفصيل أنظر: فهد بن عبد العزيز الداود، الاختصاص القضائي في عقد التجارة الإلكترونية، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، المجلد 15، العدد 60، السنة 2013، ص 221.

[2] كريمة تدريست، المرجع السابق، ص 109.

[3] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، حسين عمران جرمط العبيدي، المرجع السابق، ص767.

المعتاد للمستهلك، فيجتمع في هذه الحالة مكان الإبرام و مكان التنفيذ في آن واحد، و في هذه الحالة يصدق نفس النقد الذي يوجه لضابط محل إبرام العقد لضابط محل التنفيذ[1].

و عليه فالبحث المتعمق في مدى قدرة إعمال ضابط مكان إبرام العقد في حماية المستهلك الإلكتروني، سيتحدد من خلال التطرق إلى مدى قدرة ضابط محل تنفيذ العقد في حماية المستهلك الإلكتروني، و هو ما سنتطرق له في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال ضابط مكان تنفيذ العقد

إلى جانب ضابط محل إبرام العقد فإن الإختصاص القضائي الدولي ينعقد كذلك للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها محل تنفيذ العقد، وعليه فإن تقيم دور هذا الضابط في حماية المستهلك الإلكتروني بمناسبة معاملاته التجارية الإلكترونية، لا يكون إلا من خلال التطرق إلى المسائل التالية:

البند الأول: مفهوم ضابط مكان تنفيذ العقد وفقا للأحكام العامة

يقصد بمكان تنفيذ العقد هو: "المكان الذي تتجسد فيه الإلتزامات التعاقدية"[2]، فإذا كان محل تنفيذ العقد في دولة معينة كان هذا مؤشرا على صلاحية نظر محاكم هذه الدولة في النظر في هذه القضية[3].

و تظهر أهمية هذا الضابط في أنه المكان الذي تتجسد فيه الإلتزامات التعاقدية، كما أنه يحقق مصالح المتعاقدين على إعتبار أن تنفيذ العقد هو هدف المتعاقدين والغاية التي يسعيان إلى تحقيقها[4].

فالمدافعين على هذا الضابط برروا إسناد الإختصاص وفقه على أساس أن هذا الضابط يقوم على مبرر فعلي و منطقي، حيث تكون المحكمة المختصة وفقا لقانون القاضي، و من ثم فإنه من المنطقي أن ينعقد الإختصاص لمحكمة هذا القاضي في هذه الصورة فهو أكثر دراية بخفايا قانونه و أعلم بتفسيره[5].

---

[1] أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 137.

[2] صالح المنزلاوي، الإختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والإعتراف و التنفيذ الدولي للأحكام و الأوامر الأجنبية، المرجع السابق، ص 139.

[3] فهد بن عبد العزيز الداود، المرجع السابق، ص 220.

[4] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 484.

[5] أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص 238

كما يبرر الإختصاص لهذا الضابط كذلك في الإعتبارات التي تتمثل في التيسير على المدعي، بحيث يمكنه الإختيار بين أن يرفع دعواه أمام محكمة موطن المدعى عليه، أو محكمة محل إبرام العقد أو تنفيذه حيث توجد آثار العقد و سهولة التنفيذ عليها[1].

و لعل فكرة الملائمة هي الأجدر بحمل هذا الضابط حيث أن عقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي أبرم فيها العقد أو جرى تنفيذه بما يحقق نتائج علمية، ذلك أن محاكم هذه الدولة هي الأقدر من حيث الإلمام بظروف و ملابسات الالتزامات التي نشأ أو نفذ فيها العقد[2]، و لأهمية هذا الضابط الاحتياطي فقد وجد موقعه في كثيرا من التشريعات المقارنة مثل قانون الإجراءات المدنية الفرنسي و قانون المرافعات المصري[3].

أما بالنسبة لمموقف المشرع الجزائري فقد نص على هذا الضابط من خلال المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية عندما منح الجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها محل تنفيذ الإلتزام صلاحية النظر في المنازعات العقدية[4].

---

[1] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 104.

[2] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، حسين عمران جرمط العبيدي، المرجع السابق، ص768.

[3] تنص المادة 30 الفقرة 02 من قانون المرافعات المصري على ما يلي: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك في الأحوال الآتية: (2) إذاكانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها".

[4] تنص المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على ما يلي: " ترفع الدعاوى المتعلقة بالمواد المبينة أدناه أمام الجهات القضائية الآتية:

1 – في مواد الدعاوى المختلطة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الأموال،

2– في مواد تعويض الضرر عن جناية، أو جنحة، أو مخالفة، أو فعل تقصيري، ودعاوى الأضرار الحاصلة بفعل الإدارة، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار،

3– في مواد المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وتأجير الخدمات الفنية أو الصناعية، يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو تنفيذه، حتى ولو كان أحد الأطراف غير مقيم في ذلك المكان،

4– في المواد التجارية، غير الإفلاس والتسوية القضائية، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد، أو تسليم البضاعة، أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها، وفي الدعاوى المرفوعة ضد شركة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها أحد فروعها،

5– في المواد المتعلقة بالمنازعات الخاصة بالمراسلات والأشياء الموصى عليها، والإرسال ذي القيمة المصرح بها، وطرود البريد، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المرسل، أو موطن المرسل إليه".

و لإعتبار أن هذه المادة قد وردت في شق الإختصاص الإقليمي المحلي لتنظيم المنازعات التي تثور في العالم المادي بصدد الإلتزامات العقدية الداخلية، فإن تطبيقها في مجال الإختصاص القضائي الدولي سينطوي على قصور المشرع الجزائري في تنظيم هذه القاعدة رغم أهميتها.

البند الثاني: إعمال ضابط مكان تنفيذ العقد في نطاق المعاملات التجارية الإلكترونية

إن إعمال ضابط مكان تنفيذ العقد في العالم الإلكتروني يثير صعوبات متعددة لا يمكن تجاوزها إلا من خلال تبني ما إقترحه الفقه عند تقسيمه للعقود الإلكترونية من حيث التنفيذ، حيث اتجه الفقه إلى تقسيمها إلى قسمين: عقود تبرم و تنفذ على خط شبكة الأنترنت، وأخرى تبرم عبر شبكة الأنترنت لكنها تنفذ خارجها بالطرق المادية المألوفة أو التقليدية[1]، و لهذا سنتطرق لكل فئة من هذه العقود على نحو مستقل كما يلي:

أولا: العقود التي تبرم و تنفذ عبر شبكة الأنترنت

بالنسبة للعقود التي تبرم و تنفذ عبر شبكة الأنترنت فإن وصول شبكة الأنترنت إلى كل دول العالم تقريبا يجعل تحديد مكان التنفيذ في العقود التي تبرم و تنفذ على الخط أمرا صعبا، لأن تنفيذ هذه العقود يتوقف على الدخول لقاعدة بيانات شبكة الأنترنت[2].

و في هذا يذهب الإتجاه الفقهي السائد منذ مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص الذي عقد عام 1999 بمناسبة المتغيرات التي أحدثتها التكنولوجيا الحديثة إلى التفرقة بين العقود الإلكترونية التي تبرم و تنفذ على الخط، إذ تختص بنظر الدعاوى الناشئة عنها محاكم الدولة التي يتم فيها تنفيذ الإلتزام بتسليم البضاعة المتعاقد عليها، سواء كان هذا التسليم يتم في تلك الدولة كليا أو جزئيا فيما يتعلق بالعقود التي يكون محلها بيع بضائع مادية، و نفس المبدأ ينطبق على العقود التي يكون موضوعها أداء

---

[1] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 311.

[2] أوردت إتفاقية بروكسل لعام 1968 في المادة 2 منها مبدأ عاما يمنح بموجبه الإختصاص القضائي بنظر المنازعات الناجمة عن العقود التقليدية، إلى محاكم الدول التي يقيم فيها المتعاقدون من دول الإتحاد الأوروبي بغض النظر عن جنسيتهم، في حين منحت المادة 1/5 من نفس الإتفاقية محاكم البلد الذي تم أو سيتم فيه تنفيذ الإلتزام ذلك الإختصاص، نقلا عن: عبد الباسط جاسم محمد، المرجع نفسه، ص 312.

خدمات، إذ يعقد الاختصاص بنظر الدعوى الناشئة عن هذا العقد لمحكمة الدولة التي يجب أن تؤدي الخدمة في إقليمها سواء كان هذا الأداء كليا أو جزئيا[1].

و يرى البعض بحق أن هذا الحل موفق فقط في الجانب المتعلق بالعقود التي يكون محلها تسليم البضائع بالطرق المادية التقليدية، لأن المكان الذي يتسلم فيه العميل البضاعة محدد من الناحية الجغرافية بإقليم دولة معينة، و بالتالي فإن هذه الدولة هي مكان تنفيذ العقد و محاكمها هي المختصة بنظر النزاع الذي يمكن أن ينشأ عن مثل هذا العقد[2]، في حين ينتقد البعض الآخر من الفقهاء التعديل الذي أدخله تشريع بروكسل على إتفاقية بروكسل 1968 على أساس أنه أعطى للشروط التي تحدد مكان تنفيذ الموجب الرئيسي قيمة الشروط التي تحدد المحكمة المختصة، و أهمل الضمانات المتعلقة بالتأكد من قبول الأطراف لهذه الشروط، و علمهم و معرفتهم بها على وجه اليقين[3].

أما العقود التي يكون محلها أداء خدمات و يتم تنفيذها عبر شبكة الأنترنت فإن الحدود الجغرافية لن يكون لها الدور الذي يمكن أن يعول عليه في تحديد الدولة التي تم فيها التنفيذ، و بالتالي الصعوبة في عقد الإختصاص استنادا إلى ضابط الدولة التي تم فيها ذلك، لكون العالم الإفتراضي لشبكة الأنترنت عالم لا يتقيد بالحدود التقليدية المادية المتعارف عليها[4].

ثانيا: العقود التي تبرم عبر شبكة الأنترنت و تنفذ خارجها

لقد نص تشريع بروكسل لعام 2001 المتعلق بالإختصاص القضائي الدولي على أن الدولة التي ينبغي فيها أداء الخدمة للعميل في العقود المبرمة بواسطة وسائل الإتصال الحديثة هي مكان تنفيذ العقد، و بالتالي تعد محاكم هذه الدولة هي المختصة بنظر النزاع الناشئ عن هذا العقد عند إعمال ضابط محل التنفيذ[5].

---

[1] فاطمة زهرة جندولي، المرجع السابق، ص 238.

[2] شايب بوزيان، ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الإلكتروني، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2016/2015، ص 26.

[3] محمد الروبي، دور الإرادة في مجال الإختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 154.

[4] محمد الأيوبي، مدى ملائمة الضوابط الشخصية لتحديد الإختصاص القضائي الدولي في حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 95.

[5] فاطمة الزهراء جندولي، المرجع السابق، ص 240

و لذلك نجد القضاء الفرنسي إتجه في القرارات التي تلت صدور تشريع بروكسل يتجه نحو عد مكان تنفيذ العقد المبرم عبر شبكة الأنترنت بين مورد الخدمة و العميل هو مكان موطن العميل أو المستخدم، و هو المكان الذي يرتبط فيه المستخدم بشبكة الأنترنت[1]، ذلك أن إعتماد موطن المورد يولد صعوبات جمة ليس أقلها عدم القدرة على الجزم بكون موطنه هو المكان الذي توجد فيه الأجهزة التي يتم إدخال البيانات بواسطتها أو هو المكان الذي يتم فيه تحميل البيانات، فلو تعاقدت شركتان إحداهما هولندية و الأخرى انجليزية و تم تحميل البيانات من اليونان أثناء رحلة عمل المورد هناك مثلا، ففي أي مكان سيكون موطن المورد ليتم منح الإختصاص القضائي لمحكمة ذلك الموطن[2].

في هذا الصدد يذهب جانب من الفقه إلى أن الحل الأمثل الذي يمكن التعويل عليه لمعرفة مكان التنفيذ الحقيقي للعقد الإلكتروني سواء كان محله سلع و بضائع أو كان محله أداء خدمات هو ما جاء به قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996، و بالتحديد الفقرة 4 من المادة 15، إلا أنه يؤخذ على هذا الموقف أنه يؤدي إلى ازدواج مكان تنفيذ العقد الواحد[3].

حيث يرى البعض الآخر أن الإعتماد على موقف قانون الأونسيترال ـ إختصاص محكمة مقر عمل المرسل إليه أو محكمة محل إقامته المعتاد ـ يعتبر قاعدة إحتياطية يتم اللجوء إليها في حال كون القواعد الأصلية غير كافية لعقد الإختصاص القضائي الدولي في النزاع القائم[4].

و أمام هذا التعارض في المواقف التي قيلت بشأن تحديد مكان إبرام و تنفيذ العقود الإلكترونية نجد أن الفقه عموما يتجه إلى ضرورة تحديد مكان إبرام تلك العقود فضلا عن مكان تنفيذها صراحة

---

[1] عادل أبو هشيمة محمود حسن حوته، المرجع السابق، ص 95.

[2] أحمد حسين جلاب، نداء بديري حنون، المرجع السابق، ص 58.

[3] تنص المادة 4/15 من قانون الأونسيترال النموذجي لعام 1996 بشأن التجارة الإلكترونية على أن: "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك يعتبر أن رسالة البيانات ارسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه. و لأغراض هذه الفقرة:

(أ) اذا كان للمنشئ او المرسل اليه اكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له اوثق علاقة بالمعاملة المعنية ، او مقرا لعمل الرئيسي اذا لم توجد مثل تلك المعاملة،

(ب) اذا لم يكن للمنشئ او المرسل اليه مقر عمل ، يشار من ثم الى محل اقامته المعتاد.

[4] جمال محمود الكردي، مدى ملائمة قواعد الإختصاص القضائي الدولي التقليدية لمنازعات الحياة العصرية، دراسة تطبيقية على العقود عبر الأنترنت و عقود السياحة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 82.

من قبل الأطراف سواء كان محلها سلع أو بضائع أو كان محلها أداء خدمات، و يكون ذلك بتضمين العقد الإلكتروني بنودا تشير بشكل صريح و بارز إلى المكان الذي يبرم فيه العقد مع المكان الذي يجب التنفيذ فيه، لأن ذلك يتفق مع إتجاه الإتفاقيات التشريعية الدولية، و منها المادة 15 من القانون النموذجي الأونسيترال لعام 1996 و المادة 5 من التوجيه الأوروبي المشار إليه[1].

و نحن نعتقد بترجيح ذلك مع ضرورة إلزام المشرعين الوطنيين بإدراج مثل هذا الشرط من قبل الأطراف تجنبا لإغفال إدراجه أو إنكاره من قبل أحد الأطراف في بعض الأحيان.

البند الثالث: تقييم دور ضابط مكان تنفيذ العقد في تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني

لاحظنا في ما سبق أن معيار مكان تنفيذ العقد في مجال التجارة الإلكترونية يثير العديد من المشكلات القانونية المرتبطة بتحديد مكان إبرام العقد أو تنفيذه، و على هذا الأساس يمكن أن نوجز تقييم الضوابط المكانية في عقد الإختصاص لمنازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية، من خلال النقاط التالية[2]:

- أول ما يمكن قوله عن هذه الضوابط المكانية سواء تخص مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه هو ما سبق التركيز عليه أنها ضوابط ترتكز على فكرة الجغرافيا المكانية، والتي اتضح ـ سابقا ـ أنها لا تتناسب تماما مع العقود المبرمة عبر شبكة الأنترنت.
- أن وصول شبكة الأنترنت لجميع دول العالم تقريبا يجعل تحديد مكان تنفيذ العقود التي تبرم و تنفذ على الخط أمرا صعبا للغاية.
- أن مثل هذا الضابط يثير صعوبة في تحديد مكان إبرام العقد في عقود بعينها، كما يواجه نفس المشكلة مع عقود تنزيل البرامج.

و بالتطبيق على العقود الإلكترونية الدولية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، فإن التسليم بأن مكان تنفيذ العقد الإلكتروني هو مقر المرسل سوف يجعل المستهلك الإلكتروني تحت رحمة المنتج

---

[1] عادل أبو هشيمة محمود حسن حوته، المرجع السابق، ص 337.

[2] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 317.

وبتالي عليه الذهاب إلى محكمة موطن المنتج للمطالبة بحقه، و هو ما لا يجوز في عقود الإستهلاك التي وضع المشرع لها قواعد خاصة بحماية للمستهلك، أما تحديد مكان تسلم هذه البرامج بمكان التنفيذ، و بتالي عقد الإختصاص القضائي يكون لمحاكم مقر المستهلك فهو أمر مستحب في عقود الإستهلاك وهو لا يخرج عن القواعد المقررة لحماية المستهلك[1].

و ينتقد البعض ضابط محل تنفيذ العقد في عقود الإستهلاك سواء التقليدية أو الإلكترونية منها، وذلك على أساس أن الإسناد لهذا الضابط يؤدي إلى التحايل من جانب الطرف القوي في العقد عن طريق إجبار المستهلك على تنفيذ العقد في مكان مختار، بهدف الإستفادة بنصوص القانون الملائم له على حساب القوانين الأخرى الأكثر إرتباطا بالعقد والآمرة أيضا، و هو ما يؤدي إلى حرمان الطرف الضعيف من الحماية المقررة بهذه النصوص[2].

و في حجة أخرى يذهب البعض إلى أن معيار ضابط مكان تنفيذ العقد لا يصلح لتحديد المحكمة المختصة بما يحققه من إضرار بالمستهلك، فكثيرا ما يشترط البائع في عقود البيع أن يتم التسليم في موطن المشتري و أداء الثمن في موطن البائع و من ثم يكون من آثار التطبيق الدقيق لهذا المعيار إخضاع إلتزامات البائع و المشتري لقانونين مختلفين، و بتالي سيحكم كل إلتزام قانون محل التنفيذ الخاص به وذلك يمثل إجحاف بحقوق المستهلك الواجب حمايته[3].

و ما يؤكد خطورة هذا الإسناد على المستهلك أن الطرف القوي في العقد يمكنه أن يستغله لصالحه بتضمين العقد شرطا يتم بموجبه تنفيذ العقد في مكان تتحقق فيه مصالحه، و يكون قضاء هذا المكان يطبق قانونا أقل حماية للمستهلك، و في هذه الحالة يصدق نفس النقد الذي وجه لتطبيق محل إبرام العقد، حيث نخلص لعدم صلاحية ضابط مكان تنفيذ العقد للتطبيق على عقود الاستهلاك الدولية عموما و افتقاره للفاعلية من حيث حمايته للمستهلك الإلكتروني[4].

---

[1] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 106.

[2] أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 137.

[3] حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص 111.

[4] صفاء فتوح جمعة، قواعد الإختصاص القضائي الدولي للمنازعات الدولية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، المرجع السابق، ص 204.

إن تقييم الضوابط المكانية لتحديد الإختصاص في منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية بصفة خاصة لا تخلو من صعوبات تحط من قدرها كمعايير يمكن الإعتماد عليها في هذا الجانب، و لهذا نجد أنها بدأت تفقد أهميتها تدريجيا و بدأ القضاء يبحث عن معايير أكثر جدوى في تحديد الإختصاص القضائي و بأقل قدر ممكن من الصعوبات، لا سيما و أن هذه الضوابط ثبت عدم ملائمتها في تحقيق الحماية المنشودة للمستهلك الإلكتروني.

علما أنه من بين الضوابط المكانية الأخرى التي يتم على أساسها تعيين اختصاص المحكمة بنظر المنازعات الدولية الخاصة هو ضابط موقع المال، والذي سنتعرض له بالدراسة في نطاق عقود الإستهلاك الإلكترونية و مدى ملائمته لحماية المستهلك الإلكتروني.

الفرع الثالث: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال ضابط موقع المال

يعد ضابط موقع المال من بين الضوابط التي يستند عليها المشرع لعقد الإختصاص للمحاكم الوطنية، فبناءا على هذا المعيار يثبت الإختصاص القضائي الدولي الأصلي لمحاكم الدولة التي يوجد فيها المال موضوع النزاع بالارتباط الإقليمي سواء أكان المال منقولا أو عقار[1].

و لتقيم دور هذا الضابط في حماية المستهلك الإلكتروني بمناسبة معاملاته التجارية الإلكترونية، سنتطرق لبحث المسائل التالية:

البند الأول: مفهوم ضابط موقع المال وفقا للأحكام العامة

يقوم ضابط موقع المال أساسا على إرتباط المنازعة أصلا إرتباطا وثيقا بإقليم الدولة، وقد رسخت هذه القاعدة و التي يذهب مضمونها إلى إختصاص محاكم الدولة بالمنازعات المتعلقة بمال موجود على أراضيها في معظم تشريعات دول العالم[2].

أما في ما يخص تعريف هذا الضابط فقد لاحظنا عزوف فقهاء القانون الدولي الخاص من إيراد تعريف محدد لموقع المال كضابط إسناد في تحديد المحكمة المختصة بصدد الفصل في النزاع المتعلق بدائرة مركز الأموال، و من التعريفات التي قيلت بشأنه على أنه: "ضابط مكان وجود الشيء محل

[1] محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص 329.

[2] أحمد علي فهمي إبراهيم، المرجع السابق، ص 584.

الخصومة أو النزاع الذي يرفع إلى محكمة الموضوع في الدولة البسيطة أو الإقليم في الدولة الاتحادية أو المركبة التي يوجد فيها أكثر من نظام قانوني واحد بسبب تعدد السلطات فيها"[1].

و ينعقد الإختصاص بموجب هذا الضابط لمحاكم الدولة التي يوجد فيها موقع المال سواء أكان عقارا أو منقولا، حيث يتميز بأنه ضابط موضوعي غير مبني على الصفة الشخصية للخصوم، كما أنه ضابط إقليمي يرتبط بإقليم الدولة الكائن فيها المال، و هو ضابط واقعي لأنه يقوم على الواقع و لا يستند على أي فكرة قانونية، و ضابط خاص لأنه يقتصر على نوع معين من المنازعات هي المنازعات المتعلقة بالأموال[2].

الحقيقة أن هذا الضابط عام و شائع في أغلب الدول، و لعل مبرر الأخذ به هو الارتباط الإقليمي لمحاكم الدولة التي يوجد فيها المال موضوع النزاع[3]، بإعتبار أن سيادة الدولة تقتضي ببسط الولاية العامة لمحاكمها الوطنية على كل شيء، و عل كل شخص في إقليمها بصرف النظر عن جنسية أطراف العلاقة[4]، ناهيك على أن محاكم هذه الدولة هي أقدر من غيرها من محاكم الدول الأخرى على الفصل في هذه المنازعات، و على إتخاذ الإجراءات اللازمة المتعلقة بهذا المال كإعمال الخبرة و المعاينات، و كفالة تنفيذ الأحكام[5].

و ضابط موقع المال قاعدة عالمية تجد أساسها القانوني في العديد من التشريعات، فقد أعتنقها القانون المصري في المادة 30 من قانون المرافعات المصري، و من التشريعات الأجنبية نجد القانون الدولي الخاص التركي لسنة 1982 في المادة 27، و القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987

---

[1] كريم مزعل شبي الساعدي، هناء عبد الحسين جاسم النصراوي، مفهوم موقع المال و آليات تطبيقه، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، الجامعة الإسلامية، العراق، المجلد:01، العدد:58، السنة:2020، ص 681.

[2] يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 58.

[3] كما يجد إختصاص محكمة موقع المال سنده أيضا في قاعدة تنازع القوانين التي تجعل القانون الواجب التطبيق على المال هو قانون موقعه، أنظر: حسام الدين فتحي ناصف، الإختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 133.

[4] أحمد حسين جلاب الفتلاوي، نداء بديري حنون، المرجع السابق، ص129.

[5] أحمد علي فهمي إبراهيم، المرجع السابق، ص 590.

في المواد 97 و 98، و تلك حالة من الحالات التي يتلازم فيها الإختصاص القضائي و الإختصاص التشريعي[1].

أم على المستوى الدولي فلابد من الإشارة إلى أن إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983 أخذت به بموجب المادة 27 منها، و التي نصت على إختصاص محكمة موقع العقار بالفصل في الحقوق العينية القائمة بشأنه[2].

و قد جرى العمل في مجال الإختصاص القضائي الدولي على سريان القاعدة المذكورة سواء تعلق النزاع بعقار أو بمنقول، و ذلك بخلاف الحال في مجال الإختصاص القضائي الداخلي، حيث يقتصر إعمالها على المنازعات المتعلقة بالعقار، أما المنازعات المتعلقة بمنقول فتختص بها محكمة موطن المدعى عليه[3].

البند الثاني: إعمال ضابط موقع المال في نطاق المعاملات التجارية الإلكترونية

لقد منحت المعلوماتية أغلب المفاهيم التقليدية في نطاق القانون الدولي الخاص طابع التغير، و من ضمن هذه المفاهيم مفهوم المال، مما أدى إلى انبثاق بعض العوائق في تطبيق هذا الضابط على عقود التجارة الإلكترونية، و تتمثل أوجه هذا التغيير على مفهوم المال بنوعيه المنقول و العقار، و ذلك وفق التقسيم التالي:

أولا: المنقول

يتفاوت صعوبة تحديد موقع المنقول بتفاوت طبيعته في عقود التجارة الإلكترونية، فالمنقول المادي لا يثير مشكلة في تحديد موقعه غالبا سواء كان في العقود التقليدية أو في العقود الإلكترونية، بحكم أن المنقولات المادية في التجارة الإلكترونية يتم تسليمها كالتزام من الإلتزامات الناتجة عن العقد خارج الخط و ليس عبر الأنترنت[4]، حيث يبدو من السهل تطبيق ضابط محل وجود الأموال المنقولة ماديا

[1] نقلا عن: حسام الدين فتحي ناصف، الإختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص 134.

[2] تنص المادة 27 من إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983: "تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي يوجد في إقليمه موقع العقار مختصة بالفصل في الحقوق العينية المتعلقة به".

[3] سنقار علي رسول، المرجع السابق، ص 52.

[4] صفاء فتوح جمعة، قواعد الإختصاص القضائي الدولي للمنازعات الدولية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، المرجع السابق، ص 206.

لإمكانية تحديد موقعه الفعلي الملموس مع صعوبة الإثبات المحسوبة، أما المنقول المعنوي مثل المؤلفات الرقمية و البرامج الإلكترونية التي يمكن تحميلها عبر على جهاز المشتري دون أن تلمس البيد فهي التي تثير إشكالا، و من العسير تحديد موقعها بحكم طبيعتها الإفتراضية[1].

أمام هذه الإشكالية يذهب البعض إلى أنه لا يمكن تركيز الأموال الإلكترونية بذاتها في إقليم أي دولة، و لكن يمكن الإعتماد على قرائن قد تفي بتحقق الضابط المعني، و أول قرينة هي مكان وجود الأوعية التي تحرز فيها هذه الأموال مثل عناوين بروتوكول الأنترنت أو أسماء النطاقات أو الموقع الجغرافي لنظام المعلومات، و هذه القرائن رغم موضوعيتها ليس لها قيمة حاسمة، و لكنها تظل محل نظر و لا يمكن إغفالها بالمرة خصوصا حيثما يتعذر التعويل على أي ظرف آخر لجلب الإختصاص[2].

أما القرينة الأخرى فهي مقر عمل أو محل إقامة أطراف العلاقة الإلكترونية أو أحدهما، لأن الرابط المادي الوحيد في صفقات الأنترنت المتعلق بالأموال غير المادية، فقد يكون الإختصاص منعقدا للموطن المشترك للمتعاقدين أو موطن أحدهما، مع العلم أن إختصاص محكمة موطن المدعى عليه هنا يعد تطبيقا لضابط عام، و الأمر الشائك الذي قد يواجه محل وجود المال الإلكتروني بدلالة محل إقامة المتعاقد المالك هو إثبات أحد الخصمين و معرفته لمقر عمل أو محل إقامة الخصم الآخر على وجه الدقة و الموثوقية[3].

أما البعض الآخر فيذهب إلى أن ما دام لا تثور مشكلة تحديد المحكمة المختصة بمنازعات المتجر الإلكتروني، ذلك لأن أي متجر إلكتروني موجود عبر الأنترنت، بطبيعة الحال سيكون مسجلا في الدولة صاحبة الحق العيني لهذا المحل التي ترد عليها، و هو نفس الفرض اللازم إعماله في حال عقد الإختصاص للمنقول المعنوي المبني على ضابط المنقول[1].

---

[1] نافع بحر السلطان، المرجع السابق، ص 214.

[2] نافع بحر السلطان، المرجع نفسه، ص 215.

[3] Dean Henry, H. Perritt, Electronic Commerce Issuses In Private International Law And The Role of Alternative Of Alternative Dispute Resolution, Wipo Of Forum On Private International Law And Intellectual Property, Geneva, January 30 and 31, 2001, P 10.

[1] صفاء فتوح جمعة، قواعد الإختصاص القضائي الدولي للمنازعات الدولية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، المرجع السابق، ص 207.

و يزيد تغيير مفهوم المنقول في إطار ثورة الاتصالات الإلكترونية حيث أصبح محله يبيع جميع أشكال الملكية الصناعية و المعرفة الفنية و برامج الحاسب الآلي، من صعوبة تطبيق هذا الضابط على المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، و الذي يدعوا إلى المناداة بوضع قواعد خاصة تعالج المشاكل التي يفرزها تطبيق هذا الضابط على هذه العقود، خاصة تلك العقود التي يكون محلها أموالا معنوية يتم تنفيذها عبر الأنترنت[1].

ثانيا: العقار

يعرف العقار على أنه: "الشيء الثابت و المستقر في مكانه غير قابل للنقل إلى مكان آخر دون تلف"[2]، و قد عرفه المشرع الجزائري في أحكام القانون المدني بأنه: كل شئ مستقر بحيزه و ثابت فيه و لا يمكن نقله دون تلف فهو عقار و كل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول"[3].

حيث نجد أن المشرع الجزائري قد ميز من حيث الأموال بين المنقول و العقار فيما يتعلق بالإختصاص المحلي، فيرجع الإختصاص المتعلق بالعقارات و الحقوق العينية العقارية إلى محكمة موطن العقار لأن هذا الأخير يتميز بموقع ثابت، أم فيما يتعلق بالمنقول فالمحكمة التي يؤول إليها الإختصاص هي محكمة المدعى عليه، لأن المنقول ليس له موقع ثابت و بحكم طبيعته التي تسمح بنقله من مكان إلى آخر[1].

---

[1] تفترض هذه الحالة أن يكون المعقود عليه في العقد الإلكتروني موجودا في الجزائر وقت رفع الدعوى، ويستوي بعد ذلك أن يكون هذا المال قد وجد بعد انعقاد العقد، أم إثنائه، أم قبله، ولما كانت العقارات والمنقولات ذات الطبيعة الخاصة لا تصلح أن تكون محلا للعقد الإلكتروني، مما يعني أن لفظ المال يجب قصره على المنقولات العادية فقط، أنظر: صفاء فتوح جمعة، قواعد الإختصاص القضائي الدولي للمنازعات الدولية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، المرجع نفسه، ص 210.

[2] صفية زادي، شهر العقد كآلية لنقل الملكية العقارية، مجلة حقائق للدراسات النفسية و الإجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 08، ديسمبر 2017، ص 142.

[3] تنص المادة 683 من القانون المدني على أن: " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول" .

[1] تنص المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على ما يلي: فضلا عما ورد في المواد 37 و38 و46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها

1- في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات، والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.

و يبرر إختصاص محكمة موقع العقار بأنها المحكمة الأقرب إلى العقار التي قد يتطلب انتقالها إلى مكان العقار لمعاينته أو ندب خبير لمباشرة هذه العملية، و كذلك في ما يتعلق بإيجار العقار حتى و لو كان الإيجار تجاريا أو يتعلق بأشغال عامة[1]، و على الرغم من أنها قاعدة داخلية إلا أنها تطبيق يمتد حتى في المجال الدولي[2].

الحقيقة أن هذه المفاهيم التقليدية للعقار لا يمكن أن تتحقق في العالم الإفتراضي لأنه لا يوجد فيه شيء مادي حائز لصفة الاستمرار، بل على العكس نجد أن أغلب ما هو موجود من في عالم المعلوماتية هو عبارة عن أموال معنوية و غير مستمرة، كما أنه من السهولة نقله دون أن يعتريه أي تلف أو خلل و دون أن تتغير ذاتيته، حيث أن نقل الأموال المعنوية هو أمر يسهل تحققه في فضاء الانترنت[1].

من خلال ما سبق يمكننا أن نخلص إلى أن تطبيق ضابط موقع المال على المنازعات الناشئة عن معاملات التجارة الإلكترونية، يثير العديد من الإشكالات و العوائق الناجمة عن تغير مفهوم المال في المعاملات الإلكترونية عن مفهوم المال بنوعيه (العقار– المنقول) في المعاملات المادية، و هو ما لم

---

2 – في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن، على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن.

3 – في مواد الإفلاس أو التسوية القضائية للشركات وكذا الدعاوى المتعلقة بمنازعات الشركاء، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية أو مكان المقر الاجتماعي للشركة.

4 – في مواد الملكية الفكرية، أمام المحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي الموجود في دائرة اختصاصه موطن المدعى عليه.

5 – في المواد المتعلقة بالخدمات الطبية، أمام المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها تقديم العلاج.

6 – في مواد مصاريف الدعاوى وأجور المساعدين القضائيين، أمام المحكمة التي فصلت في الدعوى الأصلية، وفي دعاوى الضمان أمام المحكمة التي قدم إليها الطلب الأصلي.

7 – في مواد الحجز، سواء كان بالنسبة للإذن بالحجز، أو للإجراءات التالية له، أمام المحكمة التي وقع في دائرة اختصاصها الحجز.

8 – في المنازعات التي تقوم بين صاحب العمل والأجير، يؤول الاختصاص الإقليمي للمحكمة التي تم في دائرة اختصاصها إبرام عقد العمل أو تنفيذه أو التي يوجد بها موطن المدعى عليه.

غير أنه في حالة إنهاء أو تعليق عقد العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني يؤول الاختصاص للمحكمة التي يوجد بها موطن المدعي.

9 – في المواد المستعجلة، أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الإشكال في التنفيذ، أو التدابير المطلوبة.

[1] حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 40.

[2] كمال سمية، المرجع السابق، ص 82.

[1] صفاء فتوح جمعة، قواعد الإختصاص القضائي الدولي للمنازعات الدولية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، المرجع السابق، ص 210.

يكن في إعتبار المشرع عند وضعه لهذا الضابط مما أفقد فاعليته في تطبيقه على منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

البند الثالث: تقييم دور ضابط موقع المال في تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني

إن إعمال ضابط موقع المال في عقود الإستهلاك الدولية لا يحظى بقواعد خاصة عن العقود الدولية، فما يقال في هذه الأخيرة يقال في عقود الإستهلاك الدولية سواء المبرمة بالطرق التقليدية أو الإتصالات الإلكترونية، لذلك لا يحظى المستهلك بحماية خاصة عند إعمال هذا الضابط، و بالتالي لا يمكن الركون لهذا الضابط في تحقيق أي حماية للمستهلك الإلكتروني[1].

على أنه و نتيجة لفشل قواعد الإختصاص القضائي العامة في تحقيق الحماية اللازمة للمستهلك المتعاقد في بيئة إلكترونية دولية، و بهدف تفادي الإشكالات التي تثيرها إعمال قواعد الإختصاص القضائي في منازعات التجارة الإلكترونية، إتجه التفكير إلى أن حماية المستهلك الإلكتروني تكون من خلال تطويع القواعد الموضوعية الخاصة بعقود الإستهلاك التقليدية التي ظهرت في مجال الإختصاص القضائي، وإعمالها في فض منازعات المستهلك الإلكتروني.

المبحث الثاني

حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال قواعد الاختصاص القضائي الدولي الخاصة

نظرا لعدم كفاية قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدية في توفير الحماية اللازمة للمستهلك الإلكتروني، فقد اتجهت بعض التشريعات الوطنية والدولية إلى أن المستهلك الإلكتروني في نطاق الإختصاص القضائي الدولي يستحق الحماية من خلال فكرتين أساسيتين: أولهما هي تقرير الإختصاص لمحكمة موطنه أو محل إقامته المعتادة، و ثانيهما تطويع إعمال قاعدة الاختصاص الإختياري لمصلحة المستهلك[1].

من أجل ذلك قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين على النحو التالي:

---

[1] كوثر مجدوب، المرجع السابق، ص 201.

[1] كريمة تدريست، المرجع السابق، ص 111.

المطلب الأول: قاعدة موطن المستهلك كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني

المطلب الثاني: تطويع إعمال قاعدة الخضوع الإختياري كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني

و هو ما سنتطرق له بالبحث و الدراسة كما يلي:

المطلب الأول

قاعدة موطن المستهلك كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني

تتجه العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية إلى تبني قاعدة تفيد إختصاص محكمة موطن المستهلك أو محل إقامته العادية بنظر المنازعات التي يكون هذا الأخير طرفا فيها، حيث تبرز القاعدة محل البحث بوضوح اهتمام قواعد القانون الدولي الخاص بالعدالة الموضوعية، و بصفة خاصة حماية المستهلك[1].

و على هذا الأساس يثور التساؤل حول قدرة هذه القاعدة في تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني في نطاق الإختصاص القضائي الدولي؟ للإجابة على التساؤل السابق فإننا سنتطرق إلى بيان ماهية هذه القاعدة في (الفرع الأول)، ثم تقييم دورها في حماية المستهلك الإلكتروني في (الفرع الثاني)، و ذلك كما يلي:

الفرع الأول: ماهية قاعدة عقد الإختصاص لمحكمة موطن المستهلك الإلكتروني

في ظل التزايد المطرد في نسبة العقود التي تبرم بين المستهلكين و الموردين عبر شبكة الأنترنت و ما قد ينتج عنها من منازعات مختلفة، ذهب الرأي الراجح في الفقه أنه ينبغي لتوفير أكبر قدر من الحماية للمشتري أو المستهلك الذي أبرم عقد على شبكة الأنترنت يكون من خلال تقرير الإختصاص لمحكمة موطنه أو محل إقامته[1].

---

[1] Fréderic Leclerc, La Protection de la Partie Faible Dans Les Contrats Internationaux, Etudes De Conflits De Lois, Bruylant, Bruxelles, 1995, p 30.

[1] فايد أشرف محمد رزق، منازعات الأستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة علي شبكة الإنترنت، الطبعة 01، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، القاهرة، 2018 ص 18.

و يرجع أساس هذا الإختصاص إلى رغبة المشرع في إعطاء المستهلك كطرف ضعيف في عقود الإستهلاك حماية خاصة في مواجهة المهني الذي يتمتع بالقوى الإقتصادية والفنية، و ذلك تحقيقا لمبدأ العدالة الموضوعية[1].

و لبيان ماهية هذه القاعدة بشيء من التفصيل سنتعرض للمسائل التالية، كما يلي:

البند الأول: مفهوم قاعدة عقد الإختصاص لمحكمة موطن المستهلك الإلكتروني

يقصد بهذه القاعدة هو: "عقد الإختصاص القضائي لمحكمة الدولة التي يقيم فيها هذا الطرف الضعيف(المستهلك)، و ذلك في ما يتعلق بتسوية المنازعات الناشئة عن الإلتزامات التعاقدية في العقود التي يكون طرفا فيها و ذلك لكفالة حقه في التقاضي"[2]، حيث تستند هذه القاعدة إلى فكرة أساسية مؤداها أن المستهلك يعتبر طرفا ضعيفا في العلاقة العقدية التي تربطه بالمهني ما يستوجب التدخل تشريعيا لحمايته[3].

و في هذا النطاق تعد قاعدة عقد الإختصاص لمحكمة موطن المستهلك الإلكتروني من أبرز أوجه حماية المستهلك في مجال تحديد الإختصاص القضائي، كونها تعطي المستهلك حق رفع دعواه أمام محاكم الدولة التي تقع في موطنه الدائم أو محل إقامته المعتادة، و ذلك خلافا للمعيار العادي المألوف للإختصاص القضائي الدولي المتمثل بأن الدعوى تقام أمام محكمة موطن المدعى عليه[1].

و تجدر الإشارة إلى أن إستفادة المستهلك الإلكتروني من إعمال هذه القاعدة لا يفقده حقه في إستخدام الضوابط التقليدية الأخرى المتعلقة بالإختصاص القضائي، فتطبيقها يبقى مرهونا بمدى الحماية التي تحققها له في نطاق عقود الإستهلاك الدولية.

[1] Rosario Duaso Cales, La Détermination du Cadre Juridictionnel Et Législatif Applicable Aux Contrats De Cyberconsommation, L’ex Electronique, vol. 8, N°1, PUBLISHIIER, Université De Montréal, Centre de Recherche En Droit public, 2002, p 14.

[2] وفاء يعقوب الجناحي، المرجع السابق، ص 452.

[3] محمد الأيوبي، مدى ملائمة الضوابط الشخصية لتحديد الإختصاص القضائي الدولي في حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 195.

[1] عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص 388.

و من خلال التقديم البسيط لهذه القاعدة يتبين لنا أن هذه الأخيرة لها خصائص تجعل منها ذات موضع مهم في مجال الإختصاص القضائي الدولي، حيث تتميز بما يلي[1]:

- أنها قاعدة خاصة حمائية لا تحركها إلا عقود الإستهلاك التي يكون فيها إختلال في التوازن العقدي بين المستهلك و المورد.
- أنها قاعدة تتسم بالطابع الإختياري بالنسبة للدعاوى التي يرفعها المستهلك في مواجهة المهني، فالمستهلك يكون بالخيار بين رفع دعواه أمام محكمة موطنه أو أمام محكمة موطن المدعى عليه ـــ المورد ـــ وفقا للقواعد العامة أو أن يرفع دعواه أمام المحكمة المتفق على اللجوء إليها، شريطة أن يكون هذا الإتفاق وقع بعد قيام النزاع.
- هي قاعدة حمائية الهدف منها حماية الطرف الضعيف في العقد، و هي قواعد موضوعية تقوم على فكرة المواءمة و حماية التوقعات المشروعة للأطراف في مجال القانون الدولي الخاص.
- تتسم هذه القاعدة بأنها ذات تطبيق آمر أو استئثاري، بحيث ينعقد الإختصاص بشأنها لمحكمة موطن المستهلك فقط.

و من ثم يمكن القول بأن قاعدة عقد الإختصاص لمحكمة موطن المستهلك الإلكتروني تعتبر مكسبا حقيقيا للمستهلك الإلكتروني، و هو ما يدفعنا إلى تشجيع التشريع الوطني إلى تبنيها في نصوصه.

البند الثاني: الأساس القانوني لإعمال قاعدة عقد الإختصاص لمحكمة موطن المستهلك الإلكتروني

يجد هذا الضابط أساسه القانوني في بعض التشريعات و الإتفاقيات الدولية التي نظمت قواعد خاصة في تحديد الإختصاص القضائي في قضايا المستهلك كونه طرفا ضعيفا في العقد، و الذي يحتاج إلى حماية خاصة خصوصا في التعاقد عبر الأنترنت[1].

---

[1] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 110.

[1] محمد محمد حسن الحسني، المرجع نفسه، ص 111.

و نذكر من التشريعات الوطنية على سبيل المثال القانون الدولي الخاص السويسري في المادة 114 حين أعطى الحق للمستهلك في رفع دعواه أمام محكمة موطنه أو محل إقامته وعدم إمكانية التنازل مسبقا عن حقه في إختيار المحكمة المختصة، والقانون العربي الإسترشادي المتعلق بالمعاملات الإلكترونية[1].

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فقد كان خاليا من أي قاعدة خاصة مؤدية لحماية المستهلك في مجال الإختصاص القضائي الدولي.

و أما على الصعيد الدولي فمن الإتفاقيات الدولية التي نصت على هذه القاعدة نجد إتفاقية بروكسل لعام 1968 في المادة 13 منها حينما جعلت للمستهلك الخيار في إقامة دعواه اتجاه التاجر، إما أمام محكمة موطن المستهلك أو محكمة محل إقامته، أما حديثا فقد تضمنت المادة 15 الفقرة الأولى من لائحة بروكسل رقم: 2001/44 المتعلقة بالإختصاص القضائي في المجال المدني و التجاري هذا الضابط، إذ نصت على تطبيق القاعدة السابقة في الإختصاص القضائي على عقود المستهلكين المبرمة من خلال وسائل الإتصال الحديثة و منها الأنترنت[2].

البند الثالث: كيفية إعمال قاعدة عقد الإختصاص لمحكمة موطن المستهلك الإلكتروني

تمثل قاعدة عقد الإختصاص لمحكمة موطن المستهلك وسيلة حمائية شرعت للمستهلك، يرتبط تطبيقها بالمنازعات المتعلقة بهذه العقود دون غيرها، لهذا يثور التساؤل عن كيفية إعمال هذه القاعدة في مجال الإختصاص القضائي الدولي و شروطها؟ إجابة لذلك يمكن القول بأن إعمال هذه القاعدة يختلف بحسب ما إذا كان المستهلك يحتل مركز المدعي أو المدعى عليه في المنازعة الخاصة الدولية، وذلك على النحو التالي[1]:

---

[1] كوثر مجدوب، المرجع السابق، ص 203.

[2] محمد الأيوبي، مدى ملائمة الضوابط الشخصية الضوابط الشخصية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 196.

[1] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، علي عبد الستار أبو كطيفه، الضوابط العامة للإختصاص القضائي الدولي في منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم الإنسانية، دراسة مقارنة، المجلد 22، العدد 04 ، ديسمبر 2015، ص 1586.

- فإذا كان المستهلك مدعيا يكون هذا الضابط ذا طبيعة اختيارية، أي أن المستهلك يكون بالخيار بين إقامة دعواه أمام محكمة موطنه أو محل إقامته أو أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه.

- أما إذا كان المستهلك يحتل مركز المدعى عليه في المنازعة، فإن هذا الضابط يكون ذا طبيعة إلزامية، أي أن التاجر يكون ملزما بإقامة دعواه أمام محكمة موطن المستهلك أو محل إقامته.

أما في ما يتعلق بشروط إعمال هذه القاعدة فإنه و من خلال استعراض النصوص التي نظمت قواعد الإختصاص الخاص بحماية المستهلك، يتضح بوضوح أنها وضعت شروطا خاصة متى تحققت في عقد من العقود انعقد الإختصاص لمحكمة موطن المستهلك، و هي على النحو التالي[1]:

- يجب أن تكون المنازعة بصدد عقد إستهلاك ذو طابع دولي.
- يجب أن يكون العقد مسبوقا بدعوى إلى التعاقد أو إعلان موجه من المهني إلى المستهلك في محل إقامته المعتادة.
- قيام المستهلك بالإجراءات الضرورية للتعاقد في موطنه أو محل إقامته.

و بعد تعرضنا لكيفية و شروط إعمال هذه القاعدة، فإننا سنتعرض لمبررات الإعتماد عليها كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني في نطاق الإختصاص القضائي الدولي.

البند الرابع: مبررات إعمال قاعدة عقد الإختصاص لمحكمة موطن المستهلك الإلكتروني

الحقيقة أن عقود التجارة الإلكترونية هي عقود تختلف عن العقود التقليدية في أنها تتم عن بعد بين حاضرين في الزمان و غائبين في المكان، و هذه الخصوصية كان لها دورا فعالا في إختلاف المعايير العامة للإختصاص القضائي المطبقة عليها[1]، و في هذا الإطار يبدو هدف حماية المستهلك في مجال الإختصاص القضائي الدولي أكثر إلحاحا في عقود التجارة الإلكترونية، حيث يجد مستخدم الأنترنت

---

[1] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 115 و ما بعدها.

[1] آيات أبو بكر محمد، المرجع السابق، ص 333.

نفسه أمام متاجر إفتراضية من جميع أنحاء العالم تعطى له الفرصة من خلال طرق بسيطة للتعاقد و الشراء الإلكتروني[1].

و الواقع أن إختصاص محكمة موطن المستهلك أو محل إقامته بمنازعات عقود الإستهلاك التي تبرم عبر شبكة الأنترنت يبدو اختصاصا منطقيا، خصوصا أن عارضي السلع و الخدمات ازداد عددهم و يترصدون للمستهلك بوسائل الإبهار والإغراء، فضلا عن أن عملية التعاقد الإلكتروني أصبحت أكثر يسرا و سهولة من عملية التعاقد التقليدية، ناهيك على أن عقود الإستهلاك تقوم على مبدأ حسن النية[2].

كما يهدف هذا الإختصاص الإلزامي إلى حماية المستهلك عن طريق تجنيبه مشقة السفر خارج الدولة محل إقامته، وتحمله لمصاريف طائلة للدفاع عن نفسه والتعامل مع نظام قضائي أجنبي قد يجهله تماما[3].

و في هذا الإطار قد تحتوي شروط الإختصاص القضائي العادية على أحكام تخل بحقوق المستهلك، و منها الشروط التي تفيد منح الإختصاص لمحكمة دولة أخرى غير دولة موطن المستهلك[4]، ناهيك على أن المستهلك لا يملك مناقشة شروط العقد المبرم بينه و بين البائع، و أساس ذلك أن البائع ينفرد بوضع الشروط التي تناسبه على موقعه الإلكتروني ولا يمكن للمستهلك حق تعديل أو مناقشة هذه الشروط[1].

---

[1] Thibault Verbiest , La Protection Juridique Du Cyber- Consommateur, Litec, Paris, 2002, p 103.

[2] بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 38.

[3] أحمد محمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مجلة معهد دبي القضائي، الإمارات العربية المتحدة، العدد 03، سبتمبر 2013، ص 29.

[4] حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص58.

[1] Eric Caprioli, Règlement Des Litiges Internationaux Et Droit Applicable Dans Le Commerce Electronique, Paris, Éditions du Juris-Classeur, 2002 , p 23.

كما أن إقامة المورد الدعوى على المستهلك في محكمة محل إقامة المستهلك سيكبد البائع خسائر مادية كبيرة، سيما لو تعدد المستهلكون و كانوا ينتمون لبلدان مختلفة أو في حالة عدم حضورهم جلسات التقاضي و صدور أحكام غيابية ضدهم[1].

و نتيجة لدور هذه المسوغات في جلب الحماية الكافية للمستهلك الإلكتروني في نطاق الإختصاص القضائي الدولي، فقد تصدت بعض الإتفاقيات الدولية المتخصصة لتفعيل هذه القاعدة بهدف حماية المستهلك، حيث نشير إلى أن هذه الحماية قد مرت بمرحلتين: مرحلة قديمة، تمثلها إتفاقية بروكسل لعام 1968 المتعلقة بالإختصاص القضائي و تنفيذ الأحكام في المجالين المدني و التجاري، و مرحلة حديثة تمثلها قواعد الحماية التي تضمنها تشريع بروكسيل لعام 2001، و هو ما سنتطرق له لاحقا.

الفرع الثاني: تقييم دور قاعدة إختصاص محكمة موطن المستهلك في حماية المستهلك الإلكتروني

توصلنا إلى أن الفقه عمد إلى حماية المستهلك الإلكتروني في مجال الإختصاص القضائي الدولي، و ذلك من خلال تمديد الحماية التي قررتها بعض الإتفاقيات في مجال المعاملات التجارية المادية الدولية إلى المعاملات التجارية الإلكترونية[2].

و على هذا الأساس فإن بيان مدى تحقيق هذه القاعدة للحماية للمستهلك الإلكتروني يكون من خلال التطرق إلى المعايير الخاصة بإعمال قاعدة إختصاص محكمة موطن المستهلك، و موقف الفقه من إعمال هذه القاعدة، و ذلك على النحو التالي:

البند الأول: المعايير الخاصة بإعمال قاعدة إختصاص محكمة موطن المستهلك

لتوفير حماية خاصة بالمستهلك بإعتباره الطرف الضعيف في العقد توجد معايير للإختصاص القضائي يراعى فيها الوقوف إلى جوار المستهلك[1]، و هي كما سيأتي:

---

[1] ناصر محمد عباس، الوسائل الإلكترونية ودورها في عقد البيع، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2011، ص 453.

[2] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص204.

[1] أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 242.

أولا: معيار العرض الخاص

أوردت إتفاقية بروكسل لعام 1968 المتعلقة بالإختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني و التجاري معيارا يتحدد بموجبه الإختصاص القضائي في عقود الإستهلاك، يقوم على العرض الخاص حيث يعدها بعض الفقهاء الأساس الذي قامت عليه القواعد القانونية المتعلقة بحماية المستهلك، فيما يخص الاختصاص القضائي في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت[1].

فقد نصت الفقرة 3/1 من المادة 13 من إتفاقية بروكسل على إختصاص محكمة موطن المستهلك في الدعاوى التي تقام ضده(المستهلك) شريطة توافر شرطين معا[2]:

أ- إذا كان إبرام العقد قد سبقه في دولة موطن المستهلك، تقديم عرض خاص أو إعلان موجه من قبل البائع، و هو ما يسميه البعض معيار مساعي المورد.

ب- إذا كان المستهلك قد قام في دولته بالأعمال اللازمة لإبرام العقد.

و هذا يعني أن دعوى المستهلك على المهني تقام بالخيار أمام محاكم دولة محل إقامة المستهلك، مع ملاحظة أن قاضي دولة المستهلك يتحقق بموجب الإتفاقية بالنسبة للعقود، سواء كان موضوعها تقديم خدمات أو تسليم منقولات مادية[3].

وينقسم الفقه الحديث بشأن هذين الشرطين من تطبيق نصوص الحماية التي تضمنتها هذه الاتفاقية على المستهلك الإلكتروني إلى رأيين: الرأي الأول، لن يكون متحققا بصدد عروض الإنترنت حيث يعكس مصطلح "عرض خاص" المستخدم في الاتفاقية أن هذا العرض ينبغي أن يكون محددا جغرافيا، أو داخل نطاق جغرافي معين، وهو ما لا يمكن حدوثه في عروض الإنترنت، أما بالنسبة للشرط الثاني الخاص بإتمام المستهلك للإجراءات الضرورية للتعاقد في دولته فلا يمكن الجزم – أيضا – بأن المستهلك قد قام بهذه الإجراءات في دولته، لاسيما ما يتعلق بملىء المستهلك لاستمارة البيانات الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، إذ يمكنه أن يقوم بذلك من أي مكان في العالم كون الشبكة مفتوحة

---

[1] عبد الفتاح حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007، ص 326.

[2] صفاء فتوح جمعة، قواعد الإختصاص القضائي الدولي للمنازعات الدولية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، المرجع السابق، ص 184.

[3] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص204.

على كافة الدول وبالتالي لا يمكن تركيز قيام المستهلك بهذه الإجراءات في دولة موطنه من الناحية المادية[1].

و على ذلك يبدو أن هذا الرأي يذهب إلى أن الحماية التي تقررها الإتفاقية لن يكون لها ذلك الدور في التعاقدات التي تجري عبر شبكة الإنترنت، لاسيما وأن نصوص الاتفاقية تستند إلى فكرة المستهلك السلبي التي لا تنطبق على المستهلك الإلكتروني.

و الواقع أنه و بسبب هذه الشروط رفض البعض تطبيق نصوص هذه الإتفاقية على عقود الإستهلاك الإلكترونية، و ذلك لعدم إمكانية تحقق الشرط الأول في هذا النوع من العقود التي يتطلب تحقق العرض الخاص فيها تحديد الإيجاب جغرافيا، و هو ما لا يمكن حدوثه في عروض شبكة الأنترنت، كما لا يمكن تحقق الشرط الثاني لعدم تصور قيام المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية بإجراءات التعاقد الضرورية في دولته، لأن تحقق ذلك الأمر يقتضي قيام المشتري بكتابة البيانات اللازمة في دولته قبل الشراء وهو ما لا يتفق وعالم المواقع الإلكترونية، لإعتبار أن قيام المستهلك بكتابة بياناته على الموقع الإلكتروني قبل الشراء، تصرف لا يمكن تركيزه ماديا في دولة موطن أو محل إقامة المستهلك[2].

لكن رغم اعتراض الاتجاه الفقهي السابق على هذين الشرطين، إلا أن جانبا آخر من الفقه أقر بإمكانية شمول الحماية المقررة بموجب نصوص هذه الإتفاقية للمستهلك الإلكتروني، و ذلك لسببين[3]:

السبب الأول: هو إمكانية تحقق معيار العرض الخاص الذي جاءت به الإتفاقية، في التعاقدات المبرمة عبر الانترنت.

السبب الثاني: في ما يتعلق بإتمام الإجراءات الضرورية كشرط لإسباغ الحماية على المستهلك عبر الأنترنت، يرى أصحاب هذا الاتجاه أن مجرد اتخاذ تلك الإجراءات على خط شبكة الأنترنت لا يعني أنها اتخذت في غير الدولة التي يقيم فيها إقامة معتادة، و بالتالي فإن الشرطين الذين فرضتهما المادة

[1] صفاء إسماعيل وسمي، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2016، ص 71.
[2] فاطمة الزهراء جندولي، المرجع السابق، ص259.
[3] حسام أسامه محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 60.

13 من إتفاقية بروكسل يمكن توفرهما في عقود التجارة الإلكترونية، في ما يخص قواعد حماية المستهلك المتعلقة بالإختصاص القضائي.

و بسبب النقد الذي وجه إلى معيار العرض الخاص الوارد باتفاقية بروكسل تم السعي إلى طرح مشروع إتفاقية لاهاي لسنة 1999 بشأن الإختصاص القضائي و تنفيذ الأحكام الأجنبية في المسائل المدنية و التجارية[1].

حيث راعا واضعي مشروع إتفاقية لاهاي عند صياغتهم لنص المادة 7 من المشروع مسائل التجارة الإلكترونية، إذ تجنبوا فكرة العرض الخاص الواردة في شروط تطبيق أحكام إتفاقية بروكسل بالنسبة للمستهلكين، واكتفوا بأن يكون إبرام العقد قد تم نتيجة ممارسة البائع أنشطة احترافية في دولة المستهلك – توجيه النشاط – و هو ما ينطبق على معاملات التجارة الإلكترونية، كما أبقى المشروع على الشرط الثاني في إتفاقية بروكسل بحيث إشترط أن يقوم المستهلك بالإجراءات الضرورية للتعاقد في دولته، و من ثم فإنه يخرج من نطاق تطبيق قواعد الإختصاص الحمائية للمستهلك الذي يقوم بالتعاقد وكتابة بياناته الشخصية عند الشراء على الموقع الإلكتروني، وهو في دولة أخرى غير دولة موطنه[2].

و لكن رغم محاولة مشروع إتفاقية لاهاي تفادي الانتقادات الموجهة لاتفاقية بروكسل، إلا أنه تعرض هو الآخر للنقد لإغفاله حالة التواجد العابر للمستهلك في دولة أخرى غير موطنه أو محل إقامته المعتادة، و اتخاذه الإجراءات اللازمة للتعاقد أثناء تواجده في تلك الدولة، ولعدم إمكانية توقع حدوث العرض المقدم على الأنترنت في دولة المستهلك فقط، و هو ما عبر عنه الشرط الأول بمصطلح بصفة خاصة و ذلك لخصوصيات شبكة الأنترنت المفتوحة على العالم بأسره[1].

لهذه الانتقادات أصبح معيار العرض الخاص الذي أرست دعائمه إتفاقية بروكسل و نسج مشروع إتفاقية لاهاي نصوصه على منوالها، لا يتناسب مع ما يجب تقريره من حماية للمستهلك

---

[1] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 209.

[2] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 123.

[1] فاطمة الزهراء جندولي، المرجع السابق، ص 260

الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، و هو ما دفع لظهور معيار حديث في لائحة بروكسل لسنة2001، و هو ما سنتعرض إليه في العنصر الموالي.

ثانيا: معيار توجيه النشاط و التفاعلية

منذ إصدار تشريع بروكسل لسنة 2001 ظهر إتجاه حديث في تحديد الموطن يقوم على توجيه المهني أو المحترف نشاطه التجاري نحو دولة معينة يقيم فيها المستهلك، و في هذا الصدد أكد تشريع بروكسل على حماية أفضل للمستهلك،حيث أكد على إختصاص محكمة دولة موطن المستهلك متى كان المتعاقد معه يمارس أنشطة مهنية في هذه الدولة أو عندما يكون قد وجه نشاطه نحو هذه الدولة و أبرم العقد نتيجة ذلك[1].

و على هذا النحو يتضح لنا أن تشريع بروكسل إعتمد معيار توجيه النشاط نحو دولة المستهلك، بحيث عندما يقوم شخص بإبرام عقد مع شخص يمارس أنشطة تجارية أو مهنية في الدولة العضو في إتفاقية الإتحاد الأوروبي التي يقيم فيها المستهلك، أو عندما يكون المهني أو التاجر قد وجه أنشطته بأي وسيلة إلى تلك الدولة، فإن محاكمها هي المختصة بنظر ما ينشأ عن ذلك العقد من نزاعات متى تحقق التبادل المعلوماتي عبر الأنترنت في دولة المستهلك[2].

و لهذا يمكن القول بأن تشريع بروكسل جاء أكثر استجابة لعالم التجارة الإلكترونية بالمقارنة بما هو معمول به في ظل اتفاقية بروكسل 1968 بشأن الاختصاص القضائي، إذ استوعب هذا التشريع المستهلك الإلكتروني و ضرورة حمايته في نطاق الاختصاص القضائي الدولي.

و على الرغم من اتساع نطاق حماية المستهلك الإلكتروني في تشريع بروكسل في ما يتعلق بالإختصاص القضائي الدولي، إلا أنه لم يسلم كذلك من النقد إذ يأخذ الفقه عليه أمران[1]:

---

[1] خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية العاقد الضعيف في مجال الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص 267.

[2] Morrin Foerster, E-Commerce in Doing Business In The European Union, Published by International law office, 2001, p 22.

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، المؤتمر الأول حول الجوانب القانونية و الأمنية في التجارة الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، المجلد الأول، السنة:2003، ص 20.

الأمر الأول: يتمثل بأن معيار النشاط الموجه الذي يستند إليه التشريع لمنح الإختصاص لمحكمة دولة المستهلك، يجعل التاجر(المهني) معرضا لإقامة الدعوى ضده من قبل المستهلكين أمام جميع محاكم الإتحاد الأوروبي، لأن جميع المواقع الإلكترونية الأوروبية – تقريبا – توجه أنشطتها إلى دول الإتحاد كافة.

الأمر الثاني: أن قواعد حماية المستهلك التي يقررها التشريع لا يمكن أن تطبق إذا لم يكن للمهني موطن في دولة من دول الإتحاد الأوروبي، الأمر الذي يحد من قدرة التشريع على حماية المستهلكين المقيمين خارج دول الإتحاد.

و نحن لا نتفق مع هذه الانتقادات على اعتبار أن تشريع بروكسل هو الأكثر انسجاما مع عقود الاستهلاك الإلكترونية، و ذلك للأسباب التالية[1]:

أولا: أن التشريع باعتماده فكرة النشاط الموجه يوازن بصورة عملية و ملائمة بين مصالح المستهلكين في عقود التجارة الإلكترونية في التقاضي أمام محاكم دول موطنهم أو محل إقامتهم، و بين مصالح التجار(المهنيين) الذين يمارسون أنشطتهم الاحترافية عبر الشبكة في عدم التقاضي أمام محاكم دول لم يقصدوا التعامل معها، ولم يوجهوا أنشطتهم نحوها.

ثانيا: أن معيار النشاط الموجه معيار واضح في التطبيق العملي لنصوص التشريع، فيكفي لعقد الإختصاص القضائي لدولة موطن المستهلك أو محل إقامته توجيه التاجر نشاطه نحو تلك الدولة دون تحديد صارم لطريقة توجيه ذلك النشاط، فيكفي للقول بأن نشاط المهني موجه نحو دولة المستهلك إنشاء موقع إلكتروني يسمح يتعاقد المستهلك مع التاجر من دولة الأول، أي موقع إيجابي و لا تختص محكمة موطن المستهلك حتى و لو وصل الموقع الإلكتروني للتاجر إليها، إذا كان الموقع سلبيا لا يستطيع المستهلك التعاقد بواسطته مع المهني من دولته هو أي المستهلك أو أن التاجر المهني، قد حدد بوضوح و صراحة قائمة الدول التي يتعامل معها و ليس من بينها دولة موطن المستهلك أو دولة محل إقامته.

---

[1] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 244.

ثالثا: كما أن استغلال شبكة الإنترنت لمباشرة الأنشطة التجارية والإستفادة من الإمكانات الهائلة التي توفرها في هذا المجال، ناهيك عن القوة الإقتصادية التي يتمتع بها المورد أمام المستهلك، كلها حجج تجعل من العدالة القول بتحميل التاجر(المهني)الذي يوجه نشاطه بواسطتها، عبء وتكاليف التقاضي أمام محاكم الدول التي وجه أنشطته نحوها[1].

من خلال التحليل و الحجج السابقة نستنتج بأن تشريع بروكسل لسنة 2001 إستوعب ضرورة حماية المستهلك الإلكتروني فلم ينص على ضرورة قيام هذا الأخير بالإجراءات الضرورية للتعاقد في دولته، بعد أن أثار هذا الشرط العديد من الصعوبات التي تعوق تطبيق قواعد الاختصاص الحمائية على المستهلك الإلكتروني.

وبذلك تختص محكمة الدولة التي يتوطن بها المستهلك الإلكتروني إذا كان التاجر قد وجه نشاطه بطريقة أو بأخرى نحو هذه الدولة، مع العلم أن النص لم يحدد الطريقة التي ينبغي أن يوجه بها التاجر نشاطه، مما يثير التساؤل حول ما إذا كان إنشاء الموقع الإلكتروني يعد توجيها للنشاط نحو الدول التي يتعامل معها فقط، أو نحو جميع دول العالم باعتبار أن هذا الموقع يقع على الشبكة العالمية للإنترنت مما يجعله يصل إلى جميع دول العالم[2].

للإجابة على هذه المسألة ذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى أن ذلك يتوقف على مدى درجة التفاعلية بين الموقع الإلكتروني و جمهور المستخدمين وحجم تبادل المعلومات عبر شبكة الأنترنت، حيث يقتضي معيار التفاعلية هذا لتطبيقه التمييز بين ثلاث أنواع من المواقع الإلكترونية: المواقع الإيجابية، المواقع السلبية، المواقع الوسطية[1].

---

[1] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 133.

[2] محمد الأيوبي، مدى ملائمة الضوابط الشخصية الضوابط الشخصية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 202.

[1] Marc Fallon, Le Commerce Electronique, La Directive 2000/31/CE Et Le Droit International Privé, Revue Critique de Droit International Prive, Currens, Paris, 2002, p 163.

و بذلك ينعقد الإختصاص القضائي لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها المستهلك المدعي، كون عقد الصفقة جاء نتيجة الأعمال الناشطة للموقع الإلكتروني على شبكة الأنترنت، و هذا النشاط يتمثل في تبادل المعلومات بين طرفي العلاقة التعاقدية[1].

و قد دعا بعض الفقهاء في فرنسا بحق إلى الإسترشاد بالتطبيقات التي توصل إليها القضاء الأمريكي بموجبها إلى نظريات يمكن الاستناد إليها في التمييز بين المواقع الإلكترونية الإيجابية و السلبية والتي توجه إلى دول معينة، و ربما يكون من الصحيح ما يذهب إليه بعض الفقهاء من أن التفرقة بين المواقع السلبية والإيجابية ليست محددة بقواعد قانونية واضحة يمكن الركون إليها، و لذا يلجأ القضاء إلى معايير يستدل من خلالها على نوع الموقع لاسيما توجيه الموقع الإلكتروني لأنشطته نحو الدولة التي سيعقد الإختصاص لمحاكمها بنظر النزاع من عدمه، ويستدل على توجيه النشاط نحو إقليم تلك الدولة بقرينة استخدام لغتها في أنشطة الموقع الإلكتروني[2].

الحقيقة أننا لا نميل إلى الإعتداد بمعيار التفاعلية هذه بشكل مطلق في التمييز بين المواقع الإلكترونية و المواقع الإيجابية و المواقع الوسطية، و ذلك للأسباب التالية[3]:

- لا نكاد نجد فاصلا دقيقا يمكن الركون إليه في التمييز بين أنواع المواقع الإلكترونية المذكورة أعلاه.
- المعروف أن إنشاء موقع إلكتروني على شبكة الأنترنت يتطلب مبالغ طائلة، و لا يعقل أن يدفع هذا المبلغ دون البحث عن مردودات مالية عائدة.
- أن الأخذ بهذا المعيار سوف يثقل كاهل المحكمة المختصة بنظر النزاع عبئا آخر، يضاف إلى عبء الفصل في النزاع من الناحية الموضوعية.

على الرغم من اتساع نطاق الحماية المقررة بموجب تشريع بروكسل على نحو ما سبق ذكره إلا أن هذا التنظيم لم يسلم من النقد، و لعل من بين ما وجه إليه قصر نطاق تطبيقه على حالة تواجد

---

[1] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص .221

[2] محمد الأيوبي، مدى ملائمة الضوابط الشخصية الضوابط الشخصية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع نفسه، ص 203.

[3] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع نفسه، ص 222.

المدعى عليه بدولة من دول الإتحاد الأوروبي، و في هذا يرى جانب من الفقه إمكانية تجاوز المشكل من خلال عقد إتفاقية دولية عامة لحماية مستهلكي الأنترنت، على أن لا يقتصر تطبيقها على نطاق إقليمي معين[1].

و نتيجة لذلك أدخلت المفوضية الأوروبية تطويرا على مقترحاتها بشأن الإختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، بحيث يكون للمستهلك رفع دعواه أمام محاكم موطنه حتى و لو كان الموقع الإلكتروني الذي جرى به التعامل عن طريقه لا يستهدف على وجه الخصوص البلد الذي يوجد فيه موطن المستهلك المتضرر[2].

و عليه نخلص إلى أنه على الرغم من اتساع نطاق الحماية المقررة للمستهلك الإلكتروني بموجب تشريع بروكسل على نحو ما سبق ذكره، إلا أن هذا التنظيم يعتريه بعض النقص على أساس أن مسألة إثبات توجيه النشاط في عالم الأنترنت أمر تتكنفه العديد من الصعوبات.

رغم ذلك فإننا نرى و في ظل غياب تنظيم قانوني عالمي يحمي المستهلك الإلكتروني في نطاق الإختصاص القضائي الدولي، فإن هذه القاعدة تمثل أحد الضمانات المتوفرة في نطاق العلاقات الدولية الخاصة.

البند الثاني: موقف الفقه من إعمال قاعدة إختصاص محكمة موطن المستهلك

من أجل تحقيق أهداف موضوعية يذهب الفقه إلى إعتبار أن تطبيق ضابط موطن المستهلك من شأنه المساهمة في تحقيق أكبر قدر ممكن من الحماية للمستهلك، و التقليل من الأضرار التي قد تلحق به من خلال تفادي مقاضاة المهني أمام محاكم هذا الأخير، إلا أن البعض ينتقد هذا المسلك في تلك التشريعات التي تقنن هذه القاعدة، و حجتهم في ذلك أن العرض الذي يوجه من قبل البائع على شبكة الأنترنت لا يوجه إلى شخص معين بالذات أو على وجه التحديد و إنما يعد عرضا عاما للتعاقد مع أي شخص في أي دولة من دول العالم[1].

---

[1] حسام أسامه محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 65.

[2] Éric Barbry, Frédérique Olivier, La Responsabilité Des Professionnels De L'internet Une Histoire Sans Fin, Victoires Editions, Legicom, 2000/1 N° 21-22, p 88.

[1] أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 244.

كما أن المستهلك الإلكتروني هو الذي يسعى و يفتش عبر صفحات الأنترنت و يسعى للتعاقد، و من ثم فإنه يستطيع أن يختار ما يتناسب مع قدراته و يحمي مصلحته، ناهيك على أن التعاقد في هذه الصورة يمثل إخلالا بالتوازن بين أطراف العقد[1].

كما ينتقد البعض ذلك بقوله أن عقد الإختصاص وفقا لهذا الضابط أي ضابط موطن المستهلك، و الذي أكده التوجيه الأوروبي رقم: 2001/44 بشأن الإختصاص القضائي يجعل البائعين عبر الأنترنت معرضين لخطر التقاضي أمام محاكم جميع دول العالم، حيث أن هذه المواقع التي تقوم بالبيع عبر الأنترنت مفتوحة على العالم و يستطيع أن يتعاقد معها أي شخص من أي مكان في العالم[2]، و يرد البعض على هذا بأن كل من ينشئ موقع على الأنترنت لممارسة نشاط بيع السلع و الخدمات يعلم مسبقا أن بإمكان أي شخص على وجه الأرض أن يتلقى إعلانه و يتعاقد على هذا الأساس، و من ثم فعليه أن يتحمل مخاطر عبء التقاضي أمام جميع الدول التي يباشر فيها نشاطه بإعتبار أن نشاطه مفتوح للكافة[3].

إلا أنه على الرغم من منطقية هذا الطرح فإن هذا الإعتراض هو محل نظر لأن المشرع بوضعه هذه القاعدة الحمائية إنما ينظر للمستهلك لكونه طرفا ضعيفا يستحق الحماية في مواجهة المورد، ثم أن هناك أمرا آخر أجدر بالتقدير و هو أن وسائل الإغراء و الإبهار التي يستخدمها المورد أو الموزع تتعدد و تتنوع، و ذلك من أجل جلب المستهلك بل و جعله كأنه لا إرادة له من شدة الإبهار بتلك السلع و الخدمات، فيتعاقد وهو لا يعلم بعواقب فعله إلا في ما بعد[1].

و يؤكد ما سبق أنه في حكم لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في: 8مارس 2012 في أن المهني هو من يحمل زمام المبادرة في تقديم المعلومات اللازمة للعميل عند إبرام العقد، و من الواضح أن وسائل الدعاية والإعلان قد قفزت قفزات كبيرة في التطور والتقدم مما حذا بها أن تكون أداة ضغط

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، الأنترنت و القانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق، المرجع السابق، ص 66.

[2] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 133.

[3] هذا ما أكدته المادة 4 من مشروع القانون النموذجي بشأن الإختصاص القضائي و القانون الواجب التطبيق في عقود المستهلكين بين رابطة الدول الأمريكية لسنة 2008، لمزيد من التفصيل أنظر:

- Zheng Sophia Tang, Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws, Op. Cit, p53.

[1] محمد محمد حسن الحسني، المرجع نفسه، ص 134.

على المستهلك إذ تجعله تحت رحمة هذه الوسائل التي تدفعه الى التعاقد، وعليه فإن عقد الاختصاص لمحكمة موطن المستهلك هو من باب الحماية له[1].

وهو نفس النهج الذي ذهبت إليه محكمة العدل الأوربية في العديد من أحكامها، كحكمها الصادر في عام 2005 حيث قضت بأن الهدف من وضع قواعد حمائية هو بسط الحماية لطرف الضعيف إقتصاديا و فنيا و قانونيا و ذلك بالمقارنة بالطرف الآخر[2].

نخلص من خلال هذه التجاذبات الفقهية إلى ترجيح الإتجاه الذي يقرر إعمال هذا ضابط حتى بالنسبة للمستهلك في نطاق معاملاته التجارية الإلكترونية الدولية، على إعتبار أن هذه القاعدة ستحقق له العديد من المزايا المهمة، على أنه و من وجهة نظرنا نؤيد أن لا يكون إعمال هذه القاعدة اختصاصا قضائيا إلزاميا بحيث لا يجوز الخروج عنه، و إنما يكون إختصاص تخييريا يعمله المستهلك.بإرادته، حيث يمثل الحد الأدنى من الحماية المقررة له بجانب قواعد الإختصاص القضائي الدولي العامة.

و إذا كان هذا هو الوضع بالنسبة لقاعدة ضابط موطن أو محل إقامة المستهلك الإلكتروني، فإننا نتسأل حول الوضع بالنسبة لإعمال قاعدة شرط الخضوع الاختياري في مجال عقود الإستهلاك الإلكترونية.

المطلب الثاني

تقييد قاعدة الاختصاص القائم على الخضوع الإختياري لمصلحة المستهلك الإلكتروني

من الأهداف الراسخة في فقه القانون الدولي الخاص مراعاة مصالح الأفراد، لذا يمكن لأطراف العقد الدولي تجاريا كان أو مدنيا الإتفاق بمحض إرادتهم و إختيارهم على منح الإختصاص إلى

---

[1] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، حسين عمران جرمط العبيدي، المرجع السابق، ص769.

[2] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 134.

محكمة معينة لنظر النزاعات الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ بينهم[1]، و هو ما يعرف بضابط الخضوع الإختياري[2].

و لأن عقود الاستهلاك الدولية تتسم بحاجة خاصة لحماية أحد أطرافها، فإن فقهاء القانون الدولي يؤيدون الإبقاء على هذا الضابط مع تقييد العمل به بتوفر شروط تضمن الحماية الكافية للمستهلك.

و لئن كان هذا الضابط يحقق الأهداف السابقة في مجال المعاملات التجارية المادية، فإن هناك تساؤلات ترتبط به في مقدمتها هل بالإمكان تمديد العمل به حتى في مجال عقود الإستهلاك الإلكترونية؟ و ما مدى قدرته في تحقيق الحماية اللازمة للمستهلك الإلكتروني؟ من أجل ذلك سنتطرق بداية لماهية فكرة الخضوع الاختياري وفقا للأحكام العامة في (الفرع الأول)، ثم تقييم إعمال ضابط الخضوع الإختياري في نطاق منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية في (الفرع الثاني)، ثم نتطرق لتقييم دور هذا ضابط في تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني في (الفرع الثالث)، كل ذلك على التفصيل الآتي:

الفرع الأول: ماهية الفكرة الخضوع الاختياري وفقا للأحكام العامة

وفقا لأحكام الإختصاص القضائي الدولي يمكن للأطراف الإتفاق على إسناد الإختصاص المحلي في نظر نزاعهم لمحكمة من غير المحاكم المذكورة في النصوص القانونية المحددة للإختصاص، نظرا لإعتبارت يرونها جديرة بالمراعاة، وذلك بموجب شروط خاصة بتحديد الإختصاص القضائي يتم إدماجها إما في العقود التي يبرمونها فيما بينهم أو في إتفاق لاحق لنشوب النزاع[1]، و لتفصيل أكثر في ماهية فكرة الخضوع الاختياري سنتطرق للمسائل التالية:

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 12.

[2] لقد أطلقت العديد من التسميات على ضابط الخضوع الإختياري الإرادي منها: الإختصاص القضائي الدولي الطارئ، و ضابط الخضوع الإختياري، ضابط الخضوع الإرادي كما يطلق عليه اسم الشرط المانح للإختصاص القضائي، أنظر: مراد صائب محمود، هلو محمد الصالح، فاعلية مبدأ الخضوع الإرادي في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية، مجلة القادسية للقانون و العلوم السياسية، جامعة القادسية، العراق، العدد 01، المجلد 10، جوان 2019، ص 525.

[1] أحمد علي فهمي إبراهيم، المرجع السابق، ص 546.

البند الأول: مفهوم فكرة أو ضابط الخضوع الإختياري

تقوم فكرة الخضوع الإختياري على التصرف القانوني الذي بموجبه يقوم الأطراف بمنح الإختصاص القضائي لمحكمة هي أصلا غير مختصة بالنظر في نزاعهم طبقا لقواعد الإختصاص في قانونها، و في نفس الوقت يستبعدون إختصاص المحكمة التي هي أصلا مختصة بالنظر في نزاعهم[1].

حيث يقصد بالخضوع الإختياري: "الإختصاص القائم على الإرادة من جانب أطراف الخصومة لقضاء دولة بعينها، أسوة بدورهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة الدولية"[2]، أو هو "الحق في لجوء الأطراف المتنازعة إلى محكمة غير المحكمة التي تسند قواعد القانون الإجرائي العام للولاية القضائية أو الإختصاص"[3]، كما يقصد به: " قبول المدعي و المدعى عليه في دعوة ما، و عن إختيار و إرادة إختصاص قاضي الموضوع ضمنا أو صراحة رغم عدم اختصاصه فيها بالأصل"[4].

و لعل ما يبرر إختصاص محاكم الدولة وفقا لهذا الضابط هو توسيع حماية المصالح الخاصة للأفراد، فالمنتجون و الموردون لا يرغبون في مقاضاتهم أمام المحاكم الأجنبية، و في المقابل المشترون يفضلون اللجوء إلى المحاكم الأقرب لهم من أجل المطالبة بحقوقهم في مواجهة الموردين، فإذا لم يكن هناك إتفاق بشأن الإختصاص القضائي خصوصا في المعاملات التي تتم عبر الأنترنت، فإن المورد سوف يتعرض لنطاق الإختصاص القضائي في كل بلد يصل إليه نشاطه من خلال شبكة الأنترنت[1].

فضابط الخضوع الإختياري يمثل فكرة التعاون القضائي الدولي من ناحية وإحترام إرادة الأطراف بما يحقق مصلحة مشروعة من ناحية أخرى، بالإضافة إلى أن قبول الخضوع الإختياري معناه التيسير على المدعي لكي يستطيع الحصول على الحماية القضائية لشخصه، و رد العدوان عن حقه أو مركزه

[1] عبد النور أحمد، الإختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الإختياري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية:2016/2015، ص 12.

[2] خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاظم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 153.

[3] أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، التخلي عن الإختصاص القضائي الدولي الثابت للمحاكم الوطنية كوسيلة لفض تنازع الإجراءات القضائية، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، المجلد07، العدد 08، أفريل 2020، ص 315.

[4] عبد الرسول عبد الرضا، تأثير المركز العالمي للأشخاص في قواعد القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، جامعة بابل، العراق، المجلد 6، العدد 1، السنة 2014، ص 216.

[1] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 87.

القانوني و بذلك يمكن للخصوم الخروج عن القواعد العامة، و ذلك باتفاقهم على منح الإختصاص لمحكمة أخرى غير تلك التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه المعتاد أو المختار[1].

كما يعكس هذا الضابط السعي نحو إختيار قضاء محايد لحسم المنازعات من خلال صفات النزاهة و الكفاءة للقضاء الذي إتفق على عقد الإختصاص إليه، بالإضافة إلى الثقة والطمأنينة في عدالته و هذا ما يعكس تطور القضاء في الدولة، و معه تطور النظام القانوني في البلد كما أنه يبرر توسيعا لسلطان الدولة و سيادتها القضائية[2].

و على الرغم من أهمية هذا الضابط إلا أن الفقه إختلف في شأنه حول الإعتماد على ضابط الخضوع الإختياري لولاية القضاء من عدمه، فمنهم من قال بأنه لا يجوز الإعتداد بإرادة الأطراف في شأن تعيين المحكمة المختصة بنظر المنازعات الدولية، و يرجع ذلك إلى أن السلطة القضائية هي إحدى سلطات الدولة و مظهر من مظاهر سيادتها، كما لا يجب أن يعتمد الإختصاص القضائي الدولي على إرادة الأطراف لأن قواعد الإختصاص تعتبر من النظام العام[3].

في حين إعترف البعض الآخر به و برر ذلك بالاستناد على إعتبار منطقي، و هو التسليم بحق أطراف الخصومة في تحديد المحكمة المختصة أسوة بوجود ذات الحق في مجال تنازع القوانين، أي إذ كما يسمح للإرادة في هذا المجال بإختيار القانون الواجب التطبيق مع وضع جملة من القيود لمنع الغش نحو القانون، فإنه يجب التسليم بأن القضاء وإن كان مظهرا من مظاهر سيادة الدولة إلا أنه وجد لخدمة المتقاضين، و من ثم لا مانع من إحترام إرادة الخصوم في تحديد المحكمة المختصة خاصة أن التعويل عليه كضابط لبيان الجهة المختصة يسمح بسد النقص الوارد في قواعد الإختصاص القضائي الدولي التي لا ترتكز على نظرية عامة في هذا المجال[1].

---

[1] حسنين ضياء الموسوي، الإرادة و دورها في تحديد الإختصاص القضائي الدولي العراقي، دراسة في القانون العراقي و المصري، مجلة أبحاث ميسان، جامعة ميسان، العراق، المجلد 08، العدد 06، السنة 2012، ص 395.

[2] خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاظم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 162.

[3] صفاء فتوح جمعة، قواعد الإختصاص القضائي الدولي للمنازعات الدولية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، المرجع السابق، ص 115 و ما بعدها.

[1] فاطمة الزهرة جندولي، المرجع السابق، ص 244.

على أن الرأي الراجح يعترف بتخويل الإرادة دورا في مجال تحديد الإختصاص القضائي الدولي بحيث يكون للخصوم أن يتفقوا على قبول ولاية قضاء الدولة حتى ولو لم تكن أصلا مختصة بالنزاع، وفقا لأي ضابط من ضوابط الإختصاص التي يحددها المشرع، كما يدعم هذه الفكرة غالبية الفقه و الإتفاقيات الدولية حيث تعترف بفكرة إعطاء الخصوم دورا في إخراج النزاع من إختصاص القضاء الوطني[1].

و أيا ما كان الخلاف السابق يظل التخلي عن الاختصاص المبني على قيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية هو إحدى أهم آليات التنسيق بين النظم القانونية في القانون الدولي الخاص، فالقبول و التسليم بإتفاق الخضوع الإختياري في نطاق العلاقات الدولية الخاصة تمليه عدة إعتبارات أو مبررات مشروعة[2].

و لعل أهمية إجراء الاتفاق على الخضوع الإختياري قد تم ترجمتها واقعيا في القانون المقارن و الإتفاقيات الدولية، على أساس أنها الأكثر دراية بمسائل التجارة الدولية.

البند الثاني: الأساس القانوني لضابط الخضوع الإختياري

لقد أقرت هذه القاعدة العديد من النصوص القانونية سواء على المستوى الوطني أو الدولي حيث عمدت بعض التشريعات الوطنية إلى تنظيم ضابط الخضوع الإختياري في المجال الدولي بمقتضى نصوص قانونية صريحة، و هو الأسلوب الذي اعتمده المشرع المصري في المادة 32 من قانون المرافعات[1]، و هذا على خلاف تشريعات أخرى التي إلتزمت الصمت و لم تورد أحكاما لتنظيم هذا

---

[1] عبد النور أحمد، الإختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الإختياري، المرجع السابق، ص 44 و ما بعدها.

[2] حسام أسامة محمد شعبان، الإتجاهات الحديثة للتخلي عن الإختصاص القضائي الدولي في ضوء حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ:2014/03/24، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، المجلة الدولية للقانون، دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، قطر، العدد 03، جويلية 2017، ص 6.

[1] تنص المادة 32 من قانون المرافعات المصري على: " تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا".

الضابط في المجال الدولي، و من تلك التشريعات المشرع الفرنسي و المشرع الجزائري هذا الأخير الذي اكتفى بتنظيمه في المجال الداخلي فقط[1].

و بخصوص موقف المشرع الفرنسي من ضابط الخضوع الاختياري فإن القانون المدني الفرنسي لم يتضمن نصا يفيد بانعقاد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية وفقا لضابط الخضوع الإختياري، و لما كان القضاء الفرنسي يلجأ إلى تعدية أحكام الإختصاص المكاني الداخلي إلى إطار العلاقات الدولية لعدم تنظيم المشرع الفرنسي لأحكام الإختصاص القضائي الدولي سوى ما ورد في أحكام المادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي، فإن ذلك يعني بطلان إتفاقات الخضوع الإختياري لولاية القضاء إستنادا لأحكام المادة 48 من قانون المرافعات المدنية و التجارية الفرنسي لسنة 1975 التي تقضي صراحة بإعتبار أن أي شرط يخالف بطريق مباشر أو غير مباشر قواعد الإختصاص المكاني يعتبر عديم الأثر، ما لم يكن قد إتفق عليه بين أشخاص يتمتع كل منهما بصفة التاجر[2].

و لكن مع ذلك يجمع الفقه الفرنسي على ضرورة عدم سريان الحظر المنصوص عليه في نص المادة 48 إلى إطار العلاقات ذات الطابع الدولي، و هذا ما تبناه قضاة محكمة النقض الفرنسية[1].

أما عن موقف المشرع الوطني فنجده يعبر على هذا الضابط في المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي جاء في نصها: " يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا"، مع التسليم بأن قواعد الإختصاص القضائي الدولي بالنسبة للمشرع الجزائري

[1] يرتبط معيار إختيار الإختصاص القضائي الدولي بطبيعة الإختصاص الإقليمي التي أوردها المشرع في القسم الثالث الباب الثاني من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و أدرجه بعنوان: " في طبيعة الإختصاص الإقليمي"، و ينطوي تحت هذا العنوان ثلاث مواد تحمل في طياتها موقف المشرع الجزائري، الذي جاء متناقضا من طبيعة الإختصاص القضائي الدولي و المحلي، لمزيد من التفصيل أنظر: عبد النور أحمد، الإختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الإختياري، المرجع السابق، ص 225 و ما بعدها.

[2] هذا الحل أي نقل قواعد الإختصاص المحلي الداخلي للمجال الدولي تبناه المشرع الفرنسي بحيث يعقد الإختصاص للقضاء الفرنسي مهما كانت جنسية أطراف الدعوى، و ذلك بتطبيق قواعد الإختصاص المحلي الداخلي على المجال الدولي، و قد عبر عن هذا الإتجاه بقوله: " يخضع الإختصاص القضائي الدولي في القانون الفرنسي لقواعد الإختصاص المحلي الداخلي و ذلك مهما كان القانون المطبق و جنسية أطراف الدعوى"، حيث يتبين أن منهجية المشرع الفرنسي و المشرع الجزائري في مجال الإختصاص القضائي الدولي واحدة، فالمشرعين اقتصرا عند تنظيمهما لموضوع الإختصاص القضائي الدولي على ضابط الجنسية، لمزيد من التفصيل أنظر: هشام صادق، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 93.

[1] عبد الرسول الأسدي، علي عبد الستار أبو كطيفه، المرجع السابق، ص 1594.

هي امتداد لقواعد الإختصاص المحلي الداخلي، و لئن كان القضاء الفرنسي حسم إشكالية ضابط الخضوع الاختياري في المجال الدولي، فإنه يتوجب الذكر أن حسمها في التشريع الجزائري تعترضه صعوبات نتيجة للنصوص التي أستحدثها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، إذ بينما قرر في المادة 45 بطلان الإتفاق على منح الإختصاص لجهة غير مختصة إلا إذا كان بين تجار عاد ليمنح في المادة 46 للأطراف صلاحية الحضور أمام جهة قضائية غير مختصة[1]، رغم أن إيراد مثل تلك الشروط في العقد قد يكون في مصلحة المستهلك، و في المقابل أجاز للخصوم سواء كانوا تجارا أو غير تجار بعدم قيام النزاع منح الإختصاص لجهة قضائية غير مختصة[2].

و في هذا يذهب أستاذنا "أعراب بلقاسم" أنه لما كانت قواعد الإختصاص القضائي الدولي في الجزائر –كما رأينا – هي امتداد لقواعد الإختصاص المحلي الداخلي، فهي من ثم ليست من النظام العام و يمكن بالتالي الإتفاق على مخالفتها، فيصح الإتفاق على سلب الإختصاص عن القضاء الجزائري رغم اختصاصه، أو على جلب الإختصاص له على الرغم من عدم اختصاصه[3].

أما على المستوى الدولي فقد أقرت إتفاقية لاهاي بخصوص شرط المحكمة المختصة في المسائل التجارية لعام 2005، هذا الضابط و ذلك في نص المادة 3 منها[4]، أما حديثا فقد تعرض مشروع إتفاقية لاهاي لهذا الضابط بموجب المادة 17 فمنح للأطراف الحرية الكاملة في الإتفاق على إختصاص قضاء معين للنظر فيما يثور بينهم من نزاعات، أما حديثا فمنح التنظيم الأوروبي رقم: 1215 لسنة 2012 المتعلق بالإختصاص القضائي والإعتراف و تنفيذ الأحكام في المسائل المدنية و التجارية بموجب المادة 1/25 الإختصاص لمحاكم الدولة المتفق عليها بين الأطراف[1].

---

[1] تنص المادة 45 من ق إ م إ: "يعتبر لاغيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين التجار".

[2] فاطمة الزهرة جندولي، المرجع السابق، ص 245.

[3] بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، الجنسية، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 28.

[4] Faye Fangfei Wang, Internet Jurisdiction and Choice of Law, Legal Practices in the EU, US And China Illustrated Edition, Cambridge University Press, Illustrated Edition August 12, 2010, p 28.

[1] صفاء أبو الفتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، المرجع السابق، ص 54.

و إستكمالا لبحث ماهية هذا الضابط، سوف نتطرق لصور إتفاق الخضوع الإختياري للخصوم في المنازعات المتعلقة بالمعاملات التجارية الدولية.

البند الثالث: صور ضابط الخضوع الاختياري و آثاره

إن إتفاق أطراف النزاع على قبول الخضوع لسلطة القضاء المختار سواء أكان سابقا على قيام النزاع أم لاحقا يأخذ صورتين رئيسيتين: حيث يمكن أن يكون صريحا أو كما يمكن أن يكون ضمنيا، و يكون إتفاق الخضوع الإختياري صريحا عندما ينص عليه صراحة في العقد المبرم بين طرفي العلاقة القانونية، وذلك بإدراج شرط يسمى الشرط المانح للإختصاص في العقد أو في أي وثيقة أخرى تمنح الإختصاص لمحكمة معينة[1].

في حين يكون الخضوع الإختياري ضمنيا كما لو رفع المدعي دعواه أمام محاكم إحدى الدول ثم حضر المدعى عليه و أبدى دفاعه في موضوع الدعوى، دون أن يدفع بعدم إختصاص محاكم الدولة المرفوع أمامها النزاع[2].

إلا أنه في حالة الاختصاص القضائي في العقود التجارية الإلكترونية فيرى جانب من الفقهاء ضرورة أن يكون الاتفاق صريحا وليس ضمنيا، وهو ذات ما ذهب إليه القانون الكندي الصادر عام 2001 في مادته 46[3].

و تجدر الإشارة إلى أنه يترتب على إعمال الخضوع الإختياري أثران: الأول جالب للإختصاص و الثاني سالب له، و في جانب العقود الإلكترونية فإن هذا الخضوع الإرادي الذي تم بالاتفاق الصريح أو الضمني للأطراف يسهل من عملية حماية الحقوق الأطراف في هذه العقود، ولذلك فإننا نؤيد هذا الضابط في تحديد إختصاص محكمة النزاع[1].

---

[1] لقد إختلف الفقهاء في تحديد تكييف الخضوع الإختياري فمنهم من إعتبره عملا إجرائيا، و آخرون إعتبروه عقدا و فريق ثالث كيفه على أنه ذو طبيعة خاصة، لمزيد من التفصيل حول هذا الجدل الفقهي أنظر: أحمد علي فهمي إبراهيم، المرجع السابق، ص 549.

[2] عبد الرسول الأسدي، علي عبد الستار أبو كطيفه، المرجع السابق، ص 1595.

[3] رشا علي الدين، النظام القانوني لسندات الشحن الإلكترونية، دراسة على ضوء قواعد تنازع القوانين، مجلة البحوث القانونية و الإقتصادية، جامعة المنصورة، جمهورية مصر العربية، العدد 57، أفريل 2015، ص 82.

[1] نبيل زيد المقابلة، المرجع السابق، ص 201.

البند الرابع: شروط إعمال ضابط الخضوع الإختياري

يذهب فقهاء القانون الدولي الخاص على أنه و لكي نكون بصدد إتفاق فعال يقضي بإختصاص محكمة معينة سواء في شقه السالب أو المانح للإختصاص وجوب توافر مجموعة من الشروط، و يمتد ذلك لينطبق بالطبع على علاقات التجارة الإلكترونية عموما، حيث تنقسم هذه الشروط إلى شروط موضوعية و أخرى شكلية، كما يلي:

أولا: الشروط الموضوعية[1]

1. ضرورة وجود رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة التي اتفق على جعل الاختصاص لها أو توافر مصلحة مشروعة للأطراف في هذا الصدد، ومثل هذه الرابطة تتحقق بأسهل الوسائل أو الروابط.

2. يجب ألا ينطوي هذا الإتفاق على الإختصاص غشا، سواء أكان الاتفاق على الاختصاص سابقا أم لاحقا على قيام النزاع.

ثانيا: الشروط الشكلية للإتفاق المانح للإختصاص

لقد سبق الإشارة إلى أن المشرع الوطني على غرار نظيره الفرنسي لم يحدد شروطا لصحة البند المانح للإختصاص، على الرغم من أن إجراء خطير كهذا يقتضي وضع شروطا مشددة، و لعل الكتابة أقل ما يمكن أن تطلبه.

في هذا الإطار تتجه التشريعات و الإتفاقيات الحديثة إلى الإعتراف بشروط الإختصاص القضائي عندما ترد كتابة، حيث تعتبر من الطرق المباشرة في الإثبات لكون دلالتها مباشرة على الواقعة أو التصرف المراد إثباته، حيث تؤكد على أنه لابد من البحث عن وسيلة إلكترونية مساوية في قيمتها الوظيفية للكتابة على الدعامة الورقية قاصدا إحداث توازن بين الرسائل المعلوماتية و الدعائم

---

[1] كوثر مجذوب، إيمان شعابنة، مداخلة بعنوان: شرط منح الإختصاص القضائي في العقد الإلكتروني الدولي، الملتقى الدولي الإفتراضي، بعنوان: العقود الإلكترونية بين القيود القانونية و مقتضيات العولمة، المنظم من طرف كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المسيلة، يوم 18 ماي 2021، ص 52.

الورقية[1]، و هو ما جعلها تلقى إهتماما من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي أصدرته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسترال عام 1996 بمفهوم الكتابة على دعامة ورقية[2].

أما بخصوص موقف إتفاقية لاهاي لعام 2005 المختصة بإختيار المحاكم فإنه و وفقا لأحكام المادة 3 منها فقد اشترطت صراحة أن يكون الإتفاق بخصوص الخضوع الإرادي لمحاكم دولة معينة مكتوبا، أي يجب أن ينص عليه صراحة في العقد من خلال الكتابة أو من خلال أية وسيلة تخاطب أخرى يمكن من خلالها إثبات الإتفاق بين الطرفين[3].

أما بالنسبة لموقف القوانين الوطنية في مدى إعتبار الكتابة الإلكترونية كوسيلة من وسائل إثبات الإتفاق المحدد للمحكمة المختصة دوليا بالنزاع، فقد بادرت العديد من الدول على المستوى الداخلي إلى إصدار قوانين خاصة بالمعاملات الإلكترونية حيث جعلت الكتابة الإلكترونية موحدة في إثبات صحة التصرف، و منها المشرع الوطني الذي لجأ إلى عملية تطويع قواعد القانون المدني المتعلقة بالإثبات لتستوعب الرسائل و الدعامات غير الورقية، أين تعرض إلى الكتابة الإلكترونية في المادة 323 مكرر و المادة 323 مكرر1 من القانون 05- 10 المعدل للقانون المدني الجزائري،[1] و أخذ بالمفهوم الموسع للكتابة حيث تشمل الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية شريطة استيفاءها للشروط التي تتمثل في التدليل على محرر الكتابة الذي تنسب له، و ضرورة حفضها وفق مقاييس تقنية من شأنها أن تضمن سلامتها[2].

---

[1] Eric Caprioli, Renaud Sorieul, Le Commerce International Electronique, Litec-Lexis, 2007, p 232.

[2] تنص المادة 6 من إتفاقية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسترال عام 1996 على أنه: "إذا ما تطلب القانون أن تكون المعلومة في شكل كتابي، فإن رسالة البيانات تعتبر كافية لهذا المتطلب إذا ما كانت متاحة بالشكل الذي يمكن من الإطلاع عليها لاحقا".

[3] تنص المادة 3 الفقرة ت من إتفاقية لاهاي المختصة بإختيار المحاكم لعام 2005: "يجب أن يكون الإتفاق الحصري المتعلق بإختيار المحكمة مبرما أو موثقا:

- بالكتابة أو،
- بكل وسيلة إتصال أخرى تمكن من الوصول إلى المعلومة حتى يصبح الرجوع إليها لاحقا أمرا ممكنا".

[1] تنص المادة 323 مكرر1 من القانون المدني الجزائري: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

[2] يوسف زروق، مكانة الكتابة الإلكترونية في الإثبات، دراسة مقارنة، مجلة المعيار في الآداب و العلوم الإنسانية و الإجتماعية و الثقافية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، العدد 13، جوان 2016، ص 264.

إن الإتفاق المحدد للمحكمة المختصة دوليا ممكن أن يتخذ أي شكل طالما أنه لا يوجد نص خاص يحدد الشروط الشكلية الواجب توافرها فيه، على أن الفقه الدولي يجيز أن يكون للأطراف صياغة شرط الخضوع الإختياري وفقا لأعراف التجارة الدولية أو عادات أطراف العقد الدولي طالما أنهم قد اعتادوا على تسيير معاملاتهم الدولية وفقا لسلوكيات و أعراف معينة[1].

من خلال تعرضنا إلى ماهية فكرة الخضوع الإختياري في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، نخلص إلى القول بأن ضابط الخضوع الإختياري ضابط مرن يستجيب للمتغيرات التقنية وتأثيرها في العالم المادي، و من ثم سيستجيب لتأثير المركز العالمي للأشخاص كالمستهلك الإلكتروني.

الفرع الثاني: إعمال الخضوع الإختياري في نطاق منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية

وفق ما تقدم جرى التعامل في معظم الأنظمة القانونية المعاصرة على أنه يجوز في العقود التجارية الدولية الاتفاق على ولاية محكمة دولة معينة لحل نزاع قائم أو محتمل الوقوع، و لو كان هذا النزاع يخرج أساسا عن اختصاص المحكمة المتفق على ولايتها[2]، ولكن إذا كان هذا الأثر جائز في مجال المعاملات التجارية الدولية، فإن اللجوء إلى هذا الضابط في منازعات عقود التجارة الإلكترونية سيطرح العديد من التساؤلات.

في الحقيقة يمكن للأطراف في مجال عقود التجارة الإلكترونية الإتفاق على تحديد المحكمة المختصة بنظر ما قد ينشأ عن تنفيذ العقد من منازعات، و وفقا للقواعد العامة في مجال الإختصاص القضائي الدولي، حيث يمكن أن لا تكون المحكمة المختارة من قبل الأطراف هي إحدى المحاكم المختصة وفقا لقواعد الإختصاص القضائي المنصوص عليها في القانون الوطني للدولة صاحبة الشأن[1].

و أسوة بالمعاملات التجارية المادية فلقد عارض إتجاه فقهي ذلك فرفض اللجوء إلى عادات العالم المادي للإتفاق على منح الإختصاص لمحكمة معينة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود التجارية

---

[1] هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 199.

[2] معتز سيد محمد أحمد عفيفي، قواعد الإختصاص القضائي بالمسؤولية الإلكترونية عبر الشبكة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 103.

[1] أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 245.

الإلكترونية، و إستند في ذلك لذات الأسباب التي رفض على أساسها إعتبار عادات التجارة الدولية مصدرا من مصادر القواعد المادية الإلكترونية، في حين وسع إتجاه آخر من نطاق الإعمال و أجاز إستخدام إتفاق الأطراف على ولاية محكمة معينة في منازعاتهم الإلكترونية، سواء كان إتفاق الأطراف صريحا أو ضمنيا[1].

و لئن كان إتفاق الأطراف على الإستعانة بالعادات السائدة في المجال الدولي لمنح الإختصاص لمحكمة معينة للنظر في نزاعاتهم الناجمة عن العقد الإلكتروني محل خلاف، فإن لجوؤهم إلى العادات و الأعراف السائدة في المجال الإلكتروني لقيا ترحيبا من الفقه الذي أجمع على تطبيقه سواء كان إتفاقهم صريحا أو ضمنيا[2]، فنتيجة لإنتشار التعاقد بالوسائل الإلكترونية وشيوع التعاقد بموجب عقود نموذجية معدة سلفا، أصبح الإتجاه الحديث يسير نحو الإعتراف بشروط الإختصاص القضائي التي ترد في العقود الإلكترونية، خاصة إذا ورد في صورة كتابة إلكترونية كما فعل تشريع بروكسل لعام 2001[3].

و هذه بلا شك تمثل خطوة يحمد عليها منظموا هذه الإتفاقيات الدولية بالنظر للتطورات الكبيرة التي شهدتها التجارة الإلكترونية، على أن إتفاق الأطراف إلكترونيا على منح محكمة معينة صلاحية الفصل في نزاعاتهم القائمة أو المستقبلية ينبغي أن يعبر عنه برضاء صريح و واضح من خلال الضغط على أيقونة (I Agree) أو وفقا لرخصة (Click warp)، كما ينبغي أن يبرز الشرط بوضوح ضمن الشروط العامة للبيع بشكل الذي يجعله واضح و غير غامض لأطراف العقد[1].

على أن البعض يعتقد بأن إعمال هذا الضابط في مجال عقود التجارة الإلكترونية يواجه عدة صعوبات منها ما يتعلق بالإختيار الصريح أهمها هو صعوبة التحقق من وجود هذه الإرادة أصلا خاصة في الحالات التي يتم فيها التعاقد من خلال الوكلاء الإلكترونيين، حيث يتم التعاقد من خلال

[1] أنظر الصفحة رقم: 167 و ما بعدها من الأطروحة حول مبررات الإتجاه الرافض لتمتع القواعد المادية بصفة النظام القانوني.

[2] صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، المرجع السابق، ص 63.

[3] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 233.

[1] فاطمة الزهرة جندولي، المرجع السابق، ص 249.

أجهزة و وسائط إلكترونية لا تملك إرادة أصلا، و بصفة خاصة عندما يقوم الحاسوب المبرمج ببث رسائل مشوبة بالخطأ بشكل يستحيل توقعه من الشخص الذي يعمل الحاسوب لحسابه[1].

و حتى في حالة التعاقد بين الأطراف ذاتهم دون إستخدام الوكلاء الإلكترونيين فإن التعاقد بين غائبين حيث لا يرى كل منهما الآخر و هو ما يثير إشكالية هوية الطرف الموافق[2].

و تضاف مشكلة أخرى لمعيار الخضوع الإختياري في نطاق المعاملات الإلكترونية، وهي صعوبة التحقق من جدية هذا التعاقد و إثباته، حيث يغيب في ظل هذا العالم الإفتراضي الأدلة المادية و التوقيعات الخطية فيتحدد موضوع المعاملة و كيفية تنفيذها دون دعامة مادية مكتوبة، و بالتالي يصعب التحقق من وجود هذا الشرط خاصة عندما يحدث عطل داخل الأجهزة الإلكترونية يؤدي إلى ضياع البيانات المخزنة داخلها أو إنتهاء فترة الصلاحية المقررة لتخزينها، أو صعوبة استرجاعها إذا تم تحميل الأجهزة بشكل غير سليم أو غيرها من الوسائل التي قد يصعب مع وجودها التحقق من وجود هذا الشرط[3].

و على الرغم من وجاهة هذه التحفظات فنحن نرى أن ضابط الخضوع الإختياري هو الأفضل في منازعات التجارة الإلكترونية، و ذلك للمبررات التالية[4]:

- لم تتطلب القوانين محل الدراسة و لا الإتفاقات المشار إليها آنفا شرط الرابطة الجدية لصلاحية الإتفاق المحدد للمحكمة المختصة دوليا، بإعتبار أن هذا الشرط من شأنه تقييد إرادة الأطراف دون نص و مخالفة إرادة المشرع.

- لما كانت علاقات التجارة الإلكترونية و خاصة تلك التي تبرم و تنفذ على الشبكة تتسم بعدم أو صعوبة تركيزها ماديا بحكم إنعدام الروابط الجغرافية للبيئة الإلكترونية لهذه العلاقات، فإن ذلك يعني صعوبة البحث عن الرابطة الجدية بين منازعات التجارة الإلكترونية و المحكمة المختارة للفصل في هذه المنازعات.

---

[1] معتز سيد محمد أحمد عفيفي، المرجع السابق، ص 104.
[2] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 352.
[3] معتز سيد محمد أحمد عفيفي، المرجع نفسه، ص 105.
[4] عبد الرسول الأسدي، علي عبد الستار أبو كطيفه، المرجع السابق، ص 1596.

- إن تحديد الأطراف للمحكمة المختصة دوليا بمنازعاتهم الإلكترونية وفقا لإرادتهم، يمثل في جوهره مصلحتهم المشتركة و لذلك لا تثير فكرة المصلحة المشروعة في منازعات التجارة الإلكترونية الصعوبات التي تثيرها فكرة الرابطة الجدية، و إن كانت هناك صعوبات فإن كل منها يتحملها بالتساوي.

و بعد أن تم التطرق إلى ماهية ضابط الخضوع الإختياري و التأكد من ملائمة إعماله في عقد الإختصاص للمحاكم بنظر المنازعات التجارية الإلكترونية، سيتم تقييم مدى ملائمة هذا الضابط في عقود الإستهلاك الإلكترونية، و مدى توفيره الحماية المنشودة للمستهلك الإلكتروني في مجال التجارة الدولية.

الفرع الثالث: تقييم دور ضابط الخضوع الاختياري في حماية المستهلك الإلكتروني

في إطار التسليم بصلاحية إعمال ضابط الخضوع الإختياري كآلية لتحديد الإختصاص القضائي الدولي لمنازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية، فإنه يمكننا أن نتساءل عن أثر إعمال هذا الضابط في تحديد المحكمة المختصة في المنازعات المتعلقة بالعقود الإلكترونية الدولية التي يبرمها المستهلك؟ خاصة وأن إتفاق أطراف هذه العقود (المورد والمستهلك) على تحديد المحكمة المختصة قد يكون ضار بالمستهلك ولا يستقيم مع الحماية المنشودة له كطرف ضعيف[1].

و بالنظر لتعدد الإتفاقيات الدولية التي تحتوي نصوصا تتعلق بتحديد الإختصاص القضائي الدولي فإن البحث عن مدى توفر الحماية المنشودة للمستهلك الإلكتروني من عدمها، يكون من خلال الإجابة عن أي الإتفاقيات التي كانت أكثر تضمينا لنصوص قانونية تحقق هذه الحماية؟ ثم الإجابة عن تساؤل مهم و هو: هل التسليم بإعمال ضابط الخضوع الإختياري كأحد معايير قواعد الإختصاص القضائي في منازعات عقود الإستهلاك الدولية يمكن أن يثمر نتائجه المرجوة في حماية المستهلك الإلكتروني أم لا؟ إن الإجابة على التساؤلات السابقة لا يكون إلا من خلال التعرض لهذه المسائل التالية:

[1] رافع أحمد بالعبيدي، الصادق عبد القادر، فاعلية ضابط الخضوع الإختياري كآلية لتحديد الإختصاص القضائي الدولي في منازعات التجارة الإلكترونية، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، المجلد 05، العدد 03، ديسمبر 2021، ص 11.

البند الأول: علاقة الخضوع الإختياري بحماية المستهلك في منازعات التجارة الإلكترونية

يعد هدف حماية المستهلك إشكالية عالمية تستحوذ على إهتمام الدول المختلفة المتقدمة و النامية على حد سواء، و ذلك بهدف حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية المبرمة بواسطة شبكة الأنترنت إتجاه الطرف الأقوى ألا وهو المهني أو التاجر أو الحرفي أو المورد[1]، حيث سبقت الإشارة إلى أن مسألة تحديد المحكمة أو الجهة المختصة بالفصل في النزاعات الناجمة عن العقد أمر مهم في العقود الإلكترونية، و تزداد هذه الأهمية عندما يتعلق الأمر بحماية المستهلك[2].

و للإشارة فإن قوانين الدول المختلفة في وقتنا الحاضر تسعى لحماية المستهلك على الصعيد الدولي في ضوء نظريتين تتجذبان هذه الحماية، و هما[3]:

أولا: النظرية الأمريكية

تذهب هذه النظرية إلى أن سوق التجارة الإلكترونية يخلق آلياته بنفسه فيما يتعلق بحماية المستهلك وفقا لضرورات تطور هذه التجارة على الصعيد العالمي، و بالتالي لا سبيل لخلق قوانين تعوق نمو التجارة الإلكترونية.

ثانيا: النظرية الأوروبية

و هي بالتحديد المدرسة الفرنسية، والتي تذهب إلى فرض آليات و قوانين عالمية لحماية زبائن الأنترنت.

و بعيد عن هذا الجدل المثمر فإن الذي نوصي به هو محاولة توليف أو توحيد فحوى النظريتين معا، بالشكل الذي يساهم في تطوير التجارة الإلكترونية، و يحقق الحماية المنشودة للمستهلك عند إعمال ضابط الخضوع الإختياري في تسوية المنازعات التجارية الإلكترونية.

البند الثاني: موقف الإتفاقيات المتعلقة بضابط الخضوع الإختياري من حماية المستهلك الإلكتروني

[1] محمد حسن قاسم، بعض مظاهر الحماية القانونية للمستهلك المتعاقد إلكترونيا، قراءة في التجربة الفرنسية و التشريعات العربية الحديثة، مجلة العدل، الرياض، المملكة العربية السعودية، المجلد48، العدد 03، السنة 2014، ص 15.

[2] صالح المنزلاوي، الحماية القضائية للمستهلك المتعاقد عبر الإنترنت في ضوء أحكام نظام المرافعات الشرعية السعودي، المرجع السابق، ص 176.

[3] رانية المجني، نريمان عمار، سلوك المستهلك، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2020، ص 21.

إن البحث عن مدى توفير إتفاقات تحديد الإختصاص القضائي الدولية للحماية المطلوبة للمستهلك الإلكتروني، لا يكون إلا من خلال التطرق إلى موقفها من الإعتراف بالخضوع الإختياري في منازعات المعاملات التجارية الإلكترونية الدولية، و التي سنتطرق لها بشيء من التفصيل على النحو التالي:

أولا: موقف إتفاقية بروكسل لعام 1968

إتفاقية بروكسل بشأن الإختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية لعام 1968 نصت على معيار خاص للإختصاص القضائي الدولي بعقود المستهلكين[1]، حيث نلاحظ على نصوص هذه الإتفاقية في ما يتعلق بالخضوع الإختياري، أمران[2]:

1- الأمر الأول: تمنع الإتفاقية المستهلك من الإتفاق – مسبقا- على منح الإختصاص في نظر الدعوى الناشئة عن النزاع إلى غير محكمة موطنه، لأنه لا يجوز التنازل عن حق لم يثبت بعد، و تنازل المستهلك عن حقه في إقامة دعواه أمام محكمة موطنه يقتضي ثبوت هذا الحق له أولا، في حين أنه لا يثبت ما لم يقم النزاع كما أن المستهلك لو أبيح له التنازل عن حق أقام دعواه أمام محكمة موطنه، ربما يلجأ إلى ذلك لا عن رغبة و اقتناع بل تحت ضغط الحاجة لإتمام العقد، بغية الحصول على السلعة أو الخدمة، و في كلتا الحالتين هناك شك في صحة رضا المستهلك، في التنازل عن حقه المتعلق بشرط الإختصاص القضائي.

2- الأمر الثاني: في الأحوال التي يكون فيها الإتفاق منصبا على منح الإختصاص إلى محكمة موطن المستهلك أو كان الإتفاق يعطي للمستهلك حق إختيار المحكمة الأنسب لإقامة دعواه، فإن الإتفاق- في هذه الحالة- جائز ولو أنصب على عقد إستهلاك، وذلك لانسجام مضمون الإتفاق مع جوهر الإتفاقية في حماية المستهلك، و التأكد من السعي لتحقيق مصالحه إتجاه التجار و المهنيين و المحترفين.

ثانيا: موقف إتفاقية لاهاي لعام 1999

[1] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 96.

[2] طرح البحور علي حسن، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم و القضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 193.

بالرجوع إلى أحكام هذه الإتفاقية نجدها أقرت في المادة 4 الفقرة 12/ب على إمكانية إتفاق الأطراف على إختيار المحكمة التي تختص بنظر ما ينشأ عن تعاقداتهم من منازعات، و أن مثل هذا الإتفاق يعد مشروعا من حيث الشكل، لو أنه أبرم بأية وسيلة أخرى غير الكتابة، مادام يمكن الوصول إلى هذه المعلومات و الرجوع إليها عند الحاجة[1].

ثالثا: موقف تشريع بروكسل رقم: 2001/44

من أجل حماية توقعات المستهلك ضمن قواعد القانون الدولي الخاص قامت دول الإتحاد الأوروبي بوضع قواعد إسناد خاصة بعقود الإستهلاك ضمن الإتفاقيات الأوروبية المعنية بقواعد تنازع القوانين و الإختصاص القضائي الدولي المطبقة في المحاكم الوطنية لدول الإتحاد الأوروبي، إذ تعد شروط الإختصاص القضائي – كقاعدة عامة – باطلة، إلا أن الإتفاق على شرط الإختصاص القضائي يقع صحيحا إستثناء عند توفر إحدى الحالتين[2]:

- إذا كان الإتفاق على شرط الإختصاص القضائي لاحقا لنشوء النزاع.
- إذا كان الإتفاق على شرط الإختصاص القضائي، معاصرا للإتفاق الأصلي بخصوص العقد موضوع النزاع و تم تضمينه بندا يمنح الإختصاص القضائي محكمة الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا.

و بذلك يكون تشريع بروكسل ـ بحق ـ قد وضع قواعد خاصة تكفل حماية المستهلك الإلكتروني في المعاملات التجارية الدولية الخاصة أكثر مما تضمنته إتفاقية بروكسل في ما يخص شروط الإختصاص القضائي، وإذا ما خالف الإتفاق الذي وقع بين الأطراف القواعد الموضوعية للمحكمة المختصة بالنظر في النزاع فيعتبر هذا الإتفاق باطلا و غير ذي أثر[1].

أما ما يراه بعض الفقهاء من أن تشريع بروكسل 2001 لم يحقق الحماية الكافية للمستهلك الإلكتروني قياسا بما قرره التوجيه الأوروبي رقم: (93/CE/13) الذي عد الشروط التي لا يتم

---

[1] عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع سابق، ص 335.

[2] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 236.

[1] أحمد عبد النور، حماية المستهلك ضد اتفاق الخضوع الاختياري في القانون الدولي الخاص الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، العدد 01، السنة 2014، ص 123.

بشأنها مفاوضات بين الطرفين المتعاقدين شروطا تعسفية و قرر بطلانها، و منها شروط الإختصاص القضائي التي ترد في عقود الإستهلاك الإلكترونية التي لا يحدث فيها مفاوضات بين البائع و المشتري، كونها ترد بصورة مطبوعة معدة سلفا و ليس بمقدور المستهلك المفاوضة لتعديلها، بمعنى أنه إما أن يقبل بالعقد كله بما في ذلك شرط الإختصاص القضائي أو أن يرفضه كله، إلا أن هذا الرأي غير دقيق خصوصا إذا عرفنا أن التوجيه المذكور قد احتاط لمثل هذه الحالة في إطار معالجة ما يعرف بالبنود الغير عادلة في عقود الإستهلاك[1].

البند الثالث: تقييم دور الإتفاقيات المتعلقة بتحديد الإختصاص القضائي في حماية المستهلك الإلكتروني

بناء على ما تقدم توصلنا إلى إمكانية الإتفاق على عقد الإختصاص القضائي أو الخضوع الإختياري بشأن عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية، بحيث ترفع الدعوى على المدعى عليه أمام المحكمة المتفق على عقد الإختصاص لها و لو لم يتوافر في حقه أي من الضوابط الأخرى كالموطن أو محل الإقامة، و إذا ما قبل الأطراف الخضوع لولاية قضاء هذه الدولة المهم أن لا يكون هذا الإتفاق قد شابه أي سبب من أسباب البطلان الموضوعية كالاحتيال أو الخطأ أو الإكراه أو التحريف[1].

إن الطابع التعسفي في إتفاق الخضوع الإختياري يظهر بصفة واضحة عندما يكون هدفه تعطيل التشريعات المقررة لحماية المستهلك، حيث يكون للبعد الجغرافي للقضاء المعين و التكاليف القضائية الباهظة دور مهم في حرمان الطرف الضعيف إقتصاديا للوصول للعدالة لذلك يتم حماية المستهلك من اتفاقات الخضوع الإختياري[2].

إن شروط الإختصاص القضائي الدولي عادة ما تثير مشكلة المساس بحقوق الطرف الضعيف في العقد كالمستهلك، و الذي يجد نفسه في بعض الأحيان مضطرا في بعض الأحيان لقبول هذه

[1] أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 68.

[1] Faye Fangfei Wang, Op,Cit, p 24.

[2] أحمد عبد النور، حماية المستهلك ضد اتفاق الخضوع الاختياري في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 140.

الشروط[1]، و إذا كانت هذه الشروط تمس بحقوق المستهلك العادي فإنها تمس و بصورة أكبر المستهلك الإلكتروني عندما ترد في عقد إلكتروني على أحد المواقع، و أساس ذلك أن المستهلك الإلكتروني لا يملك مناقشة شروط العقد لحظة إبرامه على شبكة الأنترنت[2].

و عليه يمكن القول بأنه متى ورد بند الإختصاص في مجال عقد الإستهلاك الدولي وجب عدم الإعتداد به، و لعل سبب رفض المشرع الإعتداد بالشرط المانح للإختصاص جاء حماية للطرف الضعيف من تعسف و جور الطرف القوي الذي يعمد إلى إدراج هذه الشروط بما يحقق له مصلحته، بحيث يعمد إلى إستدعاء المستهلك أمام جهة قضائية بعيدة عن محاكم دولته ويكلفه بتحمل مصاريف قضائية باهظة، رغم أن العقد المبرم بينهما من العقود البسيطة القيمة و هو ما أثبته الواقع العملي[3].

حيث غالبا ما يعمد المهني إلى إدراج الشرط المانح للإختصاص ضمن المواقع الإلكترونية، و يتعاقد معه المستهلك تحت طائلة الحاجة أو نتيجة لعدم انتباهه لذلك الشرط لوروده ضمن البنود العامة، لهذه الأسباب يؤكد الفقه أن الشرط المانح للإختصاص الوارد في عقود الإستهلاك بصفة سابقة على قيام النزاع شرط فاسد مثله مثل شرط الإعفاء من المسؤولية، ذلك أنه يكون محددا من قبل الطرف الأكثر قوة ويشكل بذلك عدم توازن في مواجهة الطرف الأضعف[1]، كما أعتبره البعض من الشروط التعسفية بإعتبار أن المستهلك الإلكتروني لا يملك مناقشة مثل هذه الشروط أو على الأقل قد يتغاضى عنها في سبيل إتمام الصفقة دون إدراك منه لعواقب مثل تلك التصرفات، وهو ما أكدته محكمة العدل الأوروبية في حكمها الصادر في 27 يونيو 2000 وهي بصدد نظر دعوى مرفوعة من عدة ناشرين على مستهلكين اشتروا موسوعات بالتقسيط[2].

---

[1] خليل خالد عبد الفتاح، حماية العاقد الضعيف في مجال الإختصاص القضائي الدولي، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة حلوان، جمهورية مصر العربية، العدد:26، مارس 2012، ص 38.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 14.

[3] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 97.

[1] رافع أحمد بالعبيدي، الصادق عبد القادر، المرجع السابق، ص 307.

[2] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 97.

و بناءا على ما سبق يتبين لنا أنه في حالة ثبوت فرض شرط المحكمة المختصة على المستهلك أمام القاضي، و كان متعارضا مع مصالحه التي كان يخدمها إسناد الإختصاص للمحاكم الوطنية المختصة أصلا بنظر النزاع فإن القاضي يتعين عليه إلغاؤه و تعديله بما يتفق مع مصلحة الطرف الضعيف(المستهلك)، و إعتبار كل ما يخالف ذلك باطلا بطلانا مطلقا[1].

و إذا كان هذا هو وضع الشرط المانح للإختصاص و الوارد بصفة سابقة على قيام النزاع فإنه لابد من الإشارة إلى أن الإتفاق اللاحق على قيام النزاع بين الطرفين يكون صحيحا، لانتفاء العلة التي من أجلها أعتبر الشرط تعسفيا (المستهلك طرفا ضعيفا) فبعد قيام النزاع تتساوى إرادة الطرفين (المهني و المستهلك)، ويكون بالإمكان التعويل على مثل هذا الإختيار كضابط إحتياطي يعطي للمستهلك حماية أكثر ما لم يحظر المشرع مثل ذلك[2].

و ينبني على ذلك بان الإتفاق اللاحق للنزاع يمكن العمل به كإستثناء من الأصل العام في تحديد إختصاص المحكمة التي حظر من أجلها ذلك الشرط قبل قيام النزاع المتمثلة في حماية الطرف الضعيف، فقد أصبح المستهلك قادرا على تقدير مصالحه و الإختيار الحر المتأني لما يحقق تلك المصالح وبشرط ألا يكون قانون الدولة التي عقد لمحاكمها الاختصاص تحظر مثل تلك الاتفاقات[1].

مما تقدم يمكن القول بأن ضابط الخضوع الإختياري يحقق الحماية للمستهلك المتعاقد إلكترونيا لكن ليس في جميع الحالات، و لهذا يزمع الفقهاء على تقييد حرية الأطراف بإختيار الإختصاص القضائي في ميدان عقود الإستهلاك الإلكترونية، وهو الاتجاه ذاته الذي احتضنته الإتفاقيات الدولية و اللجان المتخصصة في المنظمات الدولية المعنية إذ لا يجوز الإتفاق على عقد الإختصاص لمحكمة دولة ما في عقود الإستهلاك، وإنما لابد من تطبيق ضابط خاص لحماية الطرف الضعيف في هذا العقد(المستهلك) يهدي بمقاضاة المستهلك أمام محكمة محل إقامته[2].

---

[1] أحمد عبد الموجود محمد فرغلي، المرجع السابق، ص 398.

[2] فاطمة الزهراء جندولي، المرجع السابق ص 264.

[1] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، حسين عمران جرمط العبيدي، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني في ظل قواعد الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص767.

[2] نافع بحر السلطان، المرجع السابق، ص 212.

و الأكيد أنه مع التطور التكنولوجي ظهرت وسائل حديثة قائمة على الخضوع الإرادي لأطراف النزاع، حيث تصدت بالفعل بعض الآليات للفصل في المنازعات التي تنشأ في إطار المجتمع المعلوماتي، والتي يتضح فيها تأثير المركز العالمي للأشخاص من خلال إتساع وتنوع العمل بقواعد الاختصاص القضائي الدولي الطارئ[1].

على أنه و من وجهة نظرنا نعتقد أن تجاوز خطورة إعمال ضابط الخضوع الإختياري في عقود الاستهلاك الإلكترونية، و تحقيق أكبر قدر من الحماية للمستهلك الإلكتروني يكون من خلال اعتماد الإتفاق اللاحق على نشوء النزاع، و الذي يمثل تساوي الارادتين للمستهلك والمنتج معا في إختيار المحكمة المختصة.

حيث نخلص إلى أنه رغم هذه المحاولات في سبيل حماية المستهلك الإلكتروني إلا أن قواعد الإختصاص القضائي عجزت عن تحقيق تلك الغاية، و هو ما دفع البعض تحت رغبة الإستفادة من الإمكانيات التي تتيحها شبكة الانترنت والوسائط الإلكترونية المختلفة، إلى الاتجاه نحو تسوية المنازعات التجارية الإلكترونية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا بواسطة الوسائل الإلكترونية البديلة للتسوية مثل المفاوضات والوساطة والتحكيم من خلال نفس الوسائط، على أساس أنها ستكون أكثر ملائمة في تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني.

---

[1] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، تأثير المركز العالمي للأشخاص في قواعد القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، المجلد 6، العدد 1، السنة 2014، ص 218.

الفصل الثاني

حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إختصاص آليات التسوية الإلكترونية البديلة

سبقت الإشارة إلى أن الأصل في تسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية معقود للسلطة القضائية، إلا أن الواقع أثبت أن طرح هذا النوع من النزاعات على المحاكم الوطنية ذات الإختصاص الإقليمي سوف يفتح المجال لبروز عدة إشكالات لا تتلائم مع مقتضيات التجارة الإلكترونية الدولية[1]، كما لا يحقق الحماية المرجوة للمستهلك الإلكتروني[2].

و نتيجة ذلك إتجه البحث نحو إيجاد آليات بديلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية خارج المحاكم، يجري إتخاذ شكلها وإجراءاتها على ذات القنوات الإلكترونية التي جرى من خلالها التعامل محل النزاع، أين أصبحنا اليوم نتكلم عن العدالة عبر الشبكة أو ما يطلق عليه بـ "ODR" أي الطرق البديلة الإلكترونية لتسوية المنازعات التي يمثل التحكيم الإلكتروني أشهرها[3].

الحقيقة أن اللجوء إلى الوسائل البديلة لفض منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية في مقدمتهم التحكيم الإلكتروني أصبح أمرا ملحا تفرضه متطلبات التطور التكنولوجي الحالي، ولهذا وجدت هذه الوسائل أو الأنظمة سبيلا لإعمالها في حل النزاعات التي تثور بين المستهلك و المورد في ما يخص منازعاتهم العقدية الإلكترونية.

---

[1] علاء عبد الأمير موسى، المفاوضات الإلكترونية كوسيلة لحل النازعات التجارية ذات الطابع الدولي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، جامعة بابل، العراق، العدد 04، السنة 2015، ص 515.

[2] إن توسع علاقات المستهلك على الصعيد الدولي و وجود نزاعات مترتبة عن هذه العلاقات أدى بالأمر إلى إعادة التفكير في طرق حلها، و ذلك من خلال تقليل اللجوء إلى الطريق القضائي الوطني و ما يطرحه من إشكالات متعلقة بمسألة تنازع الاختصاص القضائي و تحديد القانون الواجب التطبيق و مسألة ضرورة إحترام قواعد حماية المستهلك، و البحث عن طرق أخرى تكون ودية تتناسب مع طبيعة النزاع من جهة و تحمي المستهلك من جهة أخرى، أنظر: كوثر مجذوب، المرجع السابق، ص 199.

[3] مصطلح (ODR) و هو إختصار لـ: On Line Dispute Resolution، حيث يطلق على الوسائل البديلة عن القضاء بـ: (ADR) و هي إختصار لـ: Alternatives Dispute Resolution، وهي وسائل بديلة تتمثل في التفاوض و الوساطة و الصلح و التوفيق و التحكيم، و بعد التقدم الهائل في تكنولوجيا المعلومات و الإتصالات تحولت الأخيرة لتصبح وسائل إلكترونية لحل المنازعات On Line Dispute Resolution أي (ODR) لتتناسب مع متطلبات حل منازعات التجارة الإلكترونية، لمزيد من التفصيل أنظر:

- Lee A Bygrave, L.Online Dispute Resolution—What it Means for Consumers. Paper Presented at a Conference Entitled “Domain Name Systems and Internet Governance” Grace Hotel, Sydney, 7 May 2002, p. 2

و عليه فإن تقييم دور هذه الوسائل الإلكترونية البديلة في تحقيق الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني، يكون من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين على النحو التالي:

المبحث الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال الوسائل الإلكترونية البديلة.

المبحث الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال آلية التحكيم الإلكتروني.

المبحث الأول

حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال الوسائل الإلكترونية البديلة

نتيجة الطبيعة الخاصة للعقود التجارية الدولية و ما تتطلبه غالبا من مرونة في مواجهة الظروف التي تعترض تنفيذها، فقد ظهرت الحاجة إدخال تقنية الشبكات الرقمية على وسائل حل النزاعات البديلة لتصبح الوسائل الإلكترونية البديلة لحل النزاعات، والتي عادة تكون كثيرة العدد و متدنية الكلفة الأمر الذي يشجع إعمالها لتسوية منازعات عقود الإستهلاك[1].

و لبحث دور هذه الآليات الإلكترونية البديلة في فض منازعات المستهلك الإلكتروني، قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسين:

المطلب الأول: ماهية وسائل التسوية الإلكترونية البديلة لفض المنازعات التجارية.

المطلب الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إختصاص نظام الوساطة والمفاوضات الإلكترونيين.

المطلب الأول

ماهية وسائل التسوية الإلكترونية البديلة لفض المنازعات التجارية

تعتبر تسوية المنازعات عبر الأنترنت طريقة مبتكرة لحل المظالم أو المنازعات خاصة الآن عندما بدأ كل من المستهلكين و الشركات في إستغلال شبكة الأنترنت لإبرام العقود و تنفيذ الإلتزامات، و نتيجة لذلك يستخدم المصطلح الجماعي لحل النزاعات عبر الأنترنت دوليا إختصارا بــ:(ODR) لنفس المصطلح الجماعي لطرق البديلة لحل المنازعات التجارية بــ:(ADR)[2].

---

[1] لقد أوجدت الوسائل البديلة لفض المنازعات كبديل عن الأنظمة القضائية التي قد تعيقها ببساطة وسهولة في رفع و سير إجراءات النزاع، بالإضافة لتجنبها القواعد الإجرائية التي تفرضها القوانين المحلية في الخصومات القضائية –عند تحديد الاختصاص القضائي و القانون الواجب التطبيق –وفقا لمعايير وأسانيد القانون الدولي الخاص القائم على المرتكزات المادية التي لا تقوم عليها التجارة الإلكترونية والفضاء غير الملموس الذي تتم فيه، لتعد من أهم السمات الداعية لتبني هذه الوسائل في القوانين الوطنية والنص عليها كطرق بديلة لفض المنازعات الناتجة عن المعاملات التجارية الإلكترونية، أنظر: مهند عزمي أبو مغلي و محمد إبراهيم أبو الهيجاء، الوسائل الرقمية البديلة لفض المنازعات المدنية، مجلة دراسات لعلوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد 36، السنة 2009، ص 783.

[2] يتزعم هذا الإتجاه الفقيه "Thomas Schultz" الذي يذهب إلى أن مدام للوسائل الإلكترونية البديلة القدرة على الإنفاذ الذاتي لأحكامها، فإنه يمكن للنظم الوطنية القانونية الإعتماد عليها في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، لمزيد من التفصيل، أنظر:

و بالنظر لما حققته هذه الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية من مزايا على صعيد التقاضي، فقد تم الإعتماد عليها كذلك لفض منازعات عقود الإستهلاك الإلكتروني.

على أنه وإنطلاقا من تأييدنا للاتجاه الذي يرى بأن وسائل التسوية الإلكترونية البديلة تشمل كل من الوسائل الإلكترونية البديلة و وسائل التسوية الإلكترونية الذاتية[1].

و عليه سوف نتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم الوسائل الإلكترونية البديلة في (الفرع الأول)، ثم مفهوم وسائل التسوية الإلكترونية الذاتية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الوسائل الإلكترونية البديلة

لقد أصبحت الوسائل البديلة لتسوية المنازعات أمرا ضروريا من أجل تلبية متطلبات الأعمال التجارية الحديثة التي لم تعد المحاكم لها القدرة على إيجاد الحلول لها بشكل منفرد، حيث ترتب على إنتشار العقود الإلكترونية التي تبرم على شبكة الأنترنت ظهور العديد من وسائل التسوية الإلكترونية للمنازعات التي تنشأ عن هذه العقود[2].

و يرجع ذلك إلى عدة أسباب فمن ناحية الأطراف الذين يرمون عقودهم عبر الوسط الإلكتروني يفضلون أن تتم تسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود من خلال نفس الوسط التي تمت فيه المعاملة، و من ناحية أخرى أن إتمام التسوية الإلكترونية لهذه المنازعات يتم بإجراءات بسيطة و دون تكاليف مالية ما يجعلها تتناسب مع القيمة الضئيلة لهذه العقود الإلكترونية، و التي يغلب عليها الطابع الإستهلاكي في معظم الأحيان[3].

- Clémence Normand, Réguler Le Commerce Electronique par La Résolution Des Litiges en Ligne: une Approche Critique, Compte Rendu, Les Cahiers de Propriété Intellectuelle, Volume 18, N° 2, P 437.

[1] على الرغم من الإختلاف بين آليات التسوية الإلكترونية للمنازعات والوسائل البديلة الإلكترونية لتسوية المنازعات، إلا أنه لا يجب التدقيق كثيرا في هذا الإختلاف على إعتبار أن كلا الصورتين يعتمد على شبكة الأنترنت في إجراءات تسوية النزاع، و لمزيد من التفصيل أنظر:

- Emmy Latifaha, Anis H. Bajrektarevicb , Moch Najib Imanullah, The Shifting of Alternative Dispute Resolution: from Traditional Form to the Online Dispute Resolution, Brawijaya Law Journal, Brawijaya University, East Java- Indonesia , Vol.6 No 1, 2019, P 30.

[2] محمد جلال حسن، ئافان عبد العزيز رضا، المرجع السابق، ص 46.

[3] حسام أسامة شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 70.

و لبحث مفهوم هذه الآليات الإلكترونية البديلة لتسوية المنازعات، سوف نتعرض لتعريفها و مزاياها في عقد الإختصاص لها، كما يلي:

البند الأول: تعريف الوسائل الإلكترونية البديلة

إن تعبير الوسائل البديلة يطلق عند الفقهاء على أية طريقة هدفها حسم المنازعات وإيجاد الحل المناسب لها خارج التقاضي الرسمي التي تمثل السلطة الثالثة في الدولة الحديثة، و بالتالي فإن التسوية الإلكترونية تدخل ضمن هذا المفهوم الذي يعد كل تسوية تتم خارج المحاكم الوطنية، و بالشكل الذي يكفل السرعة في تحقيق العدالة من خلال الوسائل البديلة[1].

حيث تعرف الوسائل البديلة لفض المنازعات بأنها: "الطرق الغير قضائية لحل النزاع، والتي يتم رفع النزاع و الفصل فيه خارج المحكمة"[2]، وعرفت أيضا بأنها: "الطرق أو العمليات المختلفة والتي تستخدم لحل المنازعات خارجا عن نطاق المحاكم والهيئات القضائية الرسمية لتشجيع المتخاصمين على اللجوء إلى الحلول، والآخذ بتطبيقات التسوية الودية لحل النزاع عوضا عن القضاء التقليدي"[3].

أما الوسائل البديلة الإلكترونية لتسوية المنازعات فتعرف على أنها: "الوسائل التي يلجأ لها الأطراف في ما بينهم اتفاقا أو جبرا عوضا عن القضاء العادي عند نشوء النزاع، بغية التوصل لحل أكثر سرعة و أقل كلفة بإستخدام وسائل الإتصال الحديثة"، كما يمكن تعريفها بأنها: "مجموعة آليات بديلة لحل المنازعات عبر شبكة الأنترنت يلجأ إليها الأطراف لتسوية منازعاتهم"[4].

---

[1] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 505.

[2] سليمان أحمد الفضل، المرجع السابق، ص 289.

[3] Charles Jarrosson, Les Modes Alternatifs De Règlement Des Conflits, Presentation Générale, Article, Revue Internationale de Droit Comparé , R I D S, 1997, P 329.

[4] Karolina Mania, Online Dispute Resolution, The future of justice, International Comparative Jurisprudence, Pedagogical University of Cracow, Institute of Political Science, November 2015, p 78.

الحقيقة أن الوسائل البديلة لحل المنازعات قد أصبحت من الوسائل الملائمة للفصل في مجموعة هامة من المنازعات، يتقدمهم في هذا الشأن المنازعات الناشئة عن عقود الإستهلاك الإلكترونية، لدرجة أنه أصبح يطلق على هذه الوسائل الطرق المناسبة لفض المنازعات بالنظر لطابعها العملي[1].

و تجدر الإشارة إلى أن غالبية المنازعات التي يجري العمل على حلها من خلال الوسائل الإلكترونية البديلة لفض المنازعات تكون في علاقات التعاقد ما بين المستهلك و التجار، و ذلك نتيجة حاجة كل منها إلى الوصول لحل سريع يفض من خلاله النزاع الناشب بينهما، و هو ما لمسوه من مزايا لهذه الوسائل الرقمية لفض المنازعات.

البند الثاني: مزايا الوسائل الإلكترونية البديلة

لقد بات من المؤكد أن المعاملات التجارية الدولية و في سبيل حل ما قد يترتب عن تعاقداتها واتفاقاتها من خلاف تستلزم سبلا ذات طابع خاص لفض تلك المنازعات، نظرا لأن تلك المعاملات أو التعاقدات هي نفسها ذات طابع خاص[2]، و في هذا الإطار يذهب أنصار القانون الموضوعي الإلكتروني إلى القول بأن تسوية منازعات التجارة الإلكترونية يجب أن تتم بعيدا عن المحاكم الوطنية بواسطة قضاء متخصص، قضاته من رجال التجارة الإلكترونية ذوي الخبرة بفروعها المختلفة[3].

و لقد إستقر الفقه القانوني منذ وقت بعيد على أن الوسائل البديلة في تسوية المنازعات قوامها مبدأ الرضائية، فإذا كان الأصل هو لجوء المتضرر إلى القضاء عند نشوب النزاع فإن هذا الأمر يختلف عند اختياره لوسيلة بديلة إلكترونية لتسوية النزاع الناتج عن إبرام العقد الإلكتروني، و لما كانت الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإلكترونية أمرا استثنائيا عليه فلا يمكن التمسك به إلا بإتفاق الأطراف صراحة، و هذا الإتفاق يتم عادة كشرط من شروط العقد أو بإتفاق مستقل[4].

---

[1] أحمد أنوار ناجي، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، بحث منشور على شبكة الأنترنت على الموقع الالكتروني التالي: https://www.droitetentreprise.com/ ، تم زيارته يوم:2022/02/10، على الساعة 9:00.

[2] سفيان سوالم، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية: 2014/2013، ص 61.

[3] صالح جاد المنزلاوي، تسوية النزاعات التجارية عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي: http://www.mohamoon-montada.com/، تاريخ الإطلاع:2022/02/12، على الساعة 16:00 مساءا.

[4] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 350.

و من مزايا هذه الوسائل الإلكترونية البديلة أنها تحقق ميزة تخفيف العبء عن القضاء، إذ أن لجوء الأطراف المتنازعة للوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإلكترونية يساهم في تخفيف العبء عن القضاء و يمنع تراكم القضايا أمامه، بالإضافة إلى السهولة و الملائمة التي تتحقق مع إستخدام وسائل تسوية المنازعات الإلكترونية إذ من السهل الدخول إلى أنظمة (ODR) عن طريق شبكة الأنترنت، و يكون طرفا النزاع غير مجبرين على الإنتقال للمثول أمام هيئة تحكيمية مثلا، و إنما كل ما يحتاجونه هو إتصال بالأنترنت و البقاء خلف شاشات الحاسوب و الدخول لمراكز الإلكترونية لتسوية النزاع[1].

كما أن إستخدام الوسائل البديلة الإلكترونية يساعد الأطراف للوصول إلى جهات أكثر خبرة للتعامل مع مسائل التجارة الإلكترونية التقنية والمستحدثة و القانونية المستجدة، وتعطي الثقة بكفاءة الجهة التي تتولى النظر في النزاع، ذلك أن المراكز المتخصصة في حسم منازعات التجارة الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت تكون أكثر دراية بمسائلها، بخلاف القضاء العادي الذي يكون متمسك بالتشريع و بعيدا عن تطورات التكنولوجيا[2].

و من مزايا هذه الوسائل أيضا أن اللجوء إليها يساهم في إنخفاض التكلفة مقارنة برسوم القضاء، و يرجع ذلك إلى أن إعمالها و الرجوع إلى المراكز التي تقدم خدمات التسوية الإلكترونية لا يحتاج إلى تكاليف السفر أو الإنتقال و هو ما يتناسب مع المنازعات الإلكترونية قليلة القيمة، حيث يمكن أن يساهم الإعتماد على هذه الوسائل في تفكيك الحواجز القائمة و تعزيز ثقة فئة المستهلكين، خاصة عندما تتمتع هذه الآليات بالبساطة والموثوقية و السرعة و إنخفاض التكلفة[3].

و بالنظر لجميع هذه المزايا التي تتمتع بها هذه الوسائل الإلكترونية البديلة، فإننا نجد أنفسنا ملزمين إلى الدعوة بقوة لتبني هذه الوسائل خاصة في منازعات المستهلك سواء كانت تتم تقليديا أم إلكترونيا، على أن هناك وسائل إلكترونية ذاتية أخرى قادرة على الإضطلاع بنفس الدور.

---

[1] هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 324.

[2] ختام عبد الحسن شنان، حسن علي كاظم، الجهود الدولية في تسوية المنازعات الإلكترونية، مجلة الكلية الإسلامية، الجامعة الإسلامية، النجف، العراق، المجلد01، العدد 40، السنة 2016، ص 207.

[3] أحمد رجب عبد الخالق قرشم، المرجع السابق، ص 126.

الفرع الثاني: مفهوم الوسائل الإلكترونية الذاتية

بعد التقدم الهائل في تكنولوجيا المعلومات و الإتصالات أصبح للتكنولوجيا دورا رئيسيا لا غنى عنه في توفير خدمات حسم المنازعات مباشرة على الأنترنت، لنكون أمام وسائل إلكترونية ذاتية لتسوية المنازعات أو ما يطلق عنه التسوية الحاسوبية[1].

و لبحث مفهوم هذ الوسائل الإلكترونية الذاتية سوف نتطرق لتعريفها، و مقومتها، و ذلك على النحو التالي:

البند الأول: تعريف وسائل التسوية الإلكترونية الذاتية

تتراوح تقنيات حل النزاعات من الأساليب التي يكون للأطراف فيها سيطرة كاملة على الإجراءات إلى الأساليب التي يتحكم فيها طرف ثالث في كل من العملية و النتيجة، و يمكن إستكمال هذه الأساليب الأساسية لحل النزاعات بتكنولوجيا المعلومات و الإتصالات عندما يتم إجراء العملية بشكل أساسي عبر الأنترنت، بمعنى أن التسوية الإلكترونية الذاتية للمنازعات هي: "عبارة عن إجراءات تسمح لأطراف النزاع الإلتقاء مع محكمهم أو وسيطهم على شبكة الأنترنت دون كلفة الإنتقال إلى مكان دولة أخرى"[2].

وعلى ذلك يمكن تعريفها: "بأنها الوسائل التي تسمح للمتنازعين بالالتقاء عبر شبكة الأنترنت بغرض حسم النزاع إما بإتفاق الأطراف أو بحكم يلزم الطرفين"[3]، كما يقصد بها: "تلك الوسائل غير القضائية لنظر النزاع و الفصل فيه من خلال شبكات الحاسب"[4]، فقوام هذه الوسائل هي التطبيقات المتوفرة على شبكة الكمبيوتر لحل النزاعات عن طريق الوسائل البديلة لتسوية المنازعات[5].

---

[1] ختام عبد الحسن شنان، حسن علي كاظم، المرجع السابق، ص 201.

[2] أحمد رجب عبد الخالق قرشم، المرجع السابق، ص 127.

[3] حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 72.

[4] مهند عزمي أبو مغلي و محمد إبراهيم أبو الهيجاء، الوسائل الرقمية البديلة لفض المنازعات المدنية، المرجع السابق، ص 782.

[5] Lillian Edwards, Caroline Wilson, Redress & Alternative Dispute Resolution in Cross-Border E-commerce Transactions, Briefing Note Was Requested by The European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection, Policy Department Economy and Science, DG Internal Policies European Parliament, Brussels, 2006, p 01.

و يتضح لنا من خلال التعاريف السابقة بأن التسوية الإلكترونية الذاتية للمنازعات تحقق نفس المزايا التي تحققها الوسائل الإلكترونية البديلة للمنازعات، إلا أن الفرق يكمن بأن التسوية الإلكترونية الذاتية للمنازعات أنشأت نمطا جديدا لتسوية النزاع بين أطرافه من خلال الوسط الإلكتروني يتم تطبيقه دون الحاجة للقاء مباشر بين الأطراف في جميع مراحل التسوية، فالجلسات و ما يصاحبها من تقديم لطلبات و دفوع مستندات تتم على الأنترنت، وكذلك الحكم أو القرار النهائي يصدر على الأنترنت و يرسل نسخة منه للأطراف على بريدهم الإلكتروني.

البند الثاني: مقومات وسائل التسوية الإلكترونية الذاتية

يذهب الإتجاه المؤيد لوجود صورتين في تسوية المنازعات التجارية عبر شبكة الأنترنت إلى أن إجراءات تسوية النزاع لكي تحقق أهدافها المرجوة يجب أن تتوافر فيه ثلاث عناصر أساسية، سنتناولها كما يلي:

أ- **العدالة:** تمثل العدالة أحد الاهتمامات الرئيسية التي أثارها الأشخاص الذين يستخدمون وسائل التسوية الإلكترونية، و يقصد بها عدالة عملية حل النزاع، أي حتى يحقق هذا النظام نتائجه المرجوة فإن ذلك يكون من خلال التخلي مع المشاركة مع أحد طرفيالنزاع أو من خلال الانخراط في إختيار أنماط تحقق العدالة، وللعلم فإن دور الإنصاف و العدالة في عمليات التسوية الإلكترونية للمنازعات، يعتبر من بين التحديات التي تواجه أنظمة التسوية عبر الأنترنت على أساس أن هذه المقومات تصلح للحالات و التفاعلات التي تتم في الولايات القضائية[1].

ب- **الثقة:** تعتبر الثقة في أنظمة مثل التجارة الإلكترونية أحد أهم التدابير التي من شأنها رفع ثقة المستهلكين في إستعمال هذه الوسائل، و للأسف يفتقد الأنترنت إلى هذه الصفة ولهذا يجب تسويق تسوية المنازعات بالإتصال عبر الانترنت بطريقة تجعل الجمهور المستهلك يثق بها بإعتبارها طريقة فعالة لإدارة منازعاتهم[2].

---

1 أحمد رجب عبد الخالق قرشم، المرجع السابق، ص 132.

2 هند عبد القادر سليمان، ورقة مقدمة بعنوان بعوان: دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الالكترونية، مقدمة للمؤتمر المغاربي الأول حول: المعلوماتية والقانون، المنظم من طرف أكاديمية الدراسات العليا، الجماهيرية العربية الليبية الشعبية، طرابلس، السنة 2009، ص 24.

ت- **الأمان في تسوية النزاع عبر الأنترنت:** في إطار تسوية المنازعات عبر الأنترنت يمكن أن يتصور هذا الأمن في أربعة صور[1]:

- أمن المعلومات: متمثل في حماية معلومات أطراف النزاع، من أن يشاركها أطراف خارجية في العملية كنتيجة للنشاط البشري.
- أمن البيانات: متمثل في الحماية الموضوعة لقنوات الإتصال و التطبيقات، و أي جهاز يستخدم في تسوية النزاع.
- الأمن الشخصي: متمثل في توفير الأمن لمستخدمي حواسيب فض النزاعات عبر الأنترنت، سواء الجسدي أو العاطفي.
- أمن النظام: متمثل في ثقة المتنازعين في أن هذا النظام الإلكتروني لتسوية النزاع سيقدم لهم الخدمة التي هم بحاجة إليها، و التي تعطيهم إحساس بالأمان.

و رغم ما يتمتع به هذا النظام من مزايا إلا أن له عيوب في الوقت ذاته، تتمثل في ما يلي[2]:

- عدم وجود تفاعل بين الأطراف المتنازعة: هناك إتفاق شبه عالمي تقريبا على أن حل النزاع ستكون أكثر فاعلية إذا كان أطراف النزاع فعليا أمام الوسيط.
- محدودية نطاق حل النزاع: أي لا يمكن إستخدام حل النزاع عبر الأنترنت بالكامل بل إلا لحل أنواع معينة من المنازعات.
- صعوبة الوصول للأنترنت: حيث قد يمثل الوصول إلى أجهزة الكمبيوتر عبر الأنترنت مشكلة بالنسبة لبعض الأفراد، لاسيما للأفراد المتورطين في النزاعات التي تنتج عن معاملات خارج الأنترنت.
- ضعف السرية: فتسرية النزاعات بالطرق التقليدية لا تنشئ سجلا ماديا إلا أنها حلها عبر الأنترنت ينشئ سجلا إلكترونيا، قد يمكن هذا الطرف من الطرف من طباعة و توزيع إتصالات البريد

[1] أحمد رجب عبد الخالق قرشم، المرجع السابق، ص 136.

[2] Wilson Evered, Elisabeth, Macfarlane, Deborah, Zeleznikow, John and Thomson, Towards an Online Family Dispute Resolution Service in Australia in: Mobile Technologies for Conflict Management Poblet, Marta, Law, Governance and Technology series (2) Springer, Dordrecht, Netherlands, Mark 2011,p 128.

الإلكتروني بسهولة و دون علم الطرف الآخر، و قد يعيق هذه التطوير عمليات تبادل مفتوحة وصادقة في حل النزاع عبر الأنترنت[1].

- إختلاف الثقافات: فعلى سبيل المثال تشكل اللغة حاجز و تحديا في سياق متعدد الثقافات، سواء كان ذلك في حل النزاعات التقليدية أو الإلكترونية، فقد لا تترجم بعض التعبيرات و العبارات بشكل صحيح من طرف واحد في بلد ما إلى شخص ما في مكان آخر[2].

رغم هذه العيوب إلا أن الوسائل الإلكترونية الذاتية لتسوية المنازعات لم تفقد قيمتها بإعتبار أن القائمون على تطوير عقود التجارة الإلكترونية يرون فيها مستقبل الفصل في منازعاتها، و هو ما دفع قيام لجنة الأونسيترال خاصة الفريق العامل الثالث المعني بتسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر، بإعداد العديد من المشاريع في هذا الشأن أبرزها مشروع وثيقة ختامية تتضمن عناصر ومبادئ عملية تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر، و التي ستكون أحد محاور العنصر الموالي لأهميتها في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية الدولية.

الحقيقة أنه و بعد التقدم الهائل في تكنولوجيا المعلومات و الإتصالات عكف متعاملي هذه التجارة لتطويعها لتلعب دورا أساسيا في حسم المنازعات التجارية الناشئة عبر المعاملات الإلكترونية، و تم إدخال تقنية الشبكات الرقمية على وسائل حل المنازعات البديلة، و تحولت هذه الأخيرة لتصبح آليات إلكترونية بديلة لتسوية المنازعات تتناسب مع متطلبات التجارة الإلكترونية، أين يتمثل أشهرها في المفاوضات الإلكترونية و الوساطة الإلكترونية و التحكيم الإلكتروني، و التي سنتطرق إلى الدراسة مفهومها تباعا على أن نقوم بتقييم دورها في تحقيق الحماية لمستهلك الإلكتروني.

[1] سمير حليفي، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 118.

[2] أحمد رجب عبد الخالق قرشم، المرجع السابق، ص 131.

المطلب الثاني

حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إختصاص نظام الوساطة والمفاوضات الإلكترونيين

لقد عرفنا بأن الوسائل الإلكترونية البديلة لتسوية للمنازعات جاءت متفقة مع الآلية التي تم من خلالها التعاقد في كونهما إلكترونيين، و هو ما عمدت إليه مراكز التسوية الالكترونية بحيث أوجدت آليات لتسوية الإلكترونية تسمح للمتنازعين بالالتقاء عبر شبكة الأنترنت[1].

في هذا الإطار تعد كل من المفاوضات الإلكترونية والوساطة الإلكترونية أبرز صور التسوية البديلة للمنازعات التجارية الإلكترونية، و لهذا تم التسليط الضوء عليهما كأحد الآليات التي يمكن أن تلعب دورا هاما في حماية المستهلك الإلكتروني[2].

و عليه سنتطرق في هذا المطلب لدراسة كل من حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إختصاص نظام الوساطة الإلكترونية في (الفرع الأول)، ثم حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إختصاص نظام المفاوضات الإلكترونية في (الفرع الثاني)، و ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إختصاص نظام الوساطة الإلكترونية

تشكل الوساطة الإلكترونية أحد أهم الوسائل البديلة لحسم المنازعات التي تتواءم مع طبيعة التجارة الإلكترونية، و تساهم بصورة أكثر فاعلية في التخفيف من الزيادة المطردة في منازعاتها[3].

و لما كان للوساطة الإلكترونية دورها في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية الدولية، فإنه كان من الضروري البحث في مفهومها و إجراءات إعمالها و تقييم مدى فعاليتها في تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني، كما سيأتي:

---

[1] مهند عزمي أبو مغلي و محمد إبراهيم أبو الهيجاء، الوسائل الرقمية البديلة لفض المنازعات المدنية، المرجع السابق، ص 782.

[2] فاطمة الزهراء جندولي، حمزة بالحسيني، التفاوض و الوساطة آليتان إلكترونيتان لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مؤلف جماعي بعنوان: التجارة الإلكترونية بين الواقع و المأمول، إصدارات مجلة القراءة القانونية، الجزائر، مارس 2021، ص 110.

[3] فراس كريم الشيعان، هند فائز أحمد، الوساطة في المنازعات الإلكترونية، مجلة المحقق الحلي، للعلوم القانونية و السياسية، جامعة بابل، العراق، العدد 03، المجلد 06، السنة 2014، ص 258.

البند الأول: مفهوم الوساطة الإلكترونية

لبحث مفهوم الوساطة الإلكترونية كآلية لتسوية منازعات الإستهلاك الإلكترونية الدولية سوف نتطرق إلى تعريفها ثم خصائصها، ثم الشروط الواجب توافرها في الوسيط بإعتباره الطرف الرئيس في هذه الآلية.

أولا: تعريف الوساطة الإلكترونية

ترتكز عملية الوساطة على الجهود التي يبذلها الوسيط في إقناع المتنازعين بقبول الحل الذي يقترحه لحل النزاع القائم بينهما دونما ضغط أو إكراه قد يمارس من قبله عليهما[1]، فالوساطة هي: "إتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على تسوية كل أو بعض منازعاتهم القابلة للوساطة التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم، عن طريق هيئة وساطة من إختيارهم لإصدار توصية لا تحسم النزاع و لا تحوز الحجية و غير ملزمة إلا بقبولها من طرفي النزاع بديلا لقضاء الدولة"[2].

كما تعرف أيضا أنها: "السعي لدى الأطراف المتنازعة عن طريق طرف يسمى الوسيط من أجل تسوية النزاع الناشب بينهما، و الوصول إلى إتفاق يقبل به الأطراف المتنازعة، ويقتضي ذلك أن يقدم الوسيط اقتراحات و توصيات تقبل بها الأطراف المتنازعة"[3].

و لأهمية هذه الآلية فقد كرسها المشرع الجزائري في القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيث أدرج الوساطة لأول مرة في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الخامس من هذا القانون، من خلال المواد 994 إلى غاية 1005 من القانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية الأمر الذي يعبر عن نية المشرع الجزائري في منحها المكانة التي تستحقها في نظام القضاء الوطني[4]، هذا بالنسبة لتعريف الوساطة بالمفهوم التقليدي.

---

[1] مهند عزمي أبو مغلي و محمد إبراهيم أبو الهيجاء، الوسائل الرقمية البديلة لفض المنازعات المدنية، المرجع السابق، ص 784.

[2] خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، النظام الإجرائي للمرافعة و حجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019، ص 53.

[3] عبد الحق لخداري، كهينة آيت حمودة، العدالة البديلة لتسوية الخلافات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، الوساطة نموذجا، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة العربي التبسي، تبسة، العدد 01، مارس 2020، ص 83.

[4] أنظر القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، العدد 21، الصادرة في 23 أفريل 2008.

أما الوساطة الإلكترونية فتعرف بأنها: "عملية تتم بشكل فوري ومباشر على شبكة الأنترنت، وتهدف إلى تسهيل التعاون والتفاوض بين أطراف النزاع للتوصل إلى حل عادل يقبله أطراف النزاع"[1]، أو هي: "وسيلة لحل نزاعات عقود التجارة الالكترونية و العقود الالكترونية عموما، عبر إستخدام الوسائل التكنولوجية وعلى رأسها شبكة الانترنت، حيث الإستعانة من قبل الأطراف المتنازعين بوسيط لا يقوم باتخاذ القرار لحل النزاع، ولكنه يساعدهم على إيجاد حل مقبول لكل منهما بشكل محايد"[2].

و عليه يمكن القول بأن الوساطة الإلكترونية هي عبارة نموذج متطور لطرق و وسائل فض المنازعات بطريقة ودية، و تعتبر بديلا عمليا للقضاء يتماشى و طبيعة المعاملات التجارية الإلكترونية التي تتسم بالسرعة.

و لأهمية الوساطة الإلكترونية فقد تضمنتها بعض التشريعات الدولية مثل قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام 2002، حيث عرفها في الفقرة 03 من المادة الأولى بأنها: "عملية يتم من خلالها حل النزاع وديا، سواء بالوساطة أو بالتوفيق مع محاولة الوسيط الوصول لحل ودي للنزاع العقدي أو القانوني، دون أن يملك سلطة إجبار المتنازعين على قبول الحل، مما يعني قيام الوساطة على إرادة طرفي النزاع الحرة في اللجوء إليها كوسيلة لفض المنازعات، كما تتضمن تجريد الوسيط من سلطات الإجبار في قبول الوساطة أو الاستمرار فيها، حيث يقتصر عمله على محاولة تقريب وجهات النظر بين المتنازعين، وهما من يملكان الحق في قبول توجيهاته أو رفضها"[3].

أما بالنسبة لموقف التشريعات الوطنية من الوساطة الإلكترونية فنلاحظ أنها لم تتطرق إليها باعتبارها أحد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بشكل صريح، و لكن عند استقراء النصوص القانونية للتشريعات الإلكترونية نجدها سمحت بإبرام العقد بوسائل إلكترونية، وكذلك تضمنت أن يتم

---

[1] محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 177.

[2] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 505.

[3] أنظر: نص المادة 01 الفقرة 03 من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام 2002.

التعبير عن الإرادة بطرق و وسائل إلكترونية، و لذلك يستنتج من هذه النصوص أنها أجازت أن يتم تسوية المنازعات إلكترونيا و بالوسيلة نفسها التي تم انعقاد العقد بها[1].

و مما تقدم يتضح بأن هذه التعاريف ركزت على أمرين في الوساطة الإلكترونية[2]:

- الأول: عدم إمكانية القيام بالوساطة إلا بتدخل شخص ثالث (الوسيط) الذي يكون له الدور الرئيس في حسم النزاع القائم بين المتنازعين، و بتالي فهي تعاريف تصلح لمصطلح الوسيط.
- الثاني: أن الوساطة وسيلة من وسائل البديلة في فض المنازعات التي لا تتسم بالإجبار، و إنما تعتمد على مبدأ الرضائية.

من خلال ما سبق يتبين لنا بأن الوساطة الالكترونية لا تختلف عن الوساطة العادية إلا من حيث الوسيلة التي تتم بها إجراءات الوساطة، حيث يتم تسوية النزاع في الوساطة الإلكترونية باستخدام الوسائل الالكترونية الحديثة.

و حتى نتمكن من الوصول إلى مفهوم جامع للوساطة الالكترونية، لابد لنا من الوقوف على خصائصها.

ثانيا: خصائص الوساطة الإلكترونية

للوساطة الإلكترونية مجموعة من الخصائص يمكن إجمالها في النقاط التالية:

1- تمتاز الوساطة الإلكترونية بفعالية الأدوات المستخدمة للتفاوض في عملية الوساطة، و ضمان تسجيل المناقشات التي تجري بين طرفي النزاع في برنامج مستقل على شبكة الانترنت، وفي كل مراحل المفاوضات بدءا من مرحلة الاتصال الأولي بين طرفي النزاع حتى الاتفاق النهائي بينهما[3].

---

[1] تنص المادة 994 من القانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: "يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصومة في جميع المواد"، حيث يتضح أن الوساطة هنا تقوم على طلب القاضي من الخصوم محاولة حل النزاع بعيدا عن ساحة القضاء من طرف شخص آخر محايد بصفة سرية و بعيدة عن علنية الجلسات.

[2] ختام عبد الحسن شنان، حسن علي كاظم، الوساطة الإلكترونية وسيلة في تسوية المنازعات، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، جامعة النجف، العراق، العدد 50، المجلد 01، السنة 2018، ص 545.

[3] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات، الوساطة، التوفيق، التحكيم، المفاوضات المباشرة، دار الثقافة لنشر و التوزيع، 2010، ص 28.

2- تمتاز الوساطة الالكترونية بمرونة الإجراءات وعدم التقييد بإجراءات مرسومة، و إستغلال الوقت والحصول على حلول سريعة[1].

3- تمتاز الوساطة الإلكترونية بتوفير قنوات إتصال آمنة خلال سير مرحلة الوساطة الممتدة منذ الاتفاق عليها حتى توقيع اتفاق التسوية، كما توفر الوقت والجهد على المتنازعين في إجراء جلسات الوساطة عن بعد من خلال شبكة الإنترنت، حيث يتم التفاوض وتقديم المقترحات والأدلة والطلبات عن بعد، دون تكليف المتنازعين عناء الإنتقال[2].

4- تمتاز الوساطة الإلكترونية بالحرية المطلقة لأطراف النزاع في إختيار القواعد الإجرائية التي تناسبهم، و ذلك من خلال مرونة الإجراءات التي تتم بها عملية الوساطة عبر شبكة الانترنت، مع منحهما دون غيرهما زيارة الموقع الالكتروني لمركز الوساطة والاطلاع المباشر على كل الخطوات من أجل تشجيعهما على اللجوء للوساطة الالكترونية لحل النزاع القائم بينهما[3]، كما تطرح الاحتمالات التي قد يرى طرفا النزاع قبولها دون ضغط أو إكراه من الوسيط للفصل في النزاع القائم بينهما، بالإضافة إلى تقديم النصح و الإرشاد[4].

5- تمتاز الوساطة الإلكترونية بالسرية في الإجراءات، فالوسيط المكلف بالنزاع يحظر عليه إفشاء المعلومات التي حصل عليها في جلسات الوساطة لأشخاص آخرين إلا بموافقة المتنازعين[5].

6- تمتاز الوساطة الإلكترونية بمحدودية التكاليف، حيث تتميز الوساطة بقلة التكاليف مقارنة بتكاليف القضاء، حيث يؤدي استخدام التقنيات الحديثة في إجراءات الوساطة الإلكترونية إلى التقليل من نفقات الوساطة، كما يؤدي إلى السرعة بالفصل بالمنازعات فإجراءات الوساطة تتم عبر

---

[1] فراس كريم الشيعان، هند فائز أحمد، المرجع السابق، ص 258.

[2] مهند عزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم أبو الهيجاء، الوسائل الرقمية البديلة لفض المنازعات المدنية، المرجع السابق، ص 785.

[3] يوسف مسعودي، محمد أزوا، الوساطة الالكترونية كآلية لتسوية منازعات الاستهلاك المبرمة بوسائل الكترونية، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، العدد 02، ديسمبر 2018، ص 148.

[4] سمير خليفي، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 133.

[5] عبد الكريم عروي، الطرق البديلة في حل المنازعات القضائية، الصلح والوساطة القضائية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2003/2002، ص 29.

الأنترنيت، حيث تتضمن مصاريف لا تعيق حل النزاع، و تتحدد أتعاب الوسيط وفقا للجدول المرفق بنظام الوساطة[1].

7- تتسم الوساطة الإلكترونية بغياب الشروط الشكلية، حيث تمتاز بطابعها المرن الذي يخولها التناسب مع متطلبات أطراف النزاع و التلاؤم مع شبكة الأنترنت، حيث يعتبر البعض الوساطة بحق وسيلة بديلة عن القضاء، و يجب أن تحافظ على خصوصيتها بعيدا عن الإجراءات الشكلية[2].

و إستنادا لما تقدم يتضح بأن الوساطة الالكترونية لا تختلف عن الوساطة التقليدية إلا من حيث الوسيلة التي تتم من خلالها، حيث يتم الاعتماد على مختلف الخدمات التي تقدمها الشبكة الدولية للاتصالات في إدارة عملية الوساطة، حيث يتم الاعتماد على الإتصال بين الوسيط و طرفي النزاع عبر البريد الإلكتروني(E-mail)، كما يمكن الإعتماد على المحادثات المباشرة التي تجمع الأطراف بالوسيط بشكل مباشر عن طريق غرفة المحادثة (Chat Romms)، أو برنامج السكايب (Skype)، أو الفيديو كون فرنس (Video Conference) من خلال صفحات خاصة على مواقع مراكز التسوية الإلكترونية، أين يتم الدخول إليها من خلال كلمة المرور خاصة بكل قضية تسلم للمعنيين(الأطراف، الوسيط)، إضافة إلى أنهم يسلمون الوثائق و المستندات عبر هذه التقنيات[3].

ثالثا: أنواع الوساطة الإلكترونية

بصفة عامة تشمل الوساطة صورا مختلفة منها: الوساطة القضائية، الوساطة الخاصة، الوساطة الإتفاقية، و تهدف في صورها المختلفة إلى تسوية النزاع وديا من خلال التراضي و التوفيق بين الخصوم بإجراءات أكثر مرونة لتلافي إجراءات التقاضي أمام المحاكم الأمر الذي يخفف من عبء تراكم

1 عبد الحق لخداري، كهينة آيت حمودة، المرجع السابق، ص 85.

2 شربل وجدي القارح، قانون الأنترنت، التفاوض والوساطة على شبكة الأنترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص 150.

3 لبندة بومحراث، تسوية منازعات التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2019، ص 495.

القضايا لديها، و تحقق مصلحة الخصوم في إنهاء النزاع بأسهل الطرق و أسرعها و بأقل التكاليف الممكنة[1].

على أنه و في نطاق عقود التجارة الدولية فتنقسم الوساطة إلى وساطة مادية تقليدية و وساطة إلكترونية أي عبر شبكة الأنترنت، و الفارق الرئيسي بينهما يكمن ـ كما هو الحال في الفرق بين سائر الوسائل البديلة التقليدية و الوسائل البديلة الإلكترونية ـ في إستخدام شبكة الأنترنت في النوع الثاني دون الأول بإعتبارها وسيلة للقيام بإجراءات الوساطة منذ بدايتها حتى تسوية النزاع[2].

رابعا: الوسيط الإلكتروني

يعتبر الوسيط المحور الأساسي الذي تدور حوله عملية الوساطة، و لهذا فإنه يجب أن يكون على قدر من الكفاءة و الدقة و المهارة، و له من المؤهلات و الخبرات الفنية التي تؤهله لإنجاح عملية الوساطة، حيث يعتبر حجر الزاوية في عملية الوساطة الإلكترونية، حيث عرف البعض الوسيط بأنه: "شخص يتمتع بثقة طرفي النزاع، يقوم بتقريب وجهات النظر واقتراح الحلول الممكنة للنزاع في شكل توصية غير ملزمة"[3] أو هو: "شخص ثالث محايد يتصف بالنزاهة، يعمل على تشجيع وتسهيل إيجاد حل للنزاع ما بين الخصمين دون أن يقرر هو ذاته الحل الذي يجب أن يصل إليه الخصوم في النزاع المعروض محل الوساطة"[4].

و في نطاق المعاملات التجارية الدولية تحرص غالبية التشريعات والهيئات الدولية المتخصصة في التسوية السلمية لمنازعات التجارة الدولية، في النص على شروط معينة لابد من توفرها مجتمعة في شخص الوسيط الذي يتولى إدارة عملية الوساطة[5]، حيث تبنت مراكز الوساطة الإلكترونية نفس المبدأ مع حرصها على الإختصاص.

---

[1] فراس كريم الشيعان، هند فائز أحمد، المرجع السابق، ص 251.

[2] Buchman Louis, Mediation Paper Presented At Cairo Mediation Conference, Organized by Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, October 2001, p 3.

[3] خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص 91

[4] ختام عبد الحسن شنان، حسن علي كاظم، المرجع السابق، ص 551.

[5] تنص المادة 998 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، على أنه: "يجب أن يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك والاستقامة، وأن تتوفر فيه الشروط الآتية:

و يمكن إجمال أهم الشروط الواجب توافرها في الوسيط في ما يلي:

- **الأهلية:** حيث يلزم أن يكون الوسيط كامل الأهلية، أي غير قاصر أو محجور عليه أو محروما من حقوقه المدنية[1].
- **الكفاءة:** يدخل في مفهوم هذا الشرط مجموعة من الصفات هي: القدرة على الفهم، القدرة على التعمق في النزاع، إرادة فهم موضوع النزاع، القدرة على تحديد مصير النزاع وإنهائه[2].
- **الإختصاص:** حيث يعتبر الشرط الأساسي في تعيين الوسيط، أين يجب أن يكون الوسيط متخصصا و مؤهلا تماما للقيام بعملية الوساطة[3].
- **الحيدة:** تعتبر الحيدة جوهر عمل الوسيط، و يقصد بها: "الحالة النفسية التي أساسها مجموعة من القيم و المبادئ التي إستقرت في ضمير الوسيط حول ما هو حق و عدل، دون ميل أو هوى لأحد الأطراف"[4].
- **السرية:** تعتبر هذه الخاصية من أهم الخصائص التي يجب أن تتوافر في الوسيط، فإنطلاقا منها يقوم الوسيط بحماية خصوصية المتنازعين، و المحافظة على ما يجري قي الوساطة، و كل ما يتعلق بها من مستندات و مشاورات أتفق عليها الأطراف، فلا يسمح بالنشر إلا تنفيذا لأمر القانون[5].

و نستخلص مما سبق بأن الشروط المطلوبة في الوسيط هي نفسها الشروط المطلوبة في القاضي بصفة عامة، أضيف إليها فقط بعض الشروط الخاصة التي تستلزم من يعمل في هذا المجال.

---

1 – ألا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف، وألا يكون ممنوعا من حقوقه المدنية،

2 – أن يكون مؤهلا للنظر في المنازعة المعروضة عليه،

3 – أن يكون محايدا ومستقلا في ممارسة الوساطة،

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

[1] ختام عبد الحسن شنان، حسن علي كاظم، المرجع السابق، ص 551.

[2] لمزيد من التفصيل حول هذه الصفات الخاصة بالوسيط، أنظر: فراس كريم الشيعان، هند فائز أحمد، المرجع السابق، ص 260 و 261.

[3] سمير خليفي، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 135.

[4] ختام عبد الحسن شنان، حسن علي كاظم، المرجع نفسه، ص 551.

[5] نادية ضريفي، سماح مقران، الوساطة الإلكترونية كآلية لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة البيبان للدراسات القانونية و السياسية، جامعة برج بوعريريج، الجزائر، المجلد 3، العدد 1، جوان 2018، ص 28.

و يلاحظ وفقا للإتجاه الغالب بأن للوسيط أحقية في الحصول على أتعابه مقابل القيام بهذه المهمة، و هو ما نص عليه المشرع الوطني صراحة، على أن الوسيط يتقاضى أتعابه مقابل مقدار يحدده القاضي الذي عينه[1]، في حين نص المشرع المصري على أن يتحمل أطراف النزاع أتعاب الوسيط مناصفة ما لم يتفقوا على خلاف ذلك أو ما لم يقرر القاضي خلاف ذلك، بالنظر إلى الوضعية الإجتماعية للأطراف[2].

و مما تجدر الإشارة إليه أن الوسيط التقليدي يختلف عن الوسيط الإلكتروني محل البحث، فالأخير هو مصطلح يقصد به برنامج من برامج الحاسوب الإلكتروني، أم الوسيط التقليدي فهو شخص طبيعي في الغالب يتمثل بشخص محدد بعينه أو يكون شخص معنوي يتمثل في مراكز متخصصة لحسم المنازعات[3].

و لقد شجعت معظم الدول و المؤسسات الكبرى على إحالة نزاعات التجارة الإلكترونية على الوساطة المؤسساتية لما تملكه هذه الأخيرة من إمكانيات مادية وبشرية، و لعل من أبرز مراكز الوساطة التي تقدم خدمة تسوية المنازعات بالطرق الإلكترونية مركز الوساطة Square Trade، حيث كان أحد اللاعبين المهيمنين في وقت مبكر على ساحة التفاوض و الوساطة عبر الأنترنت خارج نطاق القضاء من عام 1996 إلى 2008، أين ساعد مستخدمي E-bay في جميع أنحاء العالم في حل نزاعاتهم الصغيرة القيمة بإستخدام الوساطة عبر الأنترنت[4].

كما أن هناك عدد من مراكز التسوية التي تتخذ من الوساطة وسيلة لحل المنازعات من أشهرها مركز وساطة (Web-Mediate)[5]، الذي يقوم بالوساطة الفعالة أو الإيجابية بين الأطراف المتنازعة،

---

[1] أنظر: نص المادة 12 من المرسوم 09-100، المؤرخ في: 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة في: 23 أفريل 2009.

[2] أبو العلا علي أبو العلا النمر، المركز القانوني للوسيط، دراسة مقارنة لحقوق و إلتزامات الوسيط في نظام الوساطة لتسوية منازعات التجارة الدولية، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، مصر، المجلد 9، العدد 6، السنة 2021، ص 1758.

[3] ختام عبد الحسن شنان، حسن علي كاظم، المرجع السابق، ص 552.

[4] Oran Rabinovich-Einy, Technology's Impact The Quest for a New Paradigm or Accountability in Mediation, Harvard Negotiation Law Review,2006 , p 253- 258.

[5] للإطلاع على مركز الوساطة يكون عبر موقع الإلكتروني التالي:https://www.mediate.com .

حيث يعد من أشهر مواقع الوساطة عبر الأنترنت، أم في مجال عقود الإستهلاك فمركز (Ecodir)[1] للوساطة عبر شبكة الأنترنت يمثل أشهر المراكز الخاص بتسوية منازعات المستهلكين في دول الإتحاد الأوروبي.

و تجدر الإشارة إلى أنه يمكن للأطراف في الوساطة الإلكترونية الإستعانة بمحاميهم، و إشراكهم في اللقاءات الإفتراضية التي تتم مع الوسيط على الأنترنت، و الهدف من ذلك هو إعطاء فاعلية أكبر لعملية الوساطة بإشراك أشخاص متخصصين لديهم القدرة على إقترح مشروعات للتسوية[2].

الحقيقة إن تكريس الوساطة الإلكترونية كإجراء بديل لحل النزاعات يعد ابتكارا من المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، و هو ما شجع المستهلكين الإلكترونيين لإعمالها في فض نزاعاتهم كبديل عن القضاء.

البند الثاني: إجراءات الوساطة الإلكترونية

تجري آلية الوساطة الالكترونية من خلال مجموعة من الاجراءات التي تتم بطرق إلكترونية على الموقع الشبكي التابع للمركز، بداية من ملئ نموذج الكتروني لطلب التسوية ومرورا بالإجراءات التي تفرغ في اشكال إلكترونية و إنتهاءا بصدور الحكم و من ثم قيده على الموقع الشبكي للقضية[3].

و لما كانت هذه الوسيلة الإلكترونية البديلة لتسوية المنازعات الإلكترونية أمرا استثنائيا، فإنه لا يمكن التمسك بها إلا بالإتفاق الأطراف صراحة وهذا الإتفاق يتم عادة كشرط من شروط العقد أو بإتفاق مستقل، أو يتم لجوء أحد أطراف النزاع إلى أحد المراكز أو المؤسسات المتخصصة[4].

فعلى سبيل المثال فوفقا لأحكام المادة 3 من قواعد الوساطة الصادرة عن المنظمة الدولية للملكية الفكرية (WIBO)، فإن كل من يرغب من طرفي النزاع تسوية نزاعه عن طريق اللجوء إلى الوساطة الإلكترونية، أن يقوم بتعبئة الطلب المخصص و المعد لذلك سلفا على الموقع الإلكتروني للمركز، و

---

[1] للإطلاع على مركز (Ecodir) يكون عبر الموقع الإلكتروني التالي: http://www.ecodir.org/.

[2] Thomas Schultz, Réguler Le Commerce Electronique Par La Résolution Des Litiges en Ligne Une Approche Critique, Op.,Cit, p 186.

[3] فراس كريم الشيعان، هند فائز أحمد، المرجع السابق، ص 262.

[4] محمد جلال حسن، ئاڤان عبد العزيز رضا، المرجع السابق، ص 51.

المتضمن البيانات الشخصية للمعني بالإظافة إلى البيانات الشخصية للمتنازع معه، و ملخص عن الموضوع و يوضح كيفية الإتصال بالطرف الآخر[1].

ثم يقوم المركز بدراسة الطلب واخطار المرسل بتلقي الطلب و قبول النزاع، كما يقوم بالاتصال بالطرف الآخر واخطاره بتلقي الطلب وقبول نظر النزاع من خلال الوساطة، فإذا كانت الإجابة بالرفض حاول المركز إقناعه بجدوى الوساطة وامكانية التوصل لتسوية النزاع، فإذا أصر ذلك الطرف على الرفض فإن إجراءات الوساطة تنتهي أما إذا قبل الوساطة فإن المركز يستأنف اجراءاته نحو تسوية النزاع، و يقوم بتزويد الأطراف بقائمة الوسطاء ومؤهلاتهم ليقوموا باختيار الوسيط الذي يقوم بنظر النزاع، و الإتفاق معهم على طريقة التواصل وعقد الجلسات سواء كان عن طريق البريد الالكتروني أو غرف المحادثات أو غيرها[2].

و بعد موافقة أطراف النزاع على الوسيط والإجراءات يتم الإنتقال إلى المرحلة التالية، وهي مناقشة موضوع النزاع وإثارة نقاط الخلاف الجوهرية من خلال جلسات الوساطة سعيا وراء التوصل إلى حل يرضي الطرفين، حيث يقوم الوسيط بإتخاذ ما يراه مناسبا لتقريب وجهات النظر، و تقيم الأدلة و عرض الأسانيد القانونية بشكل واضح، حيث يساعد الأطراف على فهم إتجاهات الطرف الآخر ثم يحاول التوفيق بين الطرفين، بعد ذلك يقوم الوسيط بطرح الحلول الممكنة و الخيارات بعد عرض مطالب الطرفين و تحديد حاجاتهم، وبعدها يقوم بصياغة إتفاق التسوية النهائي و الملزم وعرضه على المتنازعين للتوقيع عليه[3].

---

[1] تنص المادة 3 من قواعد الوساطة الصادرة عن (WIBO) في: 01 جويلية 2021 على ما يلي:

(a) A party to a Mediation Agreement that wishes to commence mediation shall submit a Request for Mediation in writing to the Center and to the other party. The Request for Mediation shall be delivered by email or other means of electronic communication that provide a record thereof, unless a party decides to use also expedited postal or courier service.
(b) The Request for Mediation shall contain or be accompanied by:
(i) the names, addresses and telephone, e-mail or other communication references of the parties to the dispute and of the representative of the party filing the Request for Mediation;
(ii) a copy of the Mediation Agreement; and
(iii) a brief statement of the nature of the dispute.

[2] أشرف محمد رزق فايد، المرجع السابق، ص 136.

[3] سليمان أحمد الفضل، المرجع السابق، ص 306.

و في هذا الإطار نجد أن التنظيم الأوروبي رقم: 2013/524 الصادر في: 21 ماي 2013 قد نص على الوساطة الإلكترونية كآلية لتسوية منازعات الإستهلاك عبر الخط، والتي تشمل منازعات الإستهلاك سواء الوطنية أو الدولية الناتجة عن منازعات عقود البيع والخدمات التي تثور بين المستهلك و المورد في الإتحاد الأوروبي فقط، حيث تم خلق أرضية إلكترونية تسمى(La Platform Rll) تسير من طرف لجنة خاصة وتكون على شكل شباك وحيد للمستهلكين و المهنيين، و هو موقع مجاني يتضمن جميع لغات الإتحاد الأوروبي يساعدهم على معرفة هيئة التسوية الغير قضائية المختصة لحل النزاع، و الهدف من هذا الإجراء هو بعث الثقة لدى المستهلك في التجارة الإلكترونية[1].

من خلال ما سبق يتبين لنا بأن إستخدام الوساطة الإلكترونية كأحد الوسائل البديلة لتسوية منازعات المعاملات التجارية الدولية أصبح أمر ضروري، إلا أنه و إن كنا توصلنا لملائمتها في فض منازعات التجارية الإلكترونية فإننا نتسائل عن دورها في تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني على إعتبار أنه الطرف الضعيف في مثل هذه العقود؟ و هو ما سنتطرق للإجابة عليه في العنصر الموالي.

البند الثالث: تقييم دور الوساطة الإلكترونية في حماية المستهلك الإلكتروني

يشهد العالم المعاصر حركة غير مسبوقة لإعلاء شأن الوساطة كآلية قانونية لتسوية منازعات التجارة الدولية[2]، و ذلك نظير المزايا العملية التي تتحقق نتيجة إستخدامها كآلية قانونية لتسوية المنازعات، و في نفس الوقت كأحدث الوسائل التي تحتل مكانة مميزة في ساحة العدالة الدولية[3].

إن الوساطة الإلكترونية تعد وسيلة أساسية لفض المنازعات في معاملات التجارة الإلكترونية التي تتطلب الأمن و الطمأنينة في تنفيذها ضد التغيرات التشريعية المفاجئة بتعديل أو إلغاء القوانين، و عليه فإنه يمكن الإعتماد عليها كآلية لفض منازعات الإستهلاك التي تثور ما بين المورد و المستهلك، خاصة في ظل توسع علاقات المستهلك على الصعيد الدولي و وجود نزاعات مترتبة عن هذه العلاقات، و ذلك من خلال تقليل اللجوء إلى الطريق القضائي الوطني و ما يطرحه من إشكالات

---

[1] كوثر مجدوب، المرجع السابق، ص 206.

[2] Christopher Moore, The Mediation Process Practical Strategies for Resolving Conflict, 3rd, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 2004, p 23.

[3] أبو العلا علي أبو العلا النمر، المركز القانوني للوسيط، المرجع السابق، ص 1748.

متعلقة بمسألة تنازع الاختصاص القضائي وتحديد القانون الواجب التطبيق، و مسألة إحترام قواعد حماية المستهلك[1].

فالمتفق عليه أن الوساطة الإلكترونية تتم عبر شبكة الأنترنت، والوسطاء الإلكترونيين هم أشخاص طبيعيين أو حتى معنويين أو حتى مراكز خاصة بالوساطة هدفهم هو تقريب وجهات نظر بين أطراف النزاع، كأطراف العلاقة الإستهلاكية أي المستهلك و المتدخل، وذلك لتفادي إما اللجوء إلى القضاء أو لوضع حل لمساعدة قضاة المحكمة الإلكترونية، حيث يكون عمل الوسطاء الإلكترونيين إما بالتدخل مباشرة في المنتديات المفتوحة، أي الحوار المباشر مع المستهلك و المتدخل بتقريب وجهات النظر، أو مراقبة محتوى بعض المواقع الإلكترونية[2].

و في هذا أيدت اللجنة الأوروبية فكرة الوساطة الإلكترونية من خلال المادة 17 الفقرة 01 من التوجيه الأوروبي رقم: 3/2000 الصادر في: 8 جوان 2000، المتعلق بالنظام القضائي لخدمات الشركات المعلوماتية و المتعلق بصفة خاصة بشركات الوساطة الإلكترونية، حيث يقوم المستهلك بالإتصال بالوسيط الإلكتروني عن طريق ملئ إستمارة مدرجة في الموقع الإلكتروني الخاص بتقديم الوساطة، مثل الموقع المخصص لجمعيات حماية المستهلك التي تقوم بهذا الدور، وتسعى لوضع حل ودي يرضي الطرفين و في حالة عدم التوصل إلى هذا الحل يعرض النزاع أمام القضاء أو يعاد طرح النزاع أمام المحكمة الإلكترونية[3].

كما تتلائم الوساطة الإلكترونية مع عقود المستهلك الإلكترونية ذلك أن أغلب منازعات الاستهلاك تكون ضئيلة القيمة، إذا ما قورنت بالمصاريف التي يتكبدها المستهلك في حالة لجوئه للمطالبة القضائية، لذلك يكون لجوئه إلى الوساطة عبر الوسائل الالكترونية أكثر مرونة وسهولة في

[1] كوثر مجدوب، المرجع السابق، ص 199.

[2] مهند عزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم أبو الهيجاء، الوسائل الرقمية البديلة لفض المنازعات المدنية، المرجع السابق، ص 787.

[3] لامية لعجال، حماية المستهلك في معاملات التجارة الإلكترونية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، السنة الجامعية: 2016/2017، ص 294.

الإجراءات، فضلا عن طبيعتها الاختيارية و حتى القيمة المادية التي تدفع مقابل تسوية النزاع عن طريق الوساطة الإلكترونية تكون في أغلب الأحيان قيمة معقولة[1].

مما سبق يتبين لنا الدور الكبير الذي تلعبه الوساطة الالكترونية كآلية بديلة عن القضاء لحل منازعات الاستهلاك المبرم بوسائل إلكترونية، وذلك لما تتميز به من خصائص بعيدا عن التعقيدات والشكليات والتكاليف الباهظة، بالإضافة إلى دورها في المحافظة على استمرار العلاقة الودية بين الأطراف و التخفيف من التوتر الدائر بينهم، و رغم كل هذه المزايا إلا أنه لا يمكن الجزم بفاعليتها المطلقة في حماية المستهلك المتعاقد إلكترونيا لأن قرار التسوية أساسا، والمتعلق بالوساطة الإلكترونية قد يكون غير قابل للتنفيذ بذاته إلا إذا أقره الخصوم، أي أنه قرار يفتقر للإلزامية خاصة على فرضية أن نتائج هذه الوساطة تصب في صالح المستهلك الإلكتروني دون المورد، ناهيك على أن الوسيط كطرف جوهري في عملية الوساطة لا يوجد ما يجبره على مراعاة ظروف و ضعف المستهلك الإلكتروني، وعليه نخلص إلى الوساطة الإلكترونية تحقق حماية نسبية للمستهلك الإلكتروني عند فض منازعته التجارية الدولية.

و نظرا لتعدد وسائل فض المنازعات التجارية الإلكترونية في صورة المفاوضات الإلكترونية، فإننا سنبحث مدى ملائمة هذه الأخيرة في حماية المستهلك الإلكتروني.

الفرع الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إختصاص نظام المفاوضات الإلكترونية

لعل من أفضل الوسائل سرعة في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية هي المفاوضات الإلكترونية إذ يتوصل طرفي النزاع إلى تسوية ودية ومرضية للطرفين عن طريق المحاورات والمناقشات، و التي تجري بطريقة إلكترونية عبر شبكات الاتصال الحديثة[2].

[1] فاطمة الزهراء جندولي، حمزة بالحسيني، المرجع السابق، ص 125.
[2] علاء عبد الأمير موسى، المرجع السابق، ص 515.

و للأهمية التي تتمتع بها هذه الآلية في فض منازعات عقود التجارة الإلكترونية، سنتطرق إلى مفهومها و أنواعها و كيفية إدارتها، ثم تقييم فعالية دورها في تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني في منازعاته الناجمة عن معاملاته التجارية الدولية، كل ذلك على النحو التالي:

البند الأول: مفهوم المفاوضات الإلكترونية

للمفاوضات الإلكترونية أهمية و فعالية في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية كونها تمثل وسيلة مهمة للتحاور والمناقشة بغية الوصول إلى إتفاق معين بين أطراف النزاع[1]، حيث تعد المفاوضات أبسط الوسائل المتعلقة بتسوية المنازعات سواء في ما يتعلق بالمسائل التجارية أوالمدنية أو الإدارية أو غيرها، و سواء أكانت تقليدية أم تمت بإستخدام وسائل الإتصال الحديثة[2].

و عليه فالمفاوضات الإلكترونية هي آلية تبحث عن إيجاد إتفاق عرفي بين طرفي النزاع دون تدخل أي شخص أثناء الإجراءات، و من أجل فهم أكثر لهذه الآلية سوف نتطرق لتعريفها و خصائصها.

أولا: تعريف المفاوضات الإلكترونية

من من أجل إعطاء تعريف واضح وشامل للمفاوضات الإلكترونية لابد أن ننظر اليها من خلال جانبين، الأول هو التقليدي أم الثاني فهو الإلكتروني.

هناك محاولات عديدة من الفقهاء لإرساء معنى محدد للمفاوضات حيث عرفت على أنها: "وسيلة من وسائل تسوية المنازعات تتم بين أطراف النزاع مباشرة دون تدخل طرف ثالث"[3]، كما عرفت أيضا بأنها: "وسيلة من وسائل تسوية المنازعات تتم بين أطراف النزاع مباشرة دون تدخل

---

[1] إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 12 و ما بعدها.

[2] Stanley Y.W. Su, Chunbo Huang, Joachim Hammer, Yihua Huang, An Internet-based Negotiation Server for E-commerce ,The Vldb Journal, The International Journal on Very Large Data Bases, Volume 10, Issue 1August 2001, P 77.

[3] أشرف محمد رزق فايد، المرجع السابق، ص 127.

طرف ثالث، فهي عبارة عن تبادل وجهات النظر بين طرفي النزاع من أجل الوصول إلى تسوية نهائية لهذا النزاع"[1].

أما بالنسبة للمفاوضات الإلكترونية فقد عرفت باعتبارها وسيلة لفض منازعات التجارة الالكترونية بأنها: "تبادل الإقتراحات والافكار و الآراء بين أطراف النزاع و بوسائل إلكترونية من أجل الوصول إلى تسوية معينة لنزاع حاصل نتيجة عقود التجارة الدولية"[2].

من خلال التعريفات السابقة يفهم بأن المفاوضات الإلكترونية لا تختلف عن المفاوضات التقليدية إلا في الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في ذلك، و الناجمة عن ضرورة مواكبة التطور الذي عرفته المعاملات التجارية التقليدية عند إستغلالها لشبكة الأنترنت.

أما عن موقف التشريعات الوطنية من المفاوضات الإلكترونية فنلاحظ أنها لم تتطرق إليها باعتبارها أحد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بشكل صريح، لكن باستقراء النصوص القانونية للتشريعات الإلكترونية نجدها سمحت بإبرام العقد بوسائل إلكترونية وتضمنت أن يتم التعبير عن الإرادة بالطرق و الوسائل الإلكترونية، و هو ما يفهم بأنها أجازت أن يتم تسوية المنازعات إلكترونيا، و بالوسيلة نفسها التي تم إنعقاد العقد بها[3].

للمفاوضات الإلكترونية أهمية بالغة في تسوية النزاعات العقدية الإلكترونية الدولية، خاصة في ظل ظهور العقود المركبة و المعقدة التي أسفرت عنها الأساليب الحديثة للتعاقد منها عقود الإستهلاك التي تتسم بطابعها الخاص، كما تزداد أهمية المفاوضات في عقود التجارة الإلكترونية في ظل عجز

---

[1] Thomas Schultz, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Dirk Langer, Vincent Bonnet, Online Dispute Resolution, The State of The Art and the Issues, CUI, University of Geneva, switzerland, 2001, P 07.

[2] علاء عبد الأمير موسى، المرجع السابق، ص 520.

[3] إعترف المشرع الجزائري بالعقد الإلكتروني من خلال تعديله لأحكام القانون المدني الذي أقر فيه بالمحرر الإلكتروني و تعادله الوظيفي مع المحرر الورقي، ثم إعترف با لتعاقد الإلكتروني من خلال إصداره لقانون المعاملات التجارية الإلكترونية 05/18 مما يسمح بمشروعية إبرام العقد الإلكتروني، أنظر: باهي التركي، حياة محمود، الإيجاب و القبول في العقد الإلكتروني، دراسة في ضوء القانون المدني الجزائري، مجلة البحوث و الدراسات، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، المجلد 19، العدد 02، جويلية 2022، ص 313.

الطرق التقليدية عن إيجاد حلول تتلاءم و ظروف التجارة الإلكترونية، و ما تتطلبه من سرعة في إنجاز الصفقات[1].

الحقيقة أنه و رغم الأهمية التي تحضى بها هذه الآلية في فض النزاعات العقدية الإلكترونية الدولية إلا أنه هناك تساؤل يثار بشأنها، و هو: هل أن المفاوضات الإلكترونية تعد بديل عن المفاوضات التقليدية أم هي إمتداد لها؟

للإجابة على هذا التساؤل السابق إنقسم الفقه بهذا الصدد إلى إتجاهين، الأول يرى أن وسائل التسوية الإلكترونية للمنازعات و منها المفاوضات الإلكترونية تعبر عن نظام جديد و مستقل عن وسائل تسوية المنازعات التقليدية، إذ ترتب على إستخدام وسائل تسوية المنازعات الإلكترونية ظهور العديد من الآليات الجديدة مثل التحكيم الملزم لطرف واحد، ونظام علامات الثقة (Trust Mark)، و نظام التحكم في بطاقات الائتمان، و سلطة إعادة المسحوبات من هذه البطاقة[2].

في حين يرى الإتجاه الثاني- و هو على النقيض من الإتجاه الأول- أن المفاوضات الإلكترونية بعدها أحد وسائل فض المنازعات الإلكترونية هي إمتداد للمفاوضات التقليدية، إذ أن المفاوضات الإلكترونية نتجت عن تزاوج وسائل التسوية التقليدية مع وسائل تكنولوجيا المعلومات، يضاف إلى ذلك أن التطور قد أصاب كل شيء، و أساس هذا الرأي أن الآليات المستخدمة في تسوية المنازعات التقليدية (المفاوضات، الوساطة ، التحكيم)، هي ذاتها الآليات التي تستخدم في تسوية المنازعات إلكترونيا لكنها تتم عبر شبكة الانترنت[3].

أمام هذه الإتجاهات المختلقة فيمكننا القول بأن المفاوضات الإلكترونية بعدها أحد وسائل تسوية المنازعات التجارية الإلكترونية، هي ليست بديلة عن المفاوضات التقليدية وإنما هي إمتداد لها، و ذلك نتيجة التطور الحاصل في مجال الاتصالات، حيث ما يميز المفاوضات الإلكترونية عن التقليدية سوى أنها تتم عبر شبكة الأنترنت لغرض السرعة في حسم منازعات عقود التجارة الدولية.

---

1 فارس محمد عمران، قوانين و نظم التحكيم بالدول العربية و الخليجية و دول الأخرى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2015، ص 361.

2 بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 ، ص13.

3 علاء عبد الأمير موسى، المرجع السابق، ص 520.

ثانيا: خصائص المفاوضات الإلكترونية

إن لجوء أطراف النزاع إلى المفاوضات الإلكترونية راجع لما تمتع به من خصائص لا تتوفر في الوسائل التقليدية، و يمكن إجمال أهم هذه الخصائص في ما يلي:

1. السرعة في فض النزاع:

الميزة الأساسية للمفاوضات الإلكترونية هي الوصول لحل سريع يؤدي إلى عدم إصابة حركة التجارة الدولية والتبادل السلعي بين الأطراف المتنازعة في النشاط التجاري بالشلل، حيث أن إجراءات الفصل في الدعاوى أمام المحاكم المعتادة تستغرق غالبا عدة أشهر أو ربما عدة سنوات، ولذلك فإن الحلول البديلة للمنازعات تؤدي إلى إختصار عملية الفصل في المنازعات[1]، خاصة بعد معرفة أن جميع اجراءات الوسائل البديلة لتسوية المنازعات- ومنها المفاوضات الإلكترونية- تجري عبر الوسائل الإلكترونية.

2. إنعدام الحضور المادي للأطراف:

تتم المفاوضات الإلكترونية عبر وسائل الإتصال الحديثة وبالتالي تتميز بانعدام الحضور المادي للأطراف، كما لا يوجد مجلس حقيقي حيث يتم التفاوض عن بعد بوسائل اتصال حديثة[2].

3. الإقتصاد في التكلفة:

إن لجوء أطراف النزاع الى مراكز التسوية الإلكترونية وإختيار المفاوضات الإلكترونية كوسيلة لفض منازعات التجارة الدولية، لا يترتب عليه إنتقال أطراف النزاع من مكان لآخر وإنما تكون كافة المحاورات والمناقشات تجري عبر الشبكة العنكبوتية للاتصالات[3]، أين يكون أطراف النزاع على إتصال مباشر عبر كاميرات الفيديو المربوطة بالحاسوب، وهذا يؤدي بالنتيجة إلى تقليل نفقات التقاضي

---

[1] نشير إلى أنه و إن كان لطرفي النزاع الحرية المطلقة في التفاوض حول النقاط التي يرغبان في تناولها وحرية صياغة الاتفاق الذي ارتأياه، إلا أنهما مقيدان بمدة زمنية معينة ينهيان فيها مفاوضاتهما إيجابا أو سلبا وقد حددت بعض المراكز هذه المدة بثلاثين يوما، و يتم بإنقضائها إغلاق صفحة التفاوض الإلكتروني، أنظر: مهند عزمي أبو مغلي و محمد إبراهيم أبو الهيجاء، الوسائل الرقمية البديلة لفض المنازعات المدنية، المرجع السابق، ص 784.

[2] مها ناصيف جاسم، رشا عامر صادق، التفاوض الإلكتروني، مجلة مداد الآداب، الجامعة العراقية، بغداد، العدد 15، السنة 2018، ص 568.

[3] زياد خلف شداخ العنزي، المرجع السابق، ص24.

لحسم وتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مقارنة بإستخدام وسائل تسوية المنازعات التقليدية التي تتطلب الحضور المادي للأطراف، وانتقالهم من مكان لآخر مما يترتب عليه الزيادة في النفقات[1].

البند الثاني: أنواع المفاوضات الإلكترونية و كيفية إداراتها

توصلنا إلى أن المفاوضات الإلكترونية تعتبر من أهم الآليات المستخدمة لتسوية المنازعات الإلكترونية، و هذا التفاوض يتم من خلال التقاء أطراف النزاع عبر شبكة الانترنت دون الحضور المادي، وفي هذا تنقسم المفاوضات إلى نوعين رئيسين، كما تتطلب إجراءات لإدارتها على الوجه الذي يكفل فاعليتها، وذلك كما يلي:

أولا: أنواع المفاوضات الإلكترونية

تنقسم المفاوضات الإلكترونية إلى نوعين رئيسيين: النوع الأول، وهو تفاوض يتم بين طرفي النزاع على الأنترنت مع تدخل برامج الكمبيوتر والمعدة سلفا من قبل مراكز التسوية الإلكترونية من أجل الوصول إلى تسوية معينة، و هذا ما يسمى بالمفاوضات بمساعدة مراكز التسوية أما النوع الثاني، وهو التفاوض بمساعدة برامج الكمبيوتر دون تدخل من مراكز التسوية الإلكترونية في التوصل إلى حل معين، و يسمى بالمفاوضات بمساعدة الكمبيوتر[2].

1- المفاوضات الآلية:

التفاوض الآلي و هو: "طريقة حل النزاعات التي ترتكز على البحث عن مصالحة خارج القضاء، بدون تدخل شخص ثالث عبر عروض رقمية متتالية و مقابلة"[3]، حيث يكون هذا النوع من التفاوض باستخدام برامج خاصة تقدمها مراكز التسوية الإلكترونية من أجل الوصول إلى تسوية معينة للنزاع دون تدخل أي طرف آخر بينهم، إذ يتم التحاور و المناقشة بين أطراف النزاع من قبل هذه البرامج من خلال التسوية التي تقدمها مراكز التسوية الإلكترونية[1].

---

[1] علاء عبد الأمير موسى، المرجع السابق، ص 523.

[2] خالد عبد الله محسن صوارخون، التفاوض الإلكتروني كأحد وسائل فض المنازعات في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسراء، الأردن، السنة الجامعية:2020/2019، ص 47.

[3] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 486.

[1] محمد ابراهيم ابو الهيجاء، الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات، المفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 12.

و كمثال عن هذا النوع من المفاوضات فإن مركز (Syber Settle)[1]، و الذي يعد من أول الجهات التي استخدمت هذا النوع من التفاوض.

2- المفاوضات بمساعدة الكمبيوتر:

يختلف بمساعدة الكمبيوتر عن التفاوض الآلي، حيث يجري التفاوض بمساعدة الكمبيوتر مباشرة على شبكة الانترنت دون أن يستخدم أطراف النزاع أي برنامج خاص لتسوية نزاعهم في عقود التجارة الدولية، إذ يكون الحاسوب مجرد وسيلة إتصال بين أطراف النزاع للتحاور و تبادل الآراء والمناقشة من أجل التوصل لتسوية معينة[2].

حيث تتم المفاوضات بمساعدة الكمبيوتر أما بالتحدث مباشرة على الانترنت باستخدام وسائل الاتصال الحديثة عن طريق كاميرات الفيديو المربوطة بجهاز الحاسوب، أو تبادل الرسائل والملفات على البريد الإلكتروني لكل من أطراف النزاع[3].

و هنالك الكثير من المراكز الإلكترونية التي تنظم هذا النوع من المفاوضات، ولعل أشهر المراكز الإلكترونية وأكثرها تطورا وشهرة في تسوية المنازعات التجارية الإلكترونية عن طريق المفاوضات الإلكترونية هو مركز (Square Trade)، الذي يتولى إدارة النزاعات المتعلقة بالمتجر الافتراضي E-Bay حيث يتولى إدارة 800000 نزاع في السنة، مع العلم أنه يقدم هذه الوسيلة دون مقابل مادي يدفعه أي من الطرفين[4].

و في إطار المفاضلة بين هاذان النوعان من المفاوضات فإن المفاوضات الإلكترونية بإستخدام الكمبيوتر تتميز بسهولتها وبساطتها ومجانيتها، فضلا على أن عدد المنازعات التي تتم حلها عن طريق الكمبيوتر كبير جدا بالمقارنة بغيرها من وسائل التسوية الإلكترونية الأخرى، و هي بذلك النوع المناسب لفض منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية[1].

---

[1] العنوان الإلكتروني للمركز يكون عبر الموقع الإلكتروني التالي: http://www.cybersettle.com/.

[2] Thomas Schultz, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Dirk Langer, Vincent Bonnet , Op. cit, p 17.

[3] علاء عبد الأمير موسى، المرجع السابق، ص 528.

[4] ليندة بومعراف، المرجع السابق، 365.

[1] لمزيد من التفصيل حول المفاضلة بين أنواع المفاوضات الإلكترونية، أنظر: عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 493 و ما بعدها.

و الجدير بالذكر أنه سواء تم التفاوض آليا أو عن طريق مساعدة الكمبيوتر فإن للأطراف دائما أو لأحدهما حق رفض التسوية التي يصل إليها الكمبيوتر في التفاوض الآلي، أو التي يطرحها الطرف الآخر في التفاوض بمساعدة الكمبيوتر، فالمفاوضات تتميز بصفة عامة بالطابع الغير ملزم لها، و يتوقف نجاحها دائما على قبول الطرفين معا للمشروع المقترح للتسوية.

ثانيا: إدارة المفاوضات الإلكترونية

لقد أوجدت مراكز التسوية الإلكترونية للمنازعات بواسطة المفاوضات الإلكترونية آليات معينة تتمكن من خلالها إدارة النزاع، و تحفظ المناقشات على أوعية إلكترونية تسمى السجلات الإلكترونية[1].

حيث تجري عملية التفاوض الإلكتروني بين أطراف النزاع من خلال الاتصال فيما بينهم عن طريق الهاتف أو من خلال صفحات تابعة لموقع فض المنازعات الإلكترونية، إذ يقوم المركز بتزويد أطراف النزاع باسم مرور (Password) يسمح له بالدخول لصفحة النزاع المعدّة من قبل المركز، من أجل التفاوض على موضوع النزاع والذي يكون موضوعه عقد متعلق بالتجارة الدولية والوصول إلى اتفاق معين، دون أن يكون للمركز أي تدخل في حسم النزاع سواء توصلا لحل النزاع أم فشلا في ذلك[2].

و في هذا الإطار يمكن تعريف إدارة المفاوضات الإلكترونية التي تجري عن طريق المراكز الإلكترونية بأنها: "عبارة عن أنظمة و برامج إلكترونية متوفرة على موقع مراكز التسوية، يستخدمها أطراف النزاع بتبادل الطلبات و المستندات و حفظها من خلال صفحة خاصة مزودة برقم سري، دون أن يكون للمركز أي دور في تسوية النزاع"[3].

إن إدارة النزاع إلكترونيا عن طريق مواقع مراكز التسوية الإلكترونية يكون من خلال قيام هذه المراكز بتهيئة صفحات خاصة لأطراف النزاع مزودة بأرقام سرية، لا يمكن لغير أطراف النزاع الدخول اليها إذ يقوم أطراف النزاع بتبادل الآراء والمقترحات وحفظها والرجوع اليها عند الحاجة، و لا يتدخل

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص 378.

[2] محمد ابراهيم ابو الهيجاء، المرجع السابق، ص 20.

[3] حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 335.

مركز التسوية الإلكترونية بتسوية النزاع مطلقا سواء تم تسوية النزاع أم لا، وبذلك فإن أطراف النزاع بإمكانهم التواصل فيما بينهم ماديا، و هذا يختلف عن قيام مراكز التسوية الإلكترونية بتسوية النزاع عن طريق المفاوضات الإلكترونية، إذ يقوم المركز بالتواصل بين أطراف النزاع ودراسة المقترحات والآراء والتوصل الى قرار معين، وفي حالة موافقة أطراف النزاع على هذه التسوية يكون قد تم تسوية النزاع إلكترونيا، وعن طريق المفاوضات الإلكترونية دون حاجة للحضور المادي للأطراف النزاع[1].

في حقيقة الأمر إن إجراءات المفاوضات الإلكترونية التي تقوم بها مراكز التسوية الإلكترونية هي ميزة تشمل كافة وسائل تسوية المنازعات الإلكترونية، و ليست قاصرة لوحدها على المفاوضات الإلكترونية، و على الرغم من ذلك سنقوم بتقييم دور هذه الآلية في تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني و هو بصدد منازعاته التجارية الإلكترونية ذات الطابع الدولي.

البند الثالث: تقييم دور المفاوضات الإلكترونية في حماية المستهلك الإلكتروني

بعد تعرفنا على مفهوم المفاوضات كآلية لتسوية المنازعات عبر شبكة الانترنت والأنواع التي تتم بها و كيفية إدارتها، يصح التساؤل عن دور هذه الوسيلة كآلية بديلة لتسوية المنازعات التجارية في حماية المستهلك الإلكتروني؟

في الحقيقة إن المفاوضات الإلكترونية المبتكرة من قبل مراكز التسوية عبر شبكة الأنترنت، كوسيلة لفض النزاعات التجارية عن بعد لقيت نجاحا واسعا و إقبالا هائلا من قبل المتنازعين، لما لمسوه من فاعلية في تسوية منازعاتهم مع المحافظة على علاقاتهم الودية في نفس الوقت[2].

و عند النظر إلى المفاوضات الإلكترونية كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك الإلكترونية، يمكن القول بنوعيها – الآلي و الجاري عبر الأنترنت تمثل وسيلة مفيدة لتسوية وحسم عدد كبير من المنازعات، خاصة تلك التي تكون قيمتها المادية ضئيلة وبالذات منها منازعات عقود الإستهلاك الإلكتروني و هو ما يصب في صالح المستهلك، ذلك أنه و مع المميزات التي توفرها المفاوضات بإستخدام الوسائل الإلكترونية من سهولة اللجوء إليها و قلة تكاليفها، و سرعة حسم

---

[1] علاء عبد الأمير موسى، المرجع السابق، ص 523.

[2] مليكة جامع، المرجع السابق، ص 267.

النزاع من خلالها، نجد أنها وسيلة تصلح لحسم عدد كبير من النزاعات التي لا تستوجب لجوء أطرافها إلى وسائل تقاضي الأكثر تعقيدا وتكلفة، بسبب قلة أو ضآلة قيتمها[1].

و على الرغم من هذه الميزات نعتقد بأن أهم سلبية في المفاوضات الإلكترونية كوسيلة لحل المنازعات هي أن الأطراف المتفاوضة تضع في حساباتها منذ بدئ عملية التفاوض، أنها ليست ملزمة بحل النزاع عبر هذه الوسيلة، لذلك يشير الواقع العملي إلى أن كل طرف يضع في ذهنه – عند التفاوض ــ إعتبارات معينة ويتبع أسلوبا محددا للوصول إليها في المفاوضات، و هو ما لا يتماشى مع الحماية المنشودة للمستهلك كطرف ضعيف في المعاملات التجارية الإلكترونية[2].

يبقى أن نشير في النهاية إلى أن هناك عوامل قوة كبيرة في المفاوضات الإلكترونية بصفة عامة إلا أن هناك دائما معوقات تؤدي إلى التقليل من فعالية هذه الآلية، و لعل أهم هذه المعوقات هو ترك الأطراف يتناقشون وحدهم، و دون وجود طرف ثالث محايد يدرك المركز القانوني للمستهلك كطرف ضعيف بحاجة إلى الحماية، حتى في إعمال هكذا وسائل لتسوية المنازعات الإلكترونية، و محاولة إقناع المورد بالتسوية التي تصب في صالح المستهلك الإلكتروني و دون الإخلال بحقوق المورد الضرورية[3].

و عليه فالمفاوضات الإلكترونية و الرغم من الأهمية و الخصائص التي تعنى بها، إلا الإشكالات التي تواجه إعمال هذه الوسيلة في العالم الإفتراضي، و تطبيقها العشوائي الذي لا يراعي ضعف المستهلك تجعل منها آلية ليس لها القدرة في تحقيق الحماية الكافية للمستهلك الإلكتروني.

في الختام نخلص بأن كل من الوساطة و المفاوضات الإلكترونيين كآليات لفض المنازعات تتلائم لحد بعيد مع منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية، والتي تعد ضئيلة القيمة مقارنة مع المنازعات التي تثور في البيئة الإلكترونية، إلا أن عدم تحقيقهم للعدالة المتوخاة والحماية الكافية للمستهلك الإلكتروني

[1] Thomas Schultz, Réguler Le Commerce Electronique Par La Résolution Des Litiges En Ligne, Op,.Cit, p 182.

[2] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 500.

[3] حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 82.

صوبت الإتجاه نحو آلية التحكيم الإلكتروني كوسيلة ملائمة لتحقيق هذه الحماية للمستهلك الإلكتروني.

المبحث الثاني

حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إختصاص نظام التحكيم الإلكتروني

يعد التحكيم الإلكتروني واحد من أهم الوسائل البديلة لفض المنازعات التجارية، ولأهمية هذا النظام إتجه التفكير لإمكانية إعماله بهدف تحقيق الحماية القانونية اللازمة للمستهلك الإلكتروني بمناسبة منازعاته التجارية، و ذلك بالنظر إلى المزايا التي يتمتع بها و بإعتباره أكثر الآليات موائمة لمعطيات العولمة و فض منازعات التجارة الإلكترونية[1].

و على هذا الأساس فقد تم التوجه نحو إخضاع منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية بدورها لهذا النظام، و هو ما يدفعنا للبحث عن ما يحققه من حماية للمستهلك الإلكتروني في منازعاته الدولية، من أجل ذلك قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أساسين على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية التحكيم الإلكتروني.

المطلب الثاني: التحكيم الإلكتروني كآلية ملائمة لحماية المستهلك الإلكتروني.

المطلب الأول

ماهية التحكيم الإلكتروني

أدى الإنتشار المتسارع في حجم التجارة الالكترونية إلى الزيادة في معدل المنازعات الناشئة عنها، مما تطلب البحث عن طرق جديدة لفض منازعاتها بطريقة إلكترونية تتفق مع طبيعة تلك المعاملات، في هذا الصدد أعتبر التحكيم الإلكتروني كمبدأ جديد في الإختصاص القضائي الدولي له من الفاعلية في فض المنازعات الدولية الخاصة[1].

---

[1] كريم بوديسة، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية:2013/2012، ص 07.

[1] سلطان عبد الله محمود الجواري، التحكيم الإلكتروني في المنازعات الخاصة الدولية، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، العراق، المجلد17، العدد 03، نوفمبر 2021، ص 158.

و لبحث ما هية نظام التحكيم الإلكتروني سنتطرق إلى بيان مفهومه في (الفرع الأول)، ثم نظامه القانوني في (الفرع الثاني)، و ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم التحكيم الإلكتروني

يعتبر التحكيم الإلكتروني من المفاهيم الحديثة في علم القانون والذي أستحدث نتيجة التطور العلمي في مجالات وسائل الإتصال الحديثة و تقنية المعلومات[1]، و لم كان هذا النظام تجتمع فيه كافة المتطلبات اللازمة لتناغم مع معاملات التجارة الإلكترونية فقد أعتبر من الآليات المثلى التي تساهم في تسوية المنازعات الإستهلاكية الدولية[2].

و لغرض تحديد مفهوم التحكيم الإلكتروني سوف نتعرض إلى تعريفه ثم طبيعته القانونية، ثم فعاليته كنظام لفض المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية، و ذلك كما يلي:

البند الأول: تعريف التحكيم الإلكتروني

التحكيم التجاري بصفة عامة هو أحد وسائل الفصل في المنازعات القائمة بين الأطراف المعنية بواسطة شخص من الغير بعيدا عن قضاء الدولة، إلا أن ما يميز التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي هو استخدامه لوسائل الإتصال الحديثة التي تعتمد على تقنية المعلومات و الإتصالات و على وجه خاص شبكة الأنترنت[3]، حيث أصبح هذا النوع من التحكيم في السنوات الأخيرة حقيقة لا يمكن تجاهلها، و هو ما يكشف عنه عدد القضايا التي يتم الفصل فيها من خلال مراكز التحكيم الإلكتروني المنتشرة على صفحات الأنترنت[1].

[1] أحمد السيد البهي الشوبري، إبرام إتفاق التحكيم الإلكتروني، حولية كلية الدراسات الإسلامية و العربية، جامعة الأزهر، الإسكندرية، المجلد 33، العدد 04، السنة 2017، ص 807.

[2] شنيار سردار حمه أمين، التحكيم الإلكتروني في عقود الإستثمار، دراسة مقارنة في القانونيين المصري و العراقي مع التطبيق على إقليم كوردستان، قسم القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، السنة الجامعية: 2019/2018، ص 7.

[3] سامية يتوجي، التحكيم الدولي، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي: https://e-law.yoo7.com/t778-topic، تم الإطلاع عليه يوم: 2021/11/10، على الساعة 16:00 مساءا.

[1] رشا علي الدين، النظام القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني، دراسة على ضوء تنازع القوانين، مجلة البحوث القانونية و الإقتصادية، جامعة المنصورة، المجلد 04، العدد 02، السنة 2014، ص 921.

حيث يعرف التحكيم الإلكتروني كآلية لفض منازعات التجارة الإلكترونية بأنه: "إتفاق يلتزم بمقتضاه الأطراف في إخضاع النزاعات التي قد تنشأ بينهم من علاقات تجارية إلكترونية إلى التحكيم الإلكتروني"[1]، كما يعرف على أنه: "التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الأنترنت، وفق قواعد خاصة دون الحاجة إلى إلتقاء أطراف النزاع في مكان معين"[2]، و يعرف كذلك بأنه: "إتفاق أطراف علاقة قانونية لإخضاع المنازعة التي نشأت أو ستنشأ مستقبلا من علاقة تجارية أو غيرها، إلكترونية كانت أو عادية إلى جهة أخرى غير القضاء، للفصل فيها بإجراءات إلكترونية وإصدار حكم ملزم لها"[3].

و مع بروز دور التحكيم الإلكتروني في فض منازعات التجارة الدولية ثار التساؤل التالي: هل أن التحكيم الإلكتروني يشكل تطورا للتحكيم التقليدي أم هو بديلا عنه؟

ذهبت بعض الآراء (الإتجاه الموسع) إلى التقرير بأن التطور التكنولوجي تبعه تطور في كل شيء، مثل الرسائل التي أصبحت إلكترونية و لا تحتاج إلى أوراق أو إستخدام الفاكس أو البريد، بينما يرى البعض الآخر (الإتجاه الضيق) بأنه لا يمكن تصور التحكيم بدون المتطلبات التقليدية مثل الكتابة على الورق، الاجتماعات المادية، في حين ذهب إتجاه ثالث بأن التحكيم التقليدي لا يجب أن يأخذ قالبا إلكترونيا كما أن البيئة الإلكترونية لا يجب أن تستخدم التحكيم التقليدي[4].

و بين هذا و ذاك يرى البعض أنه لا يمكن إنكار دور قواعد ومبادئ التحكيم التقليدي في المساهمة في بزوغ التحكيم الالكتروني، إلا أنه في نفس الوقت لا يجب إغفال وجود قواعد و أعراف جديدة شكلت نوعا من الاستقلالية لهذا النوع الجديد من التحكيم، و ينبغي دراستها كنوع مستقل

---

[1] توجان فيصل الشريدة، ماهية و إجراءات التحكيم الإلكتروني، التحكيم عبر الأنترنت كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، دبي، المنعقد أيام: من 28 إلى 30 أفريل 2008، ص 1091.

[2] أنيسة حمادوش، خصوصية التحكيم الإلكتروني في حل المنازعات التجارية الإلكترونية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، العدد 48، ديسمبر 2017، ص 230.

[3] Naimi Charbonnier, La Formation et L'exécution Du Contrat Electronique, Thèse Pour Obtenir Le Doctorat en Droit, Université Pontheon Assas, Paris, 2003, P.238

[4] نصير معتصم سويلم، مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الإلكتروني، مقال منشور في www.arablawinfo.com: ، تم الإطلاع عليه يوم: 2021/04/28 على الساعة 10:00 صباحا.

من أنواع الحلول البديلة للمنازعات فقد نشأ التعاقد عبر الانترنت قبل صدور القوانين المنظمة للتحكيم الالكتروني[1].

و بالتالي يمكن القول بأن التحكيم الإلكتروني هو في الأساس التحكيم التقليدي، بينما يكتسب التحكيم صفة الإلكترونية من الطريقة التي يتم بها[2].

و لما كانت الوسيلة الإلكترونية هي الطابع المميز للتحكيم الإلكتروني، فقد إنقسم الفقه حول مدى إعتبار كل تحكيم يستعين بالوسيلة الإلكترونية تحكيما إلكترونيا إلى فريقين: فريق يرى أن التحكيم يعد إلكترونيا سواء تم في كل مراحله عبر وسائل إلكترونية أو في بعض مراحله فقط[3]، أما الفريق الآخر يرى عدم إمكانية إضفاء خاصية الإلكترونية على التحكيم إلا إذا استخدمت الوسيلة الإلكترونية في كل مراحله، بداية من إتفاقية التحكيم إلى غاية صدور حكم فاصل في النزاع[4]، و يبدو من هذا الانقسام أن الفريق الثاني أقرب للصواب من الفريق الأول لأن التحكيم الإلكتروني وسيلة تحكيمية دخلت فيها الوسائل التقنية كبديل لاجتماع المحكمين و أطراف النزاع[5].

و من ما سبق يتبين لنا بأن التحكيم الإلكتروني يتميز عن غيره بإستخدام شبكة الأنترنت و وسائل الإتصال الحديثة، حيث ظهر كآلية مطورة عن التحكيم التقليدي تلاءم خصوصية تعاملات التعاقد التجاري الإلكتروني، حيث تنبع أهميته من حاجتنا الماسة إليه كنظام حديث يمكن اللجوء إليه خصوصا في المنازعات التي يكون المستهلك الإلكتروني طرفا فيها.

و عليه فالتحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا من خلال الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الإفتراضي.

---

1 عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 41.

2 تجدر الإشارة إلى أن تسميات التحكيم الالكتروني تعددت رغم وحدة دلالتها، و نذكر منها: التحكيم الإفتراضي، أو التحكيم عبر الأنترنت، أو التحكيم على الخط، أو التحكيم الشبكي، حيث ظهر هذا التحكيم كصورة متطورة من الأسلوب التقليدي فإن ذات التعريفات تمتد لتشمله، مع إضافة طفيفة تكمن في تعويل الأسلوب الجديد على الوسيلة الإلكترونية، أنظر: معتز سيد محمد أحمد عفيفي، المرجع السابق، ص 116.

3 مصلح أحمد الطراونة، نور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، الجامعة السورية، الجمهورية العربية السورية، العدد 01، السنة 2003، ص 222.

4 محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 93.

5 حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 15.

البند الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم الإلكتروني

لم يختلف الفقه حول تعريف التحكيم الإلكتروني فحسب بل إمتد الخلاف إلى تحديد الطبيعة القانونية له، فالبعض يذهب إلى أنه ذو طبيعة تعاقدية، في حين ذهب آخرون إلى أنه ذو طبيعة قضائية، و بين هذان الرأيين ذهب البعض إلى أنه ذو طبيعة مختلطة أو مستقلة، في حين يجزم البعض على أنه نظام ذو طبيعة خاصة مستقلة، و هو ما سنوضحه من خلال التطرق لهذه الآراء التالية:

أولا: التحكيم الإلكتروني ذو طبيعة تعاقدية

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم الإلكتروني ذو طبيعة عقدية، و بالتالي فهو بمثابة عقد رضائي ملزم لجانبين و من عقود المعاوضة لأنه يقوم على أساسا على إرادة الأطراف الحرة، حيث يؤخذ على هذه النظرية أنها منحت الدور الأساسي و الوحيد لإرادة الأطراف وحدها و بالغت في منحها هذا الدور، كما أن الإرادة في التحكيم الإلكتروني يتقلص دورها عند لجوء أطراف النزاع إلى الهيئات التحكيمية، حيث أن نفس هذه الإرادة تلعب دورا مهما في اللجوء إلى القضاء[1].

ثانيا: التحكيم الإلكتروني ذو طبيعة قضائية

يرى أنصار هذا النظرية على أن التحكيم الإلكتروني ذو طابع القضائي، وذلك على اعتبار أن التحكيم هو قضاء إجباري ملزم للخصوم حتى و لو كان منشأه إتفاق الأطراف، وأن التملص منه لا يجدي حيث لا يحل محل قضاء الدولة الإجباري فالمحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها، مما يجعل الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم، و عليه فالتحكيم الإلكتروني ليس إلا عملا من أعمال القضاء[2].

ثالثا: التحكيم الإلكتروني ذو طبيعة مختلطة

إتخذ أنصار هذه النظرية موقفا وسطا بين النظريتين السابقتين، فيرون التحكيم عموما بأن له طبيعة مختلطة حيث تتعاقب عليه صفتان: الأولى، هي الصفة التعاقدية و هو العمل الإرادي والثانية،

[1] أحمد محمد فتحي الخولي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 119.
[2] إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 31.

و هي الصفة القضائية بالنظر إلى أنه حكم صادر عن هيئة التحكيم يلزم أطراف التحكيم بقوة تختلف عن القوة الملزمة للعقد[1].

وعليه فالتحكيم وفق هذا الإتجاه يتمتع بطابع مزدوج عقدي وقضائي، و على الرغم من أن هذه النظرية حاولت التقريب بين النظريتين السابقتين، إلا أنها جانبها الصواب كونها وضعت حدا زمنيا فاصلا بين الطابع التعاقدي و الطابع القضائي للتحكيم بالرغم من أنهما يسيران معا و لا ينفصلان[2].

رابعا: التحكيم الإلكتروني ذو طبيعة مستقلة

يعد التحكيم وفقا لهذا الإتجاه أداة قانونية لحل النزاعات تختلف عن العقد و القضاء، وهو يرمي كنظام إلى تحقيق العدالة بطرق مختلفة عن القضاء[3]، و يستدلون على ذلك أن أحيانا يتم تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني عن طريق مراكز التحكيم الإلكترونية الدائمة و ليس من قبل الأطراف[4].

و مما نرجحه من السياق الوارد ذكره بأن التحكيم الإلكتروني له طبيعة خاصة و ذاتية مستقلة تميزه على غيره من تفسيرات العقود و كذلك عن أحكام القضاء، وإنما يجب أن يفسر بالطبيعة الخاصة له كآلية إلكترونية لتسوية النزاعات التجارية الدولية.

البند الثالث: فاعلية التحكيم الإلكتروني

يتمتع التحكيم الإلكتروني كنظام قانوني بجملة من المزايا والخصائص التي ينفرد بها عن غيره من الأنظمة القانونية الأخرى، و بذات الوقت يواجه هذا النظام مجموعة من المخاطر يلزم تجنبها قدر

---

1 لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و القوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 23.

2 محمد مأمون سليمان، التحكيم الإلكتروني، التجارة الإلكترونية، اتفاق التحكيم، عملية التحكيم، حكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 73.

3 عمرو محمد المارية، مشكلات المسؤولية المدنية في نطاق التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 86.

4 Gail A. Lasprogata, Virtual Arbitration, Contract Law And Alternate Dispute Resolution Meet in Cyberspace, Journal of Legal Studies Education, Volume19, Issue 1, December 2001, p 22.

الإمكان خاصة في مواجهة المستهلك الإلكتروني، وعلى هذا الأساس سنتعرض لمزايا التحكيم الإلكتروني و مخاطره، و ذلك على النحو التالي:

أولا: مزايا التحكيم الإلكتروني

يحتوي التحكيم الإلكتروني على العديد من المزايا التي تشكل سببا يجعل الأطراف يلجأون إليه، و من أبرز هذه المزايا الخصائص التالية:

1- سرعة الفصل في النزاع:

لعل من أهم المزايا على الإطلاق التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني، والتي تجعل أطراف النزاع يتركون أي طريق آخر لفض المنازعات و يلجؤون إليه هو السرعة في الفصل في المنازعات[1]، فعوض اللجوء إلى القضاء الذي يتسم بطول الإجراءات و تعقيدها وتكديسه للقضايا خاصة مع ازدياد منازعات عقود التجارة الإلكترونية، فيكون التوجه نحو التحكيم الإلكتروني[2]

2- إنخفاض تكاليف و نفقات التقاضي:

يتميز التحكيم الإلكتروني بإنخفاظ التكاليف وقلة النفقات المرتبطة بعملية التحكيم، حيث لا يحتاج أي من المحتكمين و لا الشهود و لا المحكمين إلى التنقل من دولة إلى أخرى، و بالتالي يمكن توفير مصاريف الإقامة و السفر، فضلا عن ذلك يوفر نفقات تبادل المستندات و المذكرات ونفقات الإستعانة بالخبرة في موضوع النزاع[3]، و هو ما يتناسب مع حجم العقود الدولية الإلكترونية المبرمة كعقود الإستهلاك التي لا تكون في الغالب الأعم ليست كبيرة بل متواضعة.

3- تجاوز مسألة الإختصاص القضائي و تنازع القوانين:

يعد اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني الحل المناسب لتجاوز مشكلة تنازع الإختصاص التشريعي و القضائي في منازعات التجارة الإلكترونية، لتمتع أطراف النزاع بحرية إختيار المحكم الكفء و

---

[1] Richard Michael Victoria, Internet Dispute Resolution, Bringing Adr into the 21 st Century, Pepperdine Dispute Resolution, Law Journal, Pepperdine University, School of Law, 2001, p 289.

[2] إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 37.

[3] كريم بوديسة، المرجع السابق، ص 22.

القانون الذي سيطبق في النزاع، و الأكثر من ذلك يجنب الأطراف مشكلة عدم مسايرة القانون و القضاء للمنازعة الإلكترونية[1].

4- الكفاءة في الإختصاص:

من مزايا التحكيم الإلكتروني أنه يخول عرض النزاع على أشخاص مختصين مؤهلين من ذوي الخبرة القانونية والفنية و الدراية في مجال التجارة الإلكترونية، و ذلك خلافا للقضاء الوطني الذي تعد العدالة فيه صماء لا ترى إلا من خلال المستندات و نصوص القانون، مما يعني أنها قد لا تتناسب مع ظروف الدعوى و لا تخدم مصلحة الخصوم[2].

و على الرغم من تفصيل المزايا السابق ذكرها لتحكيم الإلكتروني كوسيلة فعالة لفض النزاعات التجارية الدولية، إلا أن ذلك لا ينفي خلوه من بعض السلبيات أو المخاطر.

ثانيا: مخاطر التحكيم الإلكتروني

مخاطر التحكيم الإلكتروني في نطاق المعاملات التجارية الإلكترونية يمكن تصنيفها إلى قسمين: مخاطر عامة بالتجارة الإلكترونية، و أخرى خاصة بالمستهلك.

1- مخاطر التحكيم الإلكتروني العامة:

يمكن إجمال هذه المخاطر في النقاط التالية:

أ- الخشية من عدم سرية التحكيم:

أكثر ما يعاب على التحكيم الإلكتروني هو إمكانية اختراق سرية عملية التحكيم من قراصنة شبكة الأنترنت، و هذا ما يهدد سرية العملية التحكيمية برمتها على خلاف التحكيم التقليدي، و السبب في ذلك يعود إلى أن التحكيم الذي يتم عبر الأنترنت يهدد من الوسط الذي قد يشكل تهديدا لسرية التحكيم[1].

---

[1] أنيسة حمادوش، المرجع السابق، ص 232.

[2] بلال عبد المطلب بدوي، لمرجع السابق، ص 97.

[1] أحمد بوقرط، إتفاق التحكيم في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون مدني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد إبن باديس، مستغانم، السنة الجامعية:2019/2018، ص 26.

ب- عدم ملاءمة النظم القانونية الوطنية لنظام التحكيم الإلكتروني:

رغم التطور التشريعي الذي واكب التجارة على الصعيد الوطني إلا أنه مازال في حاجة لمزيد من التطور ليتناسب مع متطلبات عالم التجارة الإلكترونية، حيث يلاحظ ضعف النظم القانونية في تشريع هذه المعاملات الالكترونية في قوانينها، إضافة إلى جمود القواعد القانونية الموجودة في كثير من دول العالم المتعلقة بإجراءات التقاضي والتحكيم التقليدي من الاعتراف بإجراءات التحكيم بوسائل الكترونية[1]، كما يذهب البعض إلى أن الإعتماد على التحكيم الإلكتروني من شأنه أن يلغي روح القانون[2].

ت- عدم وجود آليات دولية موحدة تكفل تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني:

لا ريب أن من أهم المخاطر التي تواجه التحكيم الإلكتروني عدم وجود آليات دولية موحدة تكفل تنفيذ أحكامه، فعلى الرغم من الأهمية التي حظيت بها التجارة الإلكترونية على مختلف الأصعدة و الإعتراف الواسع بالمحررات الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني، إلا أن عملية التحكيم الإلكتروني لازالت تسير بشكل بطيء لعدم وجود قانون دولي موحد يكفل تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني بشكل نهائي[3].

2- مخاطر التحكيم الإلكتروني الخاصة بالمستهلك:

لعل بتواجد المستهلك كأحد أطراف النزاعات المراد فضها بالتحكيم الإلكتروني سيزيد الأمر تعقيد، لهذا وجب مواجهة هذا الأمر لتحقيق التحكيم الإلكتروني فاعليته، و يمكن إجمال هذه المخاطر في ما يلي:

---

[1] رانيا جعفر، فعالية التحكيم الإلكتروني في تسوية النزاعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية، مجلة القانون و الأعمال الدولية، جامعة الحسن الأول، المغرب، العدد 29، أوت 2020، ص 342.

[2] يقوم هذا الخطر على أساس أن التحكيم الإلكتروني من شأنه أن يلغي حقوق الدفاع في كثير من الأحيان، بتقليص الفرص المطلوبة في أن يستفيد الأطراف من الدفوع الإجرائية والموضوعية التي هي أساس مهنة المحاماة، كما تلغي حق أحد الأطراف المتنازعة في الاستفادة من المشاعر الإنسانية التي بطبعها العفو و التسامح و الظروف المخففة، أنظر: عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، المرجع السابق، ص 62.

[3] محمد عبد الله المومني، حكم التحكيم الإلكتروني، الحجية و التنفيذ، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2019، ص 382.

أ- عدم قبول المستهلك لشرط التحكيم قبولا واضحا و حرا:

من أهم الأخطار التي تخشاها جمعيات حماية المستهلك من إدراج شروط التحكيم في عقود الإستهلاك الإلكترونية، هي أن يكون قبول المستهلك لشرط التحكيم ناتجا عن عدم خبرة و جهله بحقوقه، لا سيما إذا كان إختيار هذا الشرط قبل حدوث النزاع، فقبول المستهلك التعاقد دون الوقوف على جزئيات الشروط المدرجة، و بصفة خاصة شرط التحكيم يجعله يقبل تسوية النزاع الذي قد يثور بينه وبين المورد بطريق التحكيم، و يحرمه من حق اللجوء إلى الهيئات القضائية[1].

ب- ارتفاع التكلفة التي يتطلبها التحكيم:

أحيانا التكلفة التي يتطلبها التحكيم لا تتلاءم مع الحاجات الملحة للمستهلكين، و هو ما يثبط عزيمة المستهلك و يجعله غير مقبل على التحكيم، إذ يلتزم في إطار هذه المسطرة بدفع نفقات التحكيم كنفقات تشكيل الهيئة التحكيمية والإستعانة بمحامي ليباشر الإجراءات، و تضاف تكلفة الطعن في المقرر التحكيمي[2].

ت- الخوف من عدم تطبيق المحكم للقواعد الآمرة:

تخشى جمعيات حماية المستهلك أن لا يقف الأمر عند حد إدراج شرط التحكيم في العقد بل يمتد ليشمل مرحلة الفصل في النزاع، حيث لا يقوم المحكم بتطبيق القواعد الآمرة و الحمائية المنصوص عنها في القانون الوطني للمستهلك بل يطبق القانون المختار، رغم ما قد يترتب عليه تطبيقه من أضرار للمستهلك[1]، و نتيجة ذلك فقد عارض الكثيرون اللجوء إلى التحكيم في عقود الإستهلاك، لأن حماية الطرف الضعيف تكون دائما من خلال القواعد الآمرة التي يضعها مشرعوا الدول لحماية طائفة خاصة أو مصالح جماعية[2].

---

[1] عادل أبو هشيمه محمود حسن حوته، المرجع السابق، ص 296.

[2] سلمى مبتكر، الوساطة و التحكيم في منازعات الاستهلاكية، أية حماية؟ مقال منشور على: https://www.droitetentreprise.com ، تمت الإطلاع عليه يوم: 2021/05/09، على الساعة: 10:00 صباحا.

[1] فاطمة الزهراء جندولي، المرجع السابق، ص 280.

[2] عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 60.

هـ- مسألة إنكار العدالة:

تخشى جمعيات حماية المستهلك أن يؤدي إتفاق الأطراف إلى خضوع جميع المنازعات التي تحدث بينهم (المستهلك- المورد) إلى التحكيم إلى إنكار العدالة، لاسيما أن وجود هذا الشرط قد يمنع المستهلك من اللجوء إلى للقضاء الوطني، دون ضمان أن يتم حل النزاع من خلال الطرق غير قضائية[1].

الحقيقة أنه و بالرغم من وجاهة هذه المخاطر عند إعمال التحكيم الالكتروني في مواجهة المستهلك الإلكتروني، يبقى أن نقول بأن التحكيم يعد من أهم وسائل تسوية منازعات التجارة الإلكترونية بما فيها منازعات عقود الإستهلاك، ذلك أن المحكم لا يهمل المصلحة العامة بل يأخذ في إعتباره القواعد الآمرة التي تنص عليها التشريعات الوطنية، كما قد يطبق قواعد تحقق مصالح أكبر من تلك التي ينص عليها التشريع الوطني في أحيان كثيرة.

و بعد أن تم تحديد مفهوم التحكيم الإلكتروني و الوقوف على أهم مميزاته و مخاطره، وجب التعرض للإطار القانوني له.

الفرع الثاني: الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني

التحكيم الإلكتروني شأنه شأن التحكيم التقليدي هو نظام قانوني له هياكله و إجراءاته و قواعده المحددة قانونا، و لكن برغم ذلك فهو نظام قضائي من حيث إجراءاته واتفاقي من حيث انعقاده، إذ بمقتضى إتفاق الأطراف يتقرر اللجوء إلى التحكيم و تتحدد إجراءاته، والقانون المختص بحكمه[1].

من أجل ذلك فإن تحليل النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني يقتضي منا بداية التعرف على مفهوم إتفاق التحكيم الإلكتروني ثم مضمون إتفاق التحكيم الإلكتروني، و ذلك كما يلي:

---

[1] أسامة إدريس بيد الله، التحكيم الالكتروني (ماهيته- إجراءاته)، بحث منشور على: http://iefpedia.com ، تم الإطلاع عليه يوم: 2021/05/06، على الساعة: 10.30 صباحا.

[1] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و القوانين المقارنة، المرجع السابق، ص 47.

البند الأول: مفهوم إتفاق التحكيم الإلكتروني

يشكل إتفاق الأطراف على مبدأ التحكيم نقطة البداية في نظام التحكيم، لأن بدون هذا الإتفاق لا تستطيع هذه الأطراف اللجوء إلى إحدى الهيئات التحكيمية الإلكترونية لمباشرة التحكيم[1].

و حتى نتمكن من فض منازعات العقود التجارية الدولية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا إلكترونيا بواسطة نظام التحكيم الإلكتروني، كان لابد من التعرض لتعريف إتفاقية التحكيم و صورها، ثم شروط صحة إتفاقية التحكيم.

أولا: تعريف إتفاقية التحكيم الإلكتروني و صورها

إتفاق التحكيم على حد تعبير البعض هو قلب التحكيم و قالبه، و أنه و التحكيم وجهان لشيء واحد، حيث تعددت تعريفات إتفاقية التحكيم التشريعية و القضائية و الفقهية، إلا أن جلها تقترب أو تتأثر من التعريف التي جاءت به إتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الإعتراف بأحكام التحكيم و تنفيذها[2]، حيث نصت المادة 1/2 من هذه الإتفاقية في تعريفها لإتفاق التحكيم على أنه: "الإتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة تجوز تسويتها عن طريق التحكيم"[1].

أما المشرع الجزائري فعرف إتفاقية التحكيم بالقول: "هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشؤه على التحكيم"[2]، فهو إتفاق يدخل في إطار القانون الخاص يهدف إلى إنشاء إلتزام على عاتق أطرافه بإحالة النزاع إلى التحكيم و التنازل إلى اللجوء إلى القضاء، فهو تصرف

[1] لم يحظى أي إتفاق من الاتفاقات الخاصة ـ في الآونة الأخيرة ـ بمثل ما حظي به إتفاق التحكيم من عناية و اهتمام، و لم يقتصر هذا الإهتمام على صعيد التشريعات الوطنية، بل تعداه إلى صعيد المعاهدات الدولية، و السبب الأساس وراء هذا الإهتمام وتلك العناية هو بلا شك أن إتفاق التحكيم هو المحرك الرئيس الذي يستند عليه هذا النظام القضائي الخاص، أنظر: حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 115.

[2] أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم، مفهومه، أركانه و شروطه، نطاقه، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 35.

[1] أنظر: المادة 1/2 من إتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الإعتراف بأحكام التحكيم و تنفيذها.

[2] أنظر: المادة 1011 من القانون 08-09 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

عقدي و يعد عملا قضائيا حيث يقوم المحكم بوظيفة القاضي الوطني[1]، أما بعض الفقه فقد عرفها على أنها: "مصدر إتفاقي يجعل محاكم الدولة غير مختصة بنظر النزاع، و هو الذي يمنح المحكم سلطة الفصل فيه بقرار ملزم "[2].

إلا أن هذه التعريفات تختلف مفاهيمها في ظل ثورة الإتصالات الإلكترونية حيث يمكننا تعريف إتفاق التحكيم الإلكتروني على أنه: "الإتفاقية التي بمقتضاها يتعهد أطراف المنازعة الإلكترونية بأن يتم الفصل في النزاع القائم بينهما أو المحتمل نشوؤه من خلال التحكيم"[3]، أو أنه: "قيام الأطراف بالاجتماع عبر وسائل الإتصال الحديثة للإتفاق على شرط التحكيم"، و عرفها البعض أيضا بأنها: "عبارة عن إتفاق الأطراف على التحكيم بطريقة إلكترونية لحسم المنازعات القائمة بينهم أو التي سوف تقوم بينهم و التي تتعلق بالمعاملات التجارية التي تتم بينهم إلكترونيا عبر شبكة الأنترنت الدولية"[4].

و عليه نخلص بأن جوهر إتفاقية التحكيم الإلكترونية لا يختلف عن جوهر إتفاقية التحكيم التقليدي، و ما يميزها عنها أن إبرامها و إجراءاتها تتم عبر وسيلة إلكترونية التي تضفي على ذلك الإتفاق الصفة الإلكترونية.

غير أن اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني و إن كان يتم عن طريق إتفاق التحكيم إلا أن هذا الإتفاق يتخذ صور مختلفة، و تبعا لذلك سوف نتعرض لهذه الصور على النحو التالي:

1- شرط التحكيم:

يعرف شرط التحكيم على أنه: "بند يرد ضمن بنود أخرى في عقد معين يتفق بمقتضاه أطرافه على عرض ما ينشأ بينهم من منازعات على محكم أو أكثر يختارونه للحكم فيها بدلا من المحكمة

---

[1] محمد إبراهيم موسى، التحكيم الإلكتروني، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي: http://ledroitpourtous.blogspot.com/، تم الإطلاع عليه يوم:01 ماي 2022، على الساعة 20:00 مساء.

[2] يوسف حسن يوسف، التحكيم الدولي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2002، ص 71.

[3] أمال حابت، التجارة الإلكترونية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية: 2015-2016، ص 17.

[4] أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 228.

المختصة"[1]، أو هو ذلك: " الشرط الذي يرد ضمن بنود علاقة قانونية معينة أو بنود عقد معين، و بمقتضى هذا الشرط يتفق أطراف العلاقة الأصلية قبل نشوب أي نزاع على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم"[2].

و كما يتحقق شرط التحكيم في العالم المادي فإنه يتحقق في العالم الإلكتروني، إذ أن الكثير من الشركات التجارية تدرج في عقودها التجارية التي تبرمها عبر شبكة الأنترنت شرط التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي يحتمل أن تنشأ بمناسبة تنفيذ تلك العقود، من خلال أحد المواقع التي تعرض خدمات التحكيم الإلكتروني[3].

2- مشارطة التحكيم:

يقصد بمشارطة التحكيم: "الإتفاق الذي يبرمه الأطراف منفصلا عن العقد الأصلي، وذلك للجوء إلى التحكيم في صدد نزاع قائم فعلا"[4].

و يتضح من التعريف السابق بأن مشارطة التحكيم هي عقد منفصل عن العقد الأصلي، و بالتالي ينبغي أن يتوافر لها أركان العقد التقليدية من أهلية و رضا و محل وسبب، وإذا تخلف أحد هذه الأركان أصبحت مشارطة التحكيم باطلة و جاز الطعن فيها بالبطلان.

و إذا كانت هذه المسائل تخص إتفاق التحكيم الذي يتم في العالم المادي فإنه تمتد حتما لتشمل العالم الإلكتروني حيث لا تختلف مشارطة التحكيم الإلكتروني عن مشارطة التحكيم التقليدي[1].

---

[1] بلال عبد المطلب بدوي،، المرجع السابق، ص 112.

[2] خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم و أثره على فض المنازعات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 32.

[3] للإشارة فإن شرط التحكيم الإلكتروني بإعتباره شرطا كباقي الشروط التعاقدية الأخرى يواجه بعض الصعوبات في المعاملات الإلكترونية تعرقل الإعتراف به، خاصة إذا كان أحد طرفي العقد مستهلك، أنظر: حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 32.

[4] محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 101.

[1] عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة لقواعد جمعية التحكيم الأمريكية و تنظيم محكمة الفضاء في ضوء المبادئ العامة للتحكيم التقليدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 87.

3- التحكيم بالإحالة:

يعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم، و يمكن تعريف هذا النوع من أنواع إتفاق التحكيم بأنه: "إتفاق على التحكيم غير مدرج في العقد الذي يترجم إتفاق الأطراف والموقع عادة من قبلهم، و لكنه يوجد في وثائق أخرى مستقلة عن هذا العقد تحيل إليها إرادة الأطراف صراحة أو ضمنا على نحو يؤدي إلى إدماج هذه الوثائق في العقد ذاته"[1].

و على أي حال فإن شرط التحكيم بالإحالة لم يرد عليه نص صريح في القوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية، و لكن نلمس أساسه القانوني خاصة من خلال المادة 5 من قانون الأونسيترال الخاص بالتجارة الإلكترونية، أين أجازت هذا الشرط في العقود الإلكترونية، كما أن التوسع في المواد القانونية المتعلقة بالتحكيم الإلكتروني يؤدي إلى الإعتراف به[2].

نخلص إلى أن صور إتفاق التحكيم الإلكتروني لا تخرج من الصور الثلاث المتعلقة بالتحكيم التقليدي، و هي جميعها تصلح لفض منازعات المعاملات التجارية، أما في نطاق تسوية منازعات عقود المستهلك الإلكترونية ذات الطابع الدولي فإنه لا يمكن الجزم بصلاحيتها، إلا من خلال دراسة قابلية الإتفاق على التحكيم الإلكتروني في نطاق عقود الإستهلاك الإلكترونية.

ثانيا: شروط إتفاق التحكيم الإلكتروني

لا يخرج إتفاق التحكيم تقليديا كان أم إلكترونيا على أنه عقد ملزم لجانبين موضوعه هو إتفاق موقعيه على تسوية المنازعات التي تنشأ بينهم عن طريق التحكيم، فهو لا يخرج عن كونه عقد يخضع للقواعد العامة في هذا الشأن ومن ثم يتطلب توافر ذات الشروط الموضوعية و الشكلية لأي عقد

---

[1] حفيظة السيد الحداد، شرط التحكيم بالإشارة بين منهج تنازع القوانين و منهج القوانين المادية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، العدد 01، السنة 1995، ص 02.

[2] لقد لقي هذا الشرط معارضة شديدة من الفقه في نطاق المعاملات الإلكترونية، لكونه يثير الكثير من الإشكالات خاصة فيما يتعلق بتوافر الرضا الحقيقي للأطراف و لانعدام الدليل المكتوب، أنظر: يوسف عبد الكريم محمد الجرارة، المرجع السابق، ص 453.

للقول بصحته، بالإضافة إلى وجوب توافر بعض الشروط الخاصة التي تفرضها طبيعة التحكيم الإلكتروني بشكل خاص[1].

وعليه سوف نسعى لدراسة الشروط الواجب توافرها في إتفاق التحكيم الإلكتروني لإعماله، و التي يمكن تصنيفها إلى نوعين من الشروط: شروط موضوعية وأخرى شكلية، و ذلك على النحو التالي:

1- الشروط الموضوعية لإتفاق التحكيم الإلكتروني:

يتطلب لصحة إتفاق التحكيم الإلكتروني بكونه عقد ما يتطلبه أي عقد آخر من الشروط الموضوعية اللازمة بصفة عامة و التي تحددها النظرية العامة للعقود، ولكن لا يمكن لأحد أن ينكر الطبيعة الخاصة لإتفاق التحكيم الإلكتروني، بإعتباره يتم عبر وسائط إلكترونية ما يضفي عليه خصوصية و المتمثلة في شبكة الأنترنت في جميع مراحله[2]، الأمر الذي يطرح التساؤل حول مدى تأثير هذه الخاصية على شروطه الموضوعية؟ حيث يمكن إيجاز هذه الشروط في ما يلي:

أ- التراضي:

من الشروط الموضوعية المقررة لصحة إتفاق التحكيم الإلكترونية شرط التراضي، الذي يظهر في تجلي إرادة الأطراف المشتركة و رغبتهم في منح صلاحية الفصل في المنازعات التي نشبت أو التي سوف تنشب بينهم إلى محكمين متخصصين[1]، و لا شك أن بحث التراضي يختلف بحسب الصورة التي تأخذها إتفاقية التحكيم، حيث لا يختلف التراضي الإلكتروني عن التراضي التقليدي فلا ينعقد العقد الإلكتروني إلا بتوافر رضا طرفيه، و أن تكون إرادتهما متطابقة[2].

و لما كان إبرام إتفاق التحكيم الإلكتروني يتم عبر الوسيلة الإلكترونية وهي شبكة الأنترنت، فإن التعبير عن الإرادة يكون من خلال هذه الوسيلة حيث يتم توجيه الإيجاب من خلالها و تلقي

---

[1] Christian Gavalda, Claude Lucas de Leyssac, L’arbitrage, 1re ed, Dalloz, Litec, Paris, 1993, p 20.

[2] رشا علي الدين، النظام القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 974.

[1] سليمان أحمد الفضل، المرجع السابق، ص 330.

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، العقد و الإرادة المنفردة، دراسة مقارنة مع القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 102.

القبول عبرها، و لا يختلف الإيجاب و القبول الإلكتروني عن الإيجاب والقبول التقليدي إلا في الخصوصية التي يتمتع بها الإيجاب و القبول في التعاقد الإلكتروني[1].

ب- الأهلية:

الأهلية المطلوبة في إتفاق التحكيم هي أهلية التصرف، حيث أبدت التشريعات الوطنية وحدة كبيرة فيما يتعلق بأهلية الأطراف للجوء إلى التحكيم، فلم تقرر أي دولة شروطا خاصة بالأهلية اللازمة لإبرام إتفاق التحكيم الإلكتروني، و في كل الأحوال تطبق هنا القواعد العامة المتعلقة بأهلية الأشخاص الطبيعية والمعنوية لإبرام العقود بوجه عام[2]، و بسبب ما تثيره الأهلية في التعاقد الإلكتروني سعت التشريعات إلى رصد الوسائل الكافية لتجاوز ما ينجم عنها من إشكالات[3].

ت- المحل:

لا يخرج إتفاق التحكيم عن القواعد العامة التي تقضي بوجوب أن يكون لكل عقد محل يضاف إليه، و محل إتفاق التحكيم هو النزاع أو الخلاف الذي نشأ أو يمكن أن ينشأ بين الأطراف، و حتى يكون المحل شرطا من شروط إتفاق التحكيم لابد من توافر الشروط الخاصة به[1].

حيث ينبغي أن يتوافر في هذا المحل شرط القابلية للتحكيم، كما يشترط أن يكون النزاع موضوع إتفاق التحكيم الإلكتروني ناشئ عن علاقة قانونية محددة سواء عقدية أو غير عقدية، كما يجب أن لا يكون مخالفا للنظام العام و الآداب العامة و إلا كان باطلا[2].

و تجدر الإشارة بأن القيود المنصوص عليها في قوانين حماية المستهلك تعد من أكثر القيود تأثيرا على المحل في التحكيم الإلكتروني، حيث تحضر النصوص المتعلقة بحماية المستهلك الإتفاق الذي يبرم

---

[1] Jeffery E. Wittmann, Electronic Contracts, Negotiation and Drafting Major Business Agreements Conference Federated Press October, united kingdom, 2007, P 5.

[2] خديجة بودالي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 03، جوان 2021، ص 560.

[3] لمنع حدوث ذلك يتم التحقق من هوية أطراف الإتفاق عن طريق شخص ثالث مهمته التأكيد على أن المتعامل الإلكتروني قد قدم بيانات دقيقة عن هويته الشخصية يطلق عيه اسم "مقدم خدمة التصديق "Certification Authority"، أنظر: آلاء يعقوب النعيمي، الاطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية و القانونية، جامعة الشارقة، المجلد 6، العدد 2، جوان 2009، ص1000.

[1] تنص المادة 2/1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: " لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم ".

[2] فاطمة الزهراء جندولي، المرجع السابق، ص 303.

بين التاجر و المستهلك بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهما أو النزاع الذي يثار بشأنه، علاوة على رغبة المشرع توفير الحماية القانونية للمستهلك لأن هذا الأخير يتعاقد مع تاجر محترف فيكون المستهلك بمركز تعاقدي ضعيف لعدم امتلاكه الخبرة الفنية التي يمتلكها التاجر[1].

ث- السبب:

إتفاق التحكيم كغيره من الاتفاقات يجب أن يتضمن ركن السبب وفق نفس الشروط التي حددها المشرع، و مفاد السبب في إتفاق التحكيم هو إتجاه إرادة الأطراف إلى إستبعاد طرح النزاع أمام القضاء، وتفويض الأمر بذلك إلى المحكمين، أم السبب في إتفاق التحكيم الإلكتروني فهو اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني كعدالة خاصة لما فيه من مميزات وإخراج النزاع من سلطة القضاء الوطني، و لا يتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون الذي يتعين تطبيقه لو طرح النزاع أمام القضاء [2].

و بعد أن تم تحديد الشروط الموضوعية اللازم توفرها لصحة إتفاقية التحكيم الإلكتروني، سنتطرق إلى الشروط الشكلية المتعلقة بها.

2- الشروط الشكلية:

تعتبر الرضائية مبدأ أساسيا في إبرام العقود بصفة عامة بما فيها إتفاق التحكيم الإلكتروني، ذلك أنه بمجرد إلتقاء الإرادتين الحرتين من إيجاب و قبول يتم إبرام العقد إلا أن القانون قد يتطلب كتابة العقد و توقيعه[1].

من هذا المنطلق فإنه يجب أن تتوافر في إتفاق التحكيم الإلكتروني شرطان أساسيان حتى ينتج آثاره القانونية الأول، أن يكون الإتفاق مكتوبا و الثاني، أن يكون موقعا عليه من قبل الأطراف وهذان الشرطان يتطلبان نوع من التحليل بحكم ما قد وضعته وسائل الإتصال الحديثة من خصوصية.

---

[1] حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الإستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 13.

[2] نور الدين بكلي، فعالية إتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2008/2007، ص 68.

[1] Philippe Fouchard et E. Gaiyard et B.Goldman, Traité de L'arbitrage Commercial International, Litec, Paris, 1996, p 209.

أ- الكتابة كشرط لإبرام إتفاق التحكيم الإلكتروني:

تشترط غالبية التشريعات الكتابة كشرط لصحة الإتفاق على التحكيم التقليدي، و هو ما نصت عليه أحكام المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في فقرتها الثانية بنصها على أنه: "يجب من حيث الشكل و تحت طائلة البطلان أن تبرم إتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة إتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة"[1].

و إذا كان شرط الكتابة لا يثور إلا بشأن إتفاق التحكيم التقليدي وفقا لتصور السابق فإن التساؤل يبقى مطروحا بالنسبة لمدى توافر الشكل الكتابي بالنسبة لإتفاق التحكيم الإلكتروني؟ خاصة في ظل عدم وجود نصوص قانونية تنظمه

و إذا كان الشكل المطلوب في إتفاق التحكيم الإلكتروني هو الكتابة الإلكترونية فإنه من الضروري التطرق إلى مفهومها، ثم البحث في مدى توفرها في إتفاق التحكيم الإلكتروني.

- مفهوم الكتابة الإلكترونية:

يتجسد المفهوم التقليدي للكتابة في: "مجموعة الأحرف والأرقام و الرموز والإشارات التي تدل على معنى معين و محدد، و تكون ثابتة على دعامة ورقية تحوي المعلومات المقصودة و الممهورة بتوقيع الأطراف"[1]، و مما لا شك فيه أن الأخذ بهذا التعريف سيؤدي إلى وضع ضلال كثيفة من الشك حول مشروعية إتفاق التحكيم الذي يتم عبر شبكات الإتصال الإلكتروني، لكن التطور التقني المستمر في وسائل الإتصال الحديثة أدى إلى ضرورة التوسع في المفهوم التقليدي للكتابة ليستوعب التطور في عصر ثورة المعلومات والإتصالات، و من ثم لا يوجد مانع من أن تكون الكتابة محررة على دعامة إلكترونية[2].

و تفاديا لهذا الإشكال و على غرار العديد من التشريعات المقارنة فقد إعتمد المشرع الجزائري على مبدأ التعادل الوظيفيL'équivalant Fonctionnel بين الكتابة في الشكل الإلكتروني و

---

[1] أنظر نص المادة 1040 الفقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[1] فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنت، المرجع السابق، ص 41.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 294.

الكتابة على الدعامة الورقية، و هذا ما يثبت من خلال نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري[1].

إلا أن الفقه و بمناسبة هذه المسألة أجمع على جملة من الشروط الواجب توافرها في الكتابة الإلكترونية حتى يمكن الإعتداد بها قانونا، فمتى توافرت فإنها تقوم بنفس الدور الذي تقوم به الكتابة التقليدية فيتحقق بذلك ما يسمى بالتعادل الوظيفي بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية[2].

– الكتابة اللازمة لصحة إتفاق التحكيم الإلكتروني:

تعتبر الكتابة الإلكترونية اللازمة لصحة إتفاق التحكيم من أهم المشكلات التي تعترض طريق التحكيم الإلكتروني ذلك أنه يترتب على عدم الإعتراف بهذه الكتابة من طرف الأطراف أو الدول بطلان هذا الإتفاق، لهذا فمعظم القوانين الوطنية والإتفاقيات الدولية تشترط أن تكون إتفاقية التحكيم مكتوبة حتى تكون صحيحة[1].

و إزاء هذه المشاكل الناجمة عن عدم مواكبة التشريعات الوطنية والدولية للتطور التكنولوجي عملت بعض الجهات المعنية خاصة جهود لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونيسترال بوضع أنظمة خاصة بالتحكيم الإلكتروني، جاهدة من وراء ذلك محاولة تلافي إشكالية الكتابة الإلكترونية، وذلك من خلال التوسع في مفهوم الكتابة ومحاولة تطويعها على نحو لا يغاير بين الكتابة المستخدمة بصورة يدوية و تلك المستخدمة بصورة إلكترونية في إبرام إتفاق التحكيم[2].

إن التفسير الصحيح لمفهوم الكتابة في إتفاقية التحكيم الإلكتروني هو توسيع مفهومها ليشمل كل الصور التي يظهرها التطور المعاصر، خاصة تلك الكتابة الالكترونية التي تسمح بحفظ المعلومات و تبقي على مضمونها في وثيقة ما على نحو يسمح بإسترجاعها، و الإحتكام إليها عند الخلاف[3].

---

[1] تنص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري "يعتبر الإثبات في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

[2] محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 99.

[1] تنص المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على ما يلي: " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا".

[2] بلال عبد المطلب بدوي، المرجع السابق، ص 118.

[3] Eric Caprioli, Arbitrage et Médiation Dans le Commerce Electronique, l'expérience du Cyber Tribunal, R.A, Number.2, 1999, P 239.

و أي كان وجه الأمر فقد أصدرت الأمم المتحدة إتفاقية خاصة بإستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، نصت على عدم جواز إنكار صحة الخطاب أو العقد أو إمكانية إنفاذه لمجرد أنه في شكل خطاب إلكتروني، و هو ما يعتبر إقرار دوليا بإتفاقات التحكيم المبرمة إلكترونيا[1].

و تدعيما لهذا أكدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونيسترال أن التصرفات المبرمة عبر شبكة الإتصال الإلكترونية لا يمكن الطعن في صحتها لمجرد أنها تمت عبر تلك الوسيلة، فللكتابة الإلكترونية حجيتها طالما أنها من الممكن الوصول إلى هذه الوثيقة و الرجوع إليها في ما بعد، و من ثم فإن شروط صحة إتفاق التحكيم الإلكتروني يحكمها نفس المبدأ الذي يحكم العقد الإلكتروني، ألا و هو مبدأ حرية الإختيار المعهودة إلى الأفراد في إختيار الشكل الذي تحرر بمقتضاهما عقودهم[1].

ب- التوقيع الإلكتروني كشرط لإبرام إتفاق التحكيم الإلكتروني:

تفترض النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم أن يكون الإتفاق التحكيمي موقعا من الطرفين، و هذا التوقيع يعد في حال حدوثه تعبيرا عن تلاقي إرادتهما حيث لا يكتمل الدليل الكتابي إلا بالتوقيع، و يتم التوقيع ببعض الحركات الخطية أو ببصمة الأصبع التي توضع في نهاية المستند للدلالة عل موافقة أطرافه على ما ورد فيه، غير أن ظهور التجارة الإلكترونية أدى بالحاجة إلى ظهور تواقيع تتلاءم مع طبيعتها فظهر ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني، والذي يطبق في مجالات عديدة لتحديد هوية الشخص و التعبير عن إرادته[2].

و في هذا الإطار عرف المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني في المادة 2 من القانون رقم: 04/15 المؤرخ في: 01 فيفري 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق

---

[1] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 291.

[1] صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، المرجع السابق، ص 398.

[2] وسيلة رزيق، قانونية إتفاق التحكيم الإلكتروني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، جامعة الجزائر 1، المجلد 58، العدد 03، ماي 2021، ص 06.

الإلكترونيين، حيث نص على أنه: "بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات فريدة تتمثل في الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة التي يستعملها الموقع لإنشاء التوقيع الإلكتروني"[1].

أما عن آلية إنشاءه فتتمثل في كل جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، أما عن موقف الإتفاقيات الدولية من تعريف التوقيع الإلكتروني فإنه لم يرد في القانون النموذجي لـ: UNCITRAL بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 تعريفا لتوقيع الإلكتروني، إلا أن المادة 7 منه إكتفت بالشروط الواجب توافرها فيه[2].

ولإضفاء المصداقية على المعاملات الإلكترونية كان لابد من التوقيع عليها إلكترونيا، و كما يحتاج لأن يكون موثقا من خلال إستصدار شهادة تصديق الخاصة به من قبل جهة معينة تتولى تلك المهمة، و هو الدور الذي تحققه جهات التصديق الإلكتروني[1].

في هذا الإطار و للأخذ بحجية التوقيع الإلكتروني يشترط إرتباط التوقيع بالموقع دون غيره، و سيطرة الموقع على الوسيط الإلكتروني مع قابلية اكتشاف أي تعديل أو تغيير في البيانات المحررة أو التوقيع الإلكتروني بعد وضعه على المحرر، و بذلك يكون لتوقيع دورا أساسيا في إتفاق التحكيم الخاص بعقود الإستهلاك الإلكترونية ما يجعله يتمتع بقيمة قانونية مساوية لاتفاق التحكيم المبرمة على الدعامة الورقية متى استوفى الشروط المتطلبة لصحته[2].

---

[1] أنظر: نص المادة من 2 القانون رقم 15-04 المؤرخ في أول فبراير سنة 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية رقم: 06، المؤرخة في 10 فبراير 2015.

[2] تنص المادة 7 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996:

(1) لتوقيع عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة الى رسالة البيانات إذا:

أ) استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

ب) كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق متصل بالآمر.

(2) تسري الفقرة (1) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل إلتزام أو إكتفي في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب على عدم وجود توقيع .

(3) لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي:.[...]

[1] محمد عبد العزيز المنسي، موسوعة إتفاق التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، مكتبة الفلاح للنشر و التوزيع، القاهرة، 2011، ص 440.

[2] رشا علي الدين، النظام القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 1014.

و على عكس الوساطة الإلكترونية التي يترك تحديد مضمون إتفاقها للوسيط فإن في التحكيم الإلكتروني يترك أمر تحديد مضمون هذا الإتفاق لإرادة الأطراف أو لمركز التحكيم الإلكتروني، و هو ما يتطلب التعرض إلى مضمون إتفاقية التحكيم الإلكتروني.

البند الثاني: مضمون إتفاقية التحكيم الإلكتروني

بعد أن تم التطرق لمفهوم إتفاقية التحكيم الإلكتروني وتم تحديد شروطها الموضوعية والشكلية اللازمة لصحتها، سوف نتطرق إلى مضمون هذا الإتفاق أين تساهم إرادة الأطراف في إبراز ملامح الإطار التحكيمي من خلال تحديد النظام القانوني الحاكم للمنازعات القائمة آنيا أو المحتملة الوقوع في المستقبل[1]، و الذي يتطلب التطرق للعناصر التالية:

أولا: القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم الإلكتروني

تعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم الإلكتروني من المسائل الجوهرية عند دراسة التحكيم الإلكتروني، نظرا لأن هذا القانون هو الذي يحكم وجود إتفاق التحكيم و صحته ونفاذه، و كذا الآثار والنتائج التي تترتب عليه[1].

علما أنه وفي تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم الإلكتروني يجب أن نفرق بين القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني، و القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني.

حيث بالأول يقصد به القانون الذي يعتمد عليه المحكم في تسوية المسائل الإجرائية، كتلك الخاصة بصحة إتفاق التحكيم و تقديم المستندات و كيفية تنظيم المداولات والاجتماعات الإلكترونية عبر الأنترنت، أم الثاني فيقصد به القانون الذي يعتمده المحكم لحل موضوع النزاع الناشب بين

[1] صفاء إسماعيل وسمي، الإطار القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة أهل البيت عليهم السلام، جامعة أهل البيت، العراق، العدد: 21، أوت 2017، ص 427.

[1] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 412.

الأطراف بمناسبة علاقة عقدية قائمة بينهم، إلا أن كلاهما يشتركان في خضوعهما لمبدأ سلطان الإرادة[1].

و عليه فهذه القواعد المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم الإلكتروني تنقسم إلى نوعين: الأولى خاصة بإجراءات التحكيم، و الثانية تختص بأساس أو موضوع النزاع.

1- القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني:

في ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني فيقصد به: "تحديد القواعد التي تتضمن إحترام مبادئ المواجهة و الدفاع و الإثبات، أو القواعد المتعلقة باجتماعهم عبر الأنترنت"، و القاعدة العامة هي تمتع الأطراف بحرية واسعة و كاملة في إختيار القانون الواجب لتطبيق، و هو ما يوضح الدور الهام لمبدأ سلطان الإرادة في المجالين المادي و الإلكتروني، حيث يمكن للأطراف أن يتفقوا على هذه الإجراءات مباشرة بأنفسهم كما يمكن أن يتم ذلك بطريق غير مباشر من خلال الإحالة إلى نصوص قانون معين، أو نصوص الإتفاقيات الدولية في مجال التحكيم التقليدي[1].

و إذا كانت قاعدة خضوع إجراءات التحكيم لإرادة المحتكمين ليست محل نقاش فإن الصعوبة تثور في حالة غياب هذه الإرادة عن تحديد القواعد الإجرائية التي تحكم نزاعهم أو عدم إشارتهم إلى قانون يطبقه المحكم على الإجراءات التي أتفق عليها المحتكمون[2]، فما الحل المناسب في مثل هذه الحالات؟

في حقيقة الأمر هناك العديد من الحلول التي طرحت بمناسبة تجاوز هذه الصعوبات حيث تعددت المعايير المطروحة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في حالة عدم

---

[1] في واقع الأمر نجد أن جهودا تشريعية قد بذلت في هذا الصياغ أبرزها إقرار القانون الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسوب، التي جرى إعتمادها من قبل المؤتمر الوطني لمندوبي الولايات المتحدة في جويلية 1999، و الذي إعتمد مبدأ أساسيا قوامه أحياء العمل بقانون الإرادة في غير عقود المستهلكين أي بمعنى أن للأطراف الحق في إختيار القانون الواجب التطبيق و لكن في غير عقود المستهلكين، و في حدود النظام العام، فهذا الحل يساهم في تنشيط التجارة الإلكترونية، لأن التحكيم بطبيعته يمتاز بالتحرر من الشكلية المفروضة في قضاء الدولة، أنظر: صفاء إسماعيل وسمي، الإطار القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 431.

[1] محمد جلال حسن، ئافان عبد العزيز، المرجع السابق، ص 69.

[2] عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، ص 215.

تحديد هذه القواعد الإجرائية بإتفاق الطرفين، حيث لقي تطبيق قانون دولة مقر التحكيم في حالة غياب إتفاق الأطراف قبولا واسعا لدى الفقه و الإتفاقيات الدولية و حتى التشريعات الوطنية عندما يتعلق الأمر بنظام التحكيم التقليدي، بيد أنه يثير صعوبات عويصة عند إعماله في مجال التحكيم الإلكتروني نتيجة للطبيعة اللامادية لشبكة الأنترنت[1].

و لصعوبة تحديد مكان التحكيم الإلكتروني إتجه البعض إلى ضرورة الرجوع لفكرة أصيلة من خلال منح الهيئة التحكيمية صلاحية تحديد مكان التحكيم في حال غياب إتفاق الأطراف، و ذلك من منطلق أن مكان التحكيم وفقا لمحكمة النقض الفرنسية هو فكرة قانونية و ليس مادية[2]، و يبدو أنه من الأسلم الأخذ بهذه الفكرة بإعتبار أنها تتفق مع ما ورد في المادة 1/20 من القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي الصادر 1985[1].

2- القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني:

الواقع أن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني من المسائل الهامة، لأن هذا القانون هو الذي يحكم وجود إتفاق التحكيم، و الواقع أن تحديد هذا القانون لا يخرج من طريقتين: الأولى، يكون تحديد النظام القانوني الموضوعي بواسطة الأطراف والثانية، يكون تحديد النظام القانوني الموضوعي في ظل غياب إتفاق الأطراف.

حيث يكون لأطراف إتفاق التحكيم الإلكتروني كامل الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ بينهم بطريقة إلكترونية سواء إجراءات التحكيم الإلكترونية أو موضوعه، بشرط عدم مخالفتها لقواعد النظام العام[2].

---

[1] عبد الكريم موكه، في التحكيم الإلكتروني، القانون الواجب التطبيق على التجارة الإلكترونية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، الحاج لخضر، العدد 12، جانفي 2018، ص 353.

[2] حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 37.

[1] تنص المادة 20 الفقرة 01 من القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي الصادر 1985 على ما يلي: "للطرفين حرية الإتفاق على مكان التحكيم فإن لم يتفقا على ذلك تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان على أن تؤخذ في الإعتبار ظروف القضية، بما في ذلك من راحة للطرفين".

[2] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 255.

حيث يقصد بالقانون المختار من الأطراف بمعناه الواسع بحيث يشمل إلى جانب التشريع ـ سواء كان قانون وطني أو أجنبي ـــ القواعد التي ليست ذات أصل تشريعي وطني و بصفة خاصة قواعد قانون التجارة الدولية والنصوص الوطنية والاتفاقيات الدولية، وكذا لوائح هيئات التحكيم التي استخدمت عبارة قواعد القانون[1].

و الأكيد أنه لا مشكلة تذكر بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق إذا كانت إرادة الفرقاء حاضرة، لكن المشكلة تنبع في الفرض الذي تغيب فيه الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق[2]، الأمر الذي يثير التساؤل حول ما هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حال غيبة إتفاق الأطراف؟ أي ما هو الحل الذي يجب إتباعه في هذه المسألة؟

الحقيقة أن الحلول إختلفت في هذه المسألة بين من يذهب إلى اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين لدولة معينة، و البعض الآخر يخضعه لقانون الدولة مكان التحكيم، والبعض الآخر يذهب إلى أن على هيئة التحكيم التصدي إلى دورها في إختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة النزاع القائم بين الأطراف، لكن الرأي الراجح يذهب إلى أن في حالة غياب إتفاق أطراف النزاع على إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع نزاعهم و المتعلق بإتفاق التحكيم الإلكتروني فإنه يطبق القواعد المادية الإلكترونية، وهي قواعد تلقائية النشأة جاءت لتنظم المعاملات التجارية الإلكترونية، حيث سبق التطرق لها و لتقييم دورها في حماية المستهلك الإلكتروني بمناسبة تنازع الإختصاص التشريعي[1].

و تماشيا مع هذا الموقف نصت لوائح هيئات التحكيم الإلكتروني على ذات المبدأ أين أجمعت على ضرورة تحديد القانون الموضوعي وفقا لنظامها الداخلي في حالة عدم إتفاق الأطراف عليه، على أن يكون هذا القانون ملائما لموضوع النزاع[2].

---

[1] حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 39.

[2] David Branson, Richard E. Wallace, Choosing the Substantive Law Apply in Journal of International Commercial Arbitration, Virginia Journal of international Law, Vol.27, No.1, full, 1986.p 43.

[1] لمزيد من التفصيل، أنظر: رشا علي الدين، النظام القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 1058.

[2] أحمد بوقرط، إتفاق التحكيم في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 184.

و يتضح من هذا العرض بأن تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني ـ كما هو الحال للتحكيم التقليدي ـ لا يثير صعوبات كونه نابعا عن الإرادة الحرة لأطراف العلاقة، إلا أن الواقع العملي أظهر بعض الإشكالات التي ترتكز خصيصا حول حالة إختيار الأطراف لقانون معين لا ينظم المعاملات الإلكترونية، لا سيما في ظل عدم وجود قواعد خاصة تنظم التحكيم الإلكتروني في أغلب الأنظمة القانونية الوطنية.

و بإعتبار أن التحكيم هو نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم فإن تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني يعتبر من أهم الإجراءات في عملية التحكيم الإلكتروني، خاصة أن هذه الهيئة تقوم بدورها منذ بداية العملية التحكيمية إلى غاية صدور الحكم في المنازعة المنظورة أمامها.

البند الثالث: تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني

يعتبر تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني من الإجراءات الجوهرية في نظام التحكيم الإلكتروني، و كمبدأ عام فإن تشكيل هيئة التحكيم يتم بإتفاق الأطراف ما عدا قيد وترية التحكيم، بيد أن إتفاق الأطراف قد لا يتحقق في كل الحالات نتيجة إختلاف وجهات النظر مما يستوجب تدخل سلطة محايدة يناط بها مهمة تعيين هيئة التحكيم[1]، و عليه فإن تشكيل هيئة التحكيم أو تسمية المحكمين يكون بإحدى الصور الآتية:

أولا: التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم الإلكتروني

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة السبب الرئيسي وراء إختيار الأطراف للتحكيم سبيلا لفض منازعاتهم فيكون للأطراف الحرية في إختيار المحكمين و تعيينهم بعيدا عن أي هيئة تحكيمية دائمة[2]، و بتالي للأطراف الحرية في الإختيار على أن تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي، و هذا ما إنتهجه المشرع الجزائري في التحكيم التقليدي من خلال نص المادة 1017 ق إ م إ[3].

---

[1] صفاء إسماعيل وسمي، الإطار القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 427.

[2] إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 156.

[3] تنص المادة 1017 من ق إم إ على ما يلي: " تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".

حيث جرى العمل على أن يقوم كل طرف بإختيار محكم و يقوم المحكمان المختاران بإختيار الثالث، و قد يتم هذا الإختيار في إتفاق التحكيم أو بعد نشأة النزاع، على أنه عندما يتفق الأطراف على اللجوء إلى نظام تحكيم مؤسسي فإن حريتهم قد تكون مقيدة في إختيار المحكم[1]، و هو ما تضمنه المشرع الوطني من خلال نص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[2].

أما بالنسبة للتحكيم الإلكتروني فإن نظام التحكيم الحر يطبق بنفس الأحكام و لا يكون الاختلاف إلا في طريقة تعيين المحكمين أين تتم مباشرة عبر شبكة الأنترنت، فيكون للأطراف إستعمال الوسائل التقنية للاتصالات للإتفاق على صورة تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني[3].

ثانيا: التشكيل المؤسسي لهيئة التحكيم الإلكتروني

تتجسد هذه الحالة من خلال إعتماد الأطراف على تعيين المحكمين بالرجوع إلى لوائح هيئة التحكيم، حيث تحرص التشريعات الحديثة على تشجيع الأطراف للجوء إلى مراكز التحكيم الدائمة في إطار نظام التحكيم المؤسسي[1]، أين تقوم مراكز التحكيم الإلكتروني بإعداد قوائم بأسماء المحكمين من ذوي الخبرات المشهود لهم بالكفاءة و الحرفية خاصة في مجال التجارة الإلكترونية، ناهيك لما تتمتع به الأحكام الصادرة من تلك الهيئات من مميزات تقدير أدبي من جانب القاضي الوطني عند إصداره الأمر بتنفيذها[2].

ثالثا: التشكيل القضائي لهيئة التحكيم الإلكتروني

للقضاء دور استثنائي في تشكيل هيئة التحكيم أين يعتبر الملاذ الأخير لإنجاح عملية التحكيم، على إعتبار أن عدم إتفاق الأطراف على إختيار هيئة التحكيم ليس مانعا لعدم إتمام التحكيم، حيث

---

[1] محمد حودي، إجراءات التحكيم الإلكتروني في العقود التجارية الدولية، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، العدد 01، جانفي 2019، ص 182.

[2] تنص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم".

[3] محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 291.

[1] يعرف نظام التحكيم المؤسسي بأنه: "التحكيم الذي يجري تحت رعاية إحدى المؤسسات أو المراكز وفقا للائحتها الداخلية التي تحدد كيفية اختيار المحكمين وكيفية سير الإجراءات أمامها، ومدى سلطاتهم عند نظر النزاع وعند إصدار الحكم"، أنظر: محمد مأمون سليمان، المرجع نفسه، ص 308.

[2] أحمد بوقرط ، إتفاق التحكيم في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 207.

أقرت مختلف التشريعات المقارنة و الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم تدخل القضاء في تعيين المحكمين كدور استثنائي عند عدم إتفاق الأطراف على إختيارهم، و ذلك لحماية إتفاق التحكيم و ضمان فعاليته، و هو ما نص عليه المشرع الوطني بدوره حينما رخص للقضاء الحق في تشكيل هيئة التحكيم سواء في التحكيم الداخلي أو التحكيم التجاري الدولي، و بدوره التحكيم الإلكتروني يخضع لنفس القواعد المستقر في نظام التحكيم التقليدي[1].

البند الرابع: ضوابط إختيار المحكمين

في ما يخص ضوابط إختيار المحكمين فإنه ولئن كانت المنازعات في عقود التجارة الإلكترونية تتسم بسمات معينة، فإن المؤهلات المتطلبة في المحكم الذي يفصل في منازعات من هذا النوع من العقود يجب أن تتواءم مع هذه السمات، و ليس هناك أدنى شك من أن المحكم في عقود التجارة الإلكترونية يكون مؤهلا تأهيلا خاصا يمكنه – في نهاية الأمر– من إنجاز مهمته بإصدار حكم يحقق العدالة المنشودة بين أطراف النزاع[1].

و حرصا على نزاهة أعضاء العملية التحكيمية فقد نصت التشريعات الوطنية والدولية على تضمين نصوصها الشروط اللازم توافرها في المحكم سواء كان تقليديا أو إلكترونيا، و مجموعة من الضمانات تكون للخصوم في مواجهة هذا المحكم، و ذلك على النحو التالي:

أولا: الشروط الواجب توافرها في المحكم الإلكتروني

- أن يتمتع المحكم بالأهلية القانونية: إن جميع الأنظمة القانونية تشترط أن يكون المحكم كامل الأهلية فلا يجوز أن يكون قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية[2].

---

[1] تنص المادة 1009 من ق إ م إ "إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم، يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بالأوجه للتعيين".

[1] أحمد محمد علي بشير محمد، سعد ناصر آل عزام، التحكيم الإلكتروني في ظل التطور المعلوماتي في المملكة العربية السعودية، مجلة كلية الشريعة و القانون، دقهلية، جمهورية مصر العربية، العدد 23، السنة 2021، ص 2348.

[2] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 35.

- أن يكون المحكم شخصا طبيعيا متمتعا بحقوقه المدنية: و هو ما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 1014 من ق إ م إ، أم بالنسبة للشخص المعنوي فنحن نرى أنه لا يوجد ما يمنع أن يكون محكما و ذلك من خلال ممثليه بحيث ينسب له في النهاية حكم التحكيم الإلكتروني و يكون مسؤول عنه[1].

- أن يتمتع المحكم بالحيدة و الإستقلال: لأن المحكم يعتبر قاضيا بالنسبة للنزاع الذي يفصل فيه، فيجب أن يكون مستقلا و محايدا تنتفي فيه أي علاقة بينه و بين أطراف النزاع[2].

غير أنه و في إطار التحكيم الإلكتروني فإن مسألة حياد المحكم واستقلاليته تبدو صعبة المنال بالنظر لخصوصياته، و المتمثلة أساسا في الطريقة الإلكترونية التي تتم بها إجراءاته.

- جنسية المحكم في التحكيم الإلكتروني: تعتبر جنسية المحكم من أهم معايير إختيار المحكم الحيادي، و ذلك على خلاف التحكيم التقليدي إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك[3].

- ضرورة أن يتمتع المحكم الإلكتروني بالخبرة والكفاءة: هذين الشرطين ذو أهمية بالغة في التحكيم الإلكتروني، حيث يلزم له كفاءة علمية و خبرة عملية، تتعلق بالجوانب الفنية لمدخلات و مخارج العمليات الإلكترونية، و آليات التواصل عبر الوسائط الإلكترونية المختلفة بالإظافة إلى إلمامه بالمصطلحات و الأعراف التي يتم تداولها في إطار التجارة الإلكترونية[1].

و من ثم نخلص بأن الشروط الواجب توافرها في المحكم الإلكتروني هي نفسها الشروط الواجب توافرها في المحكم في نظام التحكيم التقليدي، بإعتبار أن الوسائل الإلكترونية المستعملة في إجراء هذا النوع من التحكيم ليس من شأنها التأثير على الشروط القانونية الواجب توافرها في المحكم.

---

[1] تنص المادة 1014 من من ق إ م إ على ما يلي: "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية".

[2] محمد حودي، المرجع السابق، ص 183.

[3] بشار عصمت سميح شكري، العقود الإلكترونية، دراسة مقارنة في القانون الواجب التطبيق و تسوية المنازعات الناشئة عنها، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 250.

[1] خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 251.

ثانيا: ضمانات الخصوم في مواجهة المحكم الإلكتروني

حرصت الإتفاقيات ولوائح هيئات التحكيم على توفير العديد من الضمانات للخصوم في مواجهة محكميهم لضمان الحياد و الإستقلال التام لطرفي النزاع، و لعل أهم هذه الضمانات هي:

1- الحق في رد المحكم:

يقصد برد المحكم: "إقالته عن التحكيم جبرا بقرار قضائي أو من مؤسسة التحكيم المعنية بناء على طلب أحد اطراف التحكيم لوجود سبب من أسباب الرد"[1]، و في هذا الإطار عدد المشرع الجزائري الحالات التي يجوز فيها رد المحكم[2]، أما إجراءات رد المحكم الإلكتروني فتتم عن طريق إرسال إخطار إلكتروني عبر الأنترنت، و هذا ما قررته كل من المواد 3 و23 من نظام المنظمة العالمية للملكية الفكرية(WIPO)[1].

2- إستبدال المحكم أو عزله:

أتاحت العديد من التشريعات و الإتفاقيات إمكانية عزل المحكم و إستبداله كضمانة أساسية للخصوم، و على سبيل المثال ما نصت عليه المادة 11 من لائحة المحكمة الإلكترونية على إمكانية تعيين محكما بدلا من المحكم الذي سبق تعيينه للنظر في نفس النزاع، و ذلك إذا لم يقم بواجباته أو إذا تم رده و استقالته[2].

---

[1] سجى عمر شعبان، رد المحكم الإلكتروني، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، المجلد 3، العدد 8، السنة 2014، ص 146.

[2] تنص المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي: " يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

1 - عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف،

2 - عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف،

3 - عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين.

تبلغ محكمة التحكيم و الطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد.

في حالة النزاع، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كيفيات تسويته أولم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل.

هذا الأمر غير قابل لأي طعن".

[1] إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 280.

[2] أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 392.

البند الخامس: إجراءات فض النزاع أمام هيئة التحكيم الإلكتروني

تعد الإجراءات المتبعة أمام هيئات التحكيم الإلكتروني الركيزة الأساسية التي تقوم عليها العملية التحكيمية، ويرجع ذلك إلى أن هذه الإجراءات هي التي تحدد كيفية سير العملية التحكيمية منذ بدايتها وصولا لنهايتها بصدور حكم التحكيم[1].

حيث يقصد بالخصومة التحكيمية: "مجموعة الإجراءات المتتابعة التي يقوم بها أطراف الخصومة أو ممثليهم، و يساعدهم في ذلك هيئة التحكيم وفقا لنظام يرسمه الأطراف في إتفاق التحكيم"[2].

حيث تختلف إجراءات التحكيم الإلكتروني عن إجراءات التحكيم العادي بإعتبار أن إجراءات الأول منذ بدايتها وحتى صدور الحكم القضائي فيه تعتمد على الوسائل الإلكترونية من خلال المواقع الإلكترونية، حيث هناك إجماع على أن عملية التحكيم الإلكتروني تمر على عدد من المراحل حتى صدور الحكم، و يمكن إجمال هذه المراحل التي تجري في العالم الإفتراضي على النحو التالي:

أولا: مرحلة طلب اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني

يقصد بطلب التحكيم ذلك الطلب الذي يوجهه أحد طرفي إتفاق التحكيم إلى مركز التحكيم المتفق عليه، يخطره في رغبته في رفع النزاع إلى التحكيم و إتخاذ الإجراءات اللازمة لتحريكه و استكماله، حيث يقوم أحد الأطراف أو كليهما بتقديم طلب اللجوء للتحكيم أمام مركز التحكيم الإلكتروني عبر إرسال رسالة إلكترونية بالبريد الإلكتروني أو عن طريق ملئ النموذج المعد سلفا من قبل المركز أو الجهة المعنية بالتحكيم[1].

و يتم توجيه الطلب من خلال ملء نموذج التحكيم المعد على الموقع الإلكتروني التابع لمؤسسة التحكيم بعد النقر على المفتاح، و يجب أن يتضمن طلب التحكيم على ما يلي[2]:

[1] تعتبر الإجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم الإلكتروني العمود الفقري الذي يقوم عليه نظام التحكيم، و ذلك لأن هذه الإجراءات هي التي تحدد سير العملية التحكيمية من بدايتها إلى نهايتها وصولا لنهايتها بصدور حكم التحكيم، و يجب أن تتم هذه الإجراءات بالسبل و الطرق الصحيحة لأنه في حالة حدوث خطأ في الإجراءات قد ينهار النظام التحكيمي بأكمله، أنظر: محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 306.

[2] يوسف مسعودي، التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات الإستهلاك المبرمة عبر شبكة الأنترنت، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، ادرار– الجزائر، المجلد 1، العدد 1، جوان 2017، ص 12.

[1] توجان فيصل الشريدة، المرجع السابق، ص 1096.

[2] أنيسة حمادوش، المرجع السابق، ص 235.

- أسماء و ألقاب و عناوين المحتكمين (الأطراف) بالكامل، أو أي وسيلة أخرى يتم الإتصال بهم؛
- عرض موجز لطبيعة و ظروف النزاع المعروض للتحكيم؛
- بيان موضوع الطلب و المبالغ المطالب بها؛
- الاتفاقات المعقودة بين الطرفين و بالأخص إتفاق التحكيم؛
- تحديد عدد الأعضاء المحكمين، و عند إغفال ذلك سيعتبر أنه إختار محكما واحدا؛
- تحديد مكان التحكيم و القواعد القانونية الواجب تطبيقها و لغة التحكيم، و عند إغفال ذلك سيعد راضيا بالإجراءات التي اعتمدها المحكم.

بعد تضمين الطلب البيانات السابقة يتم إرساله إلى المركز بالنقر على مفتاح الإرسال(Send) مع تزويد المحتكم ضده بنسخة من الطلب أو ترك ذلك للمركز، وذلك بعد أداء المحتكم الرسوم الإدارية المحددة حسب جدول الرسوم المعروض على موقع المركز الإلكتروني[1]، و يقوم بعد ذلك المركز بإعداد صفحة عرض النزاع على موقع إلكتروني معد لذلك، و يعطي الطرفين كلمة مرور تخولهم دخول الموقع و الإطلاع على صفحة النزاع ويقوم بعدها المركز بإخطار المحكم و إعلامه بمهمته تاركا له الخيار في نظر النزاع أو لا[2].

ثانيا: مرحلة تبادل الوثائق و الجلسات

بعد ما يتم الإنتهاء من الإجراءات التمهيدية تبدأ إجراءات التحكيم حيث تشمل هذه المرحلة بصفة خاصة كل من تبادل الوثائق و الطلبات إلكترونيا، و كذا تقديم أدلة الإثبات بين الأطراف و ذلك لمساعدة هيئة التحكيم للفصل في موضوع النزاع، و في هذا الإطار لا نجد ما يمنع من تبادل المستندات والوثائق و الإخطارات بين الأطراف عبر الوسائل الإلكترونية مادام أن الكثير من

---

[1] تختلف رسوم التحكيم الإلكتروني حسب طبيعة و نطاق النزاع المعروض على هيئة التحكيم، و تتفاوت الرسوم أيضا من مركز تحكيم إلكتروني إلى آخر، لمزيد من التفصيل أنظر: رجاء نظام حافظ بني شمسه، المرجع السابق، ص 89 و 90.

[2] محمد حودي، المرجع السابق، ص 181.

التشريعات سمحت بذلك، و ليس ذلك فحسب بل منحت المستند الإلكتروني ذات الحجية المقرة للمستند الخطي[1].

ثالثا: مرحلة عقد جلسات التحكيم

أتاحت وسائل الإتصال التكنولوجية إمكانية الإستعانة بها في إطار التحكيم الإلكتروني، حيث ظهرت من خلال الأنترنت وسائل حديثة للإتصال تسمح بتبادل الأصوات و الصور و النصوص بشكل شبه متزامن بين الأطراف و من ثم فلا غضاضة في إدارة الجلسات إلكترونيا[2]، و في هذا الصدد توجد العديد من الوسائل ـ لا سيما بعد ظهور الأنترنت ـ تسمح بعقد الجلسات إلكترونيا، حيث تعد المؤتمرات عن بعد بواسطة "Téléconférence " أكثر الوسائل ملائمة لحدوث الجلسات في العالم الإفتراضي، لأنها تجعل الأطراف كأنهم موجودون طبيعيا في نفس المكان والزمان[1].

رابعا: مرحلة المداولة

بعد توافر جميع حيثيات النزاع أمام المحكمين بغرض إصدار الحكم تأتي مرحلة المداولة، و التي هي عبارة عن: "مناقشة تتم بين أعضاء هيئة التحكيم إذا تعددوا للإتفاق على وجه الحكم في الدعوى"، حيث تدخل الخصومة التحكيمية مرحلة المداولة حينما تصبح مهيأة للحكم فيها بتمام تحقيقها و إنتهاء المرافعة و إبداء الخصوم طلباتهم النهائية هذا في ما يتعلق بالمداولة في التحكيم العادي[2].

أما المداولة في التحكيم الإلكتروني فإنه لا محل للتوقف عند أسلوب عملها أو اشتراط إلتقاء المحكمين في مكان واحد للمداولة، و الدليل على ذلك ما صدر من أحكام قضائية في بعض البلدان بأنه يجوز للمحكمين المداولة بالوسائط الإلكترونية، كالبريد الإلكتروني أو المداولة المرئية ما دام قد

---

[1] محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 125.

[2] نبيل زيد مقابلة، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 265.

[1] عادل أبو هشيمة محمود حسن حوته، المرجع السابق، ص 321.

[2] أحمد محمد علي بشير محمد، سعد ناصر آل عزام، المرجع السابق، ص 2364.

أحيط إستخدامها بالإحتياطات المناسبة و التي تلبي مقتضيات إحترام حقوق الدفاع وإحترام مبدأ المواجهة بين أطراف الخصومة[1].

البند السادس: صدور حكم التحكيم الإلكتروني و تنفيذه

يعتبر حكم التحكيم الإلكتروني من أبرز المسائل التي تضع مشروعية التحكيم على المحك، على إعتبار أنه يمثل ثمرة إتفاق و إجراءات عملية التحكيم بمجملها بالنسبة لأطراف الدعوى التحكيمية، فبعد انتهاء المداولة تقوم هيئة التحكيم بإصدار حكمها بناء على إجماع الآراء أو بالأغلبية من أعضاء هيئة التحكيم، و عليه يجب أن تتفق غالبيتهم على حكم تحكيم واحد لإصداره[2].

و للإشارة فإن حكم التحكيم الإلكتروني يختلف عن حكم التحكيم التقليدي، فحكم التحكيم الإلكتروني يمثل كافة القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم عبر شبكة الإتصالات الدولية الأنترنت[1]، إلا أنه يتفق معه في أن حكم التحكيم الإلكتروني شأنه شأن الأحكام الصادرة عن القضاء لابد من توافر به شروط شكلية و أخرى موضوعية لصحته و إلا كان معرضا للبطلان[2]، و متى توافرت شروط صدور الحكم التحكيمي الإلكتروني فإنه لابد من تبليغه لأطراف النزاع حيث نصت المنظمات المعنية بالعالم الإلكتروني على مسألة الإخطار، حيث يقوم المحكم أو الهيئة بإرساله للمركز التحكيمي ليتم إبلاغ أطراف النزاع به، و يحق الرجوع لهيئة التحكيم لتصحيح الأخطاء المادية أو الحسابية المحتمل صدورها في القرار[3].

---

[1] في هذا السياق أيدت محكمة النقض الفرنسية قضاة الموضوع الذين راؤا أن لا يلزم أن يلتقي المحكمون في مكان واحد للمداولة، و عليه يمكن إتمام المداولة عن طريق الأنترنت، حيث يوجد كل محكم من هيئة التحكيم في مكان خلاف الآخر وفق الحكم السابق، أنظر: أحمد محمد علي بشير محمد، سعد ناصر آل عزام، المرجع السابق، ص 2365.

[2] محمد شفيق يوسف فريحات، حكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة الإلكترونية الحديثة، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، جامعة الزيتونة الأردنية، الأردن، العدد01، السنة 2021، ص 67.

[1] Mohammed al Ahmed, Electronic Arbitration as a Solution for Electronic Commerce Dispute Resolution in the United Arab Emirates, Obstacles and Enforceability Challenges, Thesis submitted For the degree of Doctor In Commercial Law, University of Gloucestershire, May 2016, P 204.

[2] أحمد بوقرط، نضرة قماري، البيانات الواجب توافرها في حكم التحكيم الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية، جامعة المدية، المجلد 04، العدد 01، جانفي 2018، ص 248.

[3] مصطفى ناطق صالح مطلوب، المرجع السابق، ص 175.

أما تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني فيعد من أشد المسائل خطورة التي تواجه التحكيم من الناحية العملية، و في الحقيقة أن حكم التحكيم الإلكتروني يثير صعوبة من الناحية القانونية في تنفيذه، نظرا لحرص كل دولة على الحفاظ على سيادتها هذا من جهة، و من جهة أخرى لعدم إمكانية تطبيقه إلا في حالة وجود قانون وطني أو إتفاقية دولية تلزم السلطات المختصة بقبول و تنفيذ القرارات الإلكترونية[1].

فجميع النصوص السابقة تلزم الطرف طالب التنفيذ بأصل الحكم أو نسخة رسمية من الأصل، إلا أن الأمر ليس كذلك في التحكيم الإلكتروني لأن نظام المعلوماتية لا يميز بين الأصل و الصورة بالإظافة إلى الصعوبات التي تثيرها رسمية المستند الإلكتروني[2].

في هذا الإطار لقد تم التغلب على هذه الصعوبات من خلال القانون الفعال للقانون النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996 في حل مشكلة تقديم صورة مطابقة لأصل الوثيقة، كما قدمت إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بإستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005[1]، حلا لمشكلة تقديم صورة مطابقة للأصل الوثيقة الإلكترونية[2].

و على هذا الأساس فلن تكون أي عقبة تمنع من الأمر بالتنفيذ خاصة مع الإلتزام على ما تستلزمه القوانين الوطنية و الإتفاقيات الدولية من شروط لإضفاء الحجية على حكم التحكيم، و في هذا الصدد لا ريب من القول بأن أهم المعوقات التي تواجه التحكيم الإلكتروني هو عدم وجود آليات دولية موحدة تكفل تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني[3].

على ضوء ما سبق نخلص إلى أن اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني كآلية لحل منازعات المعاملات التجارية الإلكترونية أثبت نجاعته رغم حداثته، إلا أنه يمتاز بالفاعلية وقلة التكاليف والسرعة في حسم

---

[1] عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 489.

[2] يوسف عبد الكريم محمد الجراجرة، المرجع السابق، ص 490.

[1] تنص المادة 2/9 من إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بإستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005م "حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابيا، أو ينص على عواقب لعدم وجود كتابة، يعتبر ذلك الإشتراط قد إستوفى بالخطاب الإلكتروني إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه متيسرا على نحو يتيح إستخدامها في الرجوع إليها لاحقا".

[2] صفاء فتوح جمعة، العقد الإداري الإلكتروني، دار الفكر و القانون، المنصورة، جمهورية مصر العربية، 2014، ص 331.

[3] محمد عبد الله المومني، حكم التحكيم الإلكتروني، الحجية والتنفيذ، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2019، ص 382.

النزاع ما جعله يتصدر الريادة كطريقة بديلة لفض المنازعات، وهو ما دفع المتعاملون عبر الأنترنت يؤكدون ملائمته حتى في فض منازعات المستهلك الإلكتروني التي تجري في إطار العلاقات الدولية الخاصة.

المطلب الثاني

التحكيم الإلكتروني كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني

نظرا لما لمسه أطراف المعاملات التجارية الإلكترونية من فاعلية لنظام التحكيم الإلكتروني في فض منازعاتهم الدولية، وأمام عجز القضاء عن اللحاق بالطفرة الإلكترونية[1]، غدا التوجه نحو إعمال هذا النظام في تسوية منازعات المستهلكين يفرض نفسه[2]، حيث تعمد أغلب المؤسسات إلى إدخال بند تحكيمي في العقود الإلكترونية التي تجمعها بالمستهلك لحل النزاعات التي قد تنشأ عن هذه الأخيرة، حيث تثير هذه الممارسات الكثير من التساؤلات حول قابلية هذا النوع من العقود للتحكيم، و ذلك بسبب وجود طرف ضعيف جدير بالحماية القانونية في هذه العلاقة[1].

وعليه فإن بحث نظام التحكيم الإلكتروني كآلية لحماية للمستهلك الإلكتروني لا يكون إلا من خلال التعرض بداية إلى مسألة قابلية الإتفاق على التحكيم الإلكتروني في نطاق عقود الإستهلاك الإلكترونية في (الفرع الأول)، ثم التطرق إلى تقييم دور نظام التحكيم الإلكتروني في حماية المستهلك الإلكتروني في (الفرع الثاني).

---

[1] نظرا لأهمية التحكيم التجاري الإلكتروني على الصعيد الدولي فإنه في ظل انتشار جائحة كورونا و ما صاحب ذلك من آثار على التجارة الدولية خاصة ظهور المنازعات في تنفيذ العقود الدولية، فقد إتجه الفقه إلى إعتبار التحكيم الإلكتروني الحل الأمثل في مثل هذه الظروف، من خلال عرض النزاع على هيئة تحكيمية معينة، لمزيد من التفصيل أنظر: منى السيد عادل عبد الشافي، التحكيم التجاري الدولي عبر تقنية المعلومات لمواجهة فيروس كورونا، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، المجلد 8، العدد 13، نوفمبر 2020، ص 4681 و ما بعدها.

[2] أشرف محمد رزق فايد، المرجع السابق، ص 147.

[1] Eric Loquin, Arbitrabilité et Protection Des Parties Faibles, Travaux du Comité Français de Droit International Privé, Centre De Recherche Sur Le Droit Des Narchés Et Des Investissements Internationaux, Université de Bourgogne – France, 2008, p 136.

الفرع الأول: قابلية الإتفاق على التحكيم الإلكتروني في نطاق عقود الإستهلاك الإلكترونية

من خلال الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني لاحظنا بأن إتفاق التحكيم في جميع الأحوال قد يأخذ ثلاث صور، فإما أن يكون في صورة شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم أو تحكيم بالإحالة، غير أن اللجوء إلى التحكيم في عقود المستهلكين والذين تقرر لهم الحماية وفق قواعد آمرة تحدد الإختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق، تفرض عدم جواز الإتفاق على التحكيم الإلكتروني في كافة حالات فض المنازعات التجارية الدولية التي يكون أحد طرفيها مستهلك[1].

من خلال هذا التقديم يتبين لنا بأن قابلية الإتفاق على التحكيم في نطاق عقود الإستهلاك الإلكترونية يخضع لأحكام خاصة، تستلزم منا التعرض للمسائل التالية:

البند الأول: تقييم إتفاق التحكيم الإلكتروني في مجال عقود الإستهلاك الإلكترونية

حتى يكون التحكيم ملائما في مجال عقود الإستهلاك يجب أن تكون المنازعات الناجمة عنه قابلة للتحكيم من الناحيتين الموضوعية و الشخصية، من الناحية الموضوعية ونقصد بها: "قابلية المنازعات الناشئة عن هذه العقود للتحكيم بحسب طبيعتها لتحكيم"، في حين نعني بالناحية الشخصية هو "ثبوت رضا المستهلك المعني نفسه بإتفاق التحكيم"[1].

و نظرا لخصوصية عقود الإستهلاك الإلكترونية و ما تتميز به من غياب للتكافؤ في العلاقة العقدية التي يهيمن عليها التفوق القانوني و الإقتصادي و الفني للمورد، فإن ذلك طرح إشكالية أي الصور قابلية لقضاء التحكيم الإلكتروني لتسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية، خصوصا وأن غالبية الفقه التقليدي كان قد رفض الإتفاق المسبق على التحكيم في عقود الإستهلاك بصفة عامة،

[1] محمد أزوا، يوسف مسعودي، إتفاق التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية و السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، المجلد05، العدد 01، جوان 2021، ص 142.

[1] محمد حسين بشايره، نطاق مشروعية إتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الإستهلاك في القانون الأردني، المجلة الأردنية في القانون و العلوم السياسية، جامعة مؤتة، المجلد:10، العدد:04، أوت 2018، ص 158.

و هو ما طرح من جديد مسألة مدى مواءمة التحكيم الإلكتروني لفض نزاعات عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية، و الحفاظ على نفس الحماية المقررة للمستهلك في قانونه الوطني[1].

وعليه فإن البحث في الإتفاق الملائم لتحكيم في مجال عقود الإستهلاك الإلكترونية يتطلب التطرق إلى موقف الفقه و التشريعات من هذه المسألة، و ذلك على النحو التالي:

أولا: قابلية المنازعات الناشئة عن عقود الإستهلاك لتسوية بالتحكيم

يعني مصطلح القابلية للتحكيم أن النزاع الناشئ عن عقد معين هو قابل للحل عن طريق التحكيم، و هو بذلك يحدد طبيعة النزاعات التي يمكن أن تخرج بإرادة الأطراف أو بمقتضى القانون عن إختصاص القضاء العادي، أو تحديد الحالات التي يمكن للقضاء العادي أن يعلن عدم إختصاصه في حال اتفق الأطراف على حلها عن طريق اللجوء إلى التحكيم[2].

و الحقيقة أن التشريعات المقارنة إنقسمت في مدى قابلية المنازعات الناشئة عن عقود الإستهلاك للتسوية عن طريق التحكيم فيها إلى اتجاهين: الإتجاه الأول، رفض تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الإستهلاك لتسوية عن طريق التحكيم، حيث إتجه مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية إلى أن التشريعات الخاصة بحماية المستهلك هي فقط الواجبة التطبيق، و أن التسوية عن طريق التحكيم فيها يعتبر خروجا عن النظام العام، و ذلك لما يمثله التسوية من خلال التحكيم من تكلفة باهظة عليه، كما يمكن أن يحرم المستهلك من حماية كبيرة مخصصة له في قانونه الوطني بحكم أن التحكيم يمنع من حقه في الإستفادة من هذه الحماية لأنها تمنع القضاء الوطني من النظر في النزاع، حيث عبر البعض على هذا الإتجاه على أن علاقة التحكيم بالمستهلك عبارة على زواج غير متكافئ[1].

---

[1] كان الفقه التقليدي يرفض اللجوء إلى قضاء التحكيم في تسوية منازعات عقود الإستهلاك، غير أن مع تطور وسائل الإتصال الحديثة و ظهور الأنترنت أين ساهمت هذه الوسائل في تطور التحكيم التقليدي ليصبح قضاء إلكترونيا، هذا كله جعل ضوابط عدم الملائمة التي بنى عليها الفقه التقليدي موقفه محل مراجعة، أنظر: محمد أزوا، يوسف مسعودي، إتفاق التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية، المرجع السابق، ص 140.

[2] Nathalie Coipel Cordonnier, Les Conventions D'arbitrage Et D'élection Le For en Droit International Privé, Revue Internationale de Droit Comparé, Vol. 51 N°4, Octobre-Décembre 1999, p 1165.

[1] Thomas Clay , Le Faible et L'arbitrage, Recherches Juridiques, Economica, 2013, p 163.

في حين يرى الإتجاه الثاني قبول تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الإستهلاك للتسوية عن طريق التحكيم، حيث إتجه القضاء الفرنسي إلى قابلية المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية للتسوية عن طريق التحكيم الدولي، فإذا ما كان عقد الإستهلاك متعلقا بمصالح التجارة الدولية فلا يمنع من التسوية عن طريق التحكيم، و بمفهوم المخالفة فإن المنازعات الناشئة عن طريق الإستهلاك إذا ما كانت وطنية، فغير مقبول تسويتها عن طريق التحكيم في القانون الفرنسي[1]، إلا أن المسألة في نظر العديد من فقهاء التجارة الدولية متعلقة بأي من صور إتفاق التحكيم يمكن إعمالها في عقود المستهلكين[2].

ثانيا: رفض شرط التحكيم في عقود المستهلكين التقليدية الدولية

إتجه رأي من الفقه إلى رفض اللجوء إلى التحكيم في تسوية منازعات عقود الإستهلاك التقليدية، و بخاصة إذا جاء الإتفاق على التحكيم في صورة شرط التحكيم ــ و الذي يشترط قبل نشوء النزاع ــ حيث أن إدراج هذا الشرط في العقد من شأنه أن يمنع القضاء الوطني من النظر في النزاع، كما يعني أن المستهلك قد قبل تغطية أي نزاع يمكن أن يحدث في المستقبل عن طريق التحكيم، و بالتالي يكون قد قدم تنازلا عن أي ضمانات أو حماية له في قانونه الوطني[1].

و تماشيا مع هذا الإتجاه فقد أبطل قانون حماية المستهلك الفرنسي لسنة 1995 بنص صريح شرط التحكيم عندما يرد في عقد داخلي مبرم بين بائع و مستهلك[2]، و هو نفس موقف المشرع الأردني لهذه النظرة الواقعية حين نص قانون التحكيم المعدل رقم: 2018/16 على بطلان شرط

---

[1] هذا التوجه تبناه المشرع الفرنسي في مقتضيات المادة 2059 من القانون المدني التي تجيز عقد التحكيم مهما كانت صفة الأطراف، وبناء عليه يجوز أن يتفق المهني مع المستهلك على إحالة النزاع القائم بينهما على محكم أو أكثر يتفقان عليه، لذا يجب الحرص أكثر من طرف المستهلك على عدم التسرع في التوقيع على عقد التحكيم بعد نشوء النزاع بينه وبين المهني، أنظر: حمزة التريد، مشروعية التحكيم في نزاعات الاستهلاك ومدى ملائمته لخصوصيتها، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي: https://webcache.googleusercontent.com/، تم الإطلاع عليه يوم:2022/05/05، على الساعة 18:0 مساءا.

[2] أحمد إشراقية، قابلية النزاعات الناشئة عن عقد الإستهلاك للتحكيم، دراسة مقارنة في القانونيين اللبناني و الفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، جامعة الكويت، العدد:04، جانفي 2020، ص 218.

[1] صفاء إسماعيل وسمي، الإطار القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 102.

[2] طرح البحور علي حسن فرج، المرجع السابق، ص 214.

التحكيم في عقود المستهلكين إذا تضمنته شروط مطبوعة مسبقا[1]، أما عن موقف المشرع الجزائري فقد أبطل بصفة عامة اللجوء للتحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم[2].

و يرفض هذا الإتجاه شرط التحكيم في عقود المستهلكين إستنادا إلى الخشية من عدم تطبيق المحكم القواعد الآمرة الحمائية المنصوص عليها في قانون المستهلك الوطني، إذ أن ذلك سوف يرتب بطلان حكم التحكيم، و من ثم عدم إمكانية تطبيقه فالمحكم لا يهتم إلا بحل النزاع بين الأطراف دون النظر إلى المصالح السياسية و التشريعية[3].

و على الرغم من أن النص السابق يتعلق بعقود الإستهلاك الداخلية على أساس أنه ورد في تشريع وطني، إلا أن البعض طالب بضرورة مد الحكم الذي أتى به هذا النص إلى عقود الإستهلاك الدولية نظرا لتماثل الموقف في الحالتين، فالطبيعة التعسفية لشرط التحكيم تضل قائمة في عقود الإستهلاك الدولية كما هو الحال في العقود الداخلية [1].

و يضيف البعض مسألة أخرى و هي الخوف من أن يؤدي إتفاق الأطراف على إخضاع جميع منازعاتهم للتحكيم على إنكار العدالة، ذلك أن وجود مثل هذا الشرط يمنع المستهلك من اللجوء إلى القضاء الوطني، و في نفس الوقت لا يضمن تسوية المنازعة عند اللجوء إلى التحكيم و الذي قد يفوت عليه الإستفادة من المواعيد المقررة باللجوء إلى الطرق القضائية[2].

---

[1] تنص المادة 10/د من قانون التحكيم الأردني المعدل و المذكور على أنه: "على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر و معدم المس بالأوضاع القانونية السابقة لسريان هذا القانون المعدل يقع باطلا أي إتفاق سابق على التحكيم في الحالتين التاليين: 1- عقود المستهلكين المعدة على نماذج مطبوعة مسبقا، 2- عقود العمل".

[2] تنص المادة 1006 الفقرة 2 من ق إ م إ على ما يلي: "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم".

[3] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 185.

[1] و هو نفس ما أقره مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية حيث إعتبر أن التشريعات الخاصة بحماية المستهلك هي الواجبة التطبيق، و أن أي تسوية عن طريق التحكيم تعتبر خروجا عن النظام العام، و أن الإتفاق على غير ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إرهاق المستهلك ما يجعله يعزف عن أي ادعاء ضد المهني، أنظر: محمد أزوا، يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 141.

[2] أيدت محكمة العدل الأوروبية في حكمها الصادر في: 2006/10/26 هذا الموقف، و إعتبرت شرط التحكيم الوارد في عقود المستهلكين من قبيل الشروط الغير عادلة التي يجب على المحكمة إلغاء حكم التحكيم المستند إلى هذا الشرط، حتى و لو لم يدفع بذلك المستهلك أثناء سير التحكيم، أنظر:

- Julia Hörnle, Legal Controls On The USE Of Arbitration Clause In B2C E-commerce Contracts, Masaryk University Journal of Law and Technology, Czech Republic, Vol 1, N° 2, 2008, p 26.

كما رفض جانب آخر من الفقه إدراج شرط التحكيم في عقود الإستهلاك التقليدية، ورتب على ذلك بطلان هذا الشرط معتمدا في ذلك على حجتين: [1] الأولى، تتعلق بالطبيعة المختلطة لهذا النوع من العقود، و الثانية، عدم ملائمة قضاء التحكيم لهذا النوع من المنازعات لأنه لا يستجيب للحاجة الملحة للمستهلكين، بمعنى آخر أن التحكيم قد لا يتناسب مع عقود الإستهلاك، و يرجع ذلك إلى أن التحكيم تكاليفه باهضة القيمة، و هو ما لا يتلاءم مع القيمة الضئيلة لمنازعات الإستهلاك بصفة عامة.

كما يضيف البعض حجة أخرى في مجال عدم الملائمة و هي أن القواعد التي تطبقها هيئات التحكيم لا تتوافق مع طبيعة عقود الإستهلاك، فالتحكيم نشأ في الأصل لتسوية منازعات التجارة الدولية بين الشركات العملاقة، و على ذلك فالقواعد التي يطبقها المحكمون لن تتناسب مع وضع المستهلك بإعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة الإستهلاكية[2].

انسجاما مع سياسة تشجيع التحكيم إتجه القضاء إلى التوسع في تفسير إتفاق التحكيم بحيث تحال جميع المنازعات المترابطة إلى التحكيم تجنبا لتوزيع الإختصاص بشأنها بين القضاء و التحكيم، لكن يجب أن لا يكون ذلك على حساب الحماية المقررة للمستهلك التي تملي لتحوط بشأن رضا المستهلك إلى درجة أبطل معها المشرع شرط التحكيم في عقود الإستهلاك، بحيث لا يلزم المستهلك بالتحكيم إلا بخصوص المسائل التي قبلها صراحة التحكيم بشأنها[1].

ثالثا: صحة مشارطة التحكيم في عقود المستهلكين التقليدية الدولية

يذهب الرأي السائد في الفقه إلى إعتبار مشارطة التحكيم في عقود المستهلكين الدولية صحيحا، و ذلك من منطلق أن هذه العقود تدخل في نطاق مصالح التجارة الدولية والتي تتطلب عدم وضع عراقيل أمامها، و هو المبدأ الذي أقرته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في: 21 ماي 1997 في القضية المشهورة جاكورا، و هو أيضا في حكمها الصادر في مارس 2004

[1] حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 106.
[2] طرح البحور علي حسن فرج، المرجع السابق، ص 216.
[1] محمد حسين بشايره، المرجع السابق، ص 168.

كما أقرت لجنة الأمم المتحدة عام 1998 توصية في المادة 1/3حيث تؤكد أن الوسائل البديلة يجب أن لا تحرم المستهلك من حقه في اللجوء إلى المحاكم[1].

و يبرر هذا الإتجاه موقفه بأن قبول المستهلك لشرط التحكيم الوارد بعد قيام النزاع في عقود المستهلكين لا يختلف عن قبوله للخضوع الإختياري للقضاء، وذلك في الإتفاق اللاحق على قيام النزاع، هذا فضلا عن أن المحكم ملزم بتطبيق القواعد الآمرة التي تقررت لحماية المستهلك عند بحث القانون الواجب التطبيق على النزاع و إلا كان حكمه قابلا للإبطال، وعليه فإنه يكون من الجائز في عقود الإستهلاك الإتفاق على التحكيم عندما يكون لاحقا على قيام النزاع[2].

و من المبررات التي قيلت في هذا الشأن كذلك بأن مشارطة التحكيم المبرمة بعد قيام النزاع بأنها ينتفي عنها الطابع التعسفي، نظرا لأن المستهلك يملك القدرة على التفاوض بحرية تامة مع البائع بخصوص التحكيم بعد قيام النزاع[1]، كما أن المحكم ليس قاضيا يسير مع النص و إنما هو قضاء ملائمة هدفه الحفاظ على مصالح التجارة الدولية و استمرارية العلاقة، كما أنه قد يلجأ إلى تطبيق قواعد العدل و الإنصاف و التي سوف تخدم المستهلك بلا شك في مواجهة المورد[2].

و نحن من جهتنا نؤيد هذا الرأي على إعتبار أن المستهلك يصل إلى حقه و أكثر، حيث يختلف الوضع بشأن مشارطة التحكيم التي تبرم بعد حدوث النزاع و التي تعتبر إتفاق منفصل عن العلاقة الأصلية حيث تجعل من المستهلك حرا في قبول التحكيم من عدمه دون أي ضغط من طرف المهني.

---

[1] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 187.

[2] طرح البحور علي حسن فرج، المرجع السابق، ص 221.

[1] حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 107.

[2] Susan Lott, Marie Hélène Beaulieu, Jannick Desforges, Mandatory Arbitration and Consumer Contractas, Public Interest Advocacy Centre and Option Consommateurs, Ottawa, Canada, Novembre 2004, p 17.

البند الثاني: إمكانية الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم في عقود المستهلكين الإلكترونية الدولية

سبق و رأينا أن إتفاق التحكيم يكون صحيحا في عقود الإستهلاك التقليدية إذا إتخذ شكل مشارطة التحكيم المبرمة بعد قيام النزاع حيث ينتفي عنه الطابع التعسفي، أما إذا إتخذ إتفاق التحكيم شكل الشرط السابق على قيام النزاع فإن ذلك يعدم قدرة المستهلك على التفاوض بشأنه، و يعطيه صفة الشرط التعسفي الباطل[1].

و بشكل عام لا تعارض إذا بين التحكيم و حماية المستهلك، و ما يؤيد ذلك أن مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لحماية المستهلك لسنة 1985 ذهبت إلى التوصية بأن توفر الحكومات للمستهلك وسائل حماية عامة وإدارية لتسوية المنازعات، و يشير ذلك إلى توفير وسائل اختيارية للمستهلك لحل المنازعات[1].

كما نصت المبادئ التوجيهية لحماية المستهلك في مجال التجارة الإلكترونية الصادرة عن منظمة التعاون الإقتصادي و التنمية لسنة 1999 على إتاحة وسائل شفافة منصفة وفعالة لحل المنازعات، و بحيث يتاح للمستهلك طريق إختياري للوسائل البديلة لحل المنازعات[2].

فإذا كانت القاعدة العامة هي لجوء الأطراف للقضاء لفض ما قد ينشأ من نزاعات باعتباره الجهة التي أوكل إليها التشريع الحكم في النزاعات، غير أنه لا ضير من اللجوء إلى التحكيم ما لم يتعلق الأمر بالمسائل المحظورة بموجب نص قانوني و ما لم تتعارض مع النظام العام، و ذلك لما يوفره نظام التحكيم من سرعة في البت و بساطة الإجراءات بدل قضاء الدولة ومساطره المتشعبة[3].

---

[1] فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2015، ص 109.

[1] Shelly Smith, Mandatory Arbitration Clauses in Consumer Contracts, Consumer Protection And the Circumvention of The Judicial System, De Paul Law Review, University College of Law, Volume 50, Issue 4 Summer 2001, p 370.

[2] محمد حسين بشايره، المرجع السابق، ص 163.

[3] لم ينص المشرع الجزائري في القانون رقم:09/03 المتعلق بحماية المستهلك، و لا القانون رقم: 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية على إمكانية اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات الاستهلاك إلا أنه بالرجوع إلى مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، خاصة المادة 1006 يفهم بأن ما عدا هذه المسائل المنصوص عليها في هذه المادة يجوز أن تكون محلا لاتفاق التحكيم المنازعات الناجمة عن علاقة قانونية مصدرها العقد أو غير العقد، و بناءا عليه يجوز أن يتفق المورد مع المستهلك على إحالة النزاع القائم بينهما على محكم أو عدة محكمين بحسب الاتفاق.

أضف إلى ذلك أن النزاع القائم بين المورد و المستهلك لا يكتسي دائما صفة الخلاف القضائي فمعظم الخلافات تدور حول مسائل فنية و تقنية، وتتطلب لحلها بشكل فعال احترام مبدأ سلطان الإرادة في اختيار الأطراف لمحكميهم من بين التقنيين العارفين المطلعين على أحوال النزاع و جزئياته[1].

لكن وجب الإشارة إلى أن شرط التحكيم في العقود الإلكترونية الدولية يواجه العديد من الصعوبات، حيث أقر الاجتهاد الفرنسي من خلال القرار الأخير الصادر عن محكمة النقض الفرنسية الذي صادقت فيه الغرفة المدنية الأولى في قرارها الصادر في 30 سبتمبر 2020 على قرار محكمة استئناف Versailles الصادر في: 15 فيفري 2018 بشأن تعزيز مبدأ حماية المستهلك وعلى وجه الخصوص المستهلك الإلكتروني في العقد الدولي[1].

و من خلال القرار المذكور الذي بدأت فيه المحكمة تخاطب الإحساس الاستهلاكي من أجل بث روح الطمأنينة لدى المستهلك، قبل أن تنتقل الى الطابع المادي للأجراء وأبدعت المحكمة في استعمال تعابير تداعب المحسوس و لا محسوس في الإجراءات القضائية، وبدى وكأنها باتت موقنة إلى حد اليقين الكامل أن حماية المستهلك هي مسألة جوهرية يجب أن توافق مبدأ العدالة[2].

إن التحليل والاستنتاج الذي خلصت إليه محكمة النقض الفرنسية قاد إلى نتيجة وهي أن شرط التحكيم في عقود الاستهلاك شرط تعسفي، وهي نتيجة واستخلاص لا يستند إلى المعيار الكلاسيكي الذي إعتادت المحكمة ذاتها إعتماده، و الكامن في فكرة اختلال التوازن التعاقدي الذي يحكم الشروط التعسفية على حساب المستهلك، إنما كان استنادها الى المادة 3 من التوجيه الأوربي La Directive n° 93/13 CEE du 5 avril 1993، المتعلق بحماية المستهلكين من الشروط

---

[1] نسيمه أمال حفيري، التحكيم الإلكتروني ودوره في حل المنازعات الناتجة عن التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم السياسية والقانون، إصدارات المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا، العدد 02، مارس 2017، ص 202.

[1] للإطلاع على هذا القرار أنظر، الموقع الإلكتروني التالي: https://www.courdecassation.fr/.

[2] حامد شاكر محمود، محمد علي صاحب حسن، الحماية القانونية للمستهلك في التسوق عبر الأنترنت، مجلة جامعة تكريت للحقوق، جامعة تكريت، العراق، المجلد 6، العدد 2، ماي 2021، ص 68.

التعسفية في عقد الإستهلاك و هي مسألة متعلقة بالنظام العام الدولي، و هكذا فإن قرارها جاء بمبدأ قضائي جديد يقضي بإستبعاد شرط التحكيم في عقود الإستهلاك[1].

و هو ليس ببعيد عن موقف المشرع الوطني الجزائري الذي أظهر العداء إتجاه شرط التحكيم في القوانين المحلية باستثناء المسائل التجارية، و عليه فإنه يستبعد أن يعرض أطراف التحكيم الدولي نزاعهم أمام القضاء الوطني دون القضاء الأجنبي الذي يعترف بدور التحكيم في تسوية المعاملات التجارية الدولية[2].

لكن مع تطور وسائل الإتصال الحديثة و ظهور الأنترنت التي زادت من إنتشار العقود الإلكترونية و بصفة خاصة عقود الإستهلاك، أين ساهمت هذه الوسائل في تطور التحكيم ليصبح هو كذلك قضاء إلكترونيا متخصصا يعمل على تسوية المنازعات بطريقة إلكترونية[1].

هذا كله جعل ضوابط عدم الملائمة التي بنى عليها الفقه التقليدي موقفه محل مراجعة كون اعتمده قبل ظهور الأنترنت و العقود الإلكترونية، و كذلك قبل إعتماد الوسائل الإلكترونية لتسوية المنازعات عبر الخط، كل هذه المبررات جعلت التحكيم ركيزة أساسية لإثبات أن الإتفاق على التحكيم الإلكتروني في عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية جائز، كون نطاق تطبيق التحكيم الالكتروني غير محصور في المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية فحسب بل يشمل كافة المنازعات المتعلقة بأعمال العقود الإلكترونية و التي من بينها منازعات عقود الإستهلاك[2].

---

[1] حامد شاكر محمود، محمد علي صاحب حسن، المرجع نفسه، ص 68.

[2] Khadîdja Boudali, L'arbitrage et Le Contrat de Consommation en Droit Comparé, Revue Algérienne De Droit Comparé, Université Aboubeker Belkaid de Tlemcen, N° 01, Décembre 2014, p 121.

[1] محمد أزوا، يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 142.

[2] يذهب البعض إلى أن معظم تجارب التحكيم الإلكتروني الحالية تدل على أن نطاقه مازال محصورا في المنازعات المتعلقة بأسماء المواقع الإلكترونية، و وبعض المنازعات الخاصة بالمستهلك و الناشئة عن استخدامه لشبكة الأنترنت في شراء السلع و الخدمات، و كذلك بعض المنازعات الخاصة بالملكية الفكرية و الصناعية، و المنازعات المتعلقة بأمن المعلومات و حماية الحياة الخاصة، فضلا عن المنازعات المتعلقة بعناوين المواقع الإلكتروني، و رغم أن ذلك يعتبر صحيحا بإعتبار أن التحكيم يعتبر أكثر تلائما مع هذا النوع من المنازعات، إلا أن هذا لا يمنع أن يفصل التحكيم الإلكتروني في أي نزاع سواء إلكتروني أو بعيدا عن العالم الإفتراضي و البيئة الإلكترونية، أنظر: هبة بدر أحمد، التحديات الإجرائية في مواجهة أحكام التحكيم الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، جامعة عين شمس، المجلد 56، العدد 1، جانفي 2014، ص 60.

حيث ترتب على إنتشار عقود الإستهلاك الإلكترونية ظهور مراكز متخصصة في تسوية مثل هذه المنازعات، تعمل على وضع لوائح و تقنيات الهدف منها إلزام البائعين بمجموعة من الإلتزامات من أجل إيجاد نوع من التوازن و تحقيق أكبر حماية للمستهلك.

إن أغلب القوانين المعاصرة حاليا تتجه إلى توسيع نطاق التحكيم فالتحكيم أثبت فعالية كبيرة في حل جميع النزاعات نظرا لما يتمتع به من مرونة و سرعة و ثقة، وهو ما تبناه المشرع الفرنسي من خلال القانون 1547- 2016 حول تحديث القضاء للقرن الواحد والعشرين، بتخفيف العبء عن المحاكم العادية و عدم إنهاكها بنزاعات قد لا تكون قيمتها تستحق أن ترهق المحاكم بها، و كذلك فهو لم يتخل عن دوره الأساسي في تحقيق العدالة لذلك نجد أنه لم يذهب بعيدا من خلال هذا التعديل، و أبقى في ذهنه ضرورة حماية المستهلك بإعتباره طرفا ضعيفا[1].

كما يمكن القول بأن ميزة سرعة الفصل في النزاع التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني تجعله يتناسب مع منازعات الإستهلاك الإلكترونية، و التي تكون قليلة القيمة عادة بل إنه قد يفوق حتى المحاكم الوطنية، حتى محكمة موطن المستهلك وفق القواعد الخاصة بحماية المستهلك كونه يحقق السرعة و قلة التكاليف[2].

كما يبقى للمستهلك حق اللجوء إلى التحكيم من أجل فض النزاع القائم بينه و بين المهني، مادام أن اللجوء إلى التحكيم لا يعرقل حق المستهلك في اللجوء إلى القضاء لإقامة الدعوى قضائية، ناهيك عن أن نزاعات الاستهلاك لا تدخل في ضمن قائمة النزاعات التي لا يجوز التحكيم بها[3].

من خلال ما سبق نخلص إلى أن التحكيم الإلكتروني كنظام لفض منازعات التجارة الإلكترونية يعد وسيلة محبذة لتسوية المنازعات المتعلقة بعقود المستهلكين الإلكترونيين، خصوصا إذا لم يكن

---

[1] أحمد إشراقية، المرجع السابق، ص 244.

[2] لقد أد ظهور جائحة كورونا التي شهدها بقاع العالم إلى زيادة إنتشار تجارة إلكترونية مليئة بالمخاطر في مواجهة المستهلك، أمام هذه الظروف الإستثنائية أعتبر التحكيم الإلكتروني الآلية الملائمة لفض نزاعات المستهلك الإلكتروني، لمزيد من التفصيل أنظر:

- Mohammad Ghozali, Budi Ispriyarso, The Online Arbitration in E-Commerce Dispute Resolution During Covid-19 Pandemic, Jurnal Daulat Hukum, Faculty of Law Sultan Agung Islamic University, Indonesia, Volume 4 Issue 3, September 2021, p 157.

[3] حمزة أبو يحي، التحكيم الإلكتروني بين التقنين و الواقع، مقال منشور على الموقع الالكتروني التالي:

https://www.droitetentreprise.com/، تم الإطلاع عليه يوم: 2022/05/06، على الساعة 12:00 صباحا.

الاتفاق على التحكيم متزامنا مع إبرام العقد الأصلي و جزء منه، و هو ما عبر عليه موتولسكي بقوله: "إن التحكيم يفترض توازنا في القوى، فعندما يختل هذا التوازن يختنق التحكيم".

البند الثالث: صور إتفاق التحكيم الإلكتروني في عقود الإستهلاك الإلكترونية

اتفق الفقه على صحة إتفاق التحكيم في عقود المستهلكين الإلكترونيين متى كان في صورة مشارطة التحكيم، أي حينما يبرم بعد قيام النزاع حيث ينتفي معها الطابع التعسفي، وذلك على إعتبار أن المستهلك في وضع أفضل من حيث كونه يمتلك القدرة على التفاوض والوصول إلى الوضع الذي يحقق له مصلحته[1].

أما بالنسبة لشرط التحكيم و بغض النظر عن الخلاف الدائر حوله بين مؤيد ومعارض فإنه يكون صحيحا و منتجا لآثاره في ظل عقود الاستهلاك الدولية ذات العنصر الأجنبي مع مراعاة النظام العام الدولي، و عليه فصحة اتفاق التحكيم لا تتأثر بالقوانين الوطنية التي تقرر بطلانه[2].

بعيدا عن هذا الخلاف، و تحت جواز اتفاق التحكيم الإلكتروني في عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية، فإن الإتفاق على التحكيم الإلكتروني في نطاق التجارة الإلكترونية يأخذ عدة أشكال سوف نبينها تباعا مع بيان حكم كل صورة ليتسنى الوقوف على وضع إتفاق التحكيم الإلكتروني إجمالا، مع بيان موقف الفقه و القضاء من ذلك، و ذلك على النحو التالي:

أولا: إتفاق التحكيم الإلكتروني المدرج في العقد

إن اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني في هذه الصورة يكون من خلال الإتفاق على شرط التحكيم الوارد ضمن شروط العقد العامة، وذلك وفق قوالب نموذجية يتم التعاقد من خلالها ولا يكون للمستهلك إلا القبول دون تفاوض، و الذي يقضي بأنه في حال قيام نزاع حول العقد المبرم بين الطرفين فإن السبيل الوحيد لحله هو اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني[3].

---

[1] أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 332.

[2] سلمى مبتكر، المرجع السابق، بحث منشور على: https://www.droitetentreprise.com/ ، تاريخ الإطلاع: 2021/08/30، على الساعة: 17:00 مساءا.

[3] محمد دواقي، أمال مكاوي، ملائمة التحكيم الإلكتروني كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة القانون العقاري و البيئة، جامعة مستغانم، المجلد 10، العدد 1، جانفي 2022، ص 368.

و في هذه الصورة بالذات يواجه شرط التحكيم بإعتباره شرطا كباقي الشروط التعاقدية الأخرى بعض الصعوبات في المعاملات الإلكترونية التي تعرقل الإعتراف به، إذ أنه يدرج ضمن شروط أخرى مفروضة من طرف أحد طرفي العقد الإلكتروني على الطرف الآخر (المستهلك) الذي لا يكون له سوى قبول كل الشروط أو رفضها دون أن يكون له الحق في مناقشتها، فقبول المستهلك لشرط التحكيم مرغما يلحق به ضررا بحكم أنه بذلك يتنازل عن تطبيق قانون دولته الذي يحقق له حماية أكبر، إضافة إلى احتمالية ورود شرط التحكيم مبهما دون أن يستطيع الطرف المتعاقد الانتباه أنه وافق على شرط التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات[1].

لهذا تحظر التشريعات الأوروبية هذا الشرط في هذه الصورة كما هو الشأن في التوجيه الأوروبي رقم: 93/13 أين يعتبرها من الشروط التعسفية، و هو نفس الأمر في التشريعات الوطنية كقانون المملكة المتحدة في التحكيم الصادر في 17 جوان 1996 في المادة 89، والمشرع الفرنسي في المادة 133 من قانون الإستهلاك لسنة 1995 التي تحظر شرط التحكيم إذا ما جرى إبرامه قبل قيام النزاع، و قد كان قانون إقليم كيبك الكندي أكثر صراحة في ذلك حيث نصت المادة 3149 على أن: "كل إتفاق مؤداه منع المستهلك من اللجوء إلى محكمة موطنه يكون باطلا"، حيث هنا جاء النص مطلقا و لم يأت بأي إستثناء.[2].

و يرى البعض أن شرط التحكيم الإلكتروني الوارد في العقد الإلكتروني لا يكون مقبولا إلا إذا تحقق له شرطان: الأول، و هو أن يكون مطروحا للتفاوض بين الطرفين، و الثاني، أن لا يؤثر على حق المستهلك في اللجوء إلى المحكمة المختصة بمعنى أن لا يكونا إلزاميا[3].

إلا أننا نرى بأن الوضع يختلف في حال اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني لفض المنازعات الناشئة عن عقود المستهلك الإلكترونية، إذ أنه لا ضير من إيراد شرط التحكيم في ثنايا العقود الإلكترونية

---

[1] حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 32.

[2] رفضت المحكمة العليا في كندا شرط التحكيم الوارد في عقد بيع عبر شبكة الأنترنت في حكمها الصادر في: 2007/06/13 على إعتبار أنه اخل بالمادة 3149 من القانون المدني لإقليم كيبك الكندي الصادر في عام 1991، والتي تحظر على المستهلك الإتفاق على إخراج النزاع من سلطة المحكمة، و هي قاعدة آمر لا يجوز الإتفاق على مخالفتها، نقلا عن: محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 189.

[3] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 191.

كونه يضمن الإستفادة من المزايا التي يقدمها التحكيم الإلكتروني من سرعة البت في النزاع و انخفاض التكاليف وأحيانا انعدامها في حال إلتزام المهني بتكاليف التحكيم، أو كان مأمنا عليها لدى مركز من مراكز التسوية الإلكترونية[1].

هذا فضلا عما يتمتع به التحكيم الإلكتروني من مرونة في عقود الإستهلاك الإلكترونية، حيث أنه قد إبتكر أنواعا من شرط التحكيم فمنها غير الملزم و الملزم لجانب واحد وهو البائع، بحيث يبقى المستهلك الخيار في اللجوء إلى القضاء المختص أو التحكيم، و هو بذلك يبدد المخاوف من عدم مشروعية شرط التحكيم في عقود المستهلكين الإلكترونية و تحويله إلى شرط غير تعسفي[1].

و في جميع الأحوال ليست هذه الصورة الوحيدة لإتفاق التحكيم في مجال عقود التجارة الإلكترونية بل هناك أشكال أخرى، و هي في الغالب من حيث الواقع العملي التحكيم الذي تمارسه المراكز و الهيئات و الشركات العاملة في مجال التجارة الإلكترونية، و لها صلة بتسوية منازعات المستهلك الإلكتروني.

ثانيا: إتفاق التحكيم الإلكتروني الذي يبرم بإستخدام علامات الثقة

يقصد بعلامة الثقة أنها: "عبارة عن شهادة أو مصادقة تمنح للمستفيد من قبل مراكز تسوية موثوق بها عالميا و توضع في صفحته على الأنترنت لكسب ثقة المتعاملين معه وجذب العملاء"، و تقوم هذه المراكز بمراجعة سجلات الموقع العارض والتحقق من سلامة ما تقدمه فنيا و ماليا وفق معايير معينة لا يجوز لأي من تلك المواقع الخروج عليها[2].

حيث تستخدم بعض مراكز التسوية علامة ثقة تمنحها للبائعين الذين لديهم العضوية في هذا المركز مقابل التزامهم بجميع النصوص القانونية التي يضعها المركز بما في ذلك قبول تسوية منازعاته مع

---

[1] Gabrielle Kaufmann-Kohler, Gerald Aksen, Robert Briner, Global Reflections On International Law, Commerce And Dispute Resolution, International Chamber of Commerce, 2005, p 445.

[1] Thomas Schultz, Gabrielle Kaufmann-Kohler , Dirk Langer, Op.Cit, p 92.

[2] محمد دواقي، أمال مكاوي، المرجع السابق، ص 369.

المتعاملين معه أمام المركز، متى أبدى المستهلك رغبته في تسوية النزاع، و إذا إمتنع البائع عن تنفيذ إلتزامه يحق للمركز سحب هذه العلامة منه و يمتنع عليه وضعها على موقعه الإلكتروني[1].

هذه الصورة من التحكيم يستخدم فيها البائع إحدى علامات الثقة التابعة لأحد مراكز التسوية لتدليل على كونه عضوا فيها و يضعها على صفحة الموقع الخاص به، و أهم القواعد التي يعلن عنها البائع هي اللجوء إلى مركز التسوية عند قيام أي منازعة بينه و بين المستهلك، حيث تأخذ هذه الصورة شكل مشارطة التحكيم و ليس شرط التحكيم[1].

و مؤدى هذا أن مركز التسوية يختص بنظر بمجرد أن يعلنه أحد عملاء البائع برغبته في تسوية النزاع الذي قد ينشأ عن عقده مع البائع صاحب العلامة، و يستخدم مركز التسوية علامة الثقة كوسيلة لإجبار البائع على تنفيذ الأحكام التي تصدر ضده، و ذلك بسحب العلامة عنه و عدم السماح له بوضعها على موقعه[2].

و في بيان حكم هذه الصورة نجد أنها لا تجري إلا بعد قيام النزاع، بمعنى أنها تأخذ شكل مشارطة التحكيم و ليس شرط التحكيم، و من ثم فهي مقبولة بصفة مطلقة في عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية.

ثالثا: إتفاق التحكيم الإلكتروني الذي يبرم من خلال مراكز التسوق الإلكتروني

يوجد على الأنترنت العديد من المواقع الإلكترونية التي تأوي بائعين وعارضين متنوعين للبضائع و الخدمات و يمكن أن نشبه هذه المواقع بالمراكز التجارية الإلكترونية، حيث تساعد هذه المراكز المستهلكين في البحث عن أفضل الأسعار، كما أن البائعين الذين يعرضون بضاعتهم على الموقع الإلكتروني لأحد المراكز يلتزمون بالتقنين الذي وضعه المركز، و الذي نص فيه على مجموعة من

---

[1] محمد أزوا، يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 143.

[1] عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 15.

[2] Thomas Schultz, Réguler Le Commerce Electronique Par La Résolution Des Litiges En Ligne, Op,Cit, p 354.

الإلتزامات الخاصة بطريقة تقديم العروض والخدمات و تحديد الأسعار، كما ينص على إلزام البائعين بقبول التسوية التي تتم أمام هذا المركز[1].

و الواقع أن هذه المواقع تخدم المستهلكين بدرجة أولى حيث أنها تقدم خدمات متنوعة للمستهلك في موقع واحد و يستطيع البحث من خلاله على أفضل العروض هذا من جانب، و من جانب آخر فإن هذه المراكز تضمن حق المستهلك في مواجهة البائع الإلكتروني والذي يقع على عاتقه الإلتزام بعدم الخروج عن قواعد هذا المركز الإلكتروني، و الذي روعي فيه بدرجة أساس المستهلك الإلكتروني ابتدأ بوضع الأسعار حيث تشرك المراكز مع المتجر في تحديد الأسعار، و إنتهاء بقبول التسوية التي تتم أمام مركز التسوية الإلكترونية التابع لمركز التسوق[1].

و عليه فإن البائعين الذين يستخدمون مراكز التسوق عبر الأنترنت يقع عليهم إلتزام باحترام القواعد الخاصة بتلك المراكز و من أهمها اللجوء إلى مراكز التسوية التي يقدمها الموقع عند إبداء المستهلك رغبته في تسوية النزاع من خلاله، و ذلك بقيامه بالضغط على أيقونة موافق أي "Accept" لقبول التسوية الإلكترونية، و يقوم المركز بإرسال رسالة إلى بريده الإلكتروني للتأكيد وورود بها إسم المستخدم و كلمة السر[2].

و يجب الإشارة إلى أن المستهلك في هذه الصورة يكون أمام خياران: إما أن يلجأ إلى القضاء المختص أو أن يلجأ إلى مركز التسوية المتاح عبر الأنترنت من خلال مركز التسوق و ذلك بعد قيام النزاع[3].

مما يعني أن إتفاق التحكيم في هذه الصورة يأخذ شكل مشارطة التحكيم، و التي أجازها الفقه في عقود الإستهلاك إذ أنها تخدم مصلحة المستهلك الإلكتروني.

---

[1] حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 109.

[1] يعتبر موقع إيباي (E-bay) الإلكتروني من أهم مراكز التسوق الإلكترونية على مستوى العالم، حيث يمكن للمستهلك ممارسة عمليات البيع و الشراء من خلاله، لمزيد من التفصيل، أنظر: محمد عباس، التسويق الالكتروني للمبتدئين، ط 1، مطبعة المسار، تركيا، 2020، ص 127.

[2] محمد أزوا، يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 142.

[3] Julia Hörnle, Op.Cit, p 8.

رابعا: إتفاق التحكيم الإلكتروني الفردي

في هذه الصورة يجري الإتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع بين البائع و المستهلك على اللجوء إلى مركز من مراكز التسوية الإلكترونية المتاحة على الأنترنت للجميع بلا إستثناء، و ذلك من خلال تقديم طلبهم إلى المركز من أجل تسوية النزاع عن طريق التحكيم الإلكتروني[1]، و هنا يتم الإتفاق على مركز التسوية المختص فلا يوجد مركز تسوية محدد مسبقا على موقع البائع كما هو الحال في برامج علامات الثقة (Trust mark) ونظام مراكز التسوق (Market palace)[1].

و ما يلاحظ على هذه الصورة أن إتفاق التحكيم يأخذ شكل مشارطة التحكيم بإعتبار أن الإتفاق بين البائع و المشتري يتم بعد قيام النزاع، حيث يتم اللجوء إلى مركز من مراكز التسوية الإلكترونية المتاحة للجميع (Open Access)، حيث تتعدد المراكز التي تقدم خدمات التحكيم عبر الأنترنت نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر مركز Cyber Tribunal، مركز Cyber-Arbitration و مركز Clicknsettle، و هو كذلك في مركز Cyber Court ومركز I-Court House و مركز Intellicourt و مركز Eresolution و مركز Sord Journey، و يجري اللجوء إليها من خلال تقديم الطلب من الطرفين أو أحدهما[2].

و يعتبر الإتفاق الذي يتم في هذه الصورة أقل فاعلية من الاتفاقات التي تتم بإستخدام علامات الثقة أو مراكز التسوق الإلكتروني، حيث أن هذه الاتفاقات الأخيرة يتكفل بها البائع بنفقات التسوية كاملة دون أن يدفع المستهلك أي قيمة مالية بإعتبار أن البائع عضو خاضع لقوانين مانح علامة الثقة، أو بإعتباره عضو في مركز تسوق الإلكتروني يخضع أيضا لقوانينه، و يلتزم بدفع قيمة إشتراكه المالية و التي يدخل فيها حجم المنازعات التي تم تسويتها له، كما أن وجود البائع كعضو في برنامج علامة الثقة أو مركز للتسوق يجعله تحت رقابة هذه الجهات، و يسمح لها بإجباره

---

[1] محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 159.

[1] Thomas Schultz, Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architectures of Control and Trust, North Carolina Journal of Law & Technology, Vol. 6, p. 71, 2004, p95.

[2] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 196.

بتنفيذ قراراتها دون مماطلة، و يرجع ذلك إلى أنه مهددا دائما بسحب علامة الثقة الممنوحة له، أو بسحب عضويته من مركز التسوق مما يفقده الكثير من عملاؤه[1].

نستخلص مما سبق بأن صور إتفاق التحكيم الإلكتروني في عقود الإستهلاك الإلكترونية كلها تأخذ شكل مشارطة التحكيم دون شرط التحكيم، أي إتفاق التحكيم الذي يتم بعد قيام النزاع لا قبله، و هو ما يبعد على هذه العقود الطبيعة التعسفية التي يمكن أن تثور بشأنها.

الفرع الثاني: ملائمة آلية التحكيم الإلكتروني لحماية المستهلك الإلكتروني

تطرقنا في ما سبق إلى بيان الرأي القائل بعدم صحة إتفاق التحكيم في عقود المستهلكين الدولية بصفة عامة، و قد كان سند الفقه في ذلك أن إشتراط التحكيم في مثل هذه العقود هو من قبيل الشروط التعسفية، و قد سبق نفي هذه الصفة في بيان حكم صور إتفاق التحكيم الإلكتروني، و أما الحجة الثانية التي إستند إليها هذا الفقه فقد كانت ترتكز على العوائق العملية التي تتمثل في عدم الملائمة، إلا أن الواقع العملي أثبت أن التحكيم الإلكتروني يساهم إلى حد كبير في حماية المستهلك الإلكتروني من خلال تنفيذ أحكامه[1].

من خلال هذا التقديم يفهم بأن فقه المعاملات التجارية الإلكترونية يتجه نحو إعمال آلية التحكيم الإلكتروني كوسيلة مثلى لحماية المستهلك الإلكتروني، و ذلك من خلال الإعتماد على خاصية الملائمة و فكرة التنفيذ الذاتي، و هو ما سنتطرق له على النحو التالي:

البند الأول: ملائمة التحكيم الإلكتروني لحماية المستهلك الإلكتروني

إستند الفقه لتبرير ملائمة التحكيم الإلكتروني للمستهلك الإلكتروني على حجتين أساسيتين[2]، و هي: التكاليف المنخفضة التي لا تثقل كاهل المستهلك هذا بالنسبة للحجة الأولى، أم الحجة

---

[1] حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 110.

[1] Susan Lott, Marie Hélène Beaulieu, Jannick Desforges, Mandatory Arbitration and Consumer Contracts, Public Interest Advocacy Centre and consumer class proceedings, Library and Archives Canada Cataloguing in Publication, November 2004, p24.

[2] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 198.

الثانية فتتمثل في إمكانية تطبيق المحكم القواعد القانونية المنصوص عليها في التشريع الوطني الذي يحمي الطرف الضعيف في العقد، كما يلي:

أولا: ملائمة التحكيم الإلكتروني من حيث إنخفاض التكاليف

ترتب على ظهور مراكز التحكيم الإلكتروني أنه أصبح في مقدور المستهلك في أي مكان في العالم وفي أي وقت أن يمارس حقه في اللجوء إلى التحكيم و الحصول على حقه، ودفع الضيم الذي قد يلحق به دون أن يكلفه ذلك شيئا، و في بعض الأحيان فإن وجدت مثل هذه التكاليف فإنها تكون معقولة بالنسبة لقيمة النزاع و بالقدر الذي لا تثقل كاهله[1].

حيث أدى ظهور المراكز التي تقدم خدمة التسوية الإلكترونية للمنازعات بإستخدام علامات الثقة أو مراكز التسوق إلى تأسيس جهات مختصة في منازعات الإستهلاك الإلكترونية.

و لذلك فإن أهم ما يلاحظ بأن المستهلك حينما يشتري من مواقع تحمل علامة الثقة أو من مراكز التسوق كما هو الشأن في E-bay، فإنه يستفيد من الخدمات التي يقدمها الموقع و من أهمها أنه لن يدفع أي مبالغ مالية لمراكز التسوية الإلكترونية عند اللجوء إليها، فالبائع قد كفاه ذلك العبء من خلال اشتراكات مالية كعضو فيها مما يعني أن اللجوء إلى تلك المراكز أقل تكلفة من اللجوء إلى القضاء المختص كمحكمة موطن المستهلك أو المحكمة التي يتحمل فيها مصاريف الدعوى و الإستعانة بمحامي و غيرها من تكاليف التقاضي[2].

و لعل الدافع في تحمل البائعين الأعضاء في مراكز علامات الثقة أو مراكز التسوق لتكاليف التسوية أو التحكيم مع المستهلكين إلى فكرة تتعلق بالتسويق على الأنترنت، فمن المؤكد أن ثقة

---

[1] محمد دواقي، أمال مكاوي، المرجع السابق، ص 370.

[2] Lee A By grave, Online Dispute Resolution–What It Means For Consumers, Paper presented at a conference entitled 'Domain Name Systems and Internet Governance' organised by the Baker & McKenzie Cyberspace Law and Policy Centre in conjunction with the Continuing Legal Education Programme of University of Nsw, Grace Hotel, Sydney, 7 May 2002 op.cit, p7.

المستهلك في البائع تزداد إذا علم بوجود مركز لتسوية منازعات البائع الإلكتروني، كما تزداد أكثر إذا علم أن البائع هو الذي سيتحمل كافة الأعباء المالية المتعلقة بالتسوية[1].

و حتى في الصورة التي يدفع فيها المستهلك بعض التكاليف عند لجوئه إلى مركز من مراكز التسوية الإلكترونية التي تقدم خدمات التحكيم عبر الأنترنت، فإنها تكاليف مادية بسيطة تتناسب مع مبلغ النزاع إلى درجة المعقولية، بمعنى أنها تكون مبالغ زهيدة تشجع المستهلك على اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني و هو لا يخشى شيئا[1].

بناء على هذه المبررات يحرص البعض على القول بأن لجوء المستهلك عبر الأنترنت إلى مراكز التسوية الإلكترونية ODR هو الوسيلة الأكثر ملائمة لحماية المستهلك الإلكتروني من حيث انخفاض التكاليف و سرعة الحصول على الحق[2].

و لعل ذلك هو الذي دفع البعض إلى المناداة إلى بضرورة إجازة شرط التحكيم (الإتفاق المسبق) في عقود الإستهلاك الإلكترونية، و قد استند هذا الفقه إلى فكرة المزايا الإقتصادية بالنسبة للمستهلك عندما يلجأ إلى التحكيم الإلكتروني فهو لا يتحمل أي تكلفة مالية، و ذلك على عكس الوضع في ما لو لجأ إلى القضاء الوطني[3].

و يقترب هذا الإتجاه الأخير من الموقف الحديث للقضاء الأمريكي حيث رفضت المحاكم الأمريكية قبل ظهور الأنترنت الإعتراف بصحة شروط التحكيم في عقود الإستهلاك، أم الآن و بعد ظهور الأنترنت و التحكيم الإلكتروني فقد إعتبرت بعض المحاكم الأمريكية شرط التحكيم الوارد في عقود الإستهلاك الإلكترونية شرطا معقولا إذا كان التحكيم سيتم عن طريق الأنترنت و كان البائع سيتحمل مصاريف التحكيم[4].

[1] حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 111.

[1] Ethan Katsh, Janet Rifkin, Alan Gaitenby, E-Commerce, E-Disputes And E-Dispute Resolution In the Shadow of "eBay Law", Semantic Scholar, 2004, p 728.

[2] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 199.

[3] Thomas Schultz, Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architectures of Control and Trust,Op, Cit, p 94.

[4] حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع نفسه، ص 112.

نستخلص مما تقدم بأن الإتجاهات الحديثة في الفقه والقضاء ترى ملائمة التحكيم في عقود الإستهلاك الإلكترونية، و هو ما يمثل ضمانة لحماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة الموردين الإلكترونيين.

ثانيا: ملائمة التحكيم الإلكتروني من حيث القواعد المطبقة

لقد بات من الواضح أن قواعد التحكيم الإلكتروني قد وضعت خصيصا لتسوية منازعات المستهلكين الإلكترونين، فمع إتساع نطاق التعامل عبر الأنترنت و ازدياد حجم المبادلات التي تتم من خلالها برزت الحاجة الملحة إلى إيجاد آلية تتناسب مع قواعد الإتصال الحديثة من حيث القواعد و السرعة و التكلفة، حيث ترتب على إنتشار هذا النوع من العقود ظهور العديد من المراكز المتخصصة في تسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود، و لعل أبرزها المراكز التي سبق الإشارة إليها، و التي تضع حماية المستهلك المتعامل من خلال الأنترنت في صلب اهتمامها[1].

من أجل ذلك فإن هذه المراكز سنت قواعد خاصة في تسيير منازعات المستهلكين وهي في الغالب تصب في مصلحتهم، و يمكن أن نستنتج ملائمة التحكيم الإلكتروني الذي تقدمه هذه المراكز لمنازعات الإستهلاك الإلكترونية من حيث القواعد المطبقة على النزاع، من خلال أن المراكز المتخصصة في تسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية تقدم خدمات التحكيم الإلكتروني، حيث تندرج تلك المراكز في تسوية منازعات المستهلكين إبتداء بالوساطة فإن فشلت يتم الإنتقال إلى التحكيم الإلكتروني، و ذلك في مدة قصيرة جدا تصب في خدمة المستهلك، حيث تمتاز الوساطة بأنها غير ملزمة للمستهلك فهو يملك رفض الحل المقترح من قبل الوسيط و اللجوء إلى التحكيم أو القضاء[2].

كما أن التحكيم الذي تقدمه هذه المراكز قد تطور ليصبح متناسبا مع إعتبارات حماية المستهلك و عقود الإستهلاك الإلكترونية، فظهر ما يسمى التحكيم الملزم لجانب واحد حيث يلتزم القرار الصادر عن هيئة التحكيم البائع وحده دون أن يلتزم المستهلك بذلك إلا إذا قبله، أما لو

---

[1] محمد دواقي، أمال مكاوي، المرجع السابق، ص 371.

[2] حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 112.

اعترض عليه فله حق اللجوء إلى القضاء و هناك التحكيم الغير ملزم و هو الذي يصدر عنه قرار غير ملزم للطرفين و لا يمكن تنفيذه إلا إذا ارتضياه معا[1].

و بذلك نلاحظ أن أنواع التحكيم الجديدة التي تطبقها مراكز التسوية في عقود الإستهلاك يتوقف نفاذها على رضاء المستهلك به مما يحقق الحماية الكافية بالنسبة له، ثم أنه للمستهلك خيار آخر في سبيل الوصول إلى حقه بجانب القضاء فهو لم يلغ حق المستهلك في اللجوء إلى القضاء[1].

و نحن في غنى عن البيان أن المحكم أو الوسيط يقوم بتطبيق القانون الواجب التطبيق، والذي يخدم توقعات أطراف النزاع فإن خالف ذلك فإن حكمه سوف يخضع لرقابة القضاء من خلال دعوى البطلان التي تعد وسيلة رقابة على قضاء التحكيم، إذ فليس هناك مخاوف من اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني في عقود المستهلكين الإلكترونية[2].

حيث نلاحظ أن مراكز التسوية الإلكترونية وضعت قواعد سلوك تطبقها، و هذه القواعد تكون ملزمة لأعضائها الذين يقدمون الخدمات والسلع إلى المستهلكين و كل هذه القواعد تصب في مصلحة المستهلك، فهي تتدخل في تحديد الأسعار ولها سلطة على بطاقات الائتمان في الغالب بحيث ترجع المبالغ إلى المستهلك دون الرجوع إلى البائع تنفيذا لقرار هيئة التحكيم في حال صدوره[3]، و على ذلك يمكن استنتاج أن مصلحة المستهلك كانت من الأفكار الأساسية التي توجه قواعد و تقنيات مراكز التسوية الإلكترونية.

نستخلص مما تقدم أن القواعد و النظم السائدة داخل مراكز التحكيم الإلكتروني المتخصصة في عقود الإستهلاك، وضعت بطريقة تلاءم وضع المستهلك في هذه العقود.

[1] Thomas Schultz, Réguler Le Commerce Electronique Par La Résolution Des Litiges En Ligne, Op, Cit. p 403.

[1] Ethan Katsh, Janet Rifkin and Alan Gaitenby: E-Commerce, E-Disputes, and E- Dispute Resolution: In the Shadow of "eBay Law", Op.Cit, p721.

[2] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 201.

[3] حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 113.

و من أجل ذلك فقد إتجه البعض إلى القول بأن التحكيم الإلكتروني المتخصص في منازعات الإستهلاك يحقق في ظل القواعد التي تطبق من خلاله حماية أفضل من قواعد حماية المستهلك المنصوص عليها في القوانين الوطنية[1].

و في النهاية لابد أن ننوه إلى أن وجود مراكز إلكترونية متخصصة في تسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية، و الجزم بملائمتها لتحقيق الحماية الكافية للمستهلك الإلكتروني لا يكون ذلك إلا من خلال سلطة هذه المراكز في تنفيذ أحكامها وقراراتها خاصة تلك التي تصب في صالح المستهلك، وهو ما يعرف بالتنفيذ الذاتي لقرارات هيئة التحكيم الإلكترونية، و هو ما سنتطرق له في البند الموالي.

البند الثاني: فكرة التنفيذ الذاتي لأحكام التحكيم الإلكتروني

يشكك البعض في أن أحكام التحكيم الإلكتروني ليست ذات فاعلية في فض منازعات عقود المستهلك الإلكتروني، و هو ما يؤدي إلى عدم فاعلية هذه الأحكام في حماية المستهلك الإلكتروني[1]، فنتيجة الصعوبة التي يثيرها تنفيذ بعض أحكام التحكيم الإلكتروني وخاصة تلك المتعلقة بمنازعات التجارة الإلكترونية ـــ بإعتبارها أحكاما أجنبية ـــ لدى المحاكم الوطنية لبلد التنفيذ، و نتيجة لما يعترض تنفيذ هذه الأحكام من صعوبات تقنية وقانونية، و بتالي فقدان ثقة المستهلك وتراجع نمو التعاملات الإلكترونية بشكل عام والتجارة الإلكترونية بشكل خاص، وعليه كان لابد من إيجاد نظام خاص لتنفيذ هذه الأحكام وفق آليات خاصة[2]، وهو ما يعرف بالتنظيم الذاتي للتحكيم الإلكتروني الذي سنتعرف على مفهومه و الوسائل التي يعتمدها، كما يلي:

---

[1] Thomas Schultz, Gabrielle Kaufmann-Kohler , Dirk Langer, Bonnet Vincent, Online Dispute Resolution: The State of The Art And The Issues, University of Geneva 2001, op.cit, p70.

[1] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 202.

[2] إن الخصوصية التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني قد فرضت إيجاد طرق ووسائل محددة وخاصة للتنفيذ تعرف بالتنظيم الذاتي (-regulation Self) فقد أصدرت دول الاتحاد الأوروبي العديد من التشريعات التي تنظم المسائل المتعلقة بالإنترنت والتجارة الإلكترونية، و هي تشريعات تسلب القوانين المحلية للدول إلزاميتها أمام التشريعات الرئيسية، بحيث أو جدت استقلالا الا واقعيا للتحكيم الإلكتروني عن الأنظمة التقليدية للتحكيم، وقد اختلفت قوة هذه الأنظمة ما بين الإلزام على التنفيذ كما في منازعات أسماء الدومين، أو ما تعرف أسماء النطاق وصولا إلى فرض نوع من الضغوط في منازعات التجارة الإلكترونية، أنظر: الحجايا نور حمد و الطراونة مصلح أحمد، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 240.

أولا: مفهوم فكرة التنفيذ الذاتي للتحكيم الإلكتروني

إن خصوصية المنازعة الناشئة عن التجارة الإلكترونية أفضت إلى إستخدام آلية جديدة تكفل حل ما يطرح خلال إبرامها أو تنفيذها، و لإعتبار أن إجراءات التحكيم الإلكتروني تتم كليا بالوسائل الإلكترونية و تسفر عن صدور حكم تحكيمي إلكتروني[1]، فقد نادى جانب من الفقه إلى أن تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني لا ينبغي أن يتم أمام القضاء الوطني كما هو الحال في التحكيم العادي[1].

و يرجع ذلك لديهم من ناحية إلى أن محاكم التنفيذ الوطنية تحدد مدى سلامة إجراءات التحكيم الإلكتروني وفقا لقواعد قانون وطني، سواء كان هذا القانون هو القانون المختار من الأطراف لحكم الإجراءات أو كان قانون دولة مقر التحكيم، و في الحالتين قد لا تتناسب هذه القوانين الوطنية مع الإجراءات الإلكترونية، فقد لا تعترف هذه القوانين بصحة الكثير من إجراءات التحكيم التي تمت إلكترونيا و هو ما يؤدي في النهاية إلى تعطيل فعالية أحكام التحكيم الإلكترونية[2].

و لعل من الإشكالات التي كانت سببا لاقتراح آليات التنفيذ الذاتي لأحكام التحكيم الإلكتروني لجوء القضاء الوطني إلى التحقق من صحة إجراءات التحكيم الإلكتروني وفقا لقواعد قانونها الوطني[3]، و رفع تكلفة هذا التحكيم بما لا يتناسب مع قيمة النزاع و بصفة خاصة عقود الإستهلاك، ذلك أن المحكوم له سيضطر للسفر إلى دولة التنفيذ أو على الأقل تكليف أحد المحامين بذلك مما يرفع من تكاليف العملية التحكيمية، و قد دفعت بعض الإعتبارات السابقة إلى المناداة بإبعاد التحكيم الإلكتروني عن القضاء الوطني، و ضرورة البحث عن وسائل لتنفيذ هذه الأحكام

---

[1] معتز سيد محمد أحمد عفيفي، المرجع السابق، ص 124.

[1] فاطمة الزهرة جندولي، المرجع السابق، ص 395.

[2] حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 123.

[3] تنص المادة 1051 الفقرة 01 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية:" يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

بطريقة ذاتية دون اللجوء إلى القضاء الوطني، وهو ما لاقى قبولا لدى مراكز التسوية الإلكترونية للمنازعات و التي خلقت العديد من وسائل التنفيذ الذاتي لأحكامها و قراراتها[1].

فعلى الرغم من وجود عدد كبير من القوانين التي تنظم الفضاء الإلكتروني والأنترنت في الوقت الحاضر، و على سبيل المثال المجموعة الأوروبية التي أصدرت عددا لا بأس به من التوجيهات الأوروبية التي تنظم مسائل متعلقة بالفضاء الإلكتروني والأنترنت مثل التجارة الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني و عدد من المسائل الأخرى، إلا أن الكثيرين يعتقدون أن الفضاء الإلكتروني ولد في عالم خال من التنظيم القانوني، و أن مستقبل تسوية المنازعات المتمخضة عنه يمكن في عدم تطبيق القوانين الوطنية، و يجب أن تترك للتنظيم الذاتي في ظل الفجوة الهائلة بين القوانين الوطنية[1].

و يعتمد التنفيذ الذاتي للتحكيم الإلكتروني على جعله نظاما قائما بذاته من الناحية الواقعية، و مستقلا عن النظام القانوني التقليدي للتحكيم بحيث يتم تنفيذ حكم التحكيم دون الحاجة لإكتساء هذه القرارات لصيغة التنفيذ عن طريق القضاء الوطني[2].

و تعتبر تجربة التحكيم الخاصة بأسماء المواقع الإلكترونية تجربة متميزة لا على صعيد إعتماد و توظيف الأنترنت في كافة إجراءات و مراحل التحكيم فحسب، بل أيضا من حيث الفاعلية في تنفيذ الحكم الصادر دون الحاجة إلى مراعاة الشروط التي تفترضها القوانين الوطنية و الإتفاقيات الدولية، و من ناحية أخرى فهناك وسائل تستخدمها المراكز الإلكترونية تضمن تنفيذ أحكام التحكيم الإلكترونية، حيث كان لهذه الهيئات الدور الكبير والفعال في ظهور وسائل التنفيذ الذاتي لأحكام التحكيم الإلكتروني[3].

---

[1] Thomas Schultz, Gabrielle Kaufmann-Kohler , Dirk Langer, Bonnet Vincent, Online Dispute Resolution: The State of the Art and the Issues, University of Geneva 2001, Op.Cit, p 74.

[1] Thomas Schultz: Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? op. cit., p13.

[2] الحجايا نور حمد و الطراونة مصلح أحمد، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 241.

[3] يوسف عبد الكريم محمد الجراجرة، المرجع السابق، ص 528.

ثانيا: وسائل التنفيذ الذاتي لأحكام التحكيم الإلكتروني

إن الأصل أن يتم تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني بنفس الآلية التي يتم بها تنفيذ الحكم التحكيمي التقليدي، إلا أنه و لإعتبارات معينة يتم تنفيذه بطريقة تتماشى مع خصوصية العالم الإفتراضي، و إذا كانت الأحكام الصادرة بخصوص المعاملات الإلكترونية تنفذ جبرا عن المحكوم عليه إن لم يقم بذلك طواعية فإن بعض الأحكام الصادرة تنفذ طوعا، و هو ما يقودنا إلى بيان أهم الآليات التي ابتدعها مجتمع التجارة الإلكترونية لضمان تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني[1].

حيث تتراوح آليات التنفيذ الذاتي لأحكام التحكيم الإلكتروني حسب نطاق النزاع فقد يكون التنفيذ الذاتي غير مباشر، بمعنى أن مراكز التسوية الإلكترونية تتخذ فقط بعض الوسائل التي تغري بها الأطراف على التنفيذ الذاتي على أن يتم التنفيذ بفعل من الطرف الخاسر، و قد يكون التنفيذ الذاتي مباشرا وهنا يكون لمراكز التسوية الإلكترونية صلاحيات التنفيذ مباشرة على الطرف الخاسر دون تدخل من جانب هذا الأخير، و هو ما يقتضي منا التعرض لهذين النوعين بالتفصيل.

1- وسائل التنفيذ الذاتي لأحكام التحكيم الإلكتروني الغير مباشرة:

يتم التنفيذ الذاتي الغير مباشر لأحكام التحكيم الإلكتروني عن طريق حث أو إغراء مراكز التسوية الطرف الخاسر على القيام بالتنفيذ دون أن يتدخل مركز التسوية ذاتيا لتحقيق ذلك الهدف[1]، ويتم هذا الحث أو الإغراء على التنفيذ من خلال إستخدام مراكز التسوية الإلكترونية لوسائل تسمح بتهديد الطرف الخاسر بأنه في حالة عدم إستجابته لتنفيذ الحكم سوف يفقد العديد من عملائه مما يترتب عليه خسارة فادحة، و إذا كانت وسائل التنفيذ الذاتي غير المباشر تهدف كلها إلى المساس بالذمة المالية للطرف الخاسر، إلا أن منها ما يكون ذو طابع معنوي و كل ذلك بهدف حماية المستهلك[2]، و سوف نتعرض إلى هذه الجزاءات من خلال التقسيم التالي:

---

[1] رجاء نظام حافظ بني شمسه، المرجع السابق، ص 129.

[1] Thomas Schultz, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, Bruylant, Op.Cit, p 353.

[2] مساعد صالح العنزي، خصوصية الإجراءات في التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، المجلد 36، العدد 3، السنة 2012، ص 82 و ما بعدها.

أ- الجزاءات المادية:

يندرج ضمن الجزاءات المادية كل من التهديد بسحب علامة الثقة والغرامة التهديدية:

- **التهديد بسحب علامة الثقة:**

يتواجد على شبكة المعلوماتية جهات تمنح من يمارس التجارة الإلكترونية علامة الثقة، حيث يتم وضعها على الموقع الخاص بالبائع و بموجب هذه العلامة يتوجب على البائع الإلتزام بتنفيذ القرارات الصادرة عن مركز التسوية الإلكترونية والتي عادة ما تصب في مصلحة المستهلك[1]، فهذه العلامة لها قيمة إقتصادية كبيرة لدى البائع حيث تبعث الطمأنينة في نفوس الزبائن كما أنها تعد وسيلة هامة لجذبهم، و في نفس الوقت درع أمان بالنسبة للمستهلك، و في حالة عدم الإلتزام بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني فإن المركز يقوم بسحب هذه العلامة التي مصدرها العقد الذي أبرمه البائع مع الجهات المانحة، و التي تلزم البائع بتنفيذ حكم التحكيم[1].

- **الغرامة التهديدية:**

يعتبر نظام الغرامات التهديدية إجراء مألوفا في إطار الأحكام القضائية الوطنية التي تلزم الطرف الخاسر بتنفيذ الحكم في أسرع وقت كون أي تأخير سينجم عنه زيادة في الغرامة التهديدية، و لعل اللجوء إليها من طرف المراكز الإلكترونية المختصة ستكفل تنفيذ الأحكام و القرارات الصادرة عنها، و كذا سرعة التنفيذ التي تحول دون عدم شل معاملات التجارة الإلكترونية[2].

و يقوم هذا النظام على أساس إتفاق بين البائع و مركز التحكيم المختص بحل منازعاتهم حيث يلتزم الطرف الممتنع عن تنفيذ قرارات مركز التسوية بدفع مبلغ مالي يتناسب مع قيمة النزاع و المدة التي إمتنع خلالها عن التنفيذ[3]، فمن أجل حث البائع المحكوم ضده على تنفيذ حكم التحكيم

---

[1] Gabrielle Kaufmann-Kohler: Online Dispute Resolution and its Significance for International Commercial Arbitration, Op.Cit, p 454.

[1] ففي حالة تعنت أحد التجار القائمين على السوق الإلكتروني، فيمكن سحب علامة الثقة الموجودة على موقعه المخصص للتجارة الإلكترونية، و هو ما يطمئن المتعاملين مع هذا الموقع فإلتزام هذا التاجر الالكتروني بمجموعة من المعايير والشروط يمثل ضمان للمستهلك، و التي من بينها التعهد بتنفيذ القرارات الصادرة بمناسبة منازعات تجارية إلكترونية، أنظر: هبة بدر أحمد، المرجع السابق، ص 103.

[2] كريم بوديسة، المرجع السابق، ص 190.

[3] محمد المومني، المرجع السابق، ص 390.

الإلكتروني الصادر من مراكز التسوية الإلكترونية لمصلحة المستهلك الإلكتروني، فإن بعض المراكز تلجأ إلى تقرير غرامة مالية تهديدية و ذلك من خلال إتفاق يبرم بين البائع و مركز التسوية المختص بمنازعاته ويرتبط تقديرها بقيمة النزاع، بحيث تسدد هذه المبالغ إلى مركز التسوية مباشرة و تخصم في حالة عدم التنفيذ أو لمجرد التأخر في التنفيذ[1].

كما تعتبر الغرامة التهديدية وسيلة ضغط علي الطرف الخاسر لإجباره علي التنفيذ الاختياري، فالحصول على الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني يغني عن الغرامة التهديدية حيث تعد ذات فاعلية في حماية المستهلك الإلكتروني أين تساعده في الوصول إلى حقه بيسر و سهولة، على أن أهم ما يعيب هذا النظام هو أن مركز التسوية سيضطر إلى اللجوء إلى القضاء الوطني، من أجل تحصيل قيمة هذه الغرامة و هو ما يضيع الكثير من الوقت، و لعل من بين ما يخفف من حدة هذا الإجراء حصول مركز التسوية على فوائد التأخير مضافا إليها قيمة الغرامة المتفق عليها، و لهذا من باب أولى على المنفذ ضده أن يقوم بتنفيذ أحكام المركز خشية أن يقوم بدفع غرامة قد تكون أكثر من قيمة الحكم[1].

ب– الجزاءات المعنوية:

يندرج ضمن الجزاءات المعنوية كل من نظام إدارة السمعة، نظام القائمة السوداء، نظام الطرد من السوق الإلكترونية، و سوف نتطرق لهذه الأنظمة تباعا كما يلي:

- **نظام إدارة السمعة:**

يعد نظام إدارة السمعة أحد أهم وسائل التنفيذ الذاتي غير المباشر بحيث يندرج ضمن الجزاءات المعنوية[2]، أين يقوم هذا النظام أساسا على وجود مواقع إلكترونية للتسوق عبر شبكة الأنترنت، تضم

---

[1] عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 491.

[1] خيري عبد الفتاح السيد الباتوني، المرجع السابق، ص 1245.

[2] يعتبر موقع E-bay من أهم المواقع الإلكترونية التي تطبق نظام إدارة السمعة، فهذا الموقع يحدد بالنسبة لأي طرف مقدم على الشراء السيرة الذاتية للبائع الذي سيتعامل معه، كما أنه يمكنه من الإطلاع على آراء بقية المستهلكين حول موقع هذا البائع، و من العوامل التي يستعان بها لتحديد سمعة التاجر إحترام مواعيد تسليم المبيع، حالة البضائع عند التسليم، لمزيد من التفصيل أنظر:

هذه المواقع في عضويتها العديد من البائعين و المستهلكين، وتسمح للمستهلك بالتعرف على سمعة البائع و سيرته الذاتية قبل بدئ عملية الشراء[1].

و يهدف هذا النظام إلى زيادة ثقة المتسوق الإلكتروني من خلال منحه المعلومات والخبرات من المتسوقين السابقين و ردود الفعل حول كيفية تعامل البائع العضو في هذا النظام ودرجة موثوقيته، كما أنها تساعد بالكشف عن السيرة الذاتية للبائع و عن سمعته وأراء المستهلكين الذين تعاملوا معه من قبل من خلال قياس ردود الفعل السلبية للمستهلكين أو من خلال إستخدام مقاييس الثقة الخاصة به[1].

من خلال إعمال هذا النظام فإنه يكشف للمستهلك الراغب في الشراء سمعة البائع، كما أن هناك نتائج لتقسيم أعضاء المركز من البائعين وفق نظام القائمتين، حيث توضع بها النقاط الإيجابية والنقاط السلبية من خلال الضغط على رمز البائع، فالمستهلك المتعامل من خلال مثل هذه المراكز يتعامل بثقة و اطمئنان على أنه سوف يصل إلى حقه عند لجوئه إلى مركز التسوية الإلكترونية، و الذي بدوره سوف يصدر حكما لصالح المستهلك ضد البائع و ليس أمام المهني إلا تنفيذ ذلك الحكم، و إلا خسر الكثير من عملائه من خلال قيام المركز بوضع النقاط السلبية في خانات التقييم، و التي يطلع عليها جمهور المستهلكين[2].

على هذا النحو يعتبر نظام إدارة السمعة وسيلة من وسائل تنفيذ أحكام و قرارات مراكز التسوية الإلكترونية، حيث أن سيطرة مواقع إلكترونية على تقييم سمعة البائع على الأنترنت سيجعل هؤلاء البائعين يلتزمون بقرارات مراكز التحكيم الإلكتروني لكي لا توضع لهم نقاط سلبية على سمعتهم، أين تصب هذه الإجراءات في حماية المستهلك الإلكتروني و زرع الثقة في المعاملات التجارية الإلكترونية.

- Bruno Deffains, Yannick Gabuthy, La resolution Electronique des Litiges Favorise-t-elle le Développement de Nouvelles Stratégies de Négociation ? ,De Boeck Supérieur, Nancy-Université, N° 10, 2008, P 11.

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 68 و 69.

[1] محمد عبد الله المومني، المرجع السابق، ص 388.

[2] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 201.

- **نظام القائمة السوداء:**

يعتبر نظام القائمة السوداء من بين الجزاءات المعنوية التي تهز سمعة البائعين المساهمين في تكوين السوق الإلكترونية و المالكين للمواقع الإلكترونية، حيث يعد هو الآخر جزاء معنويا أكثر منه ماديا بحيث يحط من السمعة التجارية التي يحرص التجار والشركات على الحفاظ عليها[1]، وما يميز هذا الجزاء عن غيره من الجزاءات أن القائمة تشير وبكل صراحة إلى إسم البائع الذي لم يلتزم بتنفيذ قرارات المركز[1].

إن نظام القائمة السوداء يعتبر وسيلة فعالة تحث البائع أوالمورد على تنفيذ قرارات وأحكام التحكيم الإلكتروني الصادرة عن مراكز التسوية، وذلك من خلال تهديده بنشر اسمه وتفاصيل موقعه ضمن القوائم السوداء في حال عدم التنفيذ، و هو ما يصب في مصلحة المستهلك الإلكتروني.

- **نظام الطرد من السوق الإلكترونية:**

تتمثل هذه الصورة من الجزاء في أن البائع عند إنشائه للموقع الإلكتروني عبر الأنترنت يقوم بإبرام عقد بينه و بين مقدم خدمات المعلومات، وكذلك بينه و بين الجهات المالكة لعلامة الثقة أو مركز التسوق الإلكتروني، بحيث يلتزم البائع مالك الموقع بقواعد الجهات التي سوف يدخل في عضويتها و منها إلتزامه بتنفيذ أحكام وقرارات مراكز التسوية الإلكترونية، فإن خالف ذلك فإن تلك الجهات تملك الطلب من مقدم خدمات المعلومات غلق صفحات الموقع بحيث لا يمكن لأحد المستخدمين الوصول إليه[2]، ليترتب على هذا الإجراء الأخير إلى جانب الأضرار المعنوية المتمثلة في فقدان البائع لسمعته و ثقته التي كان يحوزها و يتعامل بها، فقدانه لخسارة مالية كبيرة جراء غلق موقعه الإلكتروني[3].

و على هذا النحو يعتبر الطرد من الأسواق الإلكترونية وسيلة تعين على تنفيذ أحكام وقرارات التسوية الإلكترونية، من خلال تهديد البائع دائما بأنه إذ لم يقم بتنفيذ هذه الأحكام أو القرارات سوف

---

[1] رجاء نظام حافظ بني شمسه، المرجع السابق، ص 130.

[1] Thomas Schultz, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, Bruylant, Op.Cit, p 357.

[2] Ethan Katsh, Janet Rifkin and Alan Gaitenby: E-Commerce, E-Disputes, and E Dispute Resolution: In the Shadow of "eBay Law", Op.Cit, p731.

[3] سليمان أحمد الفضل، المرجع السابق، ص 352.

يوقف موقعه الإلكتروني مما سيترتب عليه خسارة لهذا الموقع، و بهذا فإن هذا النظام سوف يصب في حماية المستهلك الإلكتروني.

2- وسائل التنفيذ الذاتي المباشر لأحكام التحكيم الإلكتروني:

إلى جانب وسائل التنفيذ الغير مباشر تقوم مراكز التسوية الإلكترونية بالتنفيذ المباشر للأحكام و القرارات الصادرة عنها، و تتمثل هذه الوسائل في ما يلي:

أ- إيداع ضمان مالي مغلق:

بمقتضى هذه الوسيلة يقوم البائع قبل البدء في إجراءات التحكيم بتحويل مبلغ نقدي إلى مراكز التسوية الإلكترونية، و يظل هذا المبلغ مجمدا لا يمكن للبائع التصرف فيه إلا بعد الإنتهاء من العملية التحكيمية، و هو ما يسهل على مركز التسوية الإلكترونية تنفيذ حكمه الصادر ضد البائع مباشرة من خلال المبلغ الذي وضعه البائع تحت تصرفه دون الرجوع للبائع و دون حاجة غلى إذن منه[1].

كما قد يتم ذلك بإنشاء صندوق يساهم فيه تجار السوق الإلكتروني ويتولى الإشراف عليه وإدارته مركز تحكيم معتمد من قبلهم، حيث يضمن هذا الصندوق للمستهلكين تنفيذ الأحكام الصادرة لصالحهم[2].

ب- التحكم في بطاقات الائتمان:

في منازعات التجارة الإلكترونية الخاصة بالاستهلاك بين المورد الإلكتروني والمستهلك الإلكتروني يتم منح مركز تسوية المنازعات الإلكترونية سلطة التحكيم في الدفع ببطاقات الائتمان، أي سلطة إعادة الأموال المسحوبة من بطاقات الائتمان الخاصة بحساب المشتري من موقع البائع مباشرة، دون حاجة للرجوع إلى البائع عند تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني الصادر من مركز التسوية في مواجهة البائع إلى حساب المشتري في بطاقة الائتمان، ويمنح مركز التسوية الإلكترونية تلك السلطة

[1] أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 432.
[2] خيري عبد الفتاح السيد الباتوني، المرجع السابق، 1246.

بمقتضى شرط يوضع في العقود المبرمة بين مركز التسوية وكل من البائع والشركة مصدرة البطاقة، و كذلك في عقود الشركة مصدرة البطاقة وكل من البائع والمشتري حامل البطاقة[1].

ت- التنفيذ الذاتي الإلكتروني:

بمقتضى هذه الوسيلة يكون لمراكز التسوية الإلكترونية إمكانية تنفيذ الأحكام و القرارات الصادرة عنها مباشرة عبر الأنترنت، حيث تتمتع هيئة الأيكان (ICANN) المختصة بتسوية المنازعات الناشئة عن إستعمال أسماء الدومين و المواقع الإلكترونية بتوقيع هذا النوع من الجزاءات[1]، من خلال تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني الصادر عنها مباشرة على الأنترنت بطريقة إلكترونية دون تدخل من المحكوم عليه[2]، حيث تتمثل قرارات و أحكام هذه الهيئة في التالي[3]:

- وقف إستخدام الموقع الإلكتروني.
- إلغاء العنوان الإلكتروني.
- نشر الحكم الصادر بوقف إستخدام الموقع الإلكتروني.
- التعويض العقابي الذي تقوم بفرضه المحكمة على المدعى عليه، يجبر كل ضرر الذي تحمله المدعى بسبب عدم القيام بتنفيذ إلتزامه.

تبين مما سبق كيف أن لمراكز التسوية الإلكترونية أهمية كبيرة في تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني المتعلقة بمنازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية وذلك بعيدا عن القضاء الوطني، و هو ما سيساهم في زيادة الثقة بين متعاملي التجارة الإلكترونية، و يحقق الحماية المنشودة للمستهلك الإلكتروني في معاملاته التجارية الدولية.

---

[1] رجاء نظام حافظ بني شمسه، المرجع السابق، ص 131.

[1] الأيكان (ICANN) هي: هيئة أنشأت في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1998 تتولى مهمة تلقى طلبات تسجيل أسماء المواقع التجارية على شبكة الأنترنت، و عملها يتمثل بحماية أسماء الدومين و المواقع الإلكترونية ذات النطاق العالمي، وفقا لما ورد بلائحة القواعد الموحدة لتسوية المنازعات في الولايات المتحدة، أنظر:

- Michèle Rioux, Olivier Dagenais, Le Rôle Des Organisations InternationLes Dans La Gouvernance D'Internet et des Secteurs Numériques, Hors-série, Revue Québécoise de Droit International, La Société Québécoise de Droit International, Canada, 22 Décembre 2021, p 361.

[2] خيري عبد الفتاح السيد الباتوني، المرجع السابق، 1247.

[3] صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء و التحكيم، المرجع السابق، ص 491.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة يمكن القول بأن إعمال مناهج القانون الدولي الخاص على عقود التجارة الإلكترونية التي يكون المستهلك طرفا فيها، فرض مجموعة من التحديات القانونية خصوصا ما تعلق منها بتطبيق قواعد التنازع أو القواعد المادية على المنازعات الناشئة في بيئتها، أين إتضح أن إعمال منهج قاعدة التنازع سيتعارض لا محالة مع الخصوصية التي تنفرد بها عقود الإستهلاك الإلكترونية، و الفضاء الإفتراضي غير الملموس الذي يتم فيه إبرام العقد و تنفيذه.

أين حاولنا بقدر الإمكان بيان الحلول التي تقدمها قواعد القانون الدولي الخاص لحل مشاكل تنازع القوانين و تنازع الإختصاص القضائي الدوليين، بشأن منازعات عقود المستهلك الإلكتروني الناشئة عن عقوده التجارية المبرمة عبر شبكة الأنترنت، و ذلك من خلال تطويع إعمال مناهج القانون الدولي الخاص التقليدية بدفتيها التشريعية والقضائية، لحماية المركز القانوني المستهلك الإلكتروني في نطاق علاقاته الدولية، أين تبين عدم ملائمة قواعد هذا القانون في تحقيق الحماية المنشودة للمستهلك الإلكتروني، و هو ما يدفعنا نحو البحث عن آليات قانونية أخرى تتلاءم مع المعاملات الدولية التي تجري في العالم الإفتراضي، و تحفظ حقوق المستهلك حتى في معاملاته العابرة لحدود بلده.

و على الرغم من وجود إتجاهات فقهية حديثة على مستوى القوانين الوطنية والإتفاقيات الدولية سعت لحماية المستهلك الإلكتروني في المعاملات التجارية الدولية، من حيث سن قواعد خاصة بالإختصاص التشريعي و القضائي إلا أن عدم ملائمة الضوابط التي تحكمها مع البيئة الإلكترونية جعلها غير كافية لتحقيق هذه الحماية، وهو ما ساهم في بزوغ النهج الحديث الذي يسعى لتسوية منازعات المستهلك الإلكتروني من خلال البيئة التي أنشأت منها، لعل أشهرها التحكيم الإلكتروني كبديل عن القضاء أو منهج القواعد المادية الإلكترونية كبديل لمنهج تنازع القوانين.

الحقيقة أن التطور الإلكتروني الهائل الذي شهده العالم و تسخيره في إبرام المعاملات التجارية، ألقى بضلاله على كفاية القواعد التقليدية لحكم مثل هذه المعاملات، حيث أن العديد من هذه القوانين أظهرت عدم صلاحيتها لمعالجة جوانب كثيرة من التجارة الإلكترونية كعقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية، و هو ما يبرر الحاجة الملحة لتطوير قواعد القانون الدولي الخاص بما يتناسب مع الحماية اللازم رصدها للمستهلك الإلكتروني كطرف ضعيف في العقود الدولية، و هو ما دفعنا لتقديم مجموعة من النتائج و الإقتراحات لهذه الدراسة.

أولا: النتائج

- أن المعاملات الإلكترونية أنشأت عالما افتراضيا جديدا من خلال شبكة الأنترنت، وهي بذلك قد تجاوزت الحدود التي كانت تفصل بين الدول و أحكامها القضائية.
- مصطلح المعاملات التجارية الإلكترونية هو نفسه المصطلح الذي يعبر عن كل عملية تعاقدية تتم بإستخدام أي وسيلة إلكترونية في نطاق عقود التجارة الدولية، لاسيما شبكة الأنترنت.
- عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية هي عقود تتصف بالصفة الدولية ليس لمجرد اشتمالها عن العنصر الأجنبي فقط، بل و كذلك لعالمية شبكة الأنترنت وعدم خضوعها للحدود الجغرافية.
- إنتشار عقود الإستهلاك الإلكترونية أدى إلى ظهور مشكلات قانونية تصاحبها، لاسيما أنها تتسم غالبا بالطابع الدولي مما يجعلها خاضعة لمناهج القانون الدولي الخاص في حالة نشوء نزاع بشأنها.
- المعيار المحدد لدولية عقود الإستهلاك الإلكترونية مازال مسألة محل نقاش، رغم منطقية الأخذ بفكرة تكييف القاضي المعروض أمامه النزاع.
- مبدأ قانون الإرادة على الرغم من أنه يعتبر أكثر قواعد الإسناد ملائمة لحل مشكلة تنازع القوانين في مجال عقود التجارة الإلكترونية، إلا أن هذا الضابط يمثل مصدر قلق بالنسبة للمستهلك بإعتباره الطرف الضعيف في العقد.
- هناك قصور تشريعي تعاني منه معظم النظم القانونية الوطنية في ما يخص حماية المستهلك الإلكتروني في نطاق معاملاته الدولية.
- في ما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية نجد أن هذه العقود على المستوى الوطني تخضع للقواعد المنصوص عنها في المادة 18 من القانون المدني الجزائري، و المادة 2 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الالكترونية، و هذا يدل على عدم إعطاء المشرع الوطني أي خصوصية لهذه العقود.
- إتجهت العديد من التشريعات الوطنية و الإتفاقيات الدولية إلى وضع قيود على مبدأ سلطان الإرادة، و ذلك إستجابة لحماية المستهلك الإلكتروني.

- إنتهينا إلى أن الضوابط التقليدية في ضوء تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارية الدولية، لا تحقق الحماية الكافية للمستهلك الإلكتروني.
- خلصنا إلى إن إعتماد نظرية التركيز الموضوعي قد لا يؤدي بالضرورة إلى تطبيق القانون الذي يوفر الحماية للمستهلك الإلكتروني، خاصة في ظل تمتع القاضي بسلطة تصحيح إختيار الأطراف لقانون العقد.
- خلصنا إلى أن الضوابط التي تعتمد على فكرة الإقليمية لا تتناسب مع معاملات التجارية الإلكترونية، و هو ما يؤثر سلبا على توفير الحماية للمستهلك الالكتروني في العلاقات الدولية الخاصة.
- إن الإعتماد على نظرية الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال عقود التجارة الإلكترونية، إنتهينا إلى أنها نظرية مرنة تسمح بتطويعها لحماية المستهلك الإلكتروني.
- لقد دعت حماية المستهلك الإلكتروني في إطار علاقاته التعاقدية الدولية إلى وجود إسناد خاص في هذا المجال يتمثل في تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، والقانون الأكثر صلاحية للمستهلك، و رغم الإشكالات التي يفرزها إعمالها في بيئة المعاملات الإلكترونية، إلا أنها مثلت الحد الأدنى لحماية المستهلك.
- بالرغم من أن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية هي قواعد طائفية ونوعية تعنى بتنظيم معاملات التجارية الإلكترونية، و هي الأجدر بتنظيم عقود المستهلك الإلكترونية الدولية و حل ما ينتج عنها من منازعات، إلا أن الأمر متعلق بمنهج مازال يعتريه بعض النقص و القصور الذي سيؤثر على الحماية المتواخاة للمستهلك الإلكتروني.
- أن تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني وفقا لقواعد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، يترتب عليه العديد من المشاكل الناجمة التي لا يمكن أن تظهر بمناسبة المستهلك التقليدي.
- كشفت الدراسة عن أهمية توفير الحماية للمستهلك الإلكتروني من خلال قواعد الإختصاص القضائي الدولي، خاصة في ظل قصور القواعد الشخصية للإختصاص في حماية المستهلك بمناسبة نزاعاته في المعاملات التجارية.

- تبين عدم إمكانية الإعتماد على الضوابط المكانية للإختصاص القضائي الدولي لتحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني، لكون هذه الضوابط تقوم على مرتكزات لا تتوافق مع الطابع اللامادي لمنازعات العقود الإلكترونية.
- لاحظنا وجود تباين لدى التشريعات المقارنة في مدى الحماية التي توفرها للمستهلك الإلكتروني من خلال إعمال قواعد الإختصاص القضائي الدولي التقليدية، و تتأرجح بين الإبقاء على إعمال القواعد التقليدية للإختصاص القضائي على منازعات المستهلكين الدولية، و بين الأخذ بضابط الخضوع الإرادي المقيد لصالح المستهلك، أو إعمال قاعدة إختصاص تمنح الإختصاص لمحكمة موطن المستهلك.
- حماية المستهلك الإلكتروني في المعاملات التجارية الالكترونية الدولية، بحاجة إلى تكافل جميع المناهج القانونية التي تعمل في نطاق العلاقات الدولية الخاصة.
- أن ظهور الآليات البديلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، وتصديها لمنازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية كان نتيجة طبيعية لصعوبة تطبيق ضوابط الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية في مجال حماية للمستهلك الإلكتروني.
- في ظل التزايد الهائل في عقود الإستهلاك الإلكترونية أصبحت الوسائل البديلة في تسوية المنازعات التجارة الإلكترونية أمرا متزايد في حكم منازعات الإستهلاك، لأنها تتفق مع طبيعة المعاملات التي يبرمها المستهلك.
- في إطار تسوية منازعات التجارة الإلكترونية الدولية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا بطريقة ودية، نجد أن كل من المفاوضات و الوساطة الإلكترونيين يحققان حماية نسبية للمستهلك.
- يمكن قبول الإتفاق على التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية الخاصة بالمستهلكين، خاصة إذا ورد هذا الإتفاق في شكل مشارطة.
- يعتبر التحكيم الإلكتروني حاليا الوسيلة المثلى الملائمة لحماية المستهلك الإلكتروني في معاملاته التجارية الدولية، للمزايا التي يقدمها للمستهلك بالمقارنة مع القضاء.
- إن اللجوء إلى وسائل التنفيذ الذاتي الإلكترونية لأحكام التحكيم الإلكترونية، يعد أكثر فعالية وأقل تكلفة من اللجوء إلى نظام التنفيذ أمام القضاء الوطني، خاصة في حالة المنازعات الناجمة عن عقود المستهلك الإلكتروني.

ثانيا: الإقتراحات

- على المشرع الجزائري التحرك لمسايرة ركب التطورات التشريعات العالمية المتعلقة بمنازعات التجارة الإلكترونية، حتى لا يوصف بالتخلف والقصور في مواجهة المستهلك الإلكتروني.
- نوصي المشرع الجزائري بالتدخل من أجل إنشاء قاعدة إسناد حمائية بحته تحقق للمستهلك الحماية في معاملاته الدولية.
- نوصي المشرع الجزائري بإجراء تعديل على أحكام المادة 18 من القانون المدني وأحكام المادة 2 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، بما يتناسب من تحقيق للمستهلك الإلكتروني الحماية اللازمة.
- أن يتم الأخذ بالاعتبار مسألة دولية العقد الإلكتروني، وضرورة تحديد المشرع الجزائري موقفه من مسألة المعيار المحدد لدولية عقود الإستهلاك الإلكترونية.
- على المشرع الجزائري الانضمام إلى الإتفاقيات التي تسعى إلى تنظيم القواعد المادية للتجارة الالكترونية، سواء على المستوى الدولي أو العربي.
- أن يتم منح مبدأ الإختيار للمستهلك الإلكتروني في تحديد القانون الواجب التطبيق، على أن القاضي يطبق قانون موطن المستهلك الإلكتروني إذا تبين له أن هذا الإختيار غير صالح له.
- ضرورة إبرام إتفاقية دولية تعالج الإشكالية التي يثيرها الموطن في عقود التجارة الإلكترونية الدولية.
- ضرورة إبرام إتفاقية دولية تعالج إشكالية القانون الواجب التطبيق على عقد الإستهلاك الإلكتروني، من خلال إقرار قواعد موضوعية موحدة قادرة على تسوية منازعات التجارة الإلكترونية، و تحقيق الحماية للمستهلك الإلكتروني.
- المشرع الوطني الجزائري مدعو إلى تكريس قواعد إختصاص قضائية توفر الحماية الإجرائية للمستهلك الإلكتروني في علاقاته العابرة للحدود.
- نوصي المشرع الجزائري بتقنين ضابط موطن المستهلك أو محل إقامته المعتادة، كضابط للإختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية.
- إستبعاد إعمال ضابط الجنسية لانعقاد الإختصاص القضائي الدولي في منازعات التجارة الإلكترونية، و خاصة في المنازعات التي يكون المستهلك فيها طرفا.

- تعزيز قواعد الإختصاص القضائي الدولي قصد سد الفراغ التشريعي بشأنها، و إزالة أي لبس أو غموض قد يكتنف تمديد العمل بقواعد الإختصاص المحلي إلى المجال الدولي.
- نقترح على المشرع الجزائري سن قاعدة قانونية صريحة تنص على عقد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية بناء على ضابط الخضوع الاختياري، لما يحقق ذلك من حماية للمستهلك الإلكتروني.
- ضرورة نشر ثقافة اللجوء إلى الوسائل البديلة في تسوية منازعات الإستهلاك الإلكترونية، للمزايا التي توفرها هذه الأخيرة للمستهلك الإلكتروني.
- يجب إيجاد حلول سريعة و عاجلة لمواجهة التحديات و المشاكل الناجمة عن إستخدام التقنية الحديثة في إبرام العقود الإلكترونية بصفة عامة، و عقود الإستهلاك الإلكترونية على وجه الخصوص.
- إنشاء هيئة قضائية دولية تعنى بتسوية منازعات عقود الإستهلاك المادية والإلكترونية ذات الطابع الدولي.
- ضرورة إنشاء أقسام متخصصة على مستوى المحاكم الوطنية، تعنى بالفصل في منازعات عقود الإستهلاك التقليدية و الإلكترونية، مع تحيين القوانين ذات الصلة بحماية المستهلك.
- تعديل بعض نصوص التحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لتستجيب مع التحكيم الذي يجرى في البيئة الإلكترونية.
- يلزم تطوير التشريعات القائمة بما يتلاءم و الإعتراف بتنفيذ الأحكام الإلكترونية، لاسيما تلك الصادرة من الهيئات الدولية المرخص لها.
- العمل على تأهيل قضاة و محكمين ووسطاء متخصصين في قضايا التجارة الإلكترونية، و يفقهون في الحماية الواجب توفيرها للمستهلك الإلكتروني.
- ضرورة التعاون الوطيد بين الدول من أجل تحديد بعض المفاهيم التي أفرزها العالم الإفتراضي.
- ضرورة تكثيف الجهود على مستوى الدول العربية من أجل إصدار تنظيم قانوني موحد و متكامل لحماية معاملات التجارة الإلكترونية و أطرافها.

تم بحمد الله و توفيقه.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

القرآن الكريم: راوية ورش عن نافع، الطبعة الأولى، دار إبن كثير، دمشق، تمت الطباعة بموافقة مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف، 1430هـ، 2009 م.

ثانيا: المراجع

I. المراجع باللغة العربية:

أ- الكتب العامة:

1.إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

2.إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

3.إبراهيم بختي، التجارة الإلكترونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

4.أبو الهيجاء محمد إبراهيم العرسان، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.

5.أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم، مفهومه، أركانه و شروطه، نطاقه، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

6.أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة، الإسكندرية، 1989.

7.أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري، قواعد البوليس و الأمن وقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية تطبيقية، دار النهضة العربية، 1985.

8.أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الاختيار بين الشرائع أصولا و منهجا، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 1996.

9.أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الإدارة وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

10. أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

11. أحمد محمد فتحي الخولي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

12. أسامه أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

13. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، دار هومة، الجزائر، 2005.

14. إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي القانونية، بيروت، لبنان، 2009.

15. إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

16. بشار عصمت سميح شكري، العقود الإلكترونية، دراسة مقارنة في القانون الواجب التطبيق و تسوية المنازعات الناشئة عنها، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

17. بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

18. بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، الجنسية، دار هومة، الجزائر، 2003.

19. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.

20. جمال محمود الكردي، مدى ملاءمة قواعد الاختصاص الفضائي الدولي التقليدية لمنازعات الحياة العصرية، دراسة تطبيقية على بعض صور العقود التي افرزها التطور الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

21. حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 5.

22. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

23. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الإستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

24. حسن مكي مشيري، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية (الأنترنت)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2019.

25. حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

26. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.

27. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

28. حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص، الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

29. حمزة قتال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، القواعد العامة، دار هومة، الجزائر، 2018.

30. خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم و أثره على فض المنازعات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

31. خالد عبد الفتاح محمد خليل، تعاظم دور الإرادة في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.

32. خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

33. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.

34. خليف شداخ العنزي، المعاملات الإلكترونية و القانون الدولي الخاص، المشكلات و الحلول، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2010.

35. خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، النظام الإجرائي للمرافعة و حجز القضية للحكم في التقاضي الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019.

36. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.

37. سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية و القانون الواجب التطبيق، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

38. سليمان أحمد الفضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011.

39. سيد أحمد محمود أحمد، الغش نحو القانون، دار الحافظ للنشر، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2020.

40. شربل وجدي القارح، قانون الأنترنت، التفاوض والوساطة على شبكة الأنترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.

41. صالح جاد المنزلاوي، الإختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والإعتراف و التنفيذ الدولي للأحكام و الأوامر الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

42. صفاء فتوح جمعة، العقد الإداري الإلكتروني، دار الفكر و القانون، المنصورة، جمهورية مصر العربية، 2014.

43. صفاء فتوح جمعة، قواعد الإختصاص القضائي الدولي للمنازعات الدولية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، دراسة تطبيقية على العقود التجارية الدولية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2019.

44. صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء و التحكيم، آليات فض المنازعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

45. صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في ضوء الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

46. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.

47. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، دراسة تحليلية على ضوء الإتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

48. طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018.

49. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما و عملا، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010.

50. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 227.

51. عبد الباسط جاسم محمد، تنازع الإختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014.

52. عبد الخالق صالح عبد الله معزب، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية في التجارة الدولية، إصدارات المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين – ألمانيا، 2019.

53. عبد الفتاح حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007.

54. عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2015.

55. عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة لقواعد جمعية التحكيم الأمريكية و تنظيم محكمة الفضاء في ضوء المبادئ العامة للتحكيم التقليدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

56. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين و تنازع الإختصاص القضائي الدوليين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

57. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.

58. عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994.

59. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

60. عمرو محمد المارية، مشكلات المسؤولية المدنية في نطاق التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

61. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني، تنازع القوانين و تنازع الإختصاص القضائي الدولي وفقا للأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز حماد للطباعة، عمان، الأردن، 1996.

62. فارس محمد عمران، قوانين و نظم التحكيم بالدول العربية و الخليجية و دول الأخرى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2015.

63. فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.

64. فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، دار إبن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، 2003.

65. فؤاد رياض، سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين و تنازع الإختصاص القضائي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1993.

66. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2015.

67. لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و القوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر، 2012

68. ليندة بومحراث، تسوية منازعات التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2019.

69. ماهر إبراهيم قنبر العزاوي، تنازع القوانين في عقد التأمين، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018.

70. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات، الوساطة، التوفيق، التحكيم، المفاوضات المباشرة، دار الثقافة لنشر و التوزيع، 2010.

71. محمد ابراهيم ابو الهيجاء، الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات، المفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

72. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، دراسة مقارنة، دار الحامد، عمان، الأردن، 2013.

73. محمد الروبي، دور الإرادة في مجال الإختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

74. محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

75. محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007.

76. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.

77. محمد سعيد أحمد اسماعيل، الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

78. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، العقد و الإرادة المنفردة، دراسة مقارنة مع القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.

79. محمد عباس، التسويق الالكتروني للمبتدئين، ط 1، مطبعة المسار، تركيا، 2020.

80. محمد عبد العزيز المنسي، موسوعة إتفاق التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، مكتبة الفلاح للنشر و التوزيع، القاهرة، 2011.

81. محمد عبد الله المومني، حكم التحكيم الإلكتروني، الحجية و التنفيذ، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2019.

82. محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

83. محمد مأمون سليمان، التحكيم الإلكتروني، التجارة الإلكترونية، اتفاق التحكيم، عملية التحكيم، حكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

84. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2002.

85. محمود جمال الكردي، تنازع القوانين بشأن المسؤولية عن سوء إستخدام الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

86. محمود محمد ياقوت، الإرادة و قواعد البوليس ضرورية التطبيق، دراسة تحليلية تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

87. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

88. محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لعقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

89. مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

90. معتز سيد محمد أحمد عفيفي، قواعد الإختصاص القضائي بالمسؤولية الإلكترونية عبر الشبكة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

91. ناصر محمد عباس، الوسائل الإلكترونية ودورها في عقد البيع، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2011.

92. نبيل زيد المقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2009.

93. هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

94. هشام خالد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.

95. هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.

96. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.

97. يسري عوض عبد الله، العقود التجارية الدولية، إصدارات مكتب اليسري للمحاماة و الاستشارات الخرطوم، السودان، 2009.

98. يوسف حسن يوسف، التحكيم الدولي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2002.

99. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين و تنازع الإختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016.

ب- الكتب المتخصصة:

1.أبو العلا على أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

2.بدران شكيب الرفاعي، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.

3.حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

4.حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997.

5.خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجيدة للنشر، الإسكندرية، 2009.

6.رانية المجني، نريمان عمار، سلوك المستهلك، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2020.

7.صفاء إسماعيل وسمي، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2016.

8.طرح البحور علي حسن، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم و القضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

9.عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

10. فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة إلى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد (إلكترونيا)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.

11. فايد أشرف محمد رزق، منازعات الأستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة علي شبكة الإنترنت، الطبعة 01، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، القاهرة، 2018.

12. مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.

13. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.

14. نجلاء عبد حسن الأسدي، تدويل عقود المستهلكين و أثره في تنازع القوانين، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2020.

ت- الرسائل الجامعية:

❖ رسائل الدكتوراه:

1.أحمد بوقرط، إتفاق التحكيم في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون مدني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد إبن باديس، مستغانم، السنة الجامعية: 2019/2018.

2.أمال حابت، التجارة الإلكترونية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية: 2016/2015.

3.بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية: 2014-2015.

4.حسام أسامة محمد شعبان، الاختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي الخاص، جامعة إسكندرية، السنة الجامعية: 2009/2008.

5.زهيرة عبوب، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية الدولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2017/ 2018.

6. صالح المنزلاوي، النظام القانوني لتجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، جمهورية مصر العربية، 2005.

7.عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ميلود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية: 2014/2013.

8.فاطمة الزهرة جندولي، عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2018/2017.

9.ليندة بلاش، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية: 2018/2017.

10. محمد بلاق، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2016/2015.

11. منير قاسم الجيلاني، حماية المستهلك بين القوانين العامة و الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم الإقتصادية و الإجتماعية والقانونية، وجدة، المملكة المغربية، السنة الجامعية 2015/2014.

12. نور الدين بكلي، فعالية إتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2008/2007.

13. وسيلة مصطفى هنشور، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري و المقارن، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، السنة الجامعية: 2017/2016.

14. يوسف عبد الكريم محمد الجرارة، الحماية القانونية للمعاملات التجارية الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، جمهورية مصر العربية، السنة الجامعية 2018/2017.

❖ **مذكرات الماجستير:**

1.أحمد حميد الأنباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، دراسة مقارنة، رسالة لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، السنة 2017.

2.حنان عتيق، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، معهد الحقوق، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، السنة الجامعية: 2011/ 2012.

3.خالد عبد الله محسن صوارخون، التفاوض الإلكتروني كأحد وسائل فض المنازعات في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسراء، الأردن، السنة الجامعية: 2020/2019.

4.شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2003/2002.

5.شنيار سردار حمه أمين، التحكيم الإلكتروني في عقود الإستثمار، دراسة مقارنة في القانونيين المصري و العراقي مع التطبيق على إقليم كوردستان، لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، السنة الجامعية: 2019/2018.

6.كريم بوديسة، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية: 2013/2012.

7.محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2011/2010.

8.نافع بحر السلطان الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة بغداد، العراق، 2005/2004.

9.يحي يوسف فلاح، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2008/2007.

ث- المقالات العلمية:

1.إبراهيم حمود مهنا، زالينا زكريا، عبد الله المخلافي، مبررات حماية المستهلك في التجارة الإلكترونية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، جامعة تكريت، العراق، العدد 02، السنة 2019.

2.أحمد إشراقية، قابلية النزاعات الناشئة عن عقد الإستهلاك للتحكيم، دراسة مقارنة في القانونيين اللبناني و الفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، جامعة الكويت، العدد: 04، جانفي 2020.

3.أحمد السيد البهي الشوبري، إبرام إتفاق التحكيم الإلكتروني، حولية كلية الدراسات الإسلامية و العربية، جامعة الأزهر، الإسكندرية، المجلد 33، العدد 04، السنة 2017.

4.أحمد بوقرط، نضرة قماري، البيانات الواجب توافرها في حكم التحكيم الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية، جامعة المدية، المجلد 04، العدد 01، جانفي 2018.

5.أحمد حسين جلاب، كرار عبود محمد، تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الخدمات الحديثة، مجلة الكوفة، جامعة الكوفة، العراق، العدد: 47، سبتمبر 2019.

6.أحمد محمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مجلة معهد دبي القضائي، الإمارات العربية المتحدة، العدد 3، سبتمبر 2013.

7.أحمد محمد الهواري، مستحدث القول في حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية و الإقتصادية، جامعة حلوان، جمهورية مصر العربية، العدد17، ديسمبر 2007.

8.أحمد محمد علي بشير محمد، سعد ناصر آل عزام، التحكيم الإلكتروني في ظل التطور المعلوماتي في المملكة العربية السعودية، مجلة كلية الشريعة و القانون، دقهلية، جمهورية مصر العربية، العدد 23، السنة 2021.

9.أشرف عبد العظيم عبد القادر عبد الواحد، حماية المستهلك من اختلال التوازن العقدي الناشئ عن استخدام الشروط النموذجية بعقود الاستهلاك، مجلة الدراسات القانونية و الاقتصادية، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية، المجلد 5، العدد 2، ديسمبر 2019.

10. أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي الخاص، إصدارات الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 57، السنة 2001.

11. آلاء يعقوب النعيمي، الاطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية و القانونية، جامعة الشارقة، المجلد 6، العدد 2، جوان 2009.

12. آلاء يعقوب النعيمي، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، المجلد 8، العدد 14، السنة 2005.

13. أمير خليل، تسنيم كحلة، نحو تحكيم سيبراني في فلسطين في ظل جائحة كورونا – دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، كلية القانون، جامعة قطر، المجلد 10، عدد خاص بمؤتمر القانون في مواجهة الأزمات العالمية، الوسائل و التحديات، فيفري 2021.

14. أمير صلاح نصر الأعرجي، معيار عقود التجارة الدولية، مجلة المعهد، معهد العلمين للدراسات العليا، العراق، العدد 1، السنة 2020.

15. أمين دربة، متى يكون العقد دوليا؟ وفقا للقانون المقارن و القانون الجزائري، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، المجلد 03، العدد01، السنة 2016.

16. أنيسة حمادوش، خصوصية التحكيم الإلكتروني في حل المنازعات التجارية الإلكترونية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، العدد 48، ديسمبر2017.

17. بان سيف الدين محمود، العقد الإلكتروني و وسائل إثباته، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، جامعة بابل، العراق، المجلد 27، العدد 7، السنة 2019.

18. باهي التركي، حياة محمود، الإيجاب و القبول في العقد الإلكتروني، دراسة في ضوء القانون المدني الجزائري، مجلة البحوث و الدراسات، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، المجلد 19، العدد 02، جويلية 2022.

19. بشار قيس محمد، صلاح عجمي جميل، تحديات إعمال قوانين البوليس الأجنبية، مجلة الجامعة العراقية، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، العراق، العدد 46، فيفري 2020.

20. حافظ جعفر إبراهيم، تأملات في التحديات القانونية التي تواجه التسوق عبر المواقع الإلكترونية، القانون الإماراتي نموذجا، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، الإمارات العربية المتحدة المجلد16، العدد01، جوان 2019.

21. حامد شاكر محمود، محمد علي صاحب حسن، الحماية القانونية للمستهلك في التسوق عبر الأنترنت، مجلة جامعة تكريت للحقوق، جامعة تكريت، العراق، المجلد 6، العدد 2، ماي 2021.

22. حفيظة السيد الحداد، شرط التحكيم بالإشارة بين منهج تنازع القوانين و منهج القوانين المادية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، العدد 01، السنة 1995.

23. حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية أزمة مناهج تنازع القوانين و ظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة معارف، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، العدد 05، السنة 2008.

24. حنان مناصرية، عزيزة شبري، دور قانون الإرادة في تطبيق العقود الإلكترونية، مجلة جيل للأبحاث القانونية المعمقة، قسنطينة، الجزائر، العدد 18، ديسمبر 2017.

25. خديجة بودالي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 03، جوان 2021.

26. خليل إسماعيل الحديثي، ماهية المعاملات الإلكترونية، مجلة المنتدى الوطني لأبحاث الفكر و الثقافة، دراسة مقارنة، منشورات جامعة لاهاي الدولية، هولندا، المجلد 01، العدد 07، السنة2011.

27. رانيا جعفر، فعالية التحكيم الإلكتروني في تسوية النزاعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية، مجلة القانون و الأعمال الدولية، جامعة الحسن الأول، المغرب، العدد 29، أوت 2020.

28. رشا علي الدين، القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية عن الصحافة الإلكترونية، مجلة البحوث القانونية و الإقتصادية، جامعة المنصورة، جمهورية مصر العربية، العدد 58، أكتوبر 2015.

29. رمزي أحمد عوني ماضي، سامر نجيب المعايطة، نظرية الأداء المميز كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات المصرفية الدولية، المجلة الأردنية في القانون و العلوم السياسية، جامعة مؤتة، المجلد 9، العدد 1، مارس 2017.

30. زبيدة عبد الهادي، القواعد المادية لمنازعات عقود قانون التجارة الدولية في الأنظمة العربية في إطار الاتفاقيات الدولية، دراسة مقارنة، المجلة العربية للعلوم و نشر الأبحاث، المركز القومي للبحوث، غزة، فلسطين، المجلد 03، العدد 02، مارس 2017.

31. الزهراء مراد، العقد الإلكتروني و أطرافه، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، العدد 52، جويلية 2019.

32. زياد خليف العنزي، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني في التشريع الإماراتي، مجلة معهد دبي القضائي، الإمارات العربية المتحدة، العدد: 06، نوفمبر 2015.

33. زياد خليف العنزي، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقا لمبدأ مؤتمر لاهاي لعام 2015 ، مجلة جامعة الشارقة للعوم الشرعية والقانونية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، المجلد 13، العدد 02، ديسمبر 2016.

34. زياد محمد فالح بشابشة، أحمد الحراكي، عماد قطان، دور إرادة أطراف التعاقد في إختيار القانون واجب التطبيق في الإلتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني، دراسة مقارنة، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث و الدراسات، فلسطين، العدد 30، جوان 2013.

35. سارة بركات، إيمان رحال، سهام عيساوي، حماية المستهلك في محيط التجارة الإلكترونية بالإشارة إلى منظمة التعاون الإقتصادي والتنمية، مجلة الدراسات المالية و المحاسبية و الإدارية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، العدد 09، جوان 2018.

36. سفيان شبة، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري و القوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة و القانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 04، جانفي 2011.

37. سلطان عبد الله محمود الجواري، التحكيم الإلكتروني في المنازعات الخاصة الدولية، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، العراق، المجلد17، العدد 03، نوفمبر 2021.

38. الشاهد أحمد شعبان، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص و القانون المصري رقم 67 لسنة 2006، مجلة مصر المعاصرة، منشورات الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي و الإحصاء و التشريع، مصر، العدد516، أكتوبر 2014.

39. شوقي كوتار، مفهوم العقد الدولي، مجلة المنارة للدراسات القانونية و الادارية، جامعة أغادير، المغرب، عدد خاص بالعلاقات الدولية، ماي 2020.

40. صالح المنزلاوي، الحماية القضائية للمستهلك المتعاقد عبر الإنترنت في ضوء أحكام نظام المرافعات الشرعية السعودي، مجلة جامعة الملك سعود للحقوق والعلوم السياسية، جامعة الملك سعود، المجلد 23، العدد 2، السنة 2011.

41. صراح خوالف، مظاهر تأثير قانون الإستهلاك على ضابط الإرادة في القانون الدولي الخاص، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، العدد 03، ماي 2021.

42. صفاء إسماعيل وسمي، الإطار القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة أهل البيت عليهم السلام، جامعة أهل البيت، العراق، العدد: 21، أوت 2017.

43. صفية زادي، شهر العقد كآلية لنقل الملكية العقارية، مجلة حقائق للدراسات النفسية و الإجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 08، ديسمبر 2017.

44. عباس زواوي، سلمى مانع، الحماية المدنية للمستهلك في نطاق التجارة الإلكترونية، مجلة الحقوق و الحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 04، أفريل 2017.

45. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الواجب التطبيق على العلامة التجارية الإلكترونية من خلال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، مجلة معهد العلمين للدراسات العليا، النجف، العراق، العدد 5، جانفي 2020.

46. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، حسين عمران جرمط العبيدي، أثر قواعد الإسناد لحماية المستهلك الإلكتروني في العلاقات الخاصة الدولية، مجلة المحقق الحلي للعوم القانونية و السياسية، جامعة بابل، العراق، العدد 03، السنة2021.

47. عبد السلام علي الفضل، نعيم علي العتوم، منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي، مجلة دراسات لعلوم الشريعة و القانون، الجامعة الأردنية، المجلد 46، العدد01، سنة 2019.

48. عبد الكريم موكه، في التحكيم الإلكتروني، القانون الواجب التطبيق على التجارة الإلكترونية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، الحاج لخضر، العدد 12، جانفي 2018.

49. عبد الله سيف السبوسي، دور القواعد الموضوعية و منهج الإسناد في فض تنازع القوانين في مسائل الفعل الضار الناتج عن الإعتداء على الحقوق المجاورة لحق المؤلف مع التطبيق على قانون

دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة جامعة جنوب الوادي الدولية للراسات القانونية، جمهورية مصر العربية، العدد 5، السنة 2020.

50. عبير مزغيش، محمد عدنان بن الضيف، الضوابط الحمائية المصوبة لإختلال التوازن العقدي في عقود الإستهلاك التعسفية، مجلة الحقوق و الحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 04، أفريل 2017.

51. علاء حسين علي الشبع، مدى إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة آداب، جامعة ذي قار، الناصرية، العراق العدد11، السنة 2017.

52. علي أحمد المهداوي، اثر خيار الرؤية في حماية المستهلك الالكتروني، دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم: 01 لسنة 2006 بشان المعاملات والتجارة الالكترونية والقانون الاتحادي رقم: 24 بشان حماية المستهلك، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 42 ، أفريل 2010.

53. علي الهادي الأسود، العلاقة بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري و قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، جامعة الزاوية، الجماهيرية الليبية، العدد 07، ديسمبر 2015.

54. علي رشيد محمود المشهداني، أكرم فاضل سعيد، أثر حماية المستهلك الإلكتروني على قانون الإرادة في التجارة عبر مواقع التواصل الإجتماعي، دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، المجلد 23، العدد 3، السنة 2021.

55. عمر صدقي محمود، تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في المنازعات الناشئة عن تلويث البيئة وفق منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، مجلة الدراسات القانونية، جامعة الفيوم، جمهورية مصر العربية، العدد: 42، السنة 2018.

56. فاطمة رافد، ربيعة صبايحي، تكييف الإسناد لحل تنازع القوانين في عقد المقاولة الدولي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 6، العدد 2، ديسمبر 2012.

57. فراس كريم الشيعان، إرم عصام خضير، أثر مبدأ قانون الإرادة على إختلال التوازن في العقود الدولية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العراق، المجلد 03، العدد 29 ، مارس 2016.

58. فراس كريم الشيعان، عامر الشيخ عبد العلي، العوامل المؤثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين البحري، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، جامعة بابل، العراق، العدد 4، السنة 2018.

59. كريم مزعل شبي الساعدي، ثامر داود عبود خضير الشافعي، النظرية الحديثة في تحديد قانون الإرادة، دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، العدد03، السنة 2016.

60. كريم مزعل شبي الساعدي، ثامر داوود عبود خضير الشافعي، النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق، دراسة في تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد 32، العدد 2، 2017.

61. كمال فتحي دريس، بدر الدين مرغني حيزوم، مسؤولية المورد الإلكتروني، دراسة إقتصادية و قانونية، مجلة الإصلاحات الإقتصادية و الإندماج في الإقتصاد العالمي، المدرسة العليا للتجارة، الجزائر، المجلد13، العدد 7، السنة 2019.

62. كمال كيحل، قانون العقد الدولي و أثره على المستهلك، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة أحمد دراية، أدرار، العدد 46، سبتمبر 2018.

63. ليندة بلاش، دور القواعد ذات التطبيق الضروري، بين إلزامية قواعد الإسناد و التخفيض من مرتبتها، المجلة الأكاديمية للباحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 3، السنة 2019.

64. محمد أزوا، يوسف مسعودي، إتفاق التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية و السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، المجلد05، العدد 01، جوان 2021.

65. محمد الأيوبي، دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة القانون التجاري، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، العدد 02، السنة 2015.

66. محمد الأيوبي، مدى ملائمة الضوابط الشخصية الضوابط الشخصية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في حماية المستهلك الإلكتروني، المجلة العربية للدراسات القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، عدد خاص، مكتبة دار السلام، المغرب، السنة 2020.

67. محمد السعيد طيار، معايير تدويل عقود التجارة الدولية، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 5، مارس 2018.

68. محمد بلاق، ضوابط الإسناد ومدى فعاليتها اتجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مجلة المعيار، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، العدد 10، جوان 2016.

69. محمد بلاق، منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في إطار العلاقات الدولية الخاصة، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، جامعة إبن خلدون، تيارت، المجلد07، العدد 1، جوان 2021.

70. محمد حسين بشايره، نطاق مشروعية إتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الإستهلاك في القانون الأردني، المجلة الأردنية في القانون و العلوم السياسية، جامعة مؤتة، المجلد: 10، العدد: 04، أوت 2018.

71. محمد حودي، إجراءات التحكيم الإلكتروني في العقود التجارية الدولية، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، العدد 01، جانفي 2019.

72. محمد دواقي، أمال مكاوي، ملائمة التحكيم الإلكتروني كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة القانون العقاري و البيئة، جامعة مستغانم، المجلد 10، العدد 1، جانفي 2022

73. محمد شفيق يوسف فريحات، حكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة الإلكترونية الحديثة، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، جامعة الزيتونة الأردنية، الأردن، العدد01، السنة 2021.

74. محمد عساف محمد سلامات، الإطار القانوني لحماية المستهلك في التجارة الإلكترونية، المجلة القانونية و الاقتصادية، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية، المجلد 3، العدد 3، السنة 2018.

75. محمد فواز محمد المطالقة، خلدون فوزي قندح، دور الإرادة في تحديد قانون العقد الإلكتروني، مجلة رابطة الأدب الحديث، جمهورية مصر العربية، العدد 59، جوان 2010.

76. محمد فوزي مجد سعد خطاب، قاعدة قانون الإرادة و مدى إنطباقها على عقود نشر المصنفات الأدبية، المجلة العلمية للملكية الفكرية و إدارة الإبتكار، جامعة حلوان، مصر، المجلد 2، العدد 1، جانفي 2019.

77. محمد نائل أبو قلبين، الإطار القانوني الناظم للعقد الإلكتروني الدولي على ضوء التشريع الأردني، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة منتوري، قسنطينة، المجلد 6، العدد 3، جوان 2021.

78. محمد نويري، عبد الحق لخذاري، خصوصية أطراف عقد الاستهلاك في التشريع الجزائري، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية و الإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 12، العدد 2، جانفي 2020.

79. مساعد صالح العنزي، خصوصية الإجراءات في التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، المجلد 36، العدد 3، السنة 2012.

80. مصطفى محمد أحمد، الإطار القانوني لحماية المستهلك الإلكتروني من مخاطر التجارة الإلكترونية، مجلة كلية القانون و العلوم السياسية، جامعة نيروز، العراق، المجلد09، العدد34، السنة 2020.

81. مصلح أحمد الطراونة، نور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، الجامعة السورية، الجمهورية العربية السورية، العدد 01، السنة 2003.

82. منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 25، العدد 02، السنة 2009.

83. منى السيد عادل عبد الشافي، التحكيم التجاري الدولي عبر تقنية المعلومات لمواجهة فيروس كورونا، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، المجلد 8، العدد 13، نوفمبر 2020.

84. مها ناصيف جاسم، رشا عامر صادق، التفاوض الإلكتروني، مجلة مداد الآداب، الجامعة العراقية، بغداد، العدد 15، السنة 2018.

85. مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، مجلة دراسات لعلوم الشريعة و القانون، الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد41، العدد 02، السنة 2014.

86. نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، العدد 02، السنة 2008.

87. نسيمه أمال حفيري، التحكيم الإلكتروني ودوره في حل المنازعات الناتجة عن التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم السياسية و القانون، إصدارات المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا، العدد 02، مارس 2017.

88. هبة بدر أحمد، التحديات الإجرائية في مواجهة أحكام التحكيم الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، جامعة عين شمس، المجلد 56، العدد 1، جانفي 2014.

89. هدى زوزو، آليات حماية المستهلك من مخاطر التعاقد الالكتروني في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق و الحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 4، أفريل 2017.

90. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الدراسات القانونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة بيروت، لبنان، العدد 01، السنة 2004.

91. هولين جاو، إستجابة التكنولوجيا لجائحة فيروس كورونا، مجلة أخبار الاتحاد، العدد 3، جنيف، سويسرا، السنة 2020.

92. وفاء يعقوب الجناحي، دور قواعد القانون الدولي الخاص في حماية المستهلك الإلكتروني في العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، مجلة جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، المجلد 16، العدد 01، يونيو 2019.

93. ئافان عبد العزيز رضا، تسوية المنازعات الناتجة عن إبرام العقود الإلكترونية، مجلة دراسات قانونية و سياسية، جامعة السليمانية، العراق، العدد 07، مارس 2016.

94. يوسف مسعودي، التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات الإستهلاك المبرمة عبر شبكة الأنترنت، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، ادرار– الجزائر، المجلد 1، العدد 1، جوان 2017.

ج- المداخلات و الملتقيات العلمية:

1.أحمد عبد الكريم سلامة، الأنترنت و القانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون و الكمبيوتر و الأنترنت، كلية الشريعة و القانون، جامعة الإمارات، الإمارات العربية المتحدة، في الفترة الممتدة 01-03 ماي .2000

2.توجان فيصل الشريدة، ماهية و إجراءات التحكيم الإلكتروني، التحكيم عبر الأنترنت كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، دبي، المنعقدة أيام: من 28 إلى 30 أفريل .2008

3.عبد الحق حميش، حماية المستهلك الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون، المنظم من طرف كلية الشريعة و القانون، دبي، جامعة الإمارات، في الفترة الممتدة ما بين 10 و 12 ماي 2003.

4.عمار صايفي، العيد قريشي، مداخلة بعنوان: دور منظمات المجتمع المدني في حماية المستهلك الإلكتروني، الملتقى الوطني الثالث حول المستهلك و الإقتصاد الرقمي، ضرورة الإنتقال وتحديات الحماية، المنعقد يومي: 23 و24 أفريل 2018، المركز الجامعي عبد الحفيظ بوصوف، ميلة.

5.محمد السيد عرفة، التجارة الدولية الالكترونية عبر الانترنت مفهومها والقواعد التي تحكمها، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، المنظم من كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، الإمارات العربية المتحدة، المنعقد من 01 إلى 03 ماي 2000.

6. يوسف العلى، مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الأنترنت، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول: الجوانب القانونية و الأمنية للعمليات الإلكترونية، مركز البحوث و الدراسات، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، المنعقدة من 26 إلى 28 أفريل 2003.

ح- الوثائق القانونية و التشريعية:

❖القوانين الوطنية:

1.القانون رقم: 04-08 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425 الموافق لـ 14 غشت سنة 2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية العدد 52، السنة 2004.

2.القانون رقم: 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني.

3.القانون رقم: 09-03 المؤرخ في 29 صفر 1430هـ الموافق لـ: 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

4.القانون رقم: 15-04 المؤرخ في: 11 ربيع الثاني عام 1436، الموافق لـ 01 فبراير سنة 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونين، ج ر، العدد 6، الصادر في 10 فيفري 2015.

5.القانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية، العدد 28 المؤرخة في 2018/05/16.

❖**القوانين الأجنبية الوطنية:**

1.القانون الاتحادي السويسري المؤرخ في: 18 ديسمبر 1987 المتعلق القانون الدولي الخاص.

2.قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي رقم: 83، الصادر في: 9 أوت 2000.

3.قانون المعاملات و التجارة الإلكترونية الصادر عن حكومة دبي رقم: 02، الصادر في: 12 فبراير 2002.

4.قانون حماية المستهلك المصري رقم: 67، الصادر في: 20 ماي 2006.

❖**الإتفاقيات و المواثيق الدولية:**

1.اتفاقية لاهاي بشأن خفض حالات إنعدام الجنسية لسنة 1930.

2.إتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة لسنة 1955.

3.إتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958.

4.إتفاقية بروكسل بشأن الإختصاص القضائي و تنفيذ الأحكام الأجنبية في المجال المدني و التجاري لسنة 1968.

5.اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980.

6.إتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي لسنة 1980.

7.مشروع إتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بيوع المستهلكين لسنة 1980.

8.إتفاقية فينا المتعلقة بالعقود الدولية لسنة 1980.

9.إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983.

10. إتفاقية لوجانو المبرمة بين دول الجماعة الأوروبية لسنة 1988.

11. إتفاقية مكسيكو بين الدول الأمريكية بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لسنة 1994.

12. قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996.

13. التوجيه الأوروبي رقم: 07/97 بشأن حماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد، الصادر عن المجلس الأوروبي بتاريخ: 1997/05/20.

14. التوجيه الأوروبي رقم: 2000/31 الخاص بتنظيم المعاملات الإلكترونية على المستوى الأوروبي، الصادر عن المجلس الأوروبي بتاريخ: 08 جوان 2000.

15. التوجيه الأوروبي رقم: 2001/44 المتعلق بالإختصاص القضائي و الإعتراف بالأحكام وإنفاذها في الشؤون المدنية و التجارية، الصادر عن المجلس الأوروبي بتاريخ: 22 ديسمبر 2001.

16. قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001.

17. إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بإستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005.

18. التوجيه الأوروبي رقم: 2011/83 المتعلق بحقوق المستهلكين على المستوى الأوروبي، الصادر عن المجلس الأوروبي بتاريخ: 25 أكتوبر 2011.

19. التوجيه الأوروبي رقم: 2011/93 بشأن حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرض عليه من جانب البائع المحترف، الصادر عن المجلس الأوروبي بتاريخ: 05 أفريل 2011.

خ. المراجع الإلكترونية:

1. الموقع الإلكتروني للمنظمة الدولية للمستهلك على شبكة الأنترنت: https: //www.consumersinternational.org.

2. الغش نحو القانون الدولي الخاص كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي: https: //www.mohamah.net/law.

3. محمد إبراهيم موسى، التحكيم الإلكتروني، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي: http: ///ledroitpourtous.blogspot.com.

4. أسامة إدريس بيد الله، التحكيم الالكتروني (ماهيته– إجراءاته)، بحث منشور على: http: //iefpedia.com.

5. سامية يتوجي، التحكيم الدولي، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي: https: //e-law.yoo7.com/t778-topic.

6. يونس عثماني، أي دور للمستهلك في ظل التجارة الإلكترونية، بحث منشور على شبكة الأنترنت، https: //revuealmanara.com/.

7. الموقع الإلكتروني لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية على شبكة الأنترنت: https: ///www.oecd.org.

8. حمزة التريد، مشروعية التحكيم في نزاعات الاستهلاك ومدى ملائمته لخصوصيتها، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي: https: //webcache.googleusercontent.com/.

9. مصطفى القاسمي، القواعد المادية في فض منازعات التجارة الدولية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لمجلة القانون و الأعمال، http: //www.droitetentreprise.com .

10. سلمى مبتكر، الوساطة و التحكيم في منازعات الاستهلاكية، أية حماية؟ مقال منشور على: https: //www.droitetentreprise.com.

11. حمزة أبو يحي، التحكيم الإلكتروني بين التقنين و الواقع، مقال منشور على الموقع الالكتروني التالي: https: //www.droitetentreprise.com/.

12. أسامة إدريس بيد الله، التحكيم الالكتروني (ماهيته- إجراءاته)، بحث منشور على: http: //iefpedia.com.

13. نصير معتصم سويلم، مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الإلكتروني، مقال منشور في: www.arablawinfo.com.

14. رشا علي الدين، النظام القانوني لسندات الشحن الإلكترونية، دراسة علي ضوء قواعد تنازع القوانين، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي: https: //www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=685484.

15. عبد اللطيف البارودي، حماية المستهلك بحث منشور على شبكة الأنترنت: http: //www.mafhoum.com/syr/articles/baroudi/baroudi.htm.

16. عنوان الموقع الإلكتروني للجنة الأونسيترال على شبكة الأنترنت هو: https: ///uncitral.un.org.

17. أحمد أنوار ناجي، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، بحث منشور على شبكة الأنترنت على الموقع الالكتروني التالي: https: ///www.droitetentreprise.com.

II. المراجع الأجنبية

A. باللغة الفرنسية:

1. Abdel Moneem Zamzam, Les Lois De Police La Jurisprudence Etatique et Arbitrale Etude Comparée Franco-Egyptienne, Thèse De Doctorat En Droit, Dijon, France, 2003.

2. Bruno Deffains, Yannick Gabuthy, La resolution Electronique des Litiges Favorise-t-elle le Développement de Nouvelles Stratégies de Négociation ?, De Boeck Supérieur, Nancy-Université, N° 10, 2008.

3. Cécile Pellegrini et Sabine Robert, Principes et Méthodes Du Droit International Privé, Travaux Dirigés Droit International Privé, 5 éd, lexis Nexis, Paris, 2013.

4. Chahid Slimani, Les Solutions Juridiques Pratiques Aux Conflits Du Commerce International, Revue Electronique De Recherche Juridique, N° 1, Rebat, Maroc, 2018.

5. Chiheb Ghazouani, Le Contrat de Commerce Electronique International, Thèse de Doctorat En Droit, Université Panthéon – Assas (Paris II), Faculté du Droit- Economie- Science Sociales, 2008.

6. Christian Gavalda, Claude Lucas de Leyssac, L'arbitrage, 1re ed, Dalloz, Litec, Paris, 1993.

7. Frédérique Sabourin, Le Contrat Sans Loi en Droit International Privé Canadien, Revue Québécoise De Droit International, Volume 19, N° 2, 2006.

8. Dominique Bureau, Horatia Muir Watt, Droit International Privé, Presses Universitaires de France, 2 Ed, Paris, 2010.

9. Eric Loquin, Arbitrabilité et Protection Des Parties Faibles, Travaux du Comité Français de Droit International Privé, Centre De Recherche Sur Le Droit Des Narchés Et Des Investissements Internationaux, Université de Bourgogne – France, 2008.

10. Filali Osman, Les Principes Généraux De La Lex Mercatoria, Contribution à L'étude D'un Ordre Juridique National, L.G.D.J, 1992.

11. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Gerald Aksen, Robert Briner, Global Reflections On International Law, Commerce And Dispute Resolution, International Chamber of Commerce, 2005.

12. Gautier Pierre, du Droit Applicable Dans Le Village Planétaire au Titre De L'usage Immatériel Des Ouvres, Recueil Dalloz, Paris, 1996.

13. Gérard Notté, Vente à Distance de Services Financiers Aux Consommateur, La Semaine Juridique, Entreprise et Affaires, Editions du juris-Classeur Le: 23 juin 2005.

14. Henri Mazeaud, François Chabas, Droit civil, Obligations, 10 ed, Montchrestien, Paris, 2000.

15. Hugues Kenface, Droit du Commerce International, 3ed, Dalloz, Paris, 2009.

16. Jan C. Schultsz , Les Lois De Police Etrangères, In Droit International Privé: Travaux du Comité Français De Droit International Privé, Ed CNRS, Paris, 1998.

17. Jean-Michel Jacquet Et Philippe Delebecque Et Sabine Corneloup, Droit Du Commerce International, Dalloz, Paris, 2007.

18. Karim Benykhlef, Fabien Gelinas, On Line Dispute Résolution, Université de Montréal, Centre de Recherche En Droit Public, Lex Electronica, Vol. 10, No. 2, 2005.

19. Khadîdja Boudali, L'arbitrage et Le Contrat de Consommation en Droit Comparé, Revue Algérienne De Droit Comparé, Université Aboubeker Belkaid de Tlemcen, N° 01, Décembre 2014.

20. María Mercedes Albornoz, La loi Applicable Aux Contrats Internationaux Dans Les Pays du Mercosur, Thèse pour Obtenir le Doctorat en Droit Privé, Université Paris II, 2006

21. Michael Trochu, Protection Des Consommateurs en Matière de Contrats à Distance, Directive N° 97/7 Ce du 20 mai 1997, Recueil Dalloz, Paris, 1999.

22. Michel Vivant, Les Contrats du Commerce Electroniques, Conception, construction, Rédaction, Litec, Paris, 1999.

23. Michèle Rioux, Olivier Dagenais, Le Rôle Des Organisations International Dans La Gouvernance D'Internet et des Secteurs Numériques, Hors-série, Revue Québécoise de Droit International, La Société Québécoise de Droit International, Canada, 22 Décembre 2021.

24. Michelle Jean-Batiste, Créer et Exploiter Un Commerce Electronique, Litec, Paris, 1998.

25. -Mohammad Ghozali, Budi Ispriyarso, The Online Arbitration in E-Commerce Dispute Resolution During Covid-19 Pandemic, Jurnal Daulat Hukum, Faculty of Law Sultan Agung Islamic University, Indonesia, Volume 4 Issue 3, September 2021.

26. Monegre Francoise, Droit International Privé, 5 Ed, Litec, Paris, 2009.

27. Naimi Charbonnier, La Formation et L'exécution Du Contrat Electronique, Thèse Pour Obtenir Le Doctorat en Droit, Université Pontheon Assas, Paris, 2003.

28. Nathalie Coipel Cordonnier, Les Conventions D'arbitrage Et D'élection Le For en Droit International Privé, Revue Internationale de Droit Comparé, Vol. 51 N°4, Octobre-Décembre 1999..

29. Pascal Vareilles Sommières, Lois De Police Et Politiques Législatives, Revue Critique De Droit International Privé, N° 2, Dalloz, Paris, 2011.

30. Paul Lagarde, Le Nouveau Droit International Privé des Contrats Après L'entrée en Vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, Revue Critique de Droit International Privé, Dalloz, Paris, 1991.

31. Philippe Delebecque, Jean-Michel Jacquet, Laurence Usunier, Droit du Commerce International, 4° ed, Dalloz, Paris, 2014.

32. Philippe Fouchard et E. Gaiyard et B.Goldman, Traité de L'arbitrage Commercial International, Litec, Paris, 1996.

33. Pierre Trudel, Charles-Albert Morand, La Lex Electronica, Le Droit Saisi par la Mondialisation, Bruxelles, Éditions Bruylant, Collection Droit International, 2001.

34. Saffar Karim, La Regulation Globale De Commerce Electronique, Thèse De Doctorat, Faculté Des Etudes Supérieures, Université Montréal, Canada, 2013.

35. Stefania Bariatti , Internet Aspects Relatifs Aux Lois, le Droit et Défie D'internet, Actes du Colloque de Loussnne, Dalouz, Paris, 1997.

36. Susan Lott, Marie Hélène Beaulieu, Jannick Desforges, Mandatory Arbitration and Consumer Contractas, Public Interest Advocacy Centre and Option Consommateurs, Ottawa, Canada, Novembre 2004.

37. Sylvette Guillemard, Le Droit International Prive Face au Contrat de Vente Cyber Spatial, Thèse de Doctorat en Droit, de L'université Laval Québec, 2003.

38. Thomas Clay , Le Faible et L'arbitrage, Recherches Juridiques, Economica, 2013.

39. Thomas Schultz, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Dirk Langer, Vincent Bonnet, Online Dispute Resolution, The State of The Art and the Issues, CUI, University of Geneva, switzerland, 2001.

40. Vincent Fauchoux, Pierre Deprez , Jean-Michel Bruguière, Le Droit De I'internet lois, Contrats et Usages, Lexis Nexis, Paris, 2013.

41. Zanobetti Alessandra, Le Droit des Contrats dans le Commerce Electronique International, Revue de Droit des Affaires Internationales, International Business Law Journal, Uncitral Law Library, Paris, 2000.

B. باللغة الأنجليزية:

1. Alexander Runge, The Need for Supporting Electronic Commerce Transactions with Electronic Contracting Systems, Electronic Markets, Volume 8, Issue 1, 1998.

2. Buchman Louis, Mediation Paper Presented At Cairo Mediation Conference, Organized by Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, 21-22 October 2001.

3. David Branson, Richard E. Wallace, Choosing the Substantive Law Apply in Journal of International Commercial Arbitration ,Virginia Journal of international Law ,Vol.27, No.1, full, 1986.

4. Erin Ann O'Hara and Larry E. Ribstein, Conflict of Laws and Choice of Law, George Mason University, and School of Law Draft of December 9, 1999.

5. Ethan Katsh, Janet Rifkin, Alan Gaitenby, E-Commerce, E-Disputes And E-Dispute Resolution In the Shadow of "eBay Law", Semantic Scholar, 2004.

6. Faye Fangfei Wang, Internet Jurisdiction And Choice of Law, Legal Practices In The USA And China, Cambridge University Press, Illustrated Edition, 27 September, 2010.

7. Gail A. Lasprogata, Virtual Arbitration, Contract Law And Alternate Dispute Resolution Meet in Cyberspace, Journal of Legal Studies Education, Volume19, Issue 1, December 2001.

8. Giesela Ruhl, Consumer Protection in Choice of Law, Cornell International Law Journal, Vol. 44, April 20, 2011.

9. Grossfled Bernhard, Global Accounting, Where Internet Meets Geography, in The American Journal of Comparative Law, Vol. 48, N° 2, the American Society of Comparative Law, 2000.

10. Jeffery E. Wittmann, Electronic Contracts, Negotiation and Drafting Major Business Agreements Conference Federated Press October, united kingdom, 2007.

11. Julia Hörnle, Legal Controls On The USE Of Arbitration Clause In B2C E-commerce Contracts, Masaryk University Journal of Law and Technology, Czech Republic, Vol 1, N° 2, 2008,

12. Lee A Bygrave, L.Online Dispute Resolution —What it Means for Consumers. Paper Presented at a Conference Entitled “Domain Name Systems and Internet Governance” Grace Hotel, Sydney, 7 May 2002.

13. Lillian Edwards, Caroline Wilson, Redress & Alternative Dispute Resolution in Cross-Border E-commerce Transactions, Briefing Note Was Requested by The European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection, Policy Department Economy and Science, DG Internal Policies European Parliament, Brussels, 2006.

14. Mohamed Salah Abdel Wahab, The Law Applicable To Technology Transfer Contracts And Egyptian Conflict of Laws, A Triumph Of Nationalism Over Internationalism, Year book of Private International Law, Vol. 12, 2010.

15. Mohammed al Ahmed, Electronic Arbitration as a Solution for Electronic Commerce Dispute Resolution in the United Arab Emirates, Obstacles and Enforceability Challenges, Thesis submitted For the degree of Doctor In Commercial Law, University of Gloucestershire, May 2016.

16. Oran Rabinovich-Einy, Technology’s Impact The Quest for a New Paradigm or Accountability in Mediation, Harvard Negotiation Law Review, 2006.

17. Peter Carey, The Internet and E-commerce, A Thorogood Report P-Insight, English, 2001.

18. Richard Michael Victoria, Internet Dispute Resolution, Bringing Adr into the 21 st Century, Pepperdine Dispute Resolution, Law Journal, Pepperdine University, School of Law, 2001.

19. Riefa Christine, A French Perspective On Misleading Advertising Campaigns for Internet Access, Hertfordshire Law Journal, Vol 1, September, 2003.

20. Shelly Smith, Mandatory Arbitration Clauses in Consumer Contracts, Consumer Protection And the Circumvention of The Judicial System, De Paul Law Review, University College of Law, Volume 50, Issue 4 Summer 2001.

21. Stanley Y.W. Su, Chunbo Huang, Joachim Hammer, Yihua Huang, An Internet-based Negotiation Server for E-commerce ,The Vldb Journal, The International Journal on Very Large Data Bases, Volume 10, Issue 1August 2001.

22. Susan Lott, Marie Hélène Beaulieu, Jannick Desforges, Mandatory Arbitration and Consumer Contracts, Public Interest Advocacy Centre and consumer class proceedings, Library and Archives Canada Cataloguing in Publication, November 2004.

23. Thomas Schultz, Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architectures of Control and Trust, North Carolina Journal of Law & Technology, Vol. 6, p. 71, 2004.

24. Wilson Evered, Elisabeth, Macfarlane, Deborah, Zeleznikow, John and Thomson, Towards an Online Family Dispute Resolution Service in Australia in: Mobile Technologies for Conflict Management Poblet, Marta, ed. Law, Governance and Technology series (2). Springer, Dordrecht, Netherlands, Mark 2011.

25. Zheng Sophia Tang, Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws (Studies in Private International Law), Hart Publishing, September, 2009.

26. Dean Henry, H. Perritt, Electronic Commerce Issuses In Private International Law And The Role of Alternative Of Alternative Dispute Resolution, Wipo Of Forum On Private International Law And Intellectual Property, Geneva, January 30 and 31, 2001.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

العنـــــــوان	الصفحة
اهداء	/
شكر وعرفان	/
قائمة المختصرات	/
مقدمة	01
الباب الأول القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية	11
الفصل الأول القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية وفقا للمنهج التنازعي	12
المبحث الأول مفهوم المستهلك الإلكتروني و معايير دولية العقود التي يبرمها	13
المطلب الأول: مفهوم المستهلك الإلكتروني في إطار المعاملات التجارية الدولية	13
الفرع الأول: الملامح العامة لحماية المستهلك الإلكتروني	14
الفرع الثاني: مفهوم المستهلك الإلكتروني	21
الفرع الثالث: مبررات حماية المستهلك في إطار المعاملات التجارية الإلكترونية	27
المطلب الثاني: معايير دولية عقود الإستهلاك الإلكترونية	37
الفرع الأول: مفهوم عقود الإستهلاك الإلكترونية	37
الفرع الثاني: معايير دولية عقود الإستهلاك الإلكترونية	42
الفرع الثالث: المعيار الملائم لدولية عقود الإستهلاك الإلكترونية	55
المبحث الثاني	57

حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال منهج قواعد الإسناد	
المطلب الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال مبدأ قانون الإرادة	58
الفرع الأول: مفهوم مبدأ قانون الإرادة في نطاق عقود الإستهلاك الإلكترونية	59
الفرع الثاني: كيفية إعمال مبدأ قانون الإرادة في مجال عقود الإستهلاك الإلكترونية	67
الفرع الثالث: تقييم دور مبدأ قانون الإرادة في حماية المستهلك الإلكتروني	71
المطلب الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال ضوابط الإسناد التقليدية	76
الفرع الأول: تقييم إعمال ضوابط الإسناد الجامدة لحماية المستهلك الإلكتروني	76
الفرع الثاني: إعمال ضوابط الإسناد المرنة لحماية المستهلك الإلكتروني	84
الفرع الثالث: إعمال ضوابط إسناد ملائمة لحماية المستهلك الإلكتروني	90
الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية وفقا للمناهج البديلة	104
المبحث الأول حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال منهج القواعد المادية الوطنية	105
المطلب الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال منهج القواعد ذات التطبيق الضروري	106
الفرع الأول: ماهية القواعد ذات التطبيق الضروري	106
الفرع الثاني: القواعد ذات التطبيق الضروري كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني	115
المطلب الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال فكرة النظام العام ونظرية الغش نحو القانون	124
الفرع الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال فكرة النظام العام	124
الفرع الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال نظرية الغش في القانون	135

المبحث الثاني حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال منهج القواعد المادية الإلكترونية	142
المطلب الأول: ماهية القواعد المادية للتجارة الإلكترونية	143
الفرع الأول: مفهوم القواعد المادية للتجارة الإلكترونية	143
الفرع الثاني: مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية	148
المطلب الثاني: القواعد المادية الإلكترونية كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني	161
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للقواعد المادية الإلكترونية	162
الفرع الثاني: تقييم دور القواعد المادية للتجارة الإلكترونية في حماية المستهلك الإلكتروني	168
الباب الثاني تسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية الدولية	176
الفصل الأول حماية المستهلك الإلكتروني في إطار قواعد الاختصاص القضائي الدولي	177
المبحث الاول حماية المستهلك الالكتروني في اطار إعمال قواعد الاختصاص القضائي الدولي العامة	178
المطلب الاول: حماية المستهلك الالكتروني في اطار إعمال قواعد الاختصاص القضائي الدولي الشخصية	178
الفرع الأول: أهمية عقد الإختصاص للقضاء الوطني في منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية	179
الفرع الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال ضابط الجنسية	186
الفرع الثالث: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال ضابط موطن المدعى عليه	193

المطلب الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال قواعد الاختصاص القضائي الدولي المكانية	201
الفرع الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال ضابط مكان إبرام العقد	202
الفرع الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال ضابط مكان تنفيذ العقد	208
الفرع الثالث: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال ضابط موقع المال	215
المبحث الثاني حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال قواعد للاختصاص القضائي الدولي الخاصة	221
المطلب الأول: قاعدة موطن المستهلك كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني	222
الفرع الأول: ماهية قاعدة عقد الاختصاص لمحكمة موطن المستهلك الإلكتروني	222
الفرع الثاني: تقييم دور قاعدة إختصاص محكمة موطن المستهلك في حماية المستهلك الإلكتروني	228
المطلب الثاني: تقييد قاعدة الاختصاص القائم على الخضوع الإختياري لمصلحة المستهلك الإلكتروني	238
الفرع الأول: ماهية الفكرة الخضوع الاختياري وفقا للأحكام العامة	239
الفرع الثاني: إعمال الخضوع الإختياري في نطاق منازعات عقود الإستهلاك الإلكترونية	248
الفرع الثالث: تقييم دور ضابط الخضوع الاختياري في حماية المستهلك الإلكتروني	251
الفصل الثاني حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إختصاص آليات التسوية البديلة الإلكترونية	259
المبحث الأول حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إعمال الوسائل الإلكترونية البديلة	261
المطلب الأول: ماهية وسائل التسوية الإلكترونية البديلة لفض المنازعات التجارية	261

الفرع الأول: مفهوم الوسائل الإلكترونية البديلة	262
الفرع الثاني: مفهوم الوسائل الإلكترونية الذاتية	266
المطلب الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إختصاص نظام الوساطة والمفاوضات الإلكترونيين	270
الفرع الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إختصاص نظام الوساطة الإلكترونية	270
الفرع الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إختصاص نظام المفاوضات الإلكترونية	283
المبحث الثاني حماية المستهلك الإلكتروني في إطار إختصاص نظام التحكيم الإلكتروني	293
المطلب الأول: ماهية التحكيم الإلكتروني	293
الفرع الأول: مفهوم التحكيم الإلكتروني	294
الفرع الثاني: الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني	303
المطلب الثاني: التحكيم الإلكتروني كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني	329
الفرع الأول: قابلية الإتفاق على التحكيم الإلكتروني في نطاق عقود الإستهلاك الإلكترونية	330
الفرع الثاني: ملائمة آلية التحكيم الإلكتروني لحماية المستهلك الإلكتروني	346
الخاتمة	362
قائمة المصادر والمراجع	369
فهرس المحتويات	406

الملخص:

تثير عقود الإستهلاك ذات العنصر الأجنبي العديد من التحديات القانونية خصوصا في ظل دخول الوسائل الإلكترونية الحديثة و تسخيرها لإبرام المعاملات التجارية، حيث تتميز العلاقات التعاقدية الإلكترونية التي تبرم بين المستهلك و المورد بعدم التوازن التعاقدي حتى بمناسبة معاملات تجارية دولية، و لما كان من الطبيعي أن تنشأ منازعات قانونية بين هذه الأطراف في بيئة الأنترنت نظرا لطبيعتها، فإنه لا يمكن البحث عن حماية للمستهلك الإلكتروني كطرف ضعيف في نطاق العلاقات الدولية إلا من خلال تطويع مناهج القانون الدولي الخاص التقليدية، و التي ثبت عدم ملائمتها لحكم المعاملات التجارية التي تجري في الفضاء الإفتراضي، و هو ما أدى إلى ظهور مناهج جديدة في نطاق العلاقات الدولية الخاصة تتماشى مع البيئة الإلكترونية، تحاول السعي نحو تحقيق هذه الحماية للمستهلك الإلكتروني من خلال عقد الإختصاص لها.

الكلمات المفتاحية: المستهلك الإلكتروني، قواعد التنازع، القواعد المادية الإلكترونية، الإختصاص القضائي الدولي، التحكيم الإلكتروني.

Abstract:

Foreign consumer contracts pose many legal challenges, especially with the entry of modern electronic means and their use to conclude commercial transactions. Electronic contractual relations between consumer and supplier are characterized by contractual imbalance even on the occasion of international commercial transactions. Since it is natural that legal disputes arise between these parties in the Internet environment because of their nature, the protection of the electronic consumer as a vulnerable party in international relations can only be sought through the adaptation of traditional private international law approaches, which have proved inappropriate for commercial transactions in the virtual space. This has led to the emergence of new approaches within the scope of private international relations in line with the electronic environment, which attempt to pursue the protection of the electronic consumer through the contract of jurisdiction.

Keywords: Electronic Consumer, Conflict approach, Electronic Physical Rules, International Jurisdiction, Electronic Arbitration.