

النظام العام وإتفاق التحكيم التجاري الإلكتروني الدولي في ظل التشريع والتوجه القضائي

The Public order and the international electronic commercial arbitration agreement in light of the legislation and the judicial orientation

قجالي محي الدين *

جامعة محمد لمين دباغين - سطيف 2

m.guedjali@univ-setif2.dz

تاريخ النشر: 2025-07-10

تاريخ القبول: 01-07-2025

تاريخ الإيداع: 20-04-2025

ملخص:

تبرز فكرة النظام العام في إطار اتفاق التحكيم التجاري الإلكتروني الدولي عندما يحدث تعارض بين موضوع النزاع المعروف على هيئة التحكيم مع المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها، كما تبرز فكرة النظام العام في حال عدم إحترام المبادئ الأساسية للتقاضي أثناء سير الخصومة التحكيمية، كما أن حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وموضوع النزاع قد ينطوي على غش بشكل يتعارض مع النظام العام، كل هذا يمنح الأطراف الحق في اللجوء إلى القضاء لإبطال إتفاق التحكيم ورفض تنفيذ الحكم التحكيمي الإلكتروني للإخلال بالنظام العام. لهذا فإن إشكالية الموضوع تهدف لإبراز مدى تعارض بنود اتفاق التحكيم الإلكتروني مع النظام العام في ظل التشريع الجزائري والتطبيقات القضائية؟

الكلمات المفتاحية: النظام العام؛ إتفاق التحكيم؛ التحكيم التجاري الإلكتروني؛ القانون الواجب التطبيق.

Abstract:

The concept of public order emerges within the framework of an international e-commerce arbitration agreement when a conflict arises between the subject matter of the dispute submitted to the arbitration panel and matters that are not subject to arbitration. The concept of public order also emerges when the basic principles of litigation are not respected during the arbitration dispute. Furthermore, the parties' freedom to choose the applicable law to the arbitration agreement, and the subject matter of the dispute may involve fraud in a manner that conflicts with public order, gives the parties the right to resort to the judiciary to invalidate the arbitration agreement and refuse to enforce the electronic arbitration award for breaching public order.

Therefore, the problem of the topic aims to highlight the extent to which the provisions of the electronic arbitration agreement conflict with public order under Algerian law and judicial practices.

Keywords : Public order; arbitration agreement; e-commerce arbitration; applicable law.

* المؤلف المراسل. 0664343560

مقدمة:

المعلوم أن التحكيم هو اتفاق الأطراف على تسوية المنازعات التي نشأت أو تنشأ في المستقبل بصدور حكم ملزم من قبل هيئة التحكيم التي يختارونها، وذلك إذا كانت هذه المنازعات تتعلق أساسا بمصالح التجارة الدولية أو بمنازعات الإستثمار الأجنبية.

ومع ظهور معطيات قانونية جديدة من علاقات تعاقدية يتم إبرامها إلكترونيا عن بعد عبر شبكة الأنترنت، الأمر الذي يستدعي ضرورة تبني وسائل تسوية للمنازعات تتناسب مع تلك المعطيات، وهو ما تمثل في التحكيم الإلكتروني الذي يعني الإعتماد على تقنيات رقمية في إجراء التحكيم دون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين. هذا ويجد نظام التحكيم الإلكتروني والأحكام التحكيمية التي تصدرها هيئة التحكيم قوامها في الإتفاق على اللجوء إلى هذه الآلية، ويتم إعمال مبدأ سلطان الإرادة كأساس قانوني لتحقيق هذه الغاية، لهذا فمن الواجب أن نذكر بداية أن اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني أصلا كان وسيلة قانونية لإستبعاد القضاء الوطني تماما مع إمكانية استبعاد القانون الوطني لحكم النزاع محل اتفاق التحكيم، فضلا عن السرعة والسرية وقلة التكلفة التي يتميز بها التحكيم التجاري الإلكتروني.

غير أنه إذا كانت إرادة الأطراف الظاهرة تتجه لنظام التحكيم الإلكتروني بالنظر للمزايا العديدة التي يوفرها مقارنة بقضاء الدولة، فإن ذلك قد يكون خلافا للحقيقة وينطوي على غش نحو القانون بأن يعرض نزاع على هيئة التحكيم بما يتعارض مع النظام العام للدولة بسوء نية، وهو الأمر الذي يجب أخذه بعين الإعتبار عند إعمال إرادة الأطراف في تحديد بنود اتفاق التحكيم سواء فيما يخص النزاع موضوع التحكيم أو القواعد التي تحكم إجراءات التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى اتفاق التحكيم.

ففكرة النظام العام في نطاق التحكيم لا تقل أهمية عن القانون الوطني، إذ يقصد بها مجموعة المبادئ التي تشكل الأسس التي يقوم عليها مجتمع التجار الدولي، بحيث يكون مضمونه مماثلا لفكرة قانون التجارة الدولية.

وبناء على ما سبق فإن إشكالية الموضوع تتمثل في: مدى تعارض بنود اتفاق التحكيم الإلكتروني مع النظام العام في ظل التشريع الجزائري والتطبيقات القضائية؟

وللوصول إلى النتائج المرجوة إرتأينا الإعتماد على المنهج الوصفي التحليلي في تبين مناطق تعارض إتفاق التحكيم الإلكتروني مع فكرة النظام العام، كما اعتمدنا على المنهج المقارن من خلال الإستدلال بالقوانين المقارنة والتطبيقات القضائية في هذا الشأن.

وقسمنا الدراسة وفق الخطة التالية:

المحور الأول: فكرة النظام العام ومحل إتفاق التحكيم الإلكتروني وإجراءاته

أولا: النظام العام ومحل اتفاق التحكيم الإلكتروني (موضوع التحكيم)

ثانيا: النظام العام وإجراءات التحكيم الإلكتروني

المحور الثاني: فكرة النظام العام وتحديد القانون الواجب التطبيق

أولا: النظام العام والقانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني

ثانيا: النظام العام والقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني

المحور الأول - فكرة النظام العام ومحل اتفاق التحكيم الإلكتروني وإجراءاته

إتفاق التحكيم الإلكتروني وبإعتباره عقدا يشترط لصحته فضلا عن الكتابة كشرط شكلي، مجموعة من الشروط الموضوعية تتمثل في التراضي، الأهلية، المحل والسبب.

هذين الأخيرين لهما خصوصية في مجال التحكيم الإلكتروني كونه يؤدي إلى استبعاد القضاء الوطني لتحل محله هيئة التحكيم للنظر في النزاع الذي طرأ على العلاقة بين الأطراف، وهو ما يطرح التساؤل حول مدى مدى تعارض محل إتفاق التحكيم مع النظام العام للدولة؟ فضلا على إمكانية الإعتماد على إجراءات غير تلك المعمول بها في التقاضي، الأمر الذي يثير مسألة مدى تعارض إجراءات التحكيم الإلكتروني مع النظام العام؟

أولا - النظام العام ومحل اتفاق التحكيم الإلكتروني (موضوع التحكيم)

يقصد بمحل إتفاق التحكيم الإلكتروني هو العلاقة التعاقدية المتنازع فيها أي موضوع النزاع، وبإعتبار أن المشرع جعل الإختصاص لقضاء الدولة حصرا في بعض المواد، وهو ما يجعلنا نتساءل حول قابلية موضوع النزاع للتحكيم ومدى تعارضه مع النظام العام للدولة؟

يشترط أن يكون محل اتفاق التحكيم (أي موضوع النزاع) طبقا للقواعد العامة مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا كان اتفاق التحكيم باطلا، وبضاف إلى ذلك ما قد يستبعد بنص القانون من منازعات لا يجوز حلها عن طريق التحكيم⁽¹⁾.

حيث نص المشرع الجزائري في المادة 1006 من القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾، على أنه: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها. لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية."

بناء على ذلك يكون المشرع الجزائري قد منع اللجوء إلى التحكيم في حال مساسه بفكرة النظام العام أو تعلقه بالمسائل التي يعتبرها المشرع من النظام العام، وبالنسبة فإن كل المسائل التي تشتمل على جانب مالي يمكنها أن تخضع للتحكيم إلا إذا كانت تتعارض مع النظام العام، أو بمعنى آخر فإن مسألة عدم جوازية التحكيم بالمواد أو الحقوق التي لا يمكن التصرف فيها، وعلى هذا الأساس إذا خضعت إلى التحكيم يعتبر مساسا بالنظام العام⁽³⁾.

وقد إتخذ المشرع المصري نفس الموقف، حيث تنص المادة 11 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994⁽⁴⁾ المعدل والمتمم على أنه: "لا يجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الإعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ولا

¹ طنطاوي شادي رمضان ابراهيم، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية (التحكيم الإلكتروني)، مركز الدراسات العربية، مصر، 2016، ص. 485.

² الجريدة الرسمية، عدد 21، صادرة بتاريخ 2008/04/23.

³ عليوش قريوش كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص. 28، 29.

⁴ قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 16، صادرة بتاريخ 1994/04/21، منشور عبر الموقع الإلكتروني:

<http://www.e-lawyerassistance.com/LegislationsPDF/Egypt/arbitrationlawar.pdf> (20/06/2020)

يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"، وبالعودة إلى المادة 551 من القانون المدني المصري⁽¹⁾ نجدها تقر بأنه: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو النظام العام..."

وعليه يحضر الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم في مسائل الأهلية أو مدى صحة أو بطلان الزواج أو إثبات النسب أو الإقرار بالبنوة إلى غير ذلك، كما لا يجوز التحكيم بشأن ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليه في قانون العقوبات، ويمتد الحظر لكل ما يتعلق أو يمس النظام العام⁽²⁾.

ومن التطبيقات القضائية على عدم مشروعية محل اتفاق التحكيم لمخالفته للنظام العام، ما قام به بعض الأفراد بسرقة ماشية، وثار نزاع حول تحديد المسؤول عن هذا الفعل، وتم عرضه على رجل اختاره المتنازعون ليكون محكماً، وبعد انتهاء الخصومة التحكيمية تم عرض الأمر على محكمة النقض، أين قضت ببطلان محل الاتفاق لتعلقه بتحديد المسؤولية الجنائية، وهو ما لا يصلح لأن يكون محلاً للتحكيم لمخالفته للنظام العام⁽³⁾.

وقد جاء في محكمة إستئناف باريس: "أن جوازية خضوع نزاع للتحكيم بالنظر للنظام العام، لا يعني منع المحكمين من تطبيق القواعد الآمرة، ولكن الفصل في مادة تخضع بطبيعتها لإختصاص محاكم الدولة لوحدها، أو خرق النظام العام بقرارهم"، ويعني ذلك حظر إجراء التحكيم في النزاعات التي تخضع حسب القوانين الوطنية لإختصاص محاكم الدولة دون غيرها، أي أنها غير قابلة للتحكيم بالطبيعة، وبالمقابل فإن كل النزاعات الأخرى حتى التي تتعلق بالقواعد الآمرة تكون قابلة للتحكيم⁽⁴⁾.

كذلك قضت محكمة إستئناف القاهرة أن "الإتفاق على التحكيم بين المتعاقدين بشأن صحة ونفاذ عقد بيع عقار يكون باطلا لعدم مشروعية سببه، إذ ينطوي على إحدى حالات الغش نحو القانون والتحليل على أحكامه عن طريق الإتفاق على استبعاد الدعوى المذكورة من إختصاص المحاكم وعرضها على محكم دون التزامه بما أوجبه القانون بنصوص أمرة، فبناء على ما تقدم فإن اتفاق التحكيم قد جاء مخالفا للنظام العام، وبالتالي تنتهي المحكمة إلى بطلانه بإعتباره مخالفا للنظام العام في جمهورية مصر"⁽⁵⁾.

ونفس الطرح قضت به محكمة تمييز دبي بشأن عقد الوكالة التجارية، إذ تختص محاكم الدولة بالنظر في أي نزاع ينشأ عن تنفيذه بين الموكل والوكيل ولا يعتد بأي اتفاق مخالف⁽⁶⁾، لهذا يعتبر مساساً بالنظام العام كل اتفاق على اللجوء للتحكيم في مسائل قصرها المشرع على اختصاص القضاء الوطني.

وتجب الإشارة أن القاضي هو الذي يناط بسلطة الرقابة على موضوع المنازعة التحكيمية ومدى تعارضها مع النظام العام، غير أنه يجب ابتداء التمسك باتفاق التحكيم من قبل الأطراف أمام القاضي، ومن ثم يخضع هذا الاتفاق

¹ القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، صادرة بتاريخ 1948/07/29، منشور عبر الموقع الإلكتروني:

<http://advocatejo.com/Laws/Egypt/المدني20%القانون20%المصري.pdf> (20/06/2020)

² طنطاوي شادي رمضان ابراهيم، المرجع السابق، ص. 485، 486.

³ محمود مصطفى يونس، "النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي"، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، العدد 02، السنة 13، 2005، ص. 142.

⁴ عليوش قريوق كمال، المرجع السابق، ص. 29.

⁵ طنطاوي شادي رمضان ابراهيم، المرجع السابق، ص. 486، 487.

⁶ محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص. 145.

لرقابته، والغاية من منع المحكمة من إثارة التمسك باتفاق التحكيم من تلقاء نفسها هو إحترام إرادة الأطراف الذين فضلوا اللجوء إلى قضاء الدولة قصد حل نزاعهم على الرغم من وجود اتفاق التحكيم⁽¹⁾.

حيث صرحت محكمة النقض المصرية، أن التمسك باتفاق التحكيم أمام المحكمة ليس من النظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها وإنما يتعين التمسك به أمامها، ومن ثم يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنا، ويسقط الحق في الدفع به لو أثير متأخرا بعد الكلام في الموضوع بإعتبار أن ذلك يعد نزولا ضمينا عن التمسك به⁽²⁾، أما بخصوص التمسك ببطالان اتفاق التحكيم أمام القضاء لمخالفته النظام العام، فقد جاء في قرار المجلس الأعلى المغربي أن "الدفع باتفاق التحكيم يجب إثارته قبل أي دفع في الموضوع ولا يمكن إثارته لأول مرة أمام محكمة الإستئناف ما لم يتعلق الأمر بالنظام العام"⁽³⁾.

وبخصوص محل إتفاق التحكيم الإلكتروني فلا يوجد فارق جوهري في هذه المسألة، حيث يجب أن يكون النزاع الناشئة عن العلاقة التعاقدية الإلكترونية مما يجوز التحكيم فيه وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

ثانيا - النظام العام وإجراءات التحكيم الإلكتروني

إجراءات التحكيم هي جملة من الأعمال الإجرائية المتوالية التي ترمي إلى الوصول إلى إصدار حكم من هيئة التحكيم يفصل في نزاع قائم بين طرفي التحكيم⁽⁴⁾، أو هي مجموعة القواعد التي يجب على الأطراف والمحكمة اتباعها في سير التحقيق بشأن موضوع النزاع حتى صدور الحكم⁽⁵⁾، وقبل بداية هذه الإجراءات وجب تشكيل هيئة التحكيم وقبول المحكمين أو المحكم لمهمة الفصل في النزاع طبقا للمواد من 1014 إلى 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، فضلا عن المواد 1041 و1042 الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي.

حيث نص المشرع الجزائري في المادة 1019 من هذا القانون أن "تطبق على الخصومة التحكيمية الأجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"، وبخصوص التحكيم التجاري الدولي نص المشرع في المادة 1043 أنه: "يمكن أن تضبط اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة واستنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات التي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم. إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة، مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام التحكيم."

يتبين لنا أن القواعد التي تحكم إجراءات التحكيم تخضع لإرادة الأطراف في اتفاق التحكيم استنادا على نظام تحكيم أو إخضاعها للقانون المطبق على اتفاق التحكيم، وإذا لم يتم الإتفاق على ذلك يتم تحديدها من قبل هيئة التحكيم بالرجوع لقانون وطني أو نظام تحكيمي⁽⁶⁾، فقد جرى العمل أن اتفاق التحكيم هو الذي يبين قواعد الإجراءات التي تسير

¹ لزرق مصطفى، "الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي من خلال اجتهادات المجلس الأعلى بالملكة المغربية"، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق -

المحكمة العليا - الجزائر، عدد خاص، الجزء 02، الطرق البديلة لحل المنازعات، 2008، ص.361.

² عمران نبيل، "التحكيم في القانون المصري وتطبيقاته في قضاء محكمة النقض المصرية"، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق - المحكمة العليا - الجزائر، عدد خاص، الجزء 02، الطرق البديلة لحل النزاعات، 2008، ص.425.

³ لزرق مصطفى، المرجع السابق، ص.360.

⁴ القاضي خالد محمد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، مصر، 2002، ص.201.

⁵ المرجع نفسه، ص.213.

⁶ عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص.49.

عليها المحكمة فيحدد الشكل الذي على أساسه يتم تبادل المذكرات والأوراق والمستندات والمواعيد ويبين أيضا ما إذا كانت توجد ضرورة لإجراءات شفوية، ثم بيان شروط ومواعيد سيرها⁽¹⁾.

والسؤال الذي يطرح هنا هل سلطة الأطراف المخولة من القانون في تحديد قواعد إجراءات التحكيم الإلكتروني يتم بحرية تامة أم هو مقيد، أو بعبارة أخرى أين يمكن أن يتعارض تحديد قواعد إجراءات التحكيم مع النظام العام؟ أكد جانب من الفقه⁽²⁾ أنه عندما يجري التحكيم في الجزائر ويخضع لقواعد إجرائية غير القواعد الإجرائية المتعارف عليها قانونا يكون باطلا، فتدوين القواعد الإجرائية في اتفاق التحكيم لا يخل بالنظام العام الإجرائي إلا إذا كان هناك مساس بالمبادئ الأساسية للتقاضي والمتمثلة في مبدأ المساواة بين الأطراف ومبدأ وجاهية المحاكمة أي حصول الإجراءات بعلم وحضور الأطراف وهي مبادئ تتعلق بالنظام العام لا يجوز استبعادها باعتبارها أهم ضمانات لتحقيق محاكمة عادلة. وعليه فإن فكرة النظام العام بخصوص إجراءات التحكيم تتعلق بالمبادئ الأساسية التي لا يمكن التنازل عنها في التقاضي، وهي تلك المنصوص عليها بموجب المواد من 03 إلى 12 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، فضلا على تكريس البعض منها في الدستور الجزائري⁽³⁾.

فيعد الإلتزام بإحترام المبادئ الأساسية للتقاضي واجبا قانونيا تلتزم به المحاكم كما يلتزم به المحكمون، مع إختلاف في الدرجة دون إختلاف في الطبيعة، ولا يجوز للأطراف أن يعفوا المحكمين منها وإلا كان إتفاق التحكيم والحكم التحكيمي باطلا⁽⁴⁾.

إذ يمكن رفض تنفيذ حكم تحكيمي بناء على إجراءات تحكيم لم يتم إخطار أحد الأطراف بها، أو إذا صدر من دون تمكين أحد الأطراف من إبداء دفاعه مخالفة بذلك مبدأ الوجاهية⁽⁵⁾، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تجيز إمكانية رفض تنفيذ حكم تحكيمي دولي إذا لم يراعى مبدأ الوجاهية، أو إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو وجد تناقض في الأسباب، أو إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي⁽⁶⁾. وقد نص المشرع الفرنسي صراحة على ضرورة إحترام مبادئ التقاضي، فأجاز في المادة 4/1484 من قانون الإجراءات المدنية رفع دعوى البطلان إذا أصدرت هيئة التحكيم حكما مخالفا لمبدأ المواجهة، أو كان الحكم غير معلن أو لم يتضمن التوقيعات المطلوبة أو لم يتم ترجيحه بأغلبية الأصوات⁽⁷⁾، وقضت محكمة النقض الفرنسية تطبيقا لذلك بأن "حكم المحكمين الذي يصدر من هيئة مشكلة من ثلاثة محكمين يكون مخالفا بمبدأ المواجهة إذا صدر ولم يتم استدعاء الخصوم لتقديم مستنداتهم وأوجه دفاعهم أمام المحكم الثالث"⁽⁸⁾.

¹ القاضي خالد محمد، المرجع السابق، ص. 213.

² عليوش قريوش كمال، المرجع السابق، ص. 49.

³ من أهم مبادئ التنظيم القضائي المكرسة دستوريا في هذا الشأن هما مبدأ إستقلال القضاء والقاضي، مبدأ المساواة أمام القضاء وحياد القاضي.

⁴ محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص. 147.

⁵ بن صر عبد السلام: ضوابط عدم قابلية تنفيذ حكم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012/2011، ص. 175.

⁶ أنظر المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

⁷ Voir: l'article n°1492 du code procédure civile, codifié par: Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile. Le nouveau code de procédure civile et son annexe font l'objet d'une publication spéciale (C.P.C. 1 à 60) annexée au Journal officiel de ce jour, J.O.R.F, n°285, du 09/12/1975, modifié par: l'article n° 02 du Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, J.O.R.F, n°11, du 14/01/2011.

⁸ محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص. 149.

لهذا يقر الإجتهد الفرنسي أنه لا يجوز للقاضي أن يأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي التحكيمي إلا بعد التأكد عند إصداره من مراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي في القانون الوطني، والتي يجب إعمالها تحقيقاً للعدالة بغض النظر عما يقره القانون الأجنبي⁽¹⁾.

كما أقرت محكمة تمييز دبي أن العيوب المتعلقة بخصومة التحكيم تتمثل في حالات صدور حكم من محكمين لم يعينوا طبقاً للقانون، أو صدوره من بعضهم دون الآخر أو عدم تحقق مبدأ المواجهة في الخصومة أو الإخلال بحق الدفاع، ومن المبادئ الأساسية للتقاضي التي أظهرتها محكمة تمييز دبي في أحكامها، ألا يكون الشخص حكماً وخصماً في آن واحد، والإلتزام بمبدأ الحياد بعدم قضاء المحكم بعلمه الشخصي وإنما نظر المنازعة التحكيمية في حضور جميع أعضاء هيئة التحكيم⁽²⁾.

تطبيقاً للنصوص القانونية والاتجاهات القضائية سالفه الذكر بخصوص إبطال حكم التحكيم لعدم إحترام مبادئ التقاضي، يمكننا إسقاط ذلك على إتفاق التحكيم التجاري الإلكتروني الدولي حيث كلما تضمن هذا الإتفاق خضوع التحكيم لإجراءات مخالفة للمبادئ الأساسية للتقاضي كان الإتفاق مخالفاً للنظام العام وباطلاً.

وبخصوص التحكيم الإلكتروني الدولي، فعلى الرغم من أهميته إلا أنه توجد مخاطر يمكن أن تصاحبه وتشكك في جدواه وفاعليته، حيث تتمثل هذه المخاطر أساساً في الخشية من عدم المساواة الحقيقية بين الأطراف والتزاهة النسبية للمحكمين ويعود سبب ذلك إلى وجود علاقات مالية تجمع بين المهنيين عبر الشبكة ومؤسسات التحكيم تجعل المحكمين يميلون لصالح المهنيين، بالإضافة إلى خطر الإخلال بحقوق الدفاع، إذ أن التحكيم الإلكتروني يلغي روح القانون كما يلغي حقوق الدفاع بتقليص فرص الإستفادة من الدفوع الإجرائية والموضوعية التي هي أساس مهنة المحاماة⁽³⁾. لهذا يتعين لصحة إجراءات التحكيم الإلكتروني ضرورة مراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي والرقابة على ذلك، وواجب الإمتناع على تنفيذ الحكم التحكيمي الإلكتروني كلما أهمل المحكم إحترام مبادئ التقاضي لتعلقها بالنظام العام.

المحور الثاني - فكرة النظام العام وتحديد القانون الواجب التطبيق

يعتبر القانون الواجب التطبيق جوهر اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني، فبالإضافة إلى أن التحكيم يؤدي إلى إستبعاد قضاء الدولة للنظر في النزاع، فهو يسمح للأطراف المتنازعة إختيار القانون الذي يحكم العلاقة المتنازع عليها ابتداءً فضلاً عن القانون الواجب التطبيق على الإتفاق.

هذا القانون المختار من الأطراف قد ينطوي هو الآخر على غش وإخلال بالنظام العام خصوصاً إذا وقع الإختيار على قانون ليس له أي صلة بالنزاع، الأمر الذي يطرح معه التساؤل حول مدى تعارض القانون الواجب التطبيق على موضوع وإتفاق التحكيم الإلكتروني مع النظام العام؟

أولاً - النظام العام والقانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني

يقصد بالقانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم هو القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: "تفصل محكمة

¹ بن صر عبد السلام، المرجع السابق، ص. 176.

² محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص. 151 وما بعدها.

³ طنطاوي شادي رمضان إبراهيم، المرجع السابق، ص. 438، 439.

التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون⁽¹⁾ الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة.

فمن المتفق عليه إستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وهذه الإستقلالية يترتب عليها أثر هام يتمثل في عدم خضوع اتفاق التحكيم وموضوعه لذات القانون الذي يحكم العقد الأصلي، ولذلك يجوز للأطراف والقضاء المختص (هيئة التحكيم) إخضاع اتفاق التحكيم وموضوعه لقانون مختلف عن ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي⁽²⁾.

ولما كان تمكين الأطراف وهيئة التحكيم من تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع، فإن ذلك يؤدي إلى إمكانية استبعاد القانون الوطني (في الحالة التي يتفق فيها على تطبيق قانون أجنبي)، فهل يمكن الإتفاق على تطبيق أي قانون أجنبي على الرغم من عدم وجود علاقة بينه وبين موضوع النزاع، وهل يعتبر ذلك مساساً بالنظام العام؟

ففي نطاق سلطة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وإن كان ذلك تقديساً لمبدأ سلطان الإرادة، فيجب أن يتم بنحو موضوعي وبحسن نية وعلى نحو لا يتعارض مع النظام العام أو ينطوي على غش نحو قانون الدولة التي ينبغي اختيار قانونها لحكم النزاع وفقاً لمعطياته وظروفه، وحتى لا يكون ذلك سبباً لرفض تنفيذ الحكم طبقاً للمادة 2/5 من اتفاقية نيويورك لعام 1958⁽³⁾.

وعليه من الواجب عدم إغفال أنه سواء اختار الأطراف القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم أو إختاره المحكم، يجب ألا يتعارض ذلك مع قواعد النظام العام⁽⁴⁾، وفي ذلك يقول بعض الفقهاء، أنه إذا رأى المحكم أن القواعد الواجبة التطبيق أو بعضها منها تصطدم مع النظام العام استبعد تطبيقها، وإن كان يقع عليه عبء تنبيه الخصوم إحتراماً لحقوق الدفاع، فمن المسلم أن النظام العام يمثل قيداً على القانون الواجب تطبيقه على المنازعة التحكيمية وضابطاً بنطاق إعماله⁽⁵⁾، هذا إذا كان تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم من قبل الأطراف.

أما عن تعيين المحكم للقانون الواجب التطبيق، فيلتزم بإحترام القواعد المتعلقة بالنظام العام بالأخص في الدولة التي يتم فيها تنفيذ الحكم، فهذه الدولة هي التي يعينها مدى اتفاق الحكم الذي ينفذ على أرضها مع النظام العام، وهي وحدها التي تستطيع منح الحكم الدولي قوته التنفيذية⁽⁶⁾.

وبشأن التحكيم الإلكتروني، فمن مخاطره عدم تطبيق المحكم للقواعد الآمرة، إذ يخشى الطرف الضعيف في العقد من اللجوء إلى التحكيم خوفاً من عدم تطبيق القواعد الآمرة والمنصوص عليها في القانون الوطني الخاص به، وذلك في حال إختيار قانون دولة أجنبية يطبق على موضوع النزاع⁽⁷⁾.

¹ يقصد بمصطلح "قواعد القانون" مجموعة القواعد التي تصدر من الدول فضلاً عن قواعد قانون التجارة الدولية، أنظر: طنطاوي شادي رمضان إبراهيم، المرجع السابق، ص. 500.

² المرجع نفسه، ص. 491.

³ سلامة أحمد عبد الكريم، "القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم - محاذير وتوجهات"، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، العدد 02، السنة 16، 2007، ص. 29.

⁴ طنطاوي شادي رمضان إبراهيم، المرجع السابق، ص. 501.

⁵ محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص. 156.

⁶ المرجع نفسه، ص. 159.

⁷ طنطاوي شادي رمضان إبراهيم، المرجع السابق، ص. 438.

وهو السبب الرئيسي في رأينا الذي جعل المشرع الجزائري يرفض الإعتداد بإرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على نزاع يتعلق بالمعاملات التجارية الإلكترونية الدولية بموجب المادة 02 من القانون رقم 05/18 المؤرخ في 2018/05/10، المتعلق بالتجارة الإلكترونية⁽¹⁾، حيث وضع ضوابط معينة لتطبيق القانون الجزائري لم يرد ضمنها القانون المتفق عليه⁽²⁾.

غير أننا نرى تخوف المشرع الجزائري مبالغ فيه إلى درجة مصادرة إرادة الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم المعاملة القائمة بينهم، خصوصا وأن التبادل الحر للتجارة الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت ومبدأ سلطان الإرادة لا يستقيم مع موقف المشرع الجزائري⁽³⁾، لهذا يستحسن تقييد حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق وليس إستبعادها نهائيا، وذلك بإشترط جعل القانون المختار ذات صلة بموضوع النزاع وعدم مخالفته القواعد الأمرة المقررة لحماية الطرف الضعيف في القانون المختص وفقا للضوابط المحددة قانونا، فضلا على عدم تعارضه مع النظام العام أو احتمال غشه تجاه القانون.

ثانيا - النظام العام والقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني

يعتبر القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من المسائل الهامة لأن هذا القانون هو الذي يحكم وجود اتفاق التحكيم وصحته ونفاذه وآثاره وتحديد ما يترتب من حقوق والتزامات لأطراف الاتفاق⁽⁴⁾.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 3/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنه: "تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما".

فالتعرف على هذا القانون يجب بطبيعة الحال النظر إلى إرادة الأطراف، وإن لم يتفقوا على ذلك يطبق قانون الدولة التي ترتبط بالعلاقة التعاقدية للأطراف (موضوع النزاع)، وإلا يطبق المحكم القانون الذي يكون ارتباط العقد به أكثر وثوقا⁽⁵⁾.

فحرية الأطراف في تحديد هذا القانون قد يمكنهم من تطبيق قانون أجنبي ليس له صلة بالموضوع، أو بهدف استبعاد قواعد القانون الوطني بسوء نية مما يتعارض مع النظام العام.

وفي ذهبت محكمة تمييز دبي أنه يتعين الرجوع بشأن صحة اتفاق التحكيم إلى قانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه، حيث قضت أنه إذا كان شرط التحكيم قد حدد غرفة التجارة الدولية في باريس مقرا لإجراء التحكيم، فإنه يتعين الرجوع للقانون الفرنسي المنظم للتحكيم في شأن صحة شروط اتفاق التحكيم وترتيبها لآثارها، وإذ كان القانون الفرنسي بوصفه قانونا أجنبيا أمام المحاكم الوطنية يعد واقعة مادية يتعين إقامة الدليل عليها، وكانت الطاعنة لم تقدم القانون المذكور، ومن ثم فإن نعيمها يضحى عاريا عن دليله وبالتالي غير مقبول⁽⁶⁾.

¹ الجريدة الرسمية، عدد 28، صادرة بتاريخ 2018/05/16.

² أنظر المادة 02 من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، سابق الذكر.

³ بلمامي عمر، "ملاحظات حول قانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية"، مجلة المحامي، منظمة المحامين لناحية سطيف، عدد 33، 2019، ص. 65.

⁴ طنطاوي شادي رمضان إبراهيم، المرجع السابق، ص. 492.

⁵ قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية "التحكيم التجاري الدولي"، دار هوما، الجزائر، 2006، ص. 269.

⁶ محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص. 159.

وبشأن التحكيم الإلكتروني، نشير إلى أن القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم لا يقل أهمية عن سابقه كونه يحكم الإتفاق من حيث مدى صحته أو آثاره، فيجب هو الآخر أن يكون غير مخالف للنظام العام ولا ينطوي على غش وأن يكون متصلا بالنزاع وأطرافه.

في الأخير، يجب التوضيح بأن النظام العام الذي يمكن إثارته بخصوص إتفاق التحكيم سواء في محله (موضوع التحكيم) أو في القواعد التي تحدد إجراءاته أو بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم وموضوع النزاع، يقصد به في إطار التحكيم التجاري الإلكتروني الدولي هو النظام العام الدولي وليس مجرد النظام العام الداخلي للدولة محل إبرام العقد أو محل التنفيذ، ويستفاد ذلك من خلال ما أخذ به المشرع الجزائري في المواد 1051 و1055 من قانون الإجراءات المدنية، حيث أن المقصود بالنظام العام الدولي في رأينا لا ينحصر في أحكام التحكيم فقط، بل يجب أن يشمل ابتداءً على إتفاق التحكيم الإلكتروني مادام أن الإطار العام لهذه العملية مشترك وهو التحكيم التجاري الإلكتروني الدولي، فالمقصود هنا ليس النظام العام الداخلي الذي لا يتم إعماله إلا في الحالات التي يكون فيها التحكيم وطنيا بحثا لا تتوفر فيه معايير دولية، بل يقصد به النظام العام الدولي⁽¹⁾.

ويمكن تعريف النظام العام الدولي أنه مجموعة المبادئ الأساسية الضرورية لتنظيم المجتمع الدولي، أو هو مجموعة من القواعد الذي تضعها الاتفاقيات الدولية والأعراف الدولية ومجموع المبادئ الدولية المتفق عليها، فالأمر متعلق إذاً بالقواعد المشتركة التي يتعين عدم الإخلال بها من قبل المحكم الدولي بغض النظر عن التشريع الوطني الذي يحكم موضوع النزاع، كما هو الحال بالنسبة لتجريم تجارة الرقيق الأبيض والأسود، المخدرات، الرشوة وإستغلال النفوذ في المعاملات التجارية الدولية⁽²⁾.

الخاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع مدى تعارض فكرة النظام العام مع إتفاق التحكيم التجاري الإلكتروني الدولي بمختلف مواضيعه سواء بالنسبة للإتفاق على اللجوء إلى التحكيم أو إجراءاته أو محل هذا الإتفاق، فقد توصلنا لمجموعة من النتائج والإقتراحات نوجزها كالآتي:

أولاً: النتائج

- 1- تتعارض أحكام إتفاق التحكيم التجاري الإلكتروني الدولي مع النظام العام في مجموعة من القواعد أهمها:
 - * إن موضوع النزاع يتعارض مع النظام العام الدولي إذا تعلق بمسائل تعتبر من القضايا التي لا يجوز الإتفاق على إستبعاد قضاء الدولة عن نظرها، خصوصا تلك التي تشكل وقائعها جريمة أو المتعلقة بالأحوال الشخصية، فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي لا يملك الأطراف سلطة التصرف فيها.
 - * تتعارض إجراءات التحكيم الإلكتروني والقواعد الخاصة التي تحكمها مع النظام العام الإجرائي في حال عدم إحترام المبادئ الأساسية للتقاضي، خصوصا مبدأ الوجاهية سواء تعلق الأمر بحضور الأطراف وتبليغهم والسرية وإحترام حقوق الدفاع وتسبب الحكم، والمساواة الحقيقية بين الأطراف ونزاهة المحكمين.

¹ حداد الطاهر: دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2012، ص.117.

² المرجع نفسه، ص.116، 117.

* إن استبعاد قانون الدولة بنظر موضوع النزاع أو اتفاق التحكيم يكون مخالفا للنظام العام، متى انطوى على غش نحو القانون وتم بسوء نية، فبالرغم من أن إختيار هذا القانون يتحدد وفقا للإرادة المشتركة للأطراف إلا أنه يجب أن يأخذ في الإعتبار عادات التجارة الدولية والأعراف التجارية.

2- تقتضي الواقعية والموضوعية التي تضمن فعالية حكم التحكيم وضمان مستقبله التنفيذي عن طريق القضاء، أن يكون القانون الذي اختاره الأطراف لحكم إجراءات واتفاق التحكيم وموضوع النزاع، على صلة نظرية أو فنية مع النزاع المعروض على هيئة التحكيم.

3- يترتب على إخلال إتفاق التحكيم التجاري الإلكتروني الدولي بالنظام العام الدولي، حق الأطراف في اللجوء إلى القضاء لإبطال إتفاق التحكيم ورفض تنفيذ الحكم التحكيمي الإلكتروني.

ثانيا: الإقتراحات

1- على المشرع الجزائري الإعتراف صراحة في المادة 02 من قانون التجارة الإلكترونية بحرية الأطراف في إتخاذ التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الأنترنت، لأنه قد يفهم من عدم إعتماده على إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق، رفضه كذلك إتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني.

2- إن كان المشرع بسلبه إرادة الأطراف في إختيار القانون المطبق على المنازعة الإلكترونية يتوخى إمكانية مخالفتهم للنظام العام أو غشهم تجاه القانون، فهذا ليس مبرر لفرض تطبيق القانون الوطني بإعتبار القواعد القانونية للتحكيم في قانون الإجراءات المدنية كفيلة بمراقبة إتفاق التحكيم الإلكتروني والحكم التحكيمي ومدى تعارضه مع فكرة النظام العام، ويكون أفضل حل لهذه المسألة وما نوصي به هو إقرار المشرع حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق مع تقييدهم بعدم تعارضه مع النظام العام وأن يكون القانون المختار في إتفاق التحكيم له صلة وثيقة بالمعاملة سواء تعلق بموطن الأطراف أو محل إبرام أو تنفيذ العقد الإلكتروني، فضلا على عدم مخالفته القواعد الأمرة لحماية الطرف الضعيف (المستهلك) والمقررة في القانون الختص وفقا للضوابط المحددة قانونا.

3- يجب على المشرع الجزائري أيضا إعادة النظر عند تنظيمه للتحكيم بموجب قانون الإجراءات المدنية بشأن منحه الحرية المطلقة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على مختلف القواعد التي تحكم اتفاق التحكيم وذلك بإشترط أن يكون هذا القانون ذات صلة بالعقد المتنازع فيه، كما يجب النص صراحة على البنود التي تعتبر مخالفة للنظام العام والمبادئ الأساسية للتقاضي.

4- لم يحدد المشرع الجزائري بخصوص فكرة النظام العام في إطار اتفاق التحكيم إن كانت وطنية أو دولية، بخلاف نصه على إعتبارها دولية بخصوص الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، فعلى الرغم من قيام الحجة على أنها دولية مادام أننا بمناسبة تحكيم تجاري دولي، إلا أنه من المستحسن النص على ذلك صراحة عند تنظيمه إتفاق التحكيم.

قائمة المراجع:

1- الكتب:

- 1- طنطاوي شادي رمضان ابراهيم، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية (التحكيم الإلكتروني)، مركز الدراسات العربية، مصر، 2016.
- 2- عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 3- قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية "التحكيم التجاري الدولي"، دار هوما، الجزائر، 2006.
- 4- القاضي خالد محمد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، مصر، 2002.

2- أطروحات ورسائل الجامعية

- 1- بن صر عبد السلام: ضوابط عدم قابلية تنفيذ حكم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012/2011.
- 2- حدادن الطاهر: دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وز، 2012.

3- المجلات:

- 1- بلمامي عمر، "ملاحظات حول قانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية"، مجلة المحامي، منظمة المحامين لناحية سطيف، عدد 33، 2019.
- 2- سلامة أحمد عبد الكريم، "القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم -محاذير وتوجيهات-"، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، العدد 02، السنة 16، 2007.
- 3- عمران نبيل، "التحكيم في القانون المصري وتطبيقاته في قضاء محكمة النقض المصرية"، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق - المحكمة العليا - الجزائر، عدد خاص، الجزء 02، الطرق البديلة لحل النزاعات، 2008.
- 4- لزرق مصطفى، "الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي من خلال اجتهادات المجلس الأعلى بالمملكة المغربية"، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق - المحكمة العليا - الجزائر، عدد خاص، الجزء 02، الطرق البديلة لحل المنازعات، 2008.
- 5- محمود مصطفى يونس، "النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تميز دبي"، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، العدد 02، السنة 13، 2005.

4- النصوص القانونية:

- 1- القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 21، صادرة بتاريخ 2008/04/23.
- 2- القانون رقم 05/18 المؤرخ في 2018/05/10، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية، عدد 28، صادرة بتاريخ 2018/05/16.
- 3- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، صادرة بتاريخ 1948/07/29، منشور عبر الموقع الإلكتروني:

http://advocatejo.com/Laws/Egypt./pdf قانون20%المدني20%المصري (20/06/2020)

4- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 16، صادرة بتاريخ 1994/04/21، منشور عبر الموقع الإلكتروني:

<http://www.e-lawyerassistance.com/LegislationsPDF/Egypt/arbitrationlawar.pdf> (20/06/2020)

5- code procédure civile, codifié par: Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile Le nouveau code de procédure civile et son annexe font l'objet d'une publication spéciale (C.P.C. 1 à 60) annexée au Journal officiel de ce jour, J.O.R.F, n°285, du 09/12/1975, modifié par: l'article n° 02 du Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, J.O.R.F, n°11, du 14/01/2011.