إبرام اتفاق التحكيم الالكتروني

د. أحمد السيد البهي الشوبري[١]

(١) أستاذ القانون المدني المساعد بكليات بريدة الأهلية بالمملكة العربية السعودية.

Abstract

Electronic arbitration (E-arbitration) is usually defined as a method to settle disputes through online platforms providing arbitration services. It constitutes a recent process dispute resolution mechanism between economic agents through the use of information and communication technology. Arbitration is inseparable from the growth of e-commerce and cross-border trade transactions. Contracting parties in such transactions expect a swift, cost-effective and efficient dispute resolution mechanism. It is no coincidence therefore that an increasing number of domestic legislations and international regulations adhere to the rules governing E-arbitration. The fact remains that, surprisingly, the Lebanese regulatory framework puts several obstacles to the successful implementation of E-arbitration in Lebanon. In this respect, this contribution endeavors to identify the scope of such obstacles, and discusses the solutions adopted in other legal frameworks.

الملخص

في العصر الحديث فرض التحكيم باستخدام الوسائل الالكترونية نفسه كوسيلة سريعة وفعالة لحل المنازعات التي تنشأ بين المؤسسات بدلاً من اللجوء إلى المحاكم بما فيها من بطء في الإجراءات بما لا يتناسب مع السرعة المطلوبة في عملية التجارة، ولقد سارعت الدول الواحدة تلو الأخرى في سن التشريعات والقوانين التي تضبط العلاقات الإلكترونية سواء في مجال التجارة أو غيرها.

وفي هذه السطور سوف نلقي الضوء على تلك الجوانب بما في ذلك أهمية التحكيم الإلكتروني وأركانه وكيفية إبرامه وذلك في مصر مقارنة بغيرها من الدول.

مقدمة عامة

لقد لحق بميادين التجارة والخدمات والحياة بوجه عام كثير من التطور، مما أنتج عنه شيء من تعقيد المعاملات وتشعب في النزاعات المطروحة، وبات اللجوء إلى التحكيم ضرورة من الضرورات التي تفرض نفسها في وقتنا الراهن، وقد كانت هذه التطورات الدافع محل الأنظار في الرجوع إلى التحكيم ليكون الأداة القانونية التي تمكن الأطراف من حسم منازعاتهم، بما يضمن لهم السرية وسرعة الإنجاز في ظل معطيات لها من المرونة والحرية ما قد يفتقده القضاء النظامي.

ازدادت في بدايات القرن العشرين أهمية التحكيم وزيادة الرغبة في اللجوء إليه نتيجة النمو الكبير في العلاقات التجارية في المجتمعات وتعقد وتشابك هذه العلاقات فيعد أحد أهم وسائل حسم المنازعات بين أطراف الخصومة خاصة في مجال التعاملات التجارية، ولا جدال أن التطور المهول الذي شهده العالم ولازال في مجالات الاتصال والتكنولوجيا المعلوماتية ألقى بظلال على سلوك المجتمع في نواح شتى من الحياة، فوجود وتطور شبكة الانترنت أدي الي تحويل العالم إلى بقعة صغيرة تحدث فيها معظم التعاملات بقليل من الجهد والتيسير دون الاحتياج إلى الانتقال والمزيد من الوقت ومن ثم الحاجة إلى نظام يضمن حل النزاعات التي قد تنشأ عنها بشكل فاعل وسريع.

وقد تبين أن أهمية التحكيم في المجال الاقتصادي والتجاري تبرز بسبب تميز هذا النظام بخصائص لا توجد في أنظمة فض المنازعات الأخرى. ولعلها تتضح في حرية الأطراف في اختيار محكمهم و تعرف هذه الحرية في علم التحكيم التجاري " بالإرادة المطلقة للأطراف "party autonomy" تعتبر من أهم مزايا التحكيم التجاري. حيث أن هذه الإرادة هي التي تمنح الهيئة التحكيمية مشروعية وصلاحية للفصل في النزاعات فالمحكم يستمد

سلطته من أطراف النزاع أنفسهم فقط، حيث لا يتمتع بدايتا بسلطة قانون مثل القاضي الوطني

كما أن هذه الإرادة هي المحددة لشكل وطريقة نظام التحكيم وجميع التفاصيل الخاصة به، كنوع التحكيم " مؤسسي "institutional والذي يلجأ بموجبه أطراف النزاع إلى أحد مراكز التحكيم المعتمدة ليقوم بحل النزاع وفقا لقواعده ولوائحه ، أو التحكيم الفردي أو الخاص والذي قد يتألف من محكم واحد أو أكثر ليقوم بهذه المهمة.

وبالنظر إلى أهمية التحكيم وصلاحيته في مجال فض المنازعات حول العالم ، انتشرت مراكز التحكيم المتخصصة ، وأصبح التحكيم علم يدرس في أرقى الجامعات العالمية، إضافة إلى قيام دول كثيرة بتحديث وتطوير قوانينها في هذا المجال.وعقدت اتفاقيات دولية عديدة خاصة بالتحكيم مثل " اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها" وأيضاً اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى والتي أنشئ بموجبها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.(ICSID)

إلا انه بالنظر الي التحكيم بشكلة التقليدي تلك قد نري عدم فعاليته أو عدم مواكبته بالدرجة الكافية للسرعة المتطلبة في انجاز معاملات يصلح إضفاء عليها لفظ الكترونية ، هو ما ادي ظهور التحكيم الالكتروني كأحد البدائل لما يتمتع به من أسلوب معاصر لفض المنازعات التي تنشأ عن استخدام الوسائل الالكترونية والانترنت في المعاملات وبشكل خاص التعاملات الالكترونية، وسبب ذلك الاستجابة التي يوفرها التحكيم الالكتروني للبيئة الالكترونية في مجال التجارة كما يعتبر وسيلة لحل عقبات عدة تثار مثل تحديد القانون الواجب تطبيقه والمحاكم المختصة وما الي ذلك.

ان التحكيم وان كان يعد وسيلة استثنائية لمنافسة القضاء النظامي في الدولة، أو إن أمكن اعتباره طريق مماثل لهذا القضاء، فقد أصبح إضفاء الطابع الالكتروني له من الضرورات الحتمية التي لا يمكن الاستغناء عنها وهذا ما نهجته عديد من الدول من الاعتداد به وبيان قواعده، تنظيمه.

ولقد أنشأ مركز المنظمة العالمية للملكية الفكرية(WIPO) عدد من مواقع المساعدة على تحكيم النزاعات و لعلها هي الأبرز وكذلك ابرمت مواقع للبيع الالكتروني تعاقدات معها لتحكيم النازعات التي يمكن أن تنشأ بينها وبين عملاءها؛ لما يتمتع به التحكيم الالكتروني من مزايا عدة.

وعلى الرغم من فاعلية وأهمية التحكيم الالكتروني الكبيرة في حل النازعات الناشئة عن المعاملات الالكترونية، إلا انه تعترضه مشاكل قانونية وكنظام حديث وبالتالي يقع على عاتق فقهاء القانون وضع ضوابط لحل هذه المشكلات بشكل يواكب تلك التطور التكنولوجي في مجال الاتصالات.

ولا سيما أن ظهور الحكومات الالكترونية يسهم إلى حد بعيد في ترسيخ أحكام هذا النوع من التحكيم وصبغته الالكترونية، وسيزيد من فاعليته في ظل عدم مسايرة القوانين التقليدية لهذا النوع من التحكيم.

ولقد ادى الانتشار المتسارع في حجم التجارة الالكترونية الى الزيادة في معدل الخلافات الناشئة عنها مما تطلب البحث عن طرق جديدة لفض منازعاتها بطريقة الكترونية تتفق مع طبيعة تلك المعاملات من حيث السرعة وطريقة إبرامها من خلال الانترنت لذلك ظهر التحكيم الالكتروني او التحكيم على الخط او التحكيم الشبكي .

وعليه سوف يتم إيضاح بعض المواضيع المتعلقة بهذه الوسيلة بنوع من الإيجاز على النحو الاتي :

الفصل الأول : ماهية التحكيم الإلكتروني .

الفصل الثاني : إبرام عقد التحكيم الإلكتروني .

الفصل الأول
ماهية التحكيم الإلكتروني.

تباينت وتعددت التعريفات الخاصة بالتحكيم وذلك وفقاً للزاوية التي يتناول كل فقيه منها التحكيم .ذهب جانب فقهي الي ان التحكيم ، هو : " اتفاق الأطراف على اختيار شخص (محكم) أو أكثر ليفصل فيما يثور مستقبلا أو يثور فعلا بينهم من منازعات بحكم ملزم دون المحكمة المختصة"[١] .

وقد عرفه البعض بأنه : "نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضائهم ، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم ، وفقاً لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم ".[١]

وذهب البعض الأخر الي تعريف التحكيم بأنه : الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة وذلك بحكم ملزم للخصوم شريطة أن يقر المشرع هذا الاتفاق شرطاً كان أم مشارطة.[٣]

---

(١)- د. أحمد السيد الصاوي، " التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ و أنظمة التحكيم العربية"، دار النهضة العربية، ط ٢ ، ٢٠٠٤ ، ص ١٢ .

١- انظر : د. احمد عبد الكريم سلامة : التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية . دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦، ص ١٩ .

٢- انظر : د. عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي . دار النهضة العربية القاهرة ، ٢٠٠٠، ص ٢١ .

وعليه، فالتحكيم هو حل نزاع من لدن محكم منفرد أو مجموعة محكمين، يتلقى أو يتلقون من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم، يلتزم من خلاله الأطراف باللجوء إليه قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة، تعاقدية أو غير تعاقدية.

وعلى ذلك فالتحكيم يقوم أساساً على مبدأ سلطان الإرادة، بمعنى انه يجب أن يكون لإرادة الخصوم شأن فيه ، بحيث إذا محيت هذه الإرادة فلا يعتبر تحكيماً وإنما هو قضاء دولة ، إلا أن هذه الإرادة لا تكفي دائماً ، بل لابد أن يقر المشرع اتفاق الخصوم ، بمعنى أن يجيز المشرع للخصوم اللجوء التي التحكيم ، فإرادة الخصوم مع إقرار المشرع لهذه الإرادة الجوهر القانوني للعملية التحكيمية ، ومتى وضحت هذه الإرادة وفق الشكل الذي يتطلبه القانون التزم الخصوم بحسم النزاع عن طريق التحكيم ويلتزمون بحكمه، وتنتهي أثر إراداتهم عند هذا الحد .

يمكن تعريف هذا التحكيم عموما بشكل مبسط على أنه " اتفاق بواسطته يقوم أطراف النزاع إرادتهم الحرة بإحالة النزاع إلى محكم محايد " من ذوي الخبرة " للفصل في ذلك النزاع بقرار نهائي ملزم بعد سماع أدلة وأقوال الأطراف."

يفهم من هذا التعريف أن التحكيم هو عقد رضائي يختاره أطراف العقد لينئو بعلاقاتهم عن إشراف ورقابة محاكم الدولة. بحيث يقوم أطراف العلاقة أنفسهم باختيار الهيئة التحكيمية التي تفصل في أي نزاع قد ينشأ بينهم، وهوما يضمن استمرار العلاقاتالتجارية والاقتصادية رغم ما قد يعتريها من نزاع خلال فترة سريانها.

ولا سيما أن سرعة الفصل في موضوع النزاع من مزايا التحكيم مقارنة بطول الإجراءات وتعقيدها أمام محاكم الدولة. فضلا عن التخصص حيث يستطيع أطراف العلاقة

خاصة في عقود المشاريع ذات الطابع الفني والمواصفات المتميزة كمشاريع الطاقة و النفط على سبيل المثال كان اختيار المحكمين ذوي الخبرة والتخصص في هذا المجال اولي ولنجز لفكرة العدالة .

ولا جدال ان سرية إجراءات وقرارات التحكيم بحيث لا يطلع عليها إلا أصحاب العلاقة أنفسهم أو المفوضون بذلك على عكس إجراءات وقرارات محاكم الدولة والتي هي دوماً في متناول الجميع وهذه السرية من الأهمية بمكان في مجال العلاقات الاقتصادية والتجارية.

معظم شركات الاستثمار الأجنبية تصر في الوقت الحالي على تضمين العقد "شرط تحكيم"، بحيث يكون هذا الأخير هو الوسيلة الوحيدة لحسم أي خلاف قد ينشأ بين أطراف العقد. وبالتالي أصبح التحكيم حافزا كبيراً لتشجيع الاستثمار الأجنبي، وعادة ما تلجأ هذه الشركات إلى شرط التحكيم لإبعاد علاقاتها الاقتصادية عن رقابة وإشراف المحاكم الوطنية.

وعلي الرغم من هذه المزايا يظل التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات فلا يخلو من المخاطر المحيطة به والتي منها التخلي عن بعض الضمانات الشكلية المحددة التي وفرها المشرع للخصوم و ايضاً امكانية العدول مقدماً عن وسائل الطعن بالقرار التحكيمي ومن هنا بات إحاطة التحكيم بضمانات عديدة تضمن سلامة اجراءاته ونزاهة وعدالة احكامه امر ضروري حتى يحقق هذا التحكيم كطريق استثنائي العدالة التي ينشدها القضاء العادي ويضمنها . ونظراً لطبيعة منازعات العقود الالكترونية وما تتطلبه من سرعة فقد دعت الحاجة الى ضرورة البحث عن آلية اسرع يتم خلالها التحكيم وهو ما ادى الى قيام بعض المراكز باللجوء الى

اسلوب التحكيم الالكتروني المعجل وبناءً على ذلك فقد ارتأينا إعداد دراسة قانونية متواضعة بالتحكيم الالكتروني من خلال تقسيم الموضوع المبحثين الآتيين:

- المبحث الاول : تطور التحكيم الالكتروني وماهيته .
- المبحث الثاني : اركان وشروط التحكيم الالكتروني .

المبحث الاول
تطور التحكيم الالكتروني وماهيته

التحكيم الالكتروني من المفاهيم الحديثة في علم القانون والذي استحدث نتيجة التطور العلمي في مجالات وسائل الاتصال الحديثة وتقنية المعلومات ، ولغرض البحث في تحديد مفهوم التحكيم الالكتروني لابد من التطرق الي نشأة التحكيم الالكتروني في المطلب الأول ثم بيان مفهومه في المطلب الثاني .

المطلب الأول
نشأ ة التحكيم الالكتروني

لما كان القضاء الوطني هو الوسيلة الاصلية للفصل في المنازعات التي تنشأ بين الافراد من جراء المعاملات وتعاقداتهم، والي جانب القضاء الوطني توجد وسائل اخرى بديلة مثل الوساطة والتحكيم العادي والتفاوض وبالنظر لما لحق هذه الوسائل من عيوب تمثلت أهمها بالبطء في اجراءات التقاضي وكثرة التكلفة والنفقات التي يتحملها اطراف النزاع . بدأ البحث بصورة جدية عن نظام جديد لحسم المنازعات يتلاءم مع طبيعة منازعات التجارة الالكترونية وما تطلبه من سرعة في الأداء وإنجاز بالوقت والاجراءات ، ومن بداية تسعينات القرن الماضي ظهرت فكرة حل المنازعات إلكترونياً عبر الانترنيت فقد أصبح حل المنازعات يتم بذات الطريقة التي تتم بها ابرام التصرفات العقدية التي تنشأ عنها هذه المنازعات ومن

اجل هذا ظهر التحكيم الالكتروني او التحكيم على الخط او التحكيم الشبكي كوسيلة تلبي احتياجات التطور لحسم المنازعات بشكل عام والتي تبرم عبر الانترنت بشكل خاص [١] . وبهذا انتقلت المنازعات ولا سيما منازعات التجارة الالكترونية الي مرحلة جديدة بدلا من حلها من خلال الوسائل البديلة الأخرى حيث تجري فيها اجراءات حل المنازعة بطريقة الكترونية مباشرة على شبكة الانترنت [٢] .

ومن ابرز بدايات التحكيم الالكتروني هي شبكة القضاة الالكترونية الذي أسست عام ١٩٩٤ التي تتضمن اكثر من اربعين قاضياً بهدف مكافحة عمليات القرصنة وجرائم التشهير وانتهاكات حقوق المؤلف [٣] . وفي جامعة مونتريال بكندا انطلق مشروع محكمة التحكيم الافتراضية عام ١٩٩٦ في كلية الحقوق في وتتم كافة اجراءات التحكيم الكترونياً وفقاً لنظام هذه المحكمة على الموقع الالكتروني للمحكمة بدايةً بطلب تسوية ثم عدة إجراءات قضائية تنتهي بإصدار الحكم القضائي ونشره على الموقع الالكتروني للمحكمة [٤] .

---

(١)- أنظر : د. آلاء يعقوب النعيمي ، الاطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني ، بحث منشور في مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية ، المجلد السادس ، العدد الثاني ، ٢٠٠٩ ، ص٢٠٦

(٢)- أنظر : د. خالد ممدوح ، التحكيم الالكتروني ، بحث قانوني منشور على الموقع الالكتروني الاتي :
http://www.hdrmut.net/vb/t٢٩٩٣٠٤.html

(٣) – أنظر : د. عماد الدين المحمد ، طبيعة وانماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنيت ، بحث منشور على الموقع الالكتروني :
WWW.alittihad.aeldatails.php?ip=١٩٦٣/٢y=٢٠٠٨

(٤) – أنظر : د. نبيل زيد مقابلة ، التحكيم الالكتروني ، بحث منشور على الموقع الالكتروني :
http//www.arab-elaw.com/show similar . aspxid=٨١

اعقب هذا اتبعت المؤسسات والمنظمات الدولية وسيلة التحكيم الالكتروني لفض المنازعات التجارية مثل غرفة التجارة الدولية والمنظمة العالمية لحقوق الملكية الفكرية ونقابة التحكيم الامريكية علماً وان كانت تتمتع بباعها العريق والطويل في مجال تسوية المنازعات التجارية ، وبذلك نري ان الواقع العملي يفرض ان التحكيم الالكتروني اصبح حقيقة ملحه واقعة في العالم متي رغب في الانجاز وتطويع واخضاع التقنيات الحديثة للواقع العملي بما يتلاءم والاحتياج الفعلي .

المطلب الثاني
تعريف التحكيم الالكتروني

إن عقد التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم بعرض هذا النزاع على هيئة تحكيمية . كما عرفه جانب من الفقه على أنه: "الاتفاق الذي يتم بين الطرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرض هذا النزاع على التحكيم". (١)

أما شرط التحكيم، فهو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور فشرط التحكيم اذن يتعلق بنزاع لم يولد بعد، فهو شرط قد يتم إعمال مقتضياته وقد لا يتم إعمالها. وهو يختلف عن عقد التحكيم، على اعتبار أن هذا الأخير متعلق بنزاع تحقق ونشأ فعلا.

واتفاق التحكيم سواء أكان عقدا أم شرطا، فانه يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة، الذي يشكل أساس مشروعية التجاء الأطراف إلى التحكيم، ومنه يستمد المحكم سلطته في الفصل في النزاع. ويترتب على عدم وجود الاتفاق المذكور، انعدام حكم التحكيم، واعتباره

(١) ـ ناريمان عبد القادر،" اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤"، دار النهضة العربية، ط.١ ، ١٩٩٦، ص.٢٠٩.

كأن لم يكن، وذلك لانعدام ولاية المحكم في إصداره، كما يقع باطلا أيضا الحكم الذي يستند على اتفاق تحكيم اختلت فيه شروطه. غير أنه ومتى أبرم وفق الشكل الصحيح، إلا وتترتب عليه كافة الآثار القانونية الملزمة للمتعاقدين،

ونقسم هذا المطلب إلى فرعين :نتناول في الأول تعريف التحكيم الالكتروني والطبيعة القانونية له، ونعرض في الثاني لمزايا التحكيم الالكتروني والعيوب التي قد تعترضه.

الفرع الأول

تعريف التحكيم الالكتروني والطبيعة القانونية له.

أولا: تعريف التحكيم الالكتروني : تتعدد تسميات التحكيم الالكتروني رغم وحدة الدلالة، ومن هذه التسميات التي تطلق عليه،(Electronic-Arbitration)

،(Cyber-Arbitration Online-)، (Arbitration-Cyberspace)،

(Arbitration Using Online،Arbitration)ولغويات هذه الدراسة سيتم اعتماد مصطلح التحكيم الالكتروني(،Techniques arbitration) نظرا لشيوعه . فالتحكيم الالكتروني تتعدد تسمياته رغم اتفاقها بالمضمون واحد فقد يطلق عليه التحكيم الشبكي او التحكيم على الخط ويمكن تعريفه بانه التحكيم الذي تتم اجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية بطريقة سمعية بصرية دون الحاجة الى الحضور المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين [1]

ويثور التساؤل التالي وهو هل التحكيم الالكتروني يشكل تطوراً للتحكيم التقليدي أم هو بديل عنه ؟ وللإجابة عن هذا التساؤل نعرض الاتجاهين الآتيين :

١. الاتجاه الموسع.

(١) – أنظر : د. عماد الدين المحمد ، مصدر سابق .

يرى أصحاب الاتجاه الموسع أن التحكيم الالكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا من حيث الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي، فلا وجود للورقة والكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأشخاص في هذا التحكيم، [١] فيعرفه البعض على أنه " :طريقة لحل النزاع تتم فيها جميع الإجراءات – بما فيها تقديم طلب التحكيم– عبر الانترنت بواسطة البريد الالكتروني أو غرف المحادثة أو الفيديو كون فرنس[٢] .

(١) – مقالة ا. زيد نبيل :التحكيم الالكتروني، ص١ ، متاح في:
www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id= ١) ، ٢٠٠٨/٨/١٣.
- Li Hu ,Online Arbitration in China – AN OVERVIEW AND PERSPECTIVE:
www.arab-،P.٣, www.odr.info/unforum٢٠٠٤/Dr%٢٠Li٢.doc ,١٠/٨/٢٠٠٨ .
elaw.com/show_similar.aspx?id= : ٨١)

١- Armagan E. YÜKSEL: Online International Arbitration, Ankara Law Review Vol.٤ No. (Summer ٢٠٠٧), P.٨٤ ,
http://auhf.ankara.edu.tr/journals/alr-archive/ALR-٢٠٠٧-٠٤-٠١/alr-٢٠٠٧-٠٤-٠١-yuksel.pdf
١٣/٨/٢٠٠٨.
- Julia Hörnle , Online Dispute Resolution –The Emperor's New Clothes? Benefits and Pitfalls of Online Dispute Resolution and its Application to Commercial Arbitration: (٢٠٠٥), P. ٢,
-http://www.bileta.ac.uk/Document,Library/١/OnlineDisputeResolution The Emperor's New Clothe-
(٢)Benefits and Pitfalls of Online Dispute Resolution.pdf١٤/٨/٢٠٠٨

كما عرفه البعض الآخر بأنه :"التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية بطريقة سمعية بصرية ودون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين"[(١)].

ويثار هنا أيضا تساؤل اخر فهل يشترط اتمام عملية التحكيم كاملةً عبر هذه الوسيلة ام يكفي استخدام وسائل الاتصال الحديثة في مرحلة من مراحله لاعتباره الكترونياً .

أختلف الفقه القانوني بهذا الخصوص وانقسم الى فريقين الاول ذهب الى اعتبار التحكيم الكترونياً ولو استخدمت في مرحلة من مراحله وسائل الاتصال الحديثة في حين تمت مراحله الاخرى بالطرق التقليدية[(٢)]، وأيا كانت المرحلة التي تستخدم فيها الوسيلة الالكترونية إذ يمكن أن يقتصر استخدام الوسيلة الالكترونية على مرحلة إبرام اتفاق التحكيم أو على مرحلة خصومة التحكيم، فقط في حين يمكن أن تعقد بعض جلسات التحكيم بحضور الطرفين وتواجدهما تواجدا ماديا [(٣)]، أما الفريق الثاني فقد ذهب الى ان التحكيم لا يكون الكترونياً الا اذا تم بأكمله عبر الوسيلة الالكترونية ، إذ ينبغي أن يبدأ التحكيم باتفاق تحكيم الكتروني ويمر بإجراءات تحكيمية الكترونية لا تحتاج لحضور مادي من قبل الاطراف

(١)- إبراهيم خالد ممدوح :التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨ ، ص٢٤٨ .

(٢)- أنظر : د. مصلح أحمد الطراونة ود. نور حمد الحجايا ، التحكيم الالكتروني ، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق ، جامعة البحرين ، المجلد الثاني ، العدد الأول ، ٢٠٠٥ ، ص٢٠٥

(٣)- آلاء يعقوب النعيمي :الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني، موقع المؤتمر التجاري الدولي، ص ٩٧٦ ، متاح في : http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic_research.asp ،٢٠٠٨/٨/٢٠

المتنازعة والمحكمين [١] ، فلا يلتقي الأطراف مع المحكم والمحكمين ماديا ولا يصار إلي انعقاد جلسات تحكيم مادية، وبالمثل ينبغي أن ينتهي التحكيم بإصدار حكم الكتروني فيه [٢]

والذي يبدو ان الرأي الاخير اقرب الى الصواب من الرأي الاول لأن التحكيم الالكتروني وسيلة تحكيمية دخلت فيها الوسائل التقنية كبديل لاجتماع المحكمين واطراف النزاع في مكان واحد بحيث يتم تداول كل موضوع النزاع من خلال تلك الوسائل الالكترونية مثل (الفاكس والبريد الالكتروني او المواقع الالكترونية ثم يرسل الحكم القضائي الالكتروني لكل من اطراف النزاع عن طريق تلك الوسائل أيضاً [٣] .

٢. الاتجاه المضيق.

يرى أصحاب الاتجاه المضيق انه لا يمكن وصف التحكيم بأنه الكتروني لمجرد استخدام الانترنت في إجراءاته، فعادة ما يتم تبادل العديد من الرسائل عبر البريد الالكتروني في إجراءات التحكيم والوساطة وبالتأكيد لا يعد الكترونيا لهذا السبب الوحيد، ويتساءل كم من الاتصالات يجب أن تتم بواسطة شبكة الانترنت لحل النزاع حتى يصنف التحكيم بأنه الكتروني؟ فإذا كانت بعض تلك الإجراءات تتم بواسطة الانترنت فكم عددها؟ وما الذي

---

(١) – أنظر : د. حسام الدين فتحي ناصف – التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية – القاهرة – دار النهضة العربية – ٢٠٠٥ – ص١٥ – ١٦ .

(٢)– مصلح أحمد الطروانة ونور حمد الحجايا: التحكيم الالكتروني، مرجع سابق ، ص(٢٠٣

(٣)– أنظر : محمد حتة – التحكيم الالكتروني احدث النزاعات واحدث طرق الحل – بحث منشور على شبكة الانترنيت بالموقع الالكتروني:
ttp://Kenanaonline.com/users/hettall/posts/٨١١٦٠

يميزها عن تلك الرسائل المتبادلة عبر البريد الالكتروني في التحكيم التقليدي؟ ومن ثم يعتقد بصعوبة هذا المعيار لتمييز التحكيم الالكتروني عن التقليدي، ويرى انه بالإضافة إلى ما سبق يجب أن تتم الصفقات أو المعاملات محل التحكيم بطريقة الكترونية حتى نكون بصدد تحكيم الكتروني[١]

ولم يسلم هذا التوجه بدوره من النقد، إذ يرى البعض انه لا يوجد سبب يدعو لقصر طلب خدمة التحكيم الالكتروني وغيره من الوسائل البديلة لفض المنازعات على المعاملات التجارية التي تنشأ عبر الانترنت؛ نظرا لما توفره من مزايا وخاصة للمستهلكين[٢]

---

(١) -Gabrielle Kaufmann-Kohler, Thomas Schultz: Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice, Published by Kluwer Law International, ٢٠٠٤, P.٢٦ .

(٢) -Graham Ross: Challenges and Opportunities in Implementing ODR, Proceedings of the UNECE Forum on ODR, ٢٠٠٣, P.٢, http://www.odr.info/unece٢٠٠٣/pdf/ross.pdf , ٢١/٨/٢٠٠٨.

- Joseph W. Goodman: THE PROS AND CONS OF ONLINE DISPUTE RESOLUTION: AN ASSESSMENT OF CYBER-MEDIATION WEBSITES , P.١, http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/٢٠٠٣DLTR٠٠٠٤.pdf, ٢١/٨/٢٠٠٨.

- Thomas Schultz: RESOLVING OFFLINE DISPUTES IN AN ONLINE SOCIETY, P. ٣٠, http://odrworkshop.info/odrworkshopproceedings٢٠٠٣.pdf , ٢١/٨/٢٠٠٨.

١٣

ونذهب مع الاتجاه المضيق للتعريف الذي يقصر تطبيق أحكام التحكيم الالكتروني على المنازعات الناشئة عن أعمال الكترونية؛ نظرا للعقبات العديدة التي تعترضه خاصة في تنفيذ الحكم الصادر.

بناء على ما سبق نرى أنه يمكن تعريف التحكيم الالكتروني على النحو التالي " : كل وسيلة الكترونية لفض المنازعات الكترونيا بحيث يتم عرض النزاع والسير في إجراءاته وإصدار القرار وتبليغه بذات الطريقة الالكترونية ."

ومن جماع ما سبق يبين ان التحكيم الالكتروني يتميز عن غيره باستخدام تقنية المعلومات والاتصالات والتي تمثلت بشبكة الانترنت ووسائل الاتصال الحديثة ، فقد نتج عن استخدام هذه الشبكة في مجال المعاملات القانونية بشكل واسع وأيضا التجارية الى بزوغ نوع جديد من المعاملات الالكترونية مثل مجال التجارة الالكترونية . وظهور التحكيم الالكتروني كصورة جديدة مطورة عن التحكيم التقليدي وتلائم خصوصية تعاملات التعاقد والتجارة الالكترونية والمنازعات التي الناشئة عنهما .

ولا يمكن القول ان استخدام الوسائل الالكترونية في بعض مراحل التحكيم يجعله الكترونياً اذ لا يخلو تحكيم من استعمال وسائل الاتصال الحديثة في أي مرحلة من مراحله . كأن يتم تبليغ الطرف الاخر عبر البريد الالكتروني او ارسال بعض المستندات عبر البريد الالكتروني او الفاكس فمثل هذه التقنيات الحديثة لا يمكن الاستغناء عنها . ولعل ما يؤكد ذلك ان مراكز التحكيم الدولية تعمل عبر شبكة الانترنت من خلال مواقعها الالكترونية دون ان يوصف ما تقوم به من تحكيم الكترونياً اليوم بل تطبق قواعد التحكيم التقليدي .

ثانياً : الطبيعة القانونية للتحكيم الالكتروني.

كما رأينا لم يختلف الفقه على تعريف التحكيم الالكتروني فحسب، بل امتد الخلاف إلى تحديد الطبيعة القانونية له، فما هي الطبيعة القانونية للتحكيم ؟ وذلك بسبب ارتكاز التحكيم على الاتفاق (العقد) في مصدره وانتهائه بقرار يشبه إلى حد كبير الحكم القضائي هو ما أدى إلى اختلاف الفقهاء حول تحديد طبيعته القانونية [1] ، ولا شك ان الخلاف امتد ليشمل تطور التحكيم التقليدي مما نتج عنه التحكيم الالكتروني وتبدو أهمية تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم الالكتروني في اختيار الوسيلة الملائمة لتطويره والنهوض به، فقد يكتفى بتعديل القوانين والمعاهدات الخاصة بالتحكيم بشكل يلائم التطور الحاصل إذا اعتبرنا التحكيم الالكتروني تطورا للتحكيم التقليدي، أو على العكس ضرورة صياغة قواعد جديدة خاصة بالتحكيم الالكتروني إذا اعتبرناه بديلا للتحكيم التقليدي. انقسم إلى الاتجاهين: اتجاه موسع يرى أن الوسيلة المستخدمة في اتفاق وإجراءات التحكيم هي ما يضفي عليه صفة الالكترونية، واتجاه مضيق يرى أن صفة العملية التي يتم على إثرها التحكيم هي المعيار المحدد للطبيعة الالكترونية له، بحيث يكون النزاع قد نشأ بسبب نشاط أو صفقة أبرمت عبر الانترنت.

لا شك أن القوانين والاتفاقيات الناظمة للتحكيم التقليدي غير كافية وحدها لمواجهة التحديات الناشئة عن توظيف التكنولوجيا في عملية التحكيم، ويصعب في الوقت نفسه تجاهلها؛ لذلك لابد بالإضافة إلى تعديل الاتفاقيات والقوانين ذات الصلة بالتحكيم – من

١- انظر : د. احمد عمر بوزقية : أوراق في التحكيم . منشورات جامعة قاريونس ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٣ ص ٣٠ .

وابتداع آليات مناسبة لإعطائه الشرعية (Self-regulation) تنظيم ذاتي للتحكيم الالكتروني وقوة النفاذ؛ لأن التحكيم ليس غاية بحد ذاته بل وسيلة لفض النزاع.

واما بخصوص الطبيعة الاتفاقية او القضائية للتحكيم الالكتروني فنعرضها على تفصيل التالي:

أ –الطبيعة التعاقدية للتحكيم:

إن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بصفة عامة كان مجالا لخلاف الفقه والقضاء، فاعتبر البعض اتفاق التحكيم هو بمثابة عقد رضائي ملزم للجانبين ومن قبيل عقود المعاوضة. وهذا الاتجاه قد استند على أساس مبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم عليه اتفاق التحكيم، حيث ان الأطراف باتفاقهم على التحكيم يصبغون علية الطابع التعاقدي وقد يتخلون عن بعض الضمانات الإجرائية والقانونية التي يحققها القضاء الوطني بهدف إتباع إجراءات أسرع وتحقيق منجز لمبادئ العدالة والعادات التجارية واقل تكلفة من إجراءات التقاضي. إلى جانب ذلك تعد الصفة التعاقدية من اهم أدوات المعاملات الدولية، ولا يمكن تحرير المبادلات الدولية إلا عن طريق العقد لما يتصف به من طابع توافقي ومن ثم فلن تقم للتحكيم في هذه المعاملات قائمة بدون جوهره التعاقدي [(١)].

فإن الذي يؤدي إلى إخراج النزاع من سلطة القضاء وإسناده إلى محكم خاص هو اتفاق التحكيم، وهو ما يحدد القانون الواجب تطبيقه والقواعد الإجرائية الواجب إتباعها في ذات الوقت، وبناء عليه يعد القرار الذي يصل إليه المحكمين في النهاية ما هم الا محصلة لتطبيق شروط اتفاق الطرفان مما يكسب التحكيم الصفة التعاقدية. [(٢)]

(١)– انظر: د. مختار بربري: التحكيم التجاري الدولي. دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٥، ص ٧ .

(٢)– انظر : د. احمد عمر بوزقية : مرجع سابق ، ص ٣٢ .

ويؤكد مؤيدي هذا الاتجاه أن مراحل التحكيم جميعها تدل على طبيعته التعاقدية ويتضح ذلك من خلال الآتي:

١. يهدف التحكيم إلى تحقيق مصلحة خاصة لأطراف اتفاق التحكيم، على خلاف القضاء الوطني الذي يستهدف تحقيق مصلحة عامة هي تحقيق العدالة وتطبيق القانون. (١)

٢ . إن رغبة الأطراف في حل نزاعهم بطريقة ودية عن طريق إخراج النزاع من سلطة القضاء هو الهدف والغاية الأساسية من التحكيم، وإسناده إلى محكم اتفاقي وقبولهم بالقرار الذي يصدره المحكم. (٢)

٣. بخلاف القضاء و حتمية تمتع القاضي بالجنسية الوطنية للفصل في النزاعات المنظورة امامه من الممكن أن يكون أن المحكم أجنبياً أو وطنياً ،كما أنه لا يمكن ان تنطبق علي المحكم قواعد إنكار العدالة إذا لم يقم بواجبه تجاه نظر النزاع ، ولا يلزم أن تتوافر في المحكم الشروط الواجب توافرها في القاضي وإن أخطا فلا يخضع لقواعد المخاصمة.

٤ . إن اتفاق التحكيم ورضاء الخصوم بالقرار الذي يصدره المحكم هو مصدر سلطة المحكم في حل النزاع بين الطرفين وعلى ذلك فإن إرادة الأطراف يستمد المحكم سلطته منها ، ومن ثم لا يمكن أن تكون هذه السلطة قضائية. (٣)

---

(١) – انظر : د. جورجي شفيق ساري : التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية . دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ٣٦ .

(٢) – نظر : د. احمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري . منشأة دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٩، ص ١٥٢ .

(٣) –انظر : د. احمد حسان الغندور : التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات . رسالة دكتوراه ، جامعة بني سويف ، ١٩٩٨، ص ٣٠ .

٥ . لا يلزم المحكم من الناحية الشكلية بإتباع الإجراءات التي يستلزمها القانون حال ما أعفاه الخصوم من التقيد بها ، وليس للمحكم سلطة الأمر التي يتمتع بها القاضي ومن الناحية المادية ، فهو لا يمكن المحكم مثلاً إلزام شهود بالحضور أمامه كما يمكن للقاضي هذا بل وتوقيع غرامة عليه في حالة عدم حضوره ، وأيضا لا يستطيع إلزام الغير بتقديم مستندات بحوزته ان كان منتجاً في الدعوى .

تعقيب: وتقييما لهذا الاتجاه نتفق مع البعض[١] للقول بأن هذا الاتجاه له الفضل في إبراز الدور الذي يؤديه اتفاق التحكيم بين الأطراف، الا انه أغفل حقيقة وظيفة المحكم التي يؤديها. فالمحكم في الواقع يقوم بوظيفة القاضي، بل وينتهي إلى حكم مشابه الي حد قريب للحكم الذي يصدره القاضي، ويرجع هذا الإغفال الي احتكار الدولة تحقيق العدالة بين الافراد بواسطة قضاة موظفين يختارون من قبلها واستئثار هذه الأخيرة بالوظيفة القضائية. والتسليم لهذه الهيمنة من شأنه الحلول دون الاعتراف لمحكم مختار بإرادة أطراف النزاع بصلاحية قضائية ومن ثم إلى بات البحث ملحا عن طبيعة آخري لنظام التحكيم لا تصطدم والواقع العملي. وهوما قامت به بالفعل فكرة العقد التي تبتعد كل البعد عن فكرة القضاء، فان مناطها فكرة سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد.[٢]

(١) – انظر : د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال : التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية . الإسكندرية ، ١٩٩٨، ص ٢٠

(٢) انظر : د. أبو زيد رضوان : الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي . دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ١٩٩٩، ص ٢٦ .

ب – **الطبيعة القضائية للتحكيم :**

أنصار هذا الاتجاه يقولون بإسباغ التحكيم بالطابع القضائي ،باعتبار هذا التحكيم هو بمثابة قضاء ذو صفه اجبارية ملزم للخصوم حتى وان كان منشأه اتفاق الأطراف عليه ، ولا يمكن المراوغة في ذلك فالمحكم لا يعمل بإرادة الخصوم فقط مما يجعل الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم كما أن حكم المحكم هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة ويمكن للمحكم ان يحل محل قاضي الدولة وقضاءه الإجباري ، بالإضافة إلى ذلك يحل النزاع بحكم يحوز حجية الأمر المقضي فيه كل من المحكم والقاضي .[٣]

وقد ذهب البعض إلى الموازنة بين دور الإرادة المشتركة للخصوم في التحكيم ودورها في القضاء وذلك في سبيل استظهار أوجه الشبه بين نظام التحكيم ونظام القضاء ،علي سبيل ان كان اختيار التحكيم يتم بعمل إرادي من طرفيه كوسيلة بديلة لحسم النزاع ، فإن اللجوء إلى القضاء كوسيلة أساسية لحسم النزاع يتم بعمل إرادي من جانب احد الطرفين، ولاسيما انه متى تم هذا اللجوء تعلق به حق للطرف الآخر بحيث لا يسع رافع الدعوى النزول عنها إلا بموافقة الخصم الاخر ، وان كان في إمكان أطراف النزاع ان يتفقا على رفعه أمام محكمة غير مختصة به أصلاً أو أمام محاكم دولة غير الدولة التي يثبت الاختصاص لمحاكمها .

وكذلك في امكان أطراف الخصومة النزول عنها بعد رفعها ، ويدلل انصار هذا الاتجاه علي أن ما تؤديه إرادة الخصوم في طرح النزاع أمام التحكيم كبديل عن القضاء لايؤثر على حقيقة الوظيفة التي يؤديها التحكيم باعتبارها وظيفة قضائية تماثل وظيفة قضاء الدولة. [١]

هذا الاتجاه استند في تقرير هذه الصفة القضائية للتحكيم إلى عدة مبررات:

---

(٣) انظر : د. إبراهيم احمد إبراهيم : التحكيم الدولي الخاص . دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٣١ .

(١) انظر : د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال : مرجع سابق ، ص ٤٢ .

١ . لا تعدو أن تكون وظيفة المحكم وظيفة قضائية، وتعد أعمالاً قضائية كل ما يصدر عنه من أحكام سواء كانت صدرت منه طبقاً لقواعد العدالة أو وفقاً لقواعد القانون، هذا بالإضافة الي ان المحكم يملك تصحيح أحكامه مما قد يشوبه من خطاء المادي وإن تقيد بتوافر الشرطين الآتيين:

الأول: عدم انقضاء ميعاد التحكيم، لأنه بفوات هذا الميعاد تزول سلطته.

الثاني: عدم إيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة حتى وان تم الإيداع قبل انقضاء ميعاد التحكيم.

٢ . حكم من تاريخ كتابته والتوقيع عليه التحكيم يعتبر قد صدر ، اما الأمر الصادر بتنفيذه لا علاقه له بمضمون هذا الحكم ، فهو مجرد إجراء شكلي غرضه هو التأكد من خلو حكم التحكيم من وجود ما يمنع تنفيذه ، فهذا الأمر يتماثل مع الأمر الصادر من القاضي لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية .

٣ . الإجراءات المتبعة في رفع الخصومة أمام التحكيم هي إجراءات ذات طبيعة قضائية، ومن ثم يكون الحكم الصادر من المحكم بمثابة الحكم القضائي، فإن المحكم يحل محل القاضي فبالتالي تكون له ذات الوظيفة القضائية، فأحكام المحكمين هي أحكاماً قضائية من حيث الشكل ولموضوع.

ج – الطبيعة المختلطة للتحكيم:

هذا الاتجاه يرى إن التحكيم ذو قالب قانوني يحوي عملين، وهما اتفاق التحكيم وقضاء المحكم ويختلف الفاعل فيهما، ففي الأول الفاعل هما المتنازعان، وفي الثاني الفاعل هو المحكم. فاتفاق التحكيم، هو عقد يتمتع بكل الخصائص العامة للعقود وإنما يتميز عنها بانه لا يستهدف إقامة علاقة قانونية بين الطرفين سواء كانت مالية أو شخصية، حيث يسعي

اتفاق التحكيم الي تسوية الآثار الناشئة عن علاقة سابقة قائمة بالفعل ويتميز أيضا عن العقد من حيث الموضوع حيث يسعي الي إقامة كيان فردي أو مؤسسي – تعرض امامه ادعاءات الطرفين ويتولى القضاء فيها استقلالاً عن أطراف الاتفاق.

ويتمثل عمل المحكم في حسم النزاع، وفقاً للضوابط العامة التي يضعها النظام القانوني لحسم النزاع في التنظيم التشريعي للدولة باعتباره التنظيم الأساسي المطبق على كافة الهيئات ذات الصفة القضائية –وأهمها بجانب قضاء الدولة – اللجان و الهيئات ذات الطابع القضائي وجهات التحكيم.(١)

تعقيب : النظرية المختلطة هي انسب وأفضل النظريات الملائمة للتحكيم الالكتروني والمقررة عدم خضوع التحكيم لأي قانون وطني بدءاً من اتفاق التحكيم وانتهاءً بحكم التحكيم و لعلها ارجح القول فيما يتعلق بمدى انطباق أي من النظريات السابقة على التحكيم الالكتروني وفقاً لطبيعة إجراءاته ، حيث يتم رفع الدعوى عبر البريد الالكتروني وتوجيه إخطاراتها بالمحررات اللاحقة على الدعوى بذات الطريقة ، ولاسيما أن جميع القرارات والاطلاعات الأخرى تتم الكترونيا ويسبق هذه الإجراءات اتفاق الأطراف على قبول عولمة حلول منازعات التجارة الدولية والتحكيم التجاري الدولي دون الاقتصار علي ما تقرره الاتفاقات الدولية والتشريعات المقارنة النافذة في الوقت الحالي . (٢)

(١) – انظر : د. علاء محي الدين مصطفى : التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية . دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨ ص ٢٥ .

(٢) – انظر : د. حسام الدين فتحي ناصف : تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج . دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥، ص ٢٠ .

الفرع الثاني
مزايا التحكيم الالكتروني ومخاطرة

التحكيم الالكتروني كغيره من الانظمة القانونية يتمتع بجملة من المزايا والخصائص التي ينفرد بها عن غيره من الانظمة القانونية الاخرى، وبذات الوقت تحفة عدد من المخاطر التي يلزم تجنبها قدر الامكان لتلافي مساوئ التحكيم الالكتروني، لذا سنبحث اولاً: مزايا التحكيم الالكتروني وثانياً :مخاطره .

أولاً: مزايا التحكيم:

١. سرعة الفصل في النزاع: إن التحكيم الالكتروني يتميز بالسرعة في الفصل في النزاع وهو ما يتمشى وطبيعة معاملات التجارة الالكترونية [١] . والسبب في توفير الوقت يرجع الى ان التحكيم الالكتروني لا يستلزم الحضور المادي لأطراف النزاع أمام المحكمين بل يمكن سماع المتخاصمين عبر وسائط الاتصال الالكترونية. بخلاف اجراءات التقاضي الطويلة نسبياً والتي تتطلب العديد من الشكليات والمدد الزمنية التي يلزم على الخصوم التقيد بها ، كما أن للخصوم في التحكيم الالكتروني تبادل الادلة والمستندات في ذات الوقت عبر البريد الالكتروني أو أية وسيلة الكترونية اخرى [٢] .

٢. قلة تكاليف ونفقات التقاضي : استخدام التقنيات الحديثة في اجراءات التحكيم الالكتروني وعدم انتقال أطراف النزاع الى مكان انعقاد جلسات التحكيم وعدم استلزام الحضور المادي للأطراف وللخبراء وللشهود هو ما يؤدي الى التقليل من تكاليف التحكيم

---

(١) –أنظر : عادل حمادة أبو عزة ، التحكيم الالكتروني في منازعات المعاملات الالكترونية ، مقال منشور على شبكة الانترنيت بالموقع الالكتروني الاتي : http://www.al-jazirah.com.sa/digimag/٣٠٠٤/hasebat٣.htm

(٢)– أنظر : د. خالد ممدوح – التحكيم الالكتروني ، مصدر سابق ، ص٢٥٠ وما بعدها .

الالكتروني كما يؤدي الى سرعة حسم النزاع ولاسيما ان اجراءات التحكيم تتم عبر الانترنت مباشرة ولا تتطلب مدد وشكليات. (١)

٣. التحكيم يخول عرض النزاع على اشخاص مختصين من ذوي الخبرة القانونية والفنية والدراية في مجال التجارة الالكترونية (٢) إن هذا العرض بالتبعية يقلل أيضا من النفقات اللازمة للاستعانة بالخبراء المختصين في موضوع النزاع كون المحكم نفسه الذي يتولى الفصل بالنزاع في التحكيم الالكتروني شخص لابد ان تتوافر فيه الخبرة الفنية والعملية في منازعات التجارة الالكترونية وهذا ما (٣).

٤. تلافي مشكلة تنازع القوانين والاختصاص القضائي : وجود اتفاقية نيويورك الدولية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة عام ١٩٥٨ . يجنب طرفي النزاع التعرض لمشكلة تنازع القوانين والاختصاص القضائي لان العقود المبرمة عن طريق الانترنت هي عقود دولية (٤) .

ثانياً : مخاطر التحكيم الالكتروني :

بالرغم من هذه المزايا بنفس الوقت لا يخلو التحكيم الالكتروني من المخاطر والعيوب التي يمكن ان يعاب بها والتي يمكن أجمالها بالاتي :

---

(١)- أنظر: نبيل زيد مقابلة ، التحكيم الالكتروني ، مصدر سابق .

(٢) - أنظر : د. صالح المندلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، الاسكندرية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٦ ، ص٣٧ .

(٣)- أنظر : د. آلاء يعقوب النعيمي ، الاطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني ، بحث منشور في مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية ، المجلد السادس ، العدد الثاني ، ٢٠٠٩ ، ص٢١٢ .

(٤) - أنظر : الاء يعقوب النعيمي ، مصدر سابق ، ص٢١٣ .

١. عدم إمكانية ضمان السرية : مما يهدد سرية العملية التحكيمية هو امكانية اختراق سرية عملية التحكيم من قبل قراصنة الانترنت فان كانت هذه السرية تتحقق بالتحكيم العادي لان جلساته تقتصر على الخصوم فقط خلافاً للقضاء الذي تكون جلساته علنية غالبا . فهذه السرية لا يمكن ضمانها دائماً بالتحكيم الالكتروني عبر شبكة الانترنت حيث يكون لكل من الخصوم كود خاص (رقم سري) ، يمكنه دخول موقع الدعوى موضوع التحكيم. ويتمكن من الحصول على الوثائق والمستندات المتعلقة بالنزاع. وان معرفة الأرقام السرية لم تعد مقصورة على الخصوم وحدهم حيث أن حصول أطراف النزاع على الأرقام السرية يتطلب تدخل اشخاص فنيين لتسهيل حصولهم على الارقام السرية بالتالي قد يهدد سرية اجراءات التحكيم [١].

وان كان من الممكن تقليل من هذه الخطورة اتباع اجراءات تشفير البيانات وتزويد المواقع الالكترونية التي تضم هذه البيانات ببرامج حماية من الاختراق والتجسس [٢].

٢. عدم التزام المحكم بالقواعد الآمرة : ان عدم تطبيق القواعد الامرة والمقررة لمصلحة الطرف الضعيف والمنصوص عليها في القانون الوطني يسبب خشية الاطراف وبالذات الطرف الضعيف من اللجوء الى التحكيم بصورة عامة والتحكيم الالكتروني بصورة خاصة و خاصة اذا كان أحد الاطراف مستهلكاً مما يرتب بطلان حكم التحكيم وعدم امكانية تطبيقه [٣] .

((١)) أنظر : محمد ابراهيم ابو الهيجاء ، التحكيم بواسطة الانترنت ، عمان ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٢ ، ص٦٦ .

((٢)) أنظر : د. آلاء يعقوب النعيمي ، مصدر سابق ، ص٢١٥ .

((٣)) أنظر في هذا المضمون : د. نبيل زيد مقابلة ، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص ،، مصدر سابق ، ص٢١٧ .

المبحث الثاني

الشروط الموضوعية والشكلية في التحكيم الالكتروني .

اتفاق التحكيم يعني اتفاق طرفي النزاع على إحالة ما نشأ أو قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن تنفيذ عقد معين الى محكم معني للفصل فيه [١] .

وهو اتفاق يدخل في أطار القانون الخاص يهدف الى إنشاء التزام على عاتق اطرافه بإحالة النزاع الى التحكيم والتنازل اللجوء الى القضاء ، فهو تصرف عقدي و يعد عملاً قضائياً حيث يقوم المحكم بوظيفة القاضي الوطني [٢] ، ما يميز التحكيم الالكتروني هو ابرامه عبر الوسيلة الالكترونية وبذلك يعد عقد الكترونياً يلزمه توافر اركان انعقاد وشروط وإن مناط اختصاص القضاء، هو صحة أو عدم صحة اتفاق التحكيم، فإن صح اتفاق التحكيم، فإن القضاء يرفع يده عن البت، ويعود الاختصاص والحالة هذه لهيئة التحكيم. أما ان اختل، فيسترد قضاء الدولة اختصاصه الأصيل بنظر النزاعات المثارة بين الأفراد، بدل هيئة التحكيم. فمتى يمكن القول أن اتفاق التحكيم صحيح، وأنه مرتب لآثاره القانونية، والتي من أهمها سلب النزاع عن سلطة القضاء؟ وعموما ماهي الشروط التي بتوافرها، يمكن القول بصحة أو عدم صحة اتفاق التحكيم؟

((١)) راجع : نص المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ . كذلك نص المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

((٢)) انظر : د. محمد ابراهيم موسى ، التحكيم الالكتروني ، بحث قانوني منشور على شبكة الانترنت في الموقع الالكتروني الاتي : www.ledroitpourtous.blogspot.com

وعليه، سنعمل هنا على دراسة الشروط الواجب توافرها في اتفاق التحكيم الالكتروني لقيامه صحيحا منتجا لآثاره، والتي يمكن تصنيفها إلى نوعين من الشروط : شروط موضوعية وأخرى شكلية، سنحاول دراستها على الشكل التالي:

المطلب الأول

الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم الالكتروني

يتطلب لصحة اتفاق التحكيم الالكتروني ، عقدا كان أو شرطا، أن تتوافر فيه الشروط اللازمة لصحة أي عقد بصفة عامة، والتي تحددها النظرية العامة للعقود ويتعلق الأمر بأركان قيام العقد، وهي: التراضي والأهلية والمحل والسبب، والتي سنعمل على دراستها تباعا.

أولاً: التراضي في اتفاق التحكيم الالكتروني.

وفقا للقواعد العامة لابد من توافق ارادة الطرفين على قبول ابرام التحكيم الالكتروني كوسيلة لفض المنازعات المحتملة النشوء في المستقبل وغالبا التعبير عن الإرادة يتم بشكل صريح ومباشر. ولا يعتد الا بالإرادة الحرة الصادقة وان تكون سالمة من العيوب مثل الإكراه والغلط و التدليس والتغرير مع الغبن الفاحش والاستغلال

. باعتبارالتراضي ركن من أركان اتفاق التحكيم الالكتروني، لا تقوم للتحكيم بدونه قائمة ، فمفاده إتجاه إرادة الأطراف المتطابقة في اللجوء إلى التحكيم كبديل لقضاء الدولة[1]. وبعبارة أخرى أن اتفاق الشخص الذي يصدر الرضا عنه، سواء أكان من أبرم العقد باسمه ولحسابه أو كل من اتجهت إرادته إلى الالتقاء بإرادة أخرى، لاتخاذ التحكيم سبيلا لتسوية منازعاتهما،

(١) . نبيل اسماعيل عمر، " التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ط.٢، ٢٠٠٥، ص . ٣٧.

بعيدا عن قضاء الدولة، الا و يتحقق به التوافق بين الإرادتين على إحداث هذا الأثر القانوني المرغوب فيه.(١)

ويتحقق التراضي بالنسبة لشرط التحكيم الالكتروني، بالمفاوضات التي تدور حول كل بنود أو شروط العقد، ومن بينها شرط التحكيم الالكتروني، فمتي تم الاتفاق على مجمل العقد في النهاية. فلا حاجة إذن إلى تراض خاص بشأن شرط التحكيم الالكتروني .

أما بالنسبة لعقد التحكيم، فان التراضي يتحقق بقبول مبدأ التحكيم الالكتروني ذاته كموضوع للعقد، واثبات التراضي على ذلك كتابة إضافة إلى توقيع عقد التحكيم من

(١) – وفي هذا الصدد، نستحضر قرارا صادرا عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: ١٩٨٧/١١/٠٦ في قضية هضبة الأهرام المصرية، المتعلق بالاتفاق المبرم بين الهيئة المصرية للسياحة والفنادق " E.G.O.T.H" وبين شركة ممتلكات جنوب الباسفيك "S.P.P"، بتاريخ: ١٩٨٤/١٢/٢٣، والموقع عليه من لدن وزير السياحة المصرية. إذ أيدت محكمة النقض قرار محكمة الاستئناف بباريس، حينما ألغت الحكم التحكيمي الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس بتاريخ: ١٩٨٤/٠٧/١٦، مستندة في ذلك إلى أن العقد قد خلا من شرط التحكيم الذي نص على "إحالة أي منازعة خاصة بهذا العقد إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس"، فانه لا يمكن افتراض توفر رضا الدولة المصرية بالتحكيم. وإذا كان العقد قد احتوى على شرط التحكيم، فان الحكومة المصرية لم تكن طرفا فيه، حتى ولو تم توقيعه من طرف وزير السياحة، لأن توقيعه قد تم بما له من سلطة وصاية، ولم يكن ممثلا للحكومة المصرية، والتي لم تنصرف إرادتها إلى الالتزام بشرط التحكيم، بل يقتصر هذا الالتزام بطرفيه فقط، شركة " E.G.O.T.H" و شركة "S.P.P". كما لا يمكن اعتبار توقيع مصر على مستند المهمة بمثابة تراض على التحكيم ،

راجع : Cass. Civ. ٠٦ janvier ١٩٨٧, Clunet ١٩٨٧, p. ٦٣٨. Note GOLDMAN, Rev. Arb, ١٩٨٧, p. ٤٦٩, note Ph. LEBOULANGER.

الأطراف[١].

ووفقا للقواعد العامة التي تتيح التعبير عن الإرادة بعدة وسائل فيمكن التعبير عن الإرادة باللفظ أو بالكتابة او بالاشارة المعهودة عرفاً ولو من الاخرس أو المبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ أي مسلك أخر لا تدع ظروف الحال شكاً في حقيقة المقصود منه و دلالته على التراضي [٢].ولما كان ابرام اتفاق التحكيم الالكتروني يتم عبر الانترنت فأن التعبير عن الارادة يكون من خلال هذه الوسيلة حيث يتم توجيه الايجاب من خلالها وتلقي القبول عبرها [٣] . كأن تضع شركة تجارية في موقعها على شبكة الانترنت شروط التعاقد التي من ضمنها شرط التحكيم ومن يقبل التعاقد عليه الضغط على مفتاح القبول لإبرام العقد مع تلك الشركة ونقل إرادته بالقبول اليها وهنا يكون التعبير عن الإيجاب والقبول تم عن طريق الانترنت ،

وبذلك فإن القابل قد عبر عن ارادته باتخاذ مسلكاً لا تدع ظروف الحال شكاً في حقيقة المقصود منه دلالته على التراضي ([٤]) .ومن الناحية العملية القبول في العقد الالكتروني يتم بمجرد الضغط على زر القبول المبين بالإنترنت

---

(١) . د. أحمد عبد الكريم سلامة، " التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية . دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.١، ٢٠٠٦، ص.٢١٦.

(٢)- أنظر : نص المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والمادة ٩٣ من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦

(٣) – أنظر : د. آلاء يعقوب النعيمي ، مصدر سابق ، ص٢٢٢ .

(٤) – أنظر : نص المادة (١١) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ والتي تنص على : " ١. لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الايجاب والقبول جزئياً او كلياً بواسطة المراسلة الالكترونية .

٢. لا يفقد العقد صحته او قابليته للتنفيذ لمجرد انه تم بواسطة مراسلة الكترونية واحدة او أكثر) كذلك نص المادة (١٣) من قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ التي=

التساؤل :هل هذه الآلية هي واقعة تكفي بذاتها للتعبير عن إرادة قبول الإيجاب بمختلف شروطه؟

. في الغالب ان العقود التي تتم عبر الانترنت يجد الراغب بالتعاقد مع هذه المواقع خانة ما مخصصة لقبول التعاقد بعبارات لها دلالة على الرضا او الموافقة مثل (Ok) او (I agree) وبمجرد الضغط على هذه خانة القبول تلك يترتب علي هذه العملية تنفيذ آلية نقل المعلومات الرقمية والتي تترجم عن طريق برنامج متخصص الى لغة مفهومة لتصل الى الموجب .

هذا التعاقد عبر الانترنت يثير بعض الاشكاليات ولعل أهمها :

١.صعوبة تحديد هوية واهليه الشخص المتعاقد في إبرام اتفاق التحكيم الالكتروني.

لا جرم ان اتفاق التحكيم تصرفا قانونيا، تتجه إرادة طرفيه إلى إحداث أثر قانوني، يتجلي في نزع الاختصاص عن القضاء الوطني في نظر منازعات الأطراف، ومنحه لهيئة التحكيم اتفاقية. فكان من الضروري، توافر أهلية الأداء اللازمة لصدور إرادة كافية لإبرام الاتفاق لدى كل طرف. ومناط أهلية الأداء، هو توفر أهلية التصرف في الحقوق، فمن يملك التصرف في حقوقه المالية أصلا أو بإذن من المحكمة أو بحكم القانون،كان أهلا لإبرام اتفاق التحكيم.

وبمفهوم المخالفة، فإن كل من لم يتوافر فيه شرط كمال الأهلية، فهو ممنوع من إبرام اتفاق التحكيم، وينصرف ذلك على ناقصي الأهلية الذين ليس بوسعهم إبرام اتفاق التحكيم إلا

= تنص على أنه ((تعتبر الرسالة الالكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الارادة المقبولة قانوناً لابداء الايجاب او القبول بقصد التعاقد" .

إذا أذن لهم بذلك، أو قضي بترشيدهم والقاصرين، أو من باشروا هذا الأمر بواسطة نائبهم القانوني.

اما بشان التحكيم الالكتروني فلانتفاء المكان المادي الذي يلتقي فيه طرفي العقد في العقود التي تبرم عبر الانترنت قد يؤدي الي ابرام العقد مع قاصر لا يملك الاهلية للتعاقد او شخص ينتحل صفة للتعاقد بها[1].ولقد كان لكل من : العقد النموذجي في فرنسا الذي ينظم معاملات التجارة الالكترونية بين المستهلكين و التجار الفرنسيين وكذلك مشروع العقد النموذجي للمعاملات الالكترونية المعد من قبل لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي محاولة جيدة التغلب على هذه الصعوبات حيث تحدد هذه العقود النموذجية صورة متكاملة للعقد المراد ابرامة عبر الانترنت بكل تفاصيله وبالأخص تحديد هوية المتعاقدين واهليتهما[2]

وبهذا لجأت المواقع الالكترونية الى الاستعانة بالعقود النموذجية تلك للمعاملات الالكترونية والمعدة من عدد من المشرعين على النطاقين الدولي والمحلي من اجل تنظيم سابق لإبرام التعاقد عبر الالكتروني

ثانياً : محل اتفاق التحكيم الالكتروني:

محل اتفاق التحيم : إن اللجوء إلى التحكيم استثناء من الأصل، وبمثابة وسيلة بديلة عن القضاء ، يتعين للجوء إليه أن يكون محل النزاع مما يقبل التسوية عن طريقه.

ويعني بمحل اتفاق التحكيم، كل منازعة يراد حسمها عن طريق التحكيم، والتي يجب أن تقبل التسوية بواسطته، والذي يرتبط وجوده بوجودها. غير أن المنازعة التي تكون محلا لاتفاق

(١) – انظر : محمود عبد الرحيم الشريفات – التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت – ط١ – دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – الاردن ، ص٦٦.

(٢) – انظر محمود عبد الرحيم الشريفات ، مصدر سابق ، ص٦٧ .

التحكيم، قد توجد مستقبلا في شرط التحكيم، وقد تكون موجودة حالا في عقد التحكيم، الذي يتم إبرامه بسبب نزاع قائم بالفعل.[١]

ولما كان اتفاق التحكيم، هو عقد كسائر العقود، فان المحل فيه يجب أن تتوفر فيه الشروط العامة المتطلبة في محل الالتزامات التعاقدية بوجه عام، ، حيث يجب أن يكون محل اتفاق التحكيم، موجودا وممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين، وأن يكون مشروعا.

الا انه بالإضافة إلى الشروط السابقة، لابد وأن ينصب محل هذا الاتفاق على نزاع مالي في إطار القانون الخاص بين طرفي العلاقة القانونية، وان يفترض فيه قبوله الصلح. أما إذا كان لا يقبله، فقد اتفقت جميع التشريعات على عدم جواز التحكيم بشأنه. وهذه المسالة تعتبر من النظام العام، يترتب على عدم مراعاتها في بطلان اتفاق التحكيم بطلانه[٢] .

وهو ما يعني وجود تطابق بين محل التحكيم ومحل الصلح. إذ ما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم، و ما لا يجوز فيه الصلح لا يجوز فيه التحكيم. وقد حرص المشرع المصري النص على هذا المبدأ، في المادة ١١ من القانون رقم: ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في شقها الأخير على أنه: " لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".

فالمسائل التي تخرج عن نطاق التحكيم، هي نفس المسائل التي تخرج بدورها عن نطاق الصلح، فلا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام أو بالحقوق الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل ولكنه يسوغ الصلح على المنافع المالية التي تترتب على مسألة تتعلق بالحالة الشخصية أو على المنافع التي تنشأ عن الجريمة".

---

(١)- ناريمان عبد القادر، " اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم: ٢٧ لسنة ١٩٩٤" ، دار النهضة العربية، القاهرة، ط. ١، ١٩٩٦، ص.٢٤٠.

(٢) . حمزة أحمد حداد، " التحكيم في القوانين العربية"، ج.١، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. ١، ٢٠٠٧ ، ص.١٤٧.

ويترتب علي ذلك وجود مجالات لا يجوز فيهما التحكيم فضلا عن النزاعات التي لا يجوز فيه الصلح:

١.مسائل الأحوال الشخصية:

لا تصلح مسائل الأحوال الشخصية لأن تكون محلا لاتفاق التحكيم، لاتصالها بوضع الشخص ومركزه داخل الأسرة، بحيث لا يجوز مثلا التحكيم في مسالة تتعلق بمدى شرعية الولد أم لا، وبما إذا كان الشخص وارثا أو غير وارث، في حين أنه يجوز التحكيم في المسائل والمصالح المالية التي تترتب عليها.

٢.المسائل المتعلقة بالنظام العام :

أما المسائل المتعلقة بالنظام العام، والتي لا يجوز التحكيم فيها، تكون مرتبطة بالدرجة الأولى بالقواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، والمتعلقة بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم، وتعلو فيه على مصالح الأفراد. ومن أمثلة تلك المسائل المتعلقة بحالة الشخص وأهليته، المسائل الجنائية، المنازعات المتعلقة بصحة براءات الاختراع، أو العلامات التجارية، أو تلك المتعلقة بكسب الجنسية أو فقدها[١].

مما سبق، يتبين أن محل التحكيم يحتل أهمية بارزة للقول بصحة أو عدم صحة اتفاق التحكيم، ويبقى على قاضي الموضوع تحديد ما إذا كان موضوع النزاع يقبل التسوية عن طريق التحكيم أم لا مسترشدا في ذلك بالقانون المنظم للتحكيم بشكل عام

اما بخصوص التحكيم الالكتروني غالبا محله يتعلق بعقود التجارة الدولية ولا سيما الالكترونية ومن الملاحظ تمتع المتعاقدين في عقود التجارة الدولية بحرية في تحديد المسائل التي يخضعونها

(١) . أحمد عبد الكريم سلامة، " التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية. دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص.٢٢٥.

للتحكيم وإن كانت بعض التشريعات تفرض قيوداً على هذه الحرية (١) . ولعل قيود قوانين حماية المستهلك هي أكثر القيود تأثيراً على محل التحكيم الالكتروني لكونها تمنع الاتفاق الذي يبرم بين المستهلك والتجار بشأن القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي يثار بشأن تعاقدهما وذلك للصعوبات ناتجة عن عدم الحضور المادي للطرفين في العقود التي تبرم عن بُعد كما سبق التوضيح (٢) و رغبة من المشرع في توفير الحماية القانونية للمستهلك لكونه بمركز تعاقدي ضعيف لعدم امتلاكه الخبرة الفنية للتاجر(٣).

تعقيب : الاعتداد بهذه القيود بشكل مطلقة لا يحقق مصلحة المستهلك في الغالب فالأخير قد يبرم عقداً الكترونياً مع شخص أجنبي وفي حالة وقوع النزاع بشأن بنود العقد فيكون خيار المستهلك الجوء الى القضاء الوطني وإتباع إجراءات التقاضي الشكلية في دعواه بلي و قد يرفض المستهلك المطالبة بحقه قضائياً مما يجعل ذلك الحق مهددا (٤)

فمن الأنسب ترك الخيار في يد المستهلك في اختيار الطريقة الأفضل لتسوية المنازعات في العقود الالكترونية مع التجار والمؤسسات التجارية وليس للتاجر المحترف الذي يتعاقد مع المستهلك إلا قبول طريقة المستهلك المفضلة والتي قد تكون قبول شرط التحكيم او مشارطته او باللجوء الى القضاء الوطني.

---

(١) – أنظر : نبيل عبد الرحمن حياوي ، مبادئ التحكيم ، ط٣ ، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص٨٣ . كذلك نص المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .

(٢) – انظر : نضال اسماعيل برهم – احكام عقود التجارة الالكترونية – ط١ – دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – الاردن – ٢٠٠٥– ص١٣٣

(٣) – أنظر : د. حسن عبد الباسط جميعي ، حماية المستهلك الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ ، ص١٣ .

(٤) – انظر : د. الاء يعقوب النعيمي ، مصدر سابق ، ص٢١٤ .

ثالثا:السبب في اتفاق التحكيم:

اشترط المشرع لصحة أي اتفاق بصفة عامة، ضرورة وجود السبب، وأن يكون هذا السبب مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، إلا أنه في حالة عدم ذكره، افترض المشرع أن لكل اتفاق سببا حقيقيا ومشروعا.

واتفاق التحكيم كغيره من الاتفاقات، يجب أن يتضمن ركن السبب وفق نفس الشروط التي حددها المشرع في هذا الإطار. ومفاد السبب في اتفاق التحكيم، هو اتجاه إرادة الأطراف إلى استبعاد طرح النزاع على القضاء، وتفويض الأمر بذلك إلى المحكمين، والسبب على هذا النحو يعتبر مشروعا دائما.

المطلب الثاني
الشروط الشكلية للتحكيم الالكتروني

([1]) معظم التشريعات التي تنظم أحكام التحكيم ,وان كانت غير متفقة حول الدور الذي تؤديه الشكلية في اتفاق التحكيم الا انها تشترك مثل هذه الشكلية والتي تتمثل في اشتراط كون اتفاق التحكيم مكتوباً ، فمنها ما تعد الكتابة شرطاً لانعقاد اتفاق التحكيم مثل قانون التحكيم المصري([2]) أو لازمة لأثبات هذا الاتفاق ([3]) هذا فيما يخص التحكيم العادي (التقليدي) أما التحكيم الالكتروني فإن عدم وجود نص قانوني يخضعه الى

(١) – أنظر : د. ابراهيم محيسن ، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية ، ط١ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ١٩٩٩ ، ص١٤ .

(٢) – أنظر : نص المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .

(٣) – أنظر : نص المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ والمادة (٢٠٣) الفقرة الثانية من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم (١١) لسنة ١٩٩٢ .

الاحكام المطبقة على التحكيم بصورة عامة اي توافر الشكل الذي يشترطه القانون في اتفاق التحكيم ، و هو الكتابة فلابد من توضيح المقصد من الكتابة أولاً ثم البحث في مدى توفرها في اتفاق التحكيم الالكتروني ثانياً.

أولاً : ماهية الكتابة :

ان التطور التقني اخرج للواقع وسائل الاتصال الحديثة مثل الفاكس والتلكس ومخرجات الكمبيوتر والميكروفيلم والشرائط الممغنطة أدى الى ضرورة التوسع في المفهوم التقليدي للكتابة ليستوعب التطور في عصر ثورة المعلومات والاتصالات وهو ما ينافي المفهوم التقليدي للكتابة الذي يتطلب ان تكون محررة على دعائم ورقية ، وبالتالي فلا مانع من ان تكون الكتابة محررة على دعامة إلكترونية تحقق ذات الهدف فالغاية هي حفظ البيانات المتداولة الكترونياً بحيث يمكن استخدامها والرجوع اليها عند الحاجة دون ان يطرأ عليها أي تعديل او تحريف ([1]) .

تعقيب ان المعنى التقليدي للكتابة قد يشكل عقبه قانونية امام اعتبار الرموز الواردة في السند الالكتروني كتابة فاذا كانت هذه الرموز تمثل اتفاق تحكيم الكتروني فإنها حينئذ لا تعتبر كتابة تستوفي بها الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم وبالتالي يتطلب الامر تدخلاً تشريعياً لإزالة هذه العقبة .

(١) – أنظر : د. توجان فيصل الشريدة ، ماهية وإجراءات التحكيم الالكتروني ، بحث منشور على شبكة الانترنت بالموقع الالكتروني الاتي : www.ledroitpourtous.blogspot.com

ثانياً: الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم

قد يختلف اتفاق التحكيم، من حيث شكله، شرطا كان أم عقدا، الا إنهما يلتقيان كليها حول ضرورة توفر شرط شكلي، استلزمه المشرع لقيام اتفاق التحكيم صحيحا منتجا لآثاره، ويتعلق الأمر بشرط الكتابة.

إذ لابد أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، فالاتفاق الشفوي لا يعتد به في هذا الصدد، وهذا ما استقرت عليه جل التشريعات الوطنية إلى جانب اتفاقيات التحكيم الدولية.
فنص قانون التحكيم المصري على نفس المقتضى من خلال مقتضيات المادة ١٢ من القانون رقم: ٢٧ لسنة ١٩٩٤، على أنه: " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا".

ودراسة شرط الكتابة تلك يقتضي بدايتا تحديد الشكل الذي استلزمه القانون في هذا الشرط، قبل أن نتطرق بعد ذلك إلى تحديد طبيعته وفق الشكل التالي:

١ . الشكل الكتابي المتطلب قانونا:

قد درجت العديد من التشريعات الي التوسع في مفهوم الكتابة، ، فاعتبرت اتفاق التحكيم مبرما كتابة إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف، أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو برقيات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال، والتي تعد بمثابة الاتفاق تثبت وجوده أو

حتى بتبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين بوجود اتفاق تحكيم دون أن ينازعه الطرف الآخر في ذلك"[1].

وبالتالي، قد يرد اتفاق التحكيم في شكل عقد رسمي أو عرفي، كما يمكن أن يضمن في المحاضر المنجزة من طرف هيئة التحكيم، وقد يرد في شكل وثيقة موقعة من الأطراف، أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو برقيات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال، إلى جانب ذلك يمكن أن يرد من خلال تبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين بوجود اتفاق تحكيم، ولكن ذلك مقيد بعدم منازعة الطرف الآخر له في ذلك.

غير أن اعتماد الصياغة الالكترونية لاتفاق التحكيم، يدفع إلى التساؤل عن مدى حجيتها القانونية في الإثبات؟

اشتراط الشكلية في اتفاق التحكيم الالكتروني:

نصت اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم والمبرمة عام ١٩٥٨ على أن يعقد شرط التحكيم بالاتفاق المكتوب في عقد او في اتفاق موقع عليه من الاطراف او الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة او البرقيات ([2]) . وأجاز قانون التحكيم الالماني ان يكون اتفاق التحكيم خطياً في وثيقة موقعة أو تبادل للرسائل او فاكسات او برقيات او غير ذلك من وسائل الاتصال التي توفر تدويناً للاتفاق ([3]) . وبهذا نري بعض القوانين

(١)- أن المشرع المغربي، عمل من خلال مقتضيات المادة ٣١٣ من القانون رقم: ٠٥-٠٨ المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، على تحديد الشكل الكتابي المتطلب قانونا لإبرام اتفاق التحكيم، فهو إما أن يأخذ شكل عقد رسمي أو عقد عرفي، وإما أن يرد في محضر يحرر أمام الهيئة التحكيمية المختارة.

(٢) – أنظر : الفقرة الثانية من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ .

(٣) – أنظر : نص المادة (١٠٢٧) من قانون التحكيم الالماني الصادر عام ١٩٩٧ والمادة (١٧٨) من قانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ .

حسمت مسألة الكتابة الالكترونية بالنسبة لاتفاق التحكيم ولعل ابرزها ما أصدرته اللجنة الاقتصادية الأوربية والتابعة للأمم المتحدة من ضرورة المساواة قانونا في قبول الكتابة الالكترونية بين التجارة العادية والتجارة الالكترونية وإعادة النظر في اجراءات تسمح بجعل الاشارة الى مصطلحات مثل التوقيع والكتابة و والمستندات في الاتفاقيات الدولية تشمل نظائرها الالكترونية .([1])وسبق ان نص قانون الأونيسترال " منظمة الأمم المتحدة للتجارة الدولية " النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ على انه يتحقق بأي وثيقة موقعة من الطرفين توافر شرط الكتابة او تبادل رسائل او برقيات او تلكسات او غيرها من وسائل الاتصال الحديثة اذا وفرت تدويناً للاتفاق (مثل الاسطوانات المدمجة والشرائط الممغنطة)

تعقيب: وبإمعان النظر بهذه النصوص القانونية نري تحقق شرط الكتابة في تبادل البيانات الكترونياً او من خلال البريد الالكتروني، ولعل مسلك المشرع المصري في تشريع قانون للمعاملات والتوقيع الالكتروني قد احسن عملا بإصدار قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ ، ولائحته التنفيذية رقم ١٠٩ لسنة ٢٠٠٥ بشأن تنظيم التوقيع الالكتروني وإنشاء هيئه تنمية صناعه تكنولوجيا المعلومات (ITIDA).[2]

شكل التوقيع الالكتروني المطبق في مصر:

وشكل التوقيع المعتمد في مصر هو النوع المفتاحي Signature Key-Based، وفيه يتم تزويد الوثيقة الالكترونية بتوقيع مشفر مميز يحدد الشخص الذي قام بتوقيع الوثيقة ووقتها ومعلومات عن صاحب التوقيع وغير ذلك لا يعتد توقيع الكتروني.

(١) – أنظر : د. حازم حسن جمعة ، اتفاق التحكيم الالكتروني وطرق الاثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة ، بحث قانوني منشور على شبكة الانترنت بالموقع الالكتروني : ttp://Kambota.forumarabia.net/t٢٤٨١-topicا

(٢) انظر في ذلك قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ ، ولائحته التنفيذية رقم ١٠٩ لسنة ٢٠٠٥.

ومما لاشك فيه ان اختلاف التشريعات الوطنية في مسألة مدى تحقق شرط الكتابة في الرسائل الالكترونية من شأنه أن يُثير الكثير من الصعوبات في حال تنفيذ احكام التحكيم الالكترونية في بلد لا يأخذ بالتفسير الموسع لشرط الكتابة الامر الذي دفع المنظمات الدولية الى محاولة اصدار الاتفاقات التي تأخذ بالتفسير الموسع للكتابة ومنها مشروع تطوير قانون التحكيم التجاري الدولي المعد من قبل لجنة الأونيسترال بالأمم المتحدة والذي نص على انه (يتعين ان يكون اتفاق التحكيم كتابياً وتشمل الكتابة أي شكل يوفر سجلاً ملموساً للاتفاق او ان يكون في المتناول على نحو آخر بصفته رسالة بيانات بحيث يمكن استعماله في إشارة لاحقة. وهو ما يدل على أن اتفاقات التحكيم يمكن ان تبرم بوسيلة أخرى ليس لها شكل المستندات الورقية كالاتصالات الالكترونية ([1]).

أما المشرع المغربي في القانون رقم: ٥٣-٠٥ المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية الصادر بتاريخ:٢٠٠٧/١٢/٠٦، فقد اعتبر من خلالها أن الوثيقة المحررة على دعامة الكترونية تتمتع بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق، شريطة أن يكون بالإمكان التعرف بصفة قانونية، على الشخص الذي صدرت عنه وأن تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شانها ضمان إتمامها.

كما اعتبر المشرع في مقتضيات المادة ٣-٤١٧ من نفس القانون على أن كل وثيقة مذيلة بتوقيع الكتروني مؤمن، أي الذي يتم إنشاؤه وكانت هوية الموقع مؤكدة وإتمام الوثيقة القانونية مضمونة بذلك، والمختومة زمنيا بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المصادق على صحة توقيعها والمذيلة بتاريخ ثابت.

(١) – انظر : توجان فيصل الشريدة ، مصدر سابق .

٢ . طبيعة شرط الكتابة: التساؤل الذي يطرح نفسه هنا يتعلق بطبيعة شرط الكتابة في اتفاق التحكيم، فهل تعتبر الكتابة ركنا من أركان اتفاق التحكيم أم شرطا لصحته؟ أم مجرد وسيلة لإثباته؟

اختلفت الأنظمة القانونية فيما بينها بخصوص شرط الكتابة في اتفاق التحكيم. فهناك من الأنظمة القانونية، من اعتبر الكتابة المتطلبة في اتفاق التحكيم مجرد وسيلة للإثبات.

ومن هذه الأنظمة، نجد مثلا كل من المشرعين التونسي والسوري. إذ نص المشرع التونسي على أنه: " لا تثبت اتفاقية التحكيم إلا بكتب سواء كان رسميا أو خط يد أو محضر جلسة أو محضرا محررا لدى هيئة التحكيم التي وقع اختيارها"[١].

فالكتابة اعتبرها المشرع التونسي وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم وليست شرطا من شروط انعقاده، سواء أكانت الكتابة بمقتضى محرر رسمي أو عرفي.

كما نص المشرع السوري من خلال مقتضيات المادة ٥٠٩ من قانون التحكيم السوري المستخرج من قانون أصول المحاكمات المدنية٢، على أنه: " لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة".

ويرى جانب من الفقه، أنه إذا نص المشرع صراحة على جعل كتابة اتفاق التحكيم للإثبات، فان الكتابة والحالة هذه تكون للإثبات وليست للانعقاد. ومن تم يجوز إثبات هذا الاتفاق بالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار ويمين حاسمة. ويستطرد هذا الجانب من الفقه

(١) – من خلال مقتضيات الفقرة ١ المادة ٦ من مجلة التحكيم التونسية عدد: ٤٢ لسنة ١٩٩٦ (١)،

(٢) . وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم: الاتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية"، المرجع السابق، ص. ٢٣٥.

بالقول، بأنه لا معنى للاعتراف بالكتابة كوسيلة إثبات، ثم نعود بعد ذلك، ولا نسمح بهذا الإثبات إلا بالكتابة. إذ أن من المقرر أن الإقرار واليمين الحاسمة، هما وسيلتان من وسائل الإثبات يصح الإثبات بأيهما في الحالات التي يجب إثباتها بالكتابة١.

ويرى جانب آخر من الفقه، أنه لما كانت قواعد الإثبات الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام، فمن الواجب الاعتداد بإرادة الأطراف في مسطرة التحكيم، بحيث إذا اتفق الأطراف على جواز الإثبات بغير الكتابة، فيما كان يجب إثباته بها، صح اتفاق التحكيم لان قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام٢.

في حين أن هناك أنظمة قانونية أخرى، تشترط الكتابة كشرط انعقاد وليس كشرط للإثبات، من بينها المشرع المغربي والمصري والفرنسي.

فبالنسبة للمشرع المغربي، نجد أنه اعتبر كتابة اتفاق التحكيم شرط انعقاد، ونص على وجوب إبرام اتفاق التحكيم كتابة إما على شكل عقد رسمي أو عرفي أو محضر يحرر أمام الهيئة التحكيمية المختارة.

وأمام صراحة هذا النص، يتبين أن اتفاق التحكيم هو من العقود الشكلية التي يتوقف انعقادها على إفراغها في سند كتابي، فلا يمكن إقامة الدليل على اتفاق التحكيم شفويا أو بأية وسيلة أخرى حتى بالإقرار.

(١) . محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية"، ج.١، اتفاق الحكيم، دار الفكر العربي، ط.١٩٩٠، ص. ١٠٦و ما يليها.

(٢) . أحمد أبو الوفا، " التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري"، دار المعارف، الإسكندرية، ط.٥، ١٩٨٨،ص. ٢٥ ومايليها.

أما المشرع المصري فقد نص من خلال مقتضيات المادة ١٢ من القانون رقم: ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، على ما يلي:" يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا و إلا كان باطلا".

وهو نفس ما سار عليه المشرع الفرنسي، عندما نص من خلال مقتضيات المادة ١٤٤٣ في شقها الأول من قانون المسطرة المدنية الفرنسي كما تم تعديله، على بطلان اتفاق التحكيم إذا لم يكن مكتوبا . (١)

وعليه، يتبين من خلال النصوص السابقة أن اتفاق التحكيم، يتعين أن يكون مكتوبا والا كان تحت طائلة البطلان. إذ اتجهت إرادة المشرع صراحة على اعتبار الكتابة ركنا لقيام اتفاق التحكيم، وليست مجرد وسيلة لإثباته، ولما كانت الكتابة تعد ركنا شكليا في الاتفاق على التحكيم، فان البطلان الناشئ عن تخلفها، يعتبر بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام.

وختاما في بحث شروط صحة اتفاق التحكيم، يمكن القول بضرورة التثبت من صحة اتفاق التحكيم بشروطه الموضوعية والشكلية، لأن من شأن ذلك أن يساهم في تحقيق فعالية التحكيم، من خلال السماح للأطراف اللذين يفضلون اللجوء إلى هذه الوسيلة من إحاطة اتفاقاتهم بعناية قصوى عند تحريرها، حتى لا يكون مصير الأحكام التحكيمية البطلان، وبدل أن يكون الهدف من التحكيم، هو تحقيق السرعة في البت في النزاعات يكون نقمة على أطرافه، وإهدارا لوقتهم.

(١)- l'article ١٤٤٣ du procédure civile proclame que:" A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite."