قانونية اتفاق التحكيم الإلكتروني
VALIDITYOFTHEELECRTONICARBITRATIONAGREEMENT

رزيق وسيلة

أستاذة محاضرة قسم ب.

جامعة الجزائر 1 -بن يوسف بن خدة- كلية الحقوق .

البريد الإلكتروني: rezig.wassila@hotmail.fr

تاريخ الارسال: 21/11/2020تاريخ القبول: 20/05/2021اريخ النشر: .....

الملخص:

لقد أدى انتشار المعاملات عبر الشبكات المعلوماتية إلى ظهور نوع جديد من المنازعات يتم حلها بشكلسريع يتناسب والطبيعة التي يفرضها العالم الافتراضي الذي فرض علينا الانتقال من المادي الملموس إلى اللامادية. فالشخص الذي يقف وراء جهاز الكمبيوتر لا يعرف من يتعاقد معه من الجهة الأخرى، وتتمثل هذه الآلية الحديثة لفض المنازعات في التحكيم الإلكتروني. و نظرا للخصوصية التي يتميز بها هذا الأخير لاسيما في طريقة إبرام اتفاق التحكيم الذي يتم في بيئة إلكترونية، أردت من خلال هذا المقال دراسة مدى قانونية مثل هذا التصرف خاصة في ظل غياب نصوص قانونية تنظمه.

الكلمات المفتاحية:اتفاق التحكيم الالكتروني–وسائل الاتصال– منازعات- معلوماتية- قبول.

Abstract :

The spread of transactions throw information networks has lead to the emergence of a new kind of disputes which have to be resolved quicklyfitting the way imposed by the virtual world,which forced us to go from physical and tangible to immaterial. The person sitting behind the computer doesn't knowwith whom she is making a contract;this modern function is called electronic arbitrage.Considering its specification in resolving disputes especially the way contracts are made in this environment, I wanted throw this article to study how far this behavior is legal especially with the absence of laws regulating this kind of transactions by answering the next question:how far is valid the arbitration agreement remotely concluded.

Keywords : Arbitrationagreement- Means of communication- Disputes–Informatics- Acceptance.

مقدمة:

إن التطور الهائل الذي حققه الإنسان في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ساهم إلى حد بعيد في ظهور التجارة الالكترونيةالتي أصبحت تحتل دورا لا يستهان به في مجال الحياة اليومية.

وتتمهذه الأخيرة عنطريقالعقودالإلكترونيةالمتمثلةفيعقودالخدماتالإلكترونية وعقودالمعلوماتيةوعقود التجارةالإلكترونية، ولقد تطرق المشرع الجزائري إلى التجارة الالكترونية بموجب القانون رقم 18-05

المؤرخ في 10 مايو2018[1]،حيث عرفت المادة السادسة منه التجارة الالكترونية بأنها "النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية". و من هنا يتضح أن المشرع الجزائري قد قصر موضوع التجارة الالكترونية على السلع و الخدمات فقط دون مواضيعأخرى كالمعلومات مثلا و هو ما يجعله تعريفا ضيقا من حيث المحل، و ليس من حيث الوسيلةالتي جعلها تتم عن طريق الاتصالات الإلكترونية[2].

و بما أن المعاملات الإلكترونية غير مرئية فقد ينجم عنها عدة منازعات من شأنها أن تفقد الثقة في هذه الآلية الحديثة للتعامل، و لذلك كانلابدمنإيجادآليةعصريةلفضمنازعاتالتجارةالإلكترونية،هذاماأدىإلى ظهورالتحكيمالإلكتروني الذي أضحى يلعب دورا مهما في معالجة منازعات التجارة الالكترونية لما يوفره من مزايا عدة تتمثل في ربح الوقت بعدم اللجوء إلى القضاء العادي و عدم الحضور المادي للأشخاص، و الاستغناء عن الورق و الكتابة التقليدية، كما يتميز بسرعة الفصل في النزاع، و هو لايختلف كثيراعنالتحكيمالعاديإلامنحيثالطريقة كونه يتم في عالم افتراضي، فكل الإجراءات الخاصة بالعملية التحكيمية تتم إلكترونيا إبتداءا من ملأ النموذج الخاص بالموافقة على التحكيم عبرا لشبكة مرورا بتبادل الرسائل والمستندات الإلكترونية.

و رغم المزايا التي تحققها هذه الوسيلة في فض منازعات التجارة الإلكترونية إلا أن لها خصوصيتهاالتي تمليها طبيعتها الإلكترونية لا سيما في طريقة إبرام اتفاق التحكيم عن بعد. و ما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى اتفاق التحكيم الالكتروني في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و إنما اكتفى باتفاق التحكيم العادي أو التقليدي و الذي هو طبقا لنص المادة 1011من القانون رقم 08-09 المؤرخ في في 25 فبراير2008 [3]، "الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبهعرضنزاعسبق نشوؤه علىالتحكيم"،فهو بذلك اتفاق لاحق و مستقل عن العقد الأصلي، بخلاف شرط التحكيم المنصوص عليه في المادة 1007 من نفس القانون و الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوقهم لعرض النزاعات الذي قد تثار مستقبلا بشأن هذا العقد على التحكيم.

هذا يعني أن اتفاق التحكيم الإلكتروني يعد تصرفا قانونيا صادرا من جانبين إلا أن ما يميزه هو إبرامه عبر الوسائط الالكترونية، و هو بذلك يشترط لإبرامه و صحته شروطا شكلية و أخرى موضوعية تختلف عن تلك المتعارف عليها لإبرام اتفاق التحكيم التقليدي، مما قد يشكك في مصداقيته و مشروعيته، خاصة في ظل غياب تنظيمه صراحة في التشريعات الوطنية.

و من هنا تتضح أهمية البحث و أهدافه المتمثلة في تسليط الضوء على آلية حديثة لفض المنازعات الناتجة عن المعاملات التي تتم عن بعد و ذلك بالبحث عن المشروعية القانونية لإبرام مثل هذا التصرف، مما يستدعي **طرح :فيما تتمثل شروط صحة اتفاق التحكيمالمبرم إلكترونيا؟**

---

[1]- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو2018، المتعلق بالتجارة الالكترونية، جريدة رسمية عدد 28 الصادرة بتاريخ 16 مايو 2018.

[2]- وعند البحث عن المقصود بالاتصالات الالكترونية لمعرفة نطاق تطبيق القانون إن كان يشمل فقط العمليات التي تم عبر الانترنيت أو حتى تلك التي تتم خارجه، لم نجد تعريفا للاتصالات الالكترونية في قانون التجارة الالكترونية، لكن المشرع قد عرفها في المادة 10 فقرة 1 من القانون رقم 18- 04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد و الاتصالات الالكترونية، بأنها: "كل إرسال أو تراسل أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو معلومات مهما كانت طبيعتها، عبر الأسلاك أو الألياف البصرية أو بطريقة كهرومغناطيسية". و بالتالي فإن المشرع الجزائري لم يحصر التجارة الالكترونية في نطاقها الضيق وهو الانترنت بل كان موسعا في ذلك بأن جعلها تشمل كل العمليات التجارية المتعلقة بتوفير السلع والخدمات التي تتم عن طريق الاتصالات الالكترونية وهاته الأخيرة تشمل إضافة إلى الانترنيت كل ما من شأنه أن يتم بطريقة كهرومغناطيسية. أي أن المشرع أخذ بالرأي الموسع في تحديد الوسيلة التي تتم بهاالتجارة الالكترونية.

[3]- القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة رسمية عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

لمعالجة هاته الإشكالية ، تم تقسيم الموضوع إلى قسمين رئيسيين كما يلي:

المبحث الأول: الشروط الشكلية الواجب توافرهالصحة اتفاق التحكيم الالكتروني.
المبحثالثاني: الشروط الموضوعية الواجب توافرها لصحة اتفاق التحكيم الالكتروني.

المبحث الأول: الشروط الشكلية الواجب توافرها لصحة اتفاق التحكيم الالكتروني

يجب أن يتوافر لاتفاق التحكيم الالكتروني شرطان أساسيان حتى ينتج آثاره القانونية، الأول أن يكون الاتفاق مكتوبا،و الثاني أن يكون موقعا عليه من قبل الأطراف، و هذان الشرطان يتطلبان نوعا من التحليل بحكم ما قد وضعته وسائل الاتصال الحديثة من تغيير.

المطلب الأول: الكتابة كشرط أساسي لإبرام اتفاق التحكيم الالكتروني

تلعب الكتابة دورا مهما في الإثبات، حيث تحتل المرتبة الأولى بين أدلةالإثباتو هيالأكثر شيوعا بين الأفرادلإثبات معاملاتهم المختلفة، و تعرف الكتابة بأنها مجموعة من الحروف و الأرقام و الرموز و الإشارات التي تدل على معنى معين و تكون ثابتة على دعامة قوية، و التي يقصد بها الدعامة الورقية[1].

كما يمكن تعريفها بأنها" مجموعة الرموز المرئية التي تعبر عن القول أو الفكر و يمكن أن تتم الكتابة بأي وسيلة أو بأي لغة"[2]، و هذا ما يعني وسائل الاتصال الحديثة، فكيف تؤدي الكتابة وظيفتها في الشكل الإلكتروني و هل يعتد بها لإبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني؟

أولا: الأساس التشريعي للكتابة في اتفاق التحكيم

لقد تطلبت العديد من القوانين شرط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم، و لكن باستقراء قوانين بعض الدول نجد أن هناك تباين في ذلك على النحو التالي:
- فبالنسبة لمجموعة الدول اللاتينية، أوجبت إفراغ اتفاق التحكيم في شكل معين، و من ثم تطلبت شرط الكتابة لصحته، كالمشرع الفرنسي الذي جعل من الكتابة شرطا لوجود اتفاق التحكيم.
- بينما مجموعة الدول الأنجلوسكسونية فأخضعت اتفاق التحكيم للقواعد العامة التي تحكم التصرفات و اكتفت بتدخل المحكم للتحقق من انصراف إرادة الأطراف إلى اللجوء للتحكيم في حالة ما إذا كان الاتفاق شفهيا أو ضمنيا[3].

وهناك من القوانين التي رتبت بطلان اتفاق التحكيم في حالة عدم الكتابة، كالقانون المصري،الأردني، الاماراتي، البحريني، القانون السوري و القانون السعودي...الخ[4].

كما أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدوليأوجب توفر شرط الكتابة لإثبات إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم[5].

---

[1]- صفاء فتوح جمعه فتوح، منازعات عقود التجارة الالكترونية بين القضاء و التحكيم" آليات فض المنازعات"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 334.

[2]- أحمد محمد فتحي الخولي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لحل المنازعات المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 305.

[3]- محمد ماجد محمود أحمد، التحكيم الالكتروني في بيئة إلكترونية- دراسة مقارنة،الطبعةالأولى، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2018، ص 62.

[4]- محمد ماجد محمود أحمد،مرجع سابق، ص 60.

[5] - Article 7 (2)et (3) de la loi type de la CNUDCI énonce : « La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite.

أما المشرع الجزائري، فهو الآخر قد اشترط أن يرد اتفاق التحكيم في شكل مكتوب و إلا كان باطلا، و ذلك من خلال نص المادة 1012 فقرة 1 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية التي تنص: " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا".فالكتابة إذن تعد شرطا أساسيا لإبرام اتفاق التحكيم في معظم القوانين و لكن التساؤل الذي يطرح في هذا الشأن هو مدى اعتبار الكتابة في الشكل الإلكتروني صحيحة لإبرام اتفاق التحكيم عن بعد؟

ثانيا: صحة الكتابة الإلكترونية في إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني

لقد طرأ اختلاف بين رأي الفقه و التشريع في مدى توافق الكتابة التقليدية مع الإلكترونية في صحة إبرام اتفاق التحكيم الالكتروني على النحو التالي:

1- رأي الفقه

لقد انقسم الفقه في هذا الشأن إلى شقين:

رأي يذهب إلى عدم إمكانية امتداد مسألة حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات إلى صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني، مستندا إلى أن العديد من المعاهدات و الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة الدولية لم تنص صراحة على الوسائل الإلكترونية في الكتابة شأنها شأن القوانين الداخلية، و كمثال لذلك اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية و تنفيذها، فهي لم تنص على هذا الشرط صراحة[1].

أما الرأي الثاني فقد ذهب إلى أن الكتابة الإلكترونية تحقق شرط الكتابة المنصوص عليه في المعاهدات الدولية و القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم، و ذلك من خلال الاعتراف بوجود تكامل و تكافؤ بين التجارة التقليدية و الإلكترونية.أي بما أن الوسائل الإلكترونية معترف بها لإبرام العقود بوجه عام فهذا يمتد إلى اتفاق التحكيم الذي تتم كتابته إلكترونيا[2].

2- موقف التشريعات من حجية الكتابة الإلكترونية في صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني

تشترط معظم التشريعات التي تنظم أحكام التحكيم بصوره عامة شكلية معينة في اتفاق التحكيم و تتمثل هذه الشكلية في الكتابة، و التي هي في مفهومها التقليدي تعد محررة على دعائم ورقية، و لكن التحكيم الإلكتروني يقتضي أن تكون الكتابة في شكل إلكتروني، وهو ما لم يتم الاعتراف به صراحة في البداية، حيثإن اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية و تنفيذها لسنة 1958 كانت تثير لبساكبيرا حول مدى الاعتراف بالكتابة الإلكترونية لصحة اتفاق التحكيم الالكتروني، لأنها لم تنص صراحة على ذلك، و إنما أعطت تعريفا كلاسيكيا لاتفاق التحكيم عن طريق الكتابة و الذي يتضمن الدعائم الورقية فقط[3].

كما أن الإشكاليبقى قائم فيما يخص مدى إلزامية توفر النسخة الأصلية لاتفاق التحكيم،و هو ما يتعلق بالدعائم الورقية،فهل يجب توفر دعامة ورقية لإثبات اتفاق التحكيم الإلكتروني؟

Une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite est, si son contenu est consigné sous une forme qelquonque, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement,du fait d'un comportement ou par d'autres moyens ». la loi type de la CNUDCI sue l'arbitrage commercial international avec les amendements tels qu'adoptés en 2006, publié sur le site http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/MLARB-french_revised%2006.pdf, consulté le 5/10/2020 à 14H00,p6.

[1] - محمد ماجد محمود أحمد، مرجع سابق، ص 63.

[2] - محمد ماجد محمود أحمد،مرجع سابق، ص 64.

[3] - Hocine Farida, la validité formelle de la convention d'arbitrage en ligne, article publié sur le site http://fdsp.ummto.dz/images/Data/Activites_scientifiques/journee_etude/aspect_electronique/HOCINE_Farida.pdf, consulté le 10/10/2010, à 17H00,p 296.

هناك البعض من المحللين من ينصح بهذا الحل لتفادي العراقيل التي قد تطرأ عن الاختلاف في وجهات نظر بعض التشريعات و كذا التفسيرات القضائية في هذا الشأن. و بالتالي فمن المستحب تأكيد إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني عن طريق الفاكس مثلا[1].

و بإصدارلجنة الأونسترال للأمم المتحدة الاتفاقية الدولية المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية تم رفع اللبس الذي كان في اتفاقية نيويورك المذكورة أعلاه، حيث تنص المادة 20 من هذه الاتفاقية صراحة على المساواة بين الكتابة و الرسائل الإلكترونيةمع الكتابة العادية و إعطائها ذات الحجية في الإثبات في العقود الدولية. فهذه المادة قد اعترفت بالخطابات الإلكترونية المتبادلة في العقود الإلكترونية و التي تخضع لاتفاقيات و معاهدات دولية حددتها في الفقرة الأولى و منها اتفاقية نيويورك المذكورة أعلاه، و بالتالي تماثل الكتابة الإلكترونية مع الكتابة العادية المتبادلة في رسائل إلكترونية[2].

كما قامت اللجنة بتاريخ 7جويلية 2006 ، بتعديل المادة 7 فقرة 4 من القانون النموذجي للأونسترال حول التحكيم التجاري الدولي، و الخاصة بشكل اتفاق التحكيم.[3]

و لقد كان المشرع الجزائري مرنا أيضا لمواكبة التطور التكنولوجي و متطلبات العصر و سرعة الاتصالات من خلال نص المادة 1040 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، بنصها : " .....أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، و بأية **وسيلة اتصال أخرىتجيز الإثبات بالكتابة"**. و بالتالي فقد أجاز المشرع الجزائري الإثبات بالكتابة وبوسائل الاتصال الحديثة في اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي و بكل أشكالها المتطورة فاتحا المجال لكل ما قد يستحدث مستقبلا، و منه يمكن القياس على ذلك و القول بأن هذا الحكم يسري أيضا على اتفاق التحكيم و أنالمشرع الجزائري يجيز إبرامه إلكترونيا، أي من خلال هذه المادة نستشف بأن المشرع و بصفة عامة يجيز اللجوء التحكيم الالكتروني.

كما قد أقر المشرع الجزائري الكتابة الإلكترونية في الإثبات بموجب القانون رقم 05-10 المتضمن تعديل القانون المدني[4]، حيث عرف الكتابة في المادة 323 مكرر بقوله: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، و كذا طرق إرسالها".

يلاحظ على هذا التعريف أنه أصبح يتسع ليشمل إلى جانب الكتابة على الورق الكتابة في الشكل الإلكتروني، أي تلك المثبتة على دعامة إلكترونية.

و قد استعمل المشرع الجزائري في تعريف الكتابة عبارة "مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها"، « quels que soient leurs supports » و الصحيح هو "أيا كانت الدعامة التي تتضمنها" حسب الترجمة الفرنسية للنص. و بالتالي فهذا التعريف يستوعب أي نوع من الكتابة مهما كانت الدعامة التي تحرر عليها، و مهما كانت طرق تداولها.

---

[1] - Hocine Farida, Op.Cit, p 296- 297.

[2]- محمد ماجد محمود أحمد،مرجع سابق، ص 64.

[3] - L'article 7 alinéa 4 énonce qu' : « Une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement; le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données; le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie ». la loi type de la CNUDCI sue l'arbitrage commercial international avec les amendements tels qu'adoptés en 2006,publié sur le site http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/MLARB-french_revised%2006.pdf, consulté le 6/10/2020 à 18H00.

[4]- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل و المتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، جريدة رسمية عدد 41، السنة 42، الصادرة بتاريخ 28 يونيو 2005.

كما ساوى المشرع بين الكتابة التقليدية و الإلكترونية من حيث القوة في الإثبات بموجب نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، بنصها:" يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

و من بين التشريعات التي أقرت نظام التحكيم في المعاملات الإلكترونية صراحة، نجد المشرع الإماراتي من خلال قانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات و التجارة الالكترونية، حيث نصت المادة 37 منه على أنه: " يجوز للرئيس تشكيل محاكم أو هيئات تحكيم خاصة للفصل في القضايا و المنازعات الناشئة عن تطبيق القانون"[1].

كما نصتالمادةالأولىمنالتوجيهالأوروبيرقم 31/ 2000 الخاصببعضالجوانبالقانونيةلخدماتشركاتالمعلوماتو التجارةالإلكترونية بصفة خاصة،علىمايلي" تسمحالدولالأعضاءلموردیخدمات المعلوماتوالمتعاملينمعهمبتسويةمنازعاتهمبعيداعنأروقةالمحاكم، وباستخداموسائل التكنولوجيةفيالعالمالإلكترونيوفيمجتمع المعلوماتفيفضالمنازعات.

كما حث التوجيه في مادته 17 الدول الأعضاء السهر على تطبيق بنود التوجيه و تشجيع تشريعاتها على استعمال ميكانيزمات التسوية عن بعد، و عدم عرقلتها.[2]

و تتمثل أهم العناصر الأساسية التي يجب إدراجها في اتفاق التحكيم طبقا لنص المادة 1012 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري تحت طائلة البطلان: موضوع النزاع و أسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم.

المطلب الثاني- التوقيع الإلكتروني على اتفاق التحكيم

لقد أدى ظهور التجارة الإلكترونية الحاجة إلى تواقيع تتلاءم مع طبيعتها، فظهر ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني، و الذي يطبق في مجالات عديدة لتحديد هوية الشخص و التعبير عن إرادته، و نظرا لأهميته البالغة، سنقوم بتعريفه و توضيح مدى حجيته في صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني.

أولا- تعريف التوقيع الإلكتروني

إن التوقيع الإلكتروني لا يختلف كثيرا عن التوقيع التقليدي من حيث المبدأ و الوظيفة، لكن يتخذ أشكالا مختلفة مقارنة بالتوقيع الخطي[3]، و قد اعترف المشرع الجزائري صراحة بالتوقيع الإلكتروني في نص

[1]- حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضةالعربية، القاهرة، 2006، ص 76.

[2]- Aussi l'article 17 de la directive 2000/31/CE du 8/6/2000 relatives à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dispose :

«1. les états membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés.

2. les états membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire, notamment en ce qui concerne les litiges en matière de consommation, à fonctionner de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées.

3. les états membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire des litiges à communiquer à la commission des décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information ainsi que toute autre information sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique ».J.O.C.E, n L178, 17/7/2000.

[3]- صور التوقيع العادي هي: إمضاء يدوي، بصمة أصبعأو ختم.

المادة 2/327 من القانون المدني الجزائري، بقوله: " و يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 أعلاه".

أي أن المشرع الجزائري اعتد بالتوقيع الإلكتروني بنفس الشروط التي يعتد بها السند الالكتروني، و المتمثلة في التأكد من هوية الشخص الذي أصدره و أن يكون معد و محفوظ في ظروف تضمن سلامته، و أغفل شرط رضا الموقع بما تتضمنه الوثيقة.

أما عن تعريف التوقيع الإلكتروني فقد ورد لأول مرة في نص المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 ماي 2007 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي 123/01 المؤرخ في 9 ماي 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية[1]، حيث عرفت هذه المادة التوقيع الإلكتروني بأنه معطى ينجم عن استخدام أسلوب يستجيب للشروط المحددة في المادتين 223 مكرر و 323 مكرر1 من القانون المدني.

و ما يلاحظ على هذا التعريف أنه لا يوضح معنى التوقيع الإلكتروني، بل اكتفى بتأكيد ضرورة استجابته للشروط الواردة في القانون المدني و المتمثلة بالتعريف بشخص الموقع و حفظ سلامة التوقيع.

و بمقتضى القانون رقم 15-04 المؤرخ في أول فبراير 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين[2]، أصدر المشرع الجزائري تعريفا آخر للتوقيع الإلكتروني في نص المادة الثانية على أنه يقصد بالتوقيع الإلكتروني بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق. كما نص على بيانات لإنشاء التوقيع الإلكتروني و جعلها بيانات فريدة تتمثل في الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة التي يستعملها الموقع لإنشاء التوقيع الإلكتروني أما عن آلية إنشاءه فتتمثل في كل جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

و قد ربط قانون الأونسترال الموحد بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001[3]التوقيع الالكتروني برسالة المعلومات لكي يحمل صفة الإلكتروني، حيث عرف التوقيع الإلكتروني في المادة الثانية منه بأنه عبارة عن " بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، و لبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".

ثانيا: حجية التوقيع الإلكتروني في صحة اتفاق التحكيم عن بعد

يتطلب إبرام اتفاق التحكيم عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية تحقق شرط التوقيع، حيث تفرض القوانين المتعلقة بالتحكيم، أن يكون الاتفاق التحكيمي موقعا من الطرفين[4].

و لكن إذا ما تم توقيع اتفاق التحكيم الإلكتروني إلكترونيا فهل يعطي دلالته في توافق الإرادتين على الاتفاق التحكيمي مثله مثل الاتفاق الخطي؟

---

[1]- جريدة رسمية عدد 37 الصادرة في 7 يونيو 2007.
[2]- جريدة رسمية عدد 6، الصادرة في 10 فبراير 2015.
[3]- قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية 2001 للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عن أعمال دورتها الرابعة و الثلاثين، المنعقدة في فيينا من 25 يونيو إلى يوليو 2001، و قد اعتمد نص قانون الاونسيترال النموذجي في 5 يوليو 2001.
[4]- صفاء فتوح جمعه فتوح، مرجع سابق، ص 343.

في هذا المقام، لقد وضع القانون عدة ضوابط للأخذ بحجية التوقيع الإلكتروني منها: ارتباط التوقيع بالموقع دون غيره، سيطرة الموقع على الوسيط الالكتروني، قابلية اكتشاف أي تعديل أو تغيير في البيانات المحررة أو التوقيع الإلكتروني بعد وضعه على المحرر[1].

و يؤكد على حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ما أصدرته لجنة القانون الدولي لدى الأمم المتحدة في تقرير عام 1997 يعرض فيها إطارا قانونيا جديدا حول التجارة الإلكترونية للدول التي ترغب في إصدار تشريعات تسهل عقد الصفقات التجارية عبر الشبكات الدولية لنقل المعلومات و تبادلها، و من المقترحات الواردة في هذا الشأن التركيز على الدور الوظيفي للتوقيع و ليس شكله[2].

و قد فرق المشرع الجزائري بين التوقيع الإلكتروني العادي و التوقيع الإلكتروني الموصوف[3] بموجب نص المادة 7 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في أول فبراير 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، حيث جعل التوقيع الإلكتروني الموصوف هو ذلك التوقيع الذي يفي بالمتطلبات التالية:

- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة،
- أن يرتبط بالموقع دون سواه،
- أن يمكن من تحديد هوية الموقع،
- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني،
- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع،
-أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات. و بالتالي فلكي يعادل التوقيع الإلكتروني نظيره التقليدي في الإثبات يجب أن يكون مؤمنا، و هذا ما أكدته المادة 8 من نفس القانون بقولها: " يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي". و ذلك من دون تجريد التوقيع الإلكتروني العادي من فعاليته القانونية.و لتأكيد مبادئ المماثلة وعدم التمييز اتجاه التوقيع الإلكتروني أكدت المادة السادسة من القانون رقم 15-04 هذا المبدأ بنصها: " يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع و إثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني".

و لمنح التوقيع الإلكتروني مصداقية أكثر، استلزم الأمر تدخل وسيط محايد للتصديق على هذا التوقيع، و هي سلطة المصادقة لتضمن أمن المعلومات الإلكترونية و عمليات نقل و تبادل الرسائل عن طريق شبكة الأنترنيت، و هذا ما يزيد من فعالية نظام الإثبات الإلكتروني و يعززه، لأن من يتعامل من خلال هذه الشبكة يجهل من يقف وراء جهاز الكمبيوتر من الجهة الأخرى، و هذا ما يتطلب بالضرورة تدخل الغير للتعريف بالأطراف و ضمان صلة الشخص بإمضائه، و يتم تسليم شهادة في الغرض تسمى بشهادة المصادقة الالكترونية[4] التي تمثل حجية أمام القضاء لإثبات علاقة الشخص بإمضائه.و بالتالي فإن الكتابة و التوقيع الإلكترونيين يجعلان من اتفاق التحكيم الإلكتروني صحيحا من الناحية الشكلية و ذلك بتوفر شروط كليهما.

المبحث الثاني: الشروط الموضوعيةالواجب توافرها لصحة اتفاق التحكيم الالكتروني

يعد اتفاق التحكيم الالكتروني تصرفا قانونيا صادرا من جانبيين، فهو بذلك عقدا من العقود و بالتالي يتطلب لانعقاده ما يتطلبه أي عقد آخر من العقود ، و تتمثل الشروط الموضوعية لانعقاده في الأركان التقليدية

[1]- نفس المرجع، ص 343.
[2]- صفاء فتوحجمعه فتوح، مرجع سابق، ص 344.
[3]- كان يسمى بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 07-162 بالتوقيع الالكتروني المؤمن.
[4]- لقد عرفت المادة 3 من المرسوم 07-162 المذكور أعلاه الشهادة الالكترونية بأنها وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الالكتروني و الموقع.

الثلاثة و هي الرضا و المحل و السبب، إلا أن إبرامه عبر وسيلة إلكترونية يجعل له سمات خاصة، تتطلب دراستها على النحو التالي:

المطلب الأول: التراضي في اتفاق التحكيم الالكتروني

يعتبر ركن الرضا قوام كل عقد و أساسه، و يتم التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم الالكتروني من خلال الوسيلة الالكترونية، حيث يتم توجيه الإيجاب من خلالها و تلقي القبول عبرها، فالطرف الأول يضمن موقعه الالكترونياتفاق التحكيم، فإذا أراد الطرف الثاني أن يبرم الاتفاق، فما عليه إلا النقر على أيقونة " أنا أقبل" [1].

أولا: صحة التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم الالكتروني

يكتسي التعبير عن الإرادة طابعا خاصا في اتفاق التحكيم الالكتروني نظرا للوسيلة التي يتم بها و هي الانترنيت، مما يستدعي البحث في المشروعية القانونية لهذه الطريقة و بالتالي صحتها، و ذلك كما يلي:

1- الأساس التشريعي للتعبير عن الإرادة عن بعد

ليس هناك ما يمنع من التعبير عن الإرادة عبر الوسيلة الالكترونية، وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة السادسة فقرة 2 من قانون التجارة الالكترونية[2]، عند تعريفه للعقد الالكتروني بقوله: " العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و يتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني".

و بالتالي يفهم من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أجاز التعبير عن الإرادة عن بعد.
و يتم التعبير عن الإرادة باللفظ و بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، و ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه، بعلم من وجه إليه، و يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك[3].

و نظرا لأهمية التعبير عن الإرادة في العقود الكلاسيكية فأهميتها تتجلى أكثر في العقود الالكترونية، هذا ما دفع العديد من الدول إلى وضع مجموعة من القوانين للاعتراف بالوسائل الالكترونية للتعبير عن الإرادة، التي أخذت حذو قانون الأونسترال النموذجي لسنة 1996 [4]الذي نص صراحة على أن التعبير عن الإرادة في العقود التجارية الالكترونية يتم من خلال تبادل رسائل البيانات، حيث نصت المادة 11 منه بأنه: " في سياق تكوين العقود، ومالم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض. وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض" والمادة 12 من نفس القانون التي نصت على اعتراف الأطراف برسائل البيانات كما يلي:"في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه، لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات".

ويقصد بمصطلح "رسالة بيانات" في مفهوم هذا القانون: "المعلومات التي يتم انشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا

---

[1]- أمالحابت ، التجارة الالكترونية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015 ، ص 445.

[2]- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو 2018 ، جريدة رسمية عدد 28 الصادرة بتاريخ 16 مايو 2018.

[3]- انظر نصي المادتين 60 و 61 من القانون المدني الجزائري.

[4]- قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، 1996، منشور على الموقع الالكتروني: https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-ecomm-a_ebook.pdf, consulté le 15/11 /2020, à 12H00.

الحصر تبادل البيانات الالكترونية، أو البريد الالكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي" (المادة 2).
و في هذا الإطار، و من أجل حماية البيانات أكثر، وضعت اللجنة الأوروبية نظاما عاما خاصا بحماية البيانات دخل حيز التنفيذ في 25 ماي 2019، رتب اثارا ضخمة داخل الاتحاد الاوروبي و خارجه أيضا، حيث أصبح ملزما للجميع بما تضمنه من أحكام تعد فريدة من نوعها في تاريخ حماية البيانات. و ما يميز هذا النظام هو تمييزه بين الحقوق و الالتزامات و منحه قائمة كبيرة من الحقوق للأفراد تتمثل في: الحق في الحياة الخاصة، الحق في الحماية، الحق في النسيان، الحق في الدخول، الحق في التعديل، الحق في المسح، الحق في الخطأ، الحق في الشفافية، الحق في المعرفة، الحق في الحصول على المعلومات، الحق في المعارضة، الحق في الحفظ.....". كما أن ديباجة النظام تقر بأن حماية المعطيات الشخصية هو حق أساسي يجب أن يعلو أكثر مما هو عليه[1].

2- الأهلية في العقود المبرمة عن بعد

إن أول ما يتعلق بصحة الإرادة في العقود هو أهلية الأطراف لإبرام الاتفاق، و قد نصت المادة 1006 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على أنه: " يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"، بمعنى أهلية الأداء[2] أي أهلية ابرام التصرفات، و هي الأهلية اللازمة في موضوع دراستنا. و التساؤل الذي يثور في في هذا الشأن هو مدى خصوصية شرط الأهلية في التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة.

فلكي يعتبر اتفاق التحكيم الالكتروني صحيحا يجب أن يصدر التعبير عن الإرادة من ذي أهلية، و نظرا لأن اتفاق التحكيم يبرم عن بعد، فمن الصعب التأكد من شخصية الطرف الاخر و التحقق من أهليته.

و يرى بعض الفقهاء أنه لعلاج هذه المشكلة يجب التوسع في الأخذ بنظرية الوضع الظاهر « théorie de l'apparence » أي أنه إذا كان هناك خلل في أهلية أحد الاطراف و تم الاتفاق عبر الانترنيت عن طريق مواقع مؤمنة فإنه يعتد بهذا الاتفاق طالما أن هذا الشخص قد أخذ مظهر الشخص كامل الأهلية، و يستطيع المتعاقد الراشد الرجوع على المتعاقد ناقص الأهلية عن طريق قواعد المسؤولية التقصيرية[3]. أيضا و تفاديا للإشكالات التي قد تطرأ بشأن التأكد من أهلية الأطراف خاصة المستهلك، يلجأ أطراف اتفاق التحكيم إلى الاستعانة بجهات التصديق، من أجل ضمان صدق المتعامل الإلكتروني فيما قدمه من معلومات عن هويته[4].

3- خلو رضا الطرفين من عيوب الإرادة

إن اتفاق التحكيم الالكتروني غالبا ما لا يشوبه عيب من عيوب الإرادة كالإكراه أو التدليس أو الغلط، ذلك لأن التحكيم الالكتروني تديره مراكز تحكيم موثوق بها، كما أن هذه الخدمة تكون متاحة في إطار مواقع تحرص على سمعتها التجارية[5].

ثانيا: الإيجاب و القبول في اتفاق التحكيم الالكتروني

نتطرق هنا إلى مسألة التعبير عن الإرادة بالإيجاب و القبول الالكترونيين، أي خصوصية الطابع الالكتروني لتبادل التعبير عن الإرادتين.

---

[1] - Ammar Belhimer, par quel droit tenir le net, ANEP éditions, rouiba, juin 2020, p 139-140.

[2]- حدد المشرع الجزائري سن الرشد بالتاسعة عشر سنة كاملة طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني(الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05 – 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية رقم 44 الصادرة في 2005/06/26).

[3]- محمد ماجد محمود أحمد، مرجع سابق، ص 71.

[4]- ليندة بومحراث، تسوية منازعات التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص 581.

[5]- أمال حابت، مرجع سابق، ص 446.

1- الإيجاب الالكتروني

يعد الإيجاب الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود حتى التي تبرم عبر الانترنيت، و يعرف بأنه " التعبير البات الصادر عن أحد المتعاقدين و الموجه إلى الطرف الآخر بقصد إحداث أثر قانوني"[1]، كما يعرفه البعض بأنه:

أما الإيجاب بمفهومه الالكتروني فقد عرفه التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد بأنه: " كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة، بحيث يستطيع المرسل إليه التعاقد مباشرة، و يستبعد من ذلك مجرد الإعلام و الدعاية و الدعوة إلى التعاقد"[2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فهو لم يورد نصا يعرف فيه الإيجاب بشكل دقيق، و إنما حلل الموجب من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا أو إذا صدر الإيجاب دون تحديد أجل القبول و ذلك مهما كانت طريقة صدوره[3].

كما يجب أن يكون الإيجاب الالكتروني جازما و محددا و باتا لا رجعة فيه، بحيث يكون للمرسل إليه حرية قبول العرض أو رفضه. و ما يميز الإيجاب الالكتروني عن الإيجاب بالطرق التقليدية، في أنهيتم بوسيلة سمعية بصرية، كما أنه يتم من خلال شبكة عالمية للاتصالات عن بعد، و يحمل خطر اليقين القانوني[4].

و بالتالي فيكون التعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد إما عن طريق إرسال الإيجاب عن طريق رسالة إلكترونية عبر صناديق البريد الالكتروني أو عن طريق الإعلان عبر المواقع الالكترونية و التي يجب أن تستوفي كافة الالتزامات التي سيتم التعاقد على أساسها[5]، و حتى يقع الإيجاب الالكتروني صحيحا فلابد أن يشير صراحة من خلال الوثيقة أو الرسالة المرسلة إلى أن الهدف من اتفاق التحكيم هو تنحية النزاع عن ولاية القضاء، و أن يتم تحديد هذا النزاع بدقة[6].

2- القبول الالكتروني

هو الرد الايجابي على الإيجاب، أو التصرف الذي بمقتضاه يعلن الموجب له إرادته بالموافقة على التعاقد وفقا للإيجاب، فهو إذن التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب و التي تحقق اتصال رضا كلا الطرفين[7].

و من الناحية العملية، يتم القبول في العقد الالكتروني بمجرد الضغط على الزر الواضح على شاشة جهاز الكمبيوتر تحت بند أقبل، ويثور التساؤل حول هذه الآلية فهل هي واقعة كافية بحد ذاتها للتعبير عن إرادة قبول الإيجاب. في الواقع إن أغلب العقود التي تتم عبر الانترنيت غالبا ما يجد الراغب بالتعاقد مع هذه المواقع خانة مخصصة لقبول التعاقد تتضمن عبارات تدل على الموافقة، و عند الضغط عليها فإنه يترتب على هذه العملية المادية إعمال آلية نقل معلومات رقمية تترجم عن طريق برنامج خاص إلى لغة مفهومة

---

[1]- نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2005، ص 53.

[2]- أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، الالتزام بالإعلام في عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص 50.

[3]- انظر نص المادة 64 من القانون المدني الجزائري، مرجع سبق ذكره.

[4]- أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، المرجع السابق، ص 51-53.

[5]- نهى شيروف، الآليات القانونية في إبرام العقد الالكتروني في ضوء التشريع الجزائري: بين النص و الممارسة، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول الإطار القانوني لممارسة التجارة الالكترونية على ضوء قانون 18-05، يوم 8 أكتوبر 2019، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، ص 19.

[6]- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 89.

[7]- نهى شيروف، المرجع السابق، ص 19.

لتصل إلى الموجب. فيجب على الراغب بالتعاقد قبل الضغط على زر القبول أن يطلع جيدا على شروط التعاقد الأساسية مناتفاق التحكيم[1].

من هنا يتضح أن الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني يتم عن طريق رسائل البيانات. و أن الإيجاب يكون عن طريق عرض الطرف الأوللعرضاتفاق التحكيم، و القبول عن طريق النقر على أيقونة " أنا أوفق مثلا".

المطلب الثاني: المحل و السبب في اتفاق التحكيم الالكتروني

كأي عقد من العقود سواء كان عقدا تقليديا أم إلكترونيا، تقضي القواعد العامة بأنه يجب أن يكون له محلا و سببا، و بما أن اتفاق التحكيم المبرم عن بعد يعد عقدا إلكترونيا فلابد أن يكون له محلا و سببا، إلا أن خصوصية هذا الاتفاق تجعله يتميز ببعض الخصائص التي لا نجدها في العقود المألوفة.

أولا: محل اتفاق التحكيم الالكتروني

إن حق الالتجاء إلى القضاء لا يتقيد بقيد ما سوى أهلية التقاضي، ورغم محاولات الاستعاضة بالتحكيم عن القضاء إلا أنه لا يمكن حسم كافة المنازعات بطريق التحكيم، و هذا ما يعرف بمصطلح " القابلية للتحكيم" ، حيث تحتل قابلية النزاع للتحكيم أهمية كبيرة، فكل دولة لها سياستها و نظامها الاقتصادي و الاجتماعي اللذان يحددان ما هي المسائل القابلة للتحكيم و ما هي المسائل الغير القابلة للتحكيم[2]، فبالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم، و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.

و ما تجدر الإشارة إليه هو أن تحديد مفهوم النظام العام لا يجب النظر إليه بمفهوم وطني أي داخلي، و إنما بمفهوم دولي، و في هذا الصدد انتهت غرفة التجارة الدولية بباريس في قضية Gatoil إلى بطلان حكم تحكيم قد اتخذه وسيط إيراني لدى مؤسسة في عقد أشغال عامة مع الحكومة الإيرانية،، و قد جاء بحيثيات قرار الهيئة " على الرغم من أن المدعي (الوسيط) رفض الكشف عن طبيعة مهمته لدى الحكومة الإيرانية، إلا أنه يستخلص من وقائع الدعوى أنه كان أحد الموظفين العموميين الكبار آنذاك، و كان تأثيره كبيرا على صناع القرار مما أدى إلى تعاقد الشركة الفرنسية و استبعاد مشروعات أخرى منافسة، و حيث إن العقد محل النزاع يخالف النظام العام الدولي، فإن محكمة التحكيم تقضي ببطلانه، و ترفض طلب المدعي إلزام الشركة الفرنسية بدفع العمولة المستحقة له"[3].

و لكن هذا المبدأ ليس مطلقا، فهناك استثناء على ذلك في الفقه المقارن بإخضاع بعض المنازعات التي تتعلق بالنظام العام للتحكيم، و كمثال على ذلك ما قررته المحكمة العليا الأمريكية، بموجب حكم Mitsubishi من إمكانية خضوع منازعة تتأسس على خرق قانون anti-trust الأمريكي للتحكيم، و بالتالي أجازت المحكمة خضوع منازعة تتعلق بالنظام العام للتحكيم و ذلك لأن القانون الأمريكي هو الذي ستطبقه محكمة التحكيم المنعقدة في اليابان و ليس القانون الياباني[4].

إلا أن معظم التشريعات التي تطرقت إلى هذه المسألة قررت أنه لا يجوز التحكيم العادي أو الالكتروني في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح و معظمها من المسائل المتعلقة بالنظام العام لكونها ذات صلة بالنظام الاجتماعي و أسسه القانونية و الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية و الدينية[5].

---

[1]- مهند حمد أحمد الجبوريو محمد صالح عبد الصمد، التحكيم التجاري الدولي الالكتروني و القانون الواجب التطبيق (عقود الاستثمار نموذجا)، مجلة الكوفة للعلوم القانونية و السياسية، العراق، المجلد 11، العدد 35، 2018،ص 223.

[2]- صفاء فتوح جمعة فتوح، مرجع سابق، ص 358.

[3]- حكم محكمة استئناف باريس في 1991/12/17 في قضية Gatoil، نقلا عن محمد ماجد محمود أحمد، مرجع سابق، ص 83.

[4]- أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 298-299 .

[5]- أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 300.

كما أنه من الضروري تحديد موضوع النزاع محل التحكيم، إذ سيؤدي عدم تحديده إلى بطلان الاتفاق على التحكيم، و لكن ليس لعدم القابلية للتحكيم، و إنما لعدم تحديد الموضوع أصلا[1].

و لقد وجد نظام المحكمة الالكترونية للوساطة و التحكيم الذي يدعو إلى نظام المحكمة الافتراضية باعتباره نموذجا متميزا لتسوية المنازعات إلكترونيا، و هو ما انتهجته منظمة « WIPO » في تسويتها للمنازعات الناشئة عن المسائل المتعلقة بالملكية الفكرية، حيث تقوم باستخدام خدمة التحكيم الالكتروني و الوساطة الالكترونية لتسوية منازعاتها[2].

و بالتالي فإن محل التحكيم الالكتروني لا يختلف كثيرا عن محل التحكيم التقليدي، كل ما في الأمر أن التطور في وسائل الاتصال الحديثة فرض طبيعة جديدة للمنازعات التي تتم إلكترونيا و أصبحت محلا للتحكيم الالكتروني، و التي يجب أن تكون مشروعة لتحقيق شرط قابلية النزاع للتحكيم.

ثانيا: السبب في اتفاق التحكيم الالكتروني

إن السبب في اتفاق التحكيم الالكتروني هو رغبة طرفيه في تسوية ما نشأ من منازعات متولدة عن العقد الأصلي عن طريق التحكيم. و يشترط في السبب أن يكون موجودا و مشروعا و يعبر عن رغبة الأطراف استبعاد اللجوء إلى القضاء أو التخلي عن الخصومة و طرح النزاع على التحكيم،و هو على هذا سبب مشروع دائما[3].

خاتمة:

نخلص مما سبق أن اتفاق التحكيم المبرمإلكترونيا هو اتفاق صحيح و مشروع سواء من الناحية الشكلية أو الموضوعيةلإبرامه، حيث أكدت الاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية على الدور الوظيفي للكتابة، أيا كانت الدعامة التي تفرغ عليها المعلومات سواء كانت معلوماتية أو ورقية، المهم أنها تقوم بإثبات ما تتضمنه هذه المعلومات، كما أن شرط التوقيع الالكتروني يفي بحجيته و دوره الوظيفي، و هذا ما يجعل اتفاق التحكيم الالكتروني صحيحا من الناحية الشكلية.
-أما عن الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم فكأي عقد إلكتروني يجب أن يتوافر على رضا صحيح و موجود، و محل و سبب مشروعين حتى ينتج آثارهالقانونية، و إن كان شرط الرضاقد يثير مسألة إمكانية تعرض هوية الأشخاص للكشف لأنه يتم إلكترونيا، إلا أنه محمي من الناحية القانونية عن طريق قواعد و نظام حماية و أمن المعطيات المعالجة إلكترونيا.

-و رغم أن المشرع الجزائري لم ينظم أحكام التحكيم الالكتروني بنصوص قانونية خاصة ، إلاأنه لم يمنع من تطبيق النصوص القانونية التقليدية المتعلقة بالتحكيم العادي بشكل يساير المستجدات التي قد تترتب عن الثورة المعلوماتية، و أحسن دليل على ذلك هو نص المادة 1040 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في تعريفه لاتفاقية التحكيم في إطار قواعد التحكيم التجاري الدولي بجعلها قابلة لأن تتم بأية وسيلة اتصال، ومنه وسائل الاتصال الحديثة، ما يسمح لنا بالقول أن القانون الجزائري يسمح بتطبيق التحكيم الالكتروني.

- و من خلال النتائج المتوصل إليها،نوصي بضرورة التحسيس بأهمية و دور التحكيم الالكتروني في فض منازعات التجارة الالكترونية، خاصة في وقتنا الحالي أين يتم اللجوء إلى عمليات الشراء و البيع عن بعد و الحصول على الخدمات في ظل جائحة كوفيد 19 لتفادي الاتصال المباشر بين الأفراد و انتقال عدوى فيروس كورونا، فيجب توعية المستهلك بأنه في حالة حدوث أي نزاع حول التجارة الالكترونية يمكن له اللجوء إلى التحكيم من دون أن يخاف من هذه الآلية كونها تتم في عالم افتراضي، و ذلكبالتأكيد على

[1]- صفاء فتوح جمعة فتوح، مرجع سابق، ص 359.
[2] - نفس المرجع، ص 361.
[3]- ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص 582.

المشروعية القانونيةلهذا التصرف، فالجزائر مثلا تشهد حاليا موجة كبيرة للتعريف و التحسيس بدور التجارة الالكترونية بالتزامن مع الوضع الصحي الحاليو لكن دون التطرق إلى شق المنازعات التي قد تطرأ عند تطبيقها، فلا بد من نشر الوعي حول الوجود الفعلي للمحاكم الافتراضية، و ضرورة التعايش مع وسائل الاتصال الحديثة التي يكشف عنها التطور التكنولوجي.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: قائمة المصادر

النصوص القانونية

1-الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05 – 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية رقم 44 الصادرة في 2005/06/26.

2- قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية 2001 للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عن أعمال دورتها الرابعة و الثلاثين، المنعقدة في فيينا من 25 يونيو إلى يوليو 2001، و قد اعتمد نص قانون الاونسيترال النموذجي في 5 يوليو 2001.

3- القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة رسمية عدد 21،الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

4- القانون رقم 15-04 المؤرخ في أول فبراير 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الالكترونيين، جريدة رسمية عدد 6، الصادرة في 10 فبراير 2015.

5- القانون رقم 18- 04 المؤرخ في 10 مايو 2018، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد و الاتصالات الالكترونية، جريدة رسمية عدد 27، الصادرة في 13 مايو 2018.

6- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو 2018، جريدة رسمية عدد 28 الصادرة بتاريخ 16 مايو 2018.

7- المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 ماي 2007 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي 123/01 المؤرخ في 9 ماي 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية، جريدة رسمية عدد 37 الصادرة في 7 يونيو 2007.

ثانيا/ قائمة المراجع

أ – الكتب

1-أحمد محمد فتحي الخولي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لحل المنازعات المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

2- أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، الالتزام بالإعلام في عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.

3- حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضةالعربية، القاهرة، 2006.

4- صفاء فتوح جمعه فتوح، منازعات عقود التجارة الالكترونية بين القضاء و التحكيم" آليات فض المنازعات"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

5- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

6- ليندة بومحراث، تسوية منازعات التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.

7- محمد ماجد محمود أحمد، التحكيم الالكتروني في بيئة الكترونية- دراسة مقارنة،الطبعةالأولى، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2018.

8- نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2005.

ب- الرسائل الجامعية:

1- أمالحابت ، التجارة الالكترونية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015 .

ج-المقالات في المجلات:

1- مهند حمد أحمد الجبوريو محمد صالح عبد الصمد، التحكيم التجاري الدولي الالكتروني و القانون الواجب التطبيق (عقود الاستثمار نموذجا)، مجلة الكوفة للعلوم القانونية و السياسية، العراق، المجلد 11، العدد 35، 2018.

د-المداخلات في الملتقيات والندوات:

1- نهى شيروف، الآليات القانونية في إبرام العقد الالكتروني في ضوء التشريع الجزائري: بين النص و الممارسة، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول الإطار القانوني لممارسة التجارة الالكترونية على ضوء قانون 18-05، يوم 8 أكتوبر 2019، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة 8 ماي 1945، قالمة.

المراجع بالغة الفرنسية

Livres :

- Ammar Belhimer, par quel droit tenir le net ? éditions ANEP, Rouiba, juin 2020.

Articles :

- Hocine Farida, la validité formelle de la convention d'arbitrage en ligne, article publié sur le site :http://fdsp.ummto.dz/images/Data/Activites_scientifiques/journee_etude/aspect_electronique/HOCINE_Farida.pdf, consulté le 10/10/2010, à 17H00.

Liens :

- http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/MLARB-french_revised%2006.pdf, consulté le 6/10/2020 à 18H00.

- https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-ecomm-a_ebook.pdf, consulté le 15/11/2020 à 12h00.

http://fdsp.ummto.dz/images/Data/Activites_scientifiques/journee_etude/aspect_electronique/HOCINE_Farida.pdf, consulté le 10/10/2010, à 17H00.