اتفاق التحكيم الإلكتروني

م.د. ريَّان هاشـــم حمـدون

جامعة كركوك/كلية القانون والعلوم السياسية

Electronic Arbitration Agreement

Lecturer. Dr. Rayan Hashem Hamdoun

Kirkuk University / College of Law and Political Science

المقـــدمـــة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين وبعد:

اتجه التفكير بعد شيوع استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في انجاز الأعمال القانونية وإبرام العقود وتنفيذها في بعض الأحيان إلى استخدام هذه التقنيات في جميع مراحل ابرام العقود، بالإضافة إلى تسوية منازعاتها باستخدام التقنيات نفسها لتكون تسويتها أيضاً إلكترونية، بمعنى أن اجراءاتها تجري عبر شبكة الاتصال الإلكترونية دون الحاجة لتواجد أطراف عملية التسوية في مكان واحد وهو ما يقضي تطوير نظام قانوني ملائم وموازي يحكم هذه العملية، ويجد مثل هذا التفكير أساسه في أن طبيعة شبكات الاتصال الإلكترونية التي يجري من خلالها التعامل، والتي تتجاوز الحدود الجغرافية للدول تأبى الخضوع الكامل للتعامل وفق القواعد التقليدية سواء فيما يتعلق بتكوين أحكامه أو فيما يتصل بتسوية منازعاته [1].

والواقع أن ازدهار التجارة، والتعامل عبر القنوات الإلكترونية يتطلب الاستفادة من هذه القنوات نفسها في تطوير أساليب لتسوية منازعاتها بين أطراف متباعدة مكانياً

(١) د. ايناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٩، ص٥.

مما يسمح بحسمها سريعاً وبأقل النفقات، مع مراعاة الضمانات الأساسية للتقاضي لاسيما حقوق الدفاع وتسبيب قرارات التسوية، حيث أن التجارة الإلكترونية تحتاج إلى نماذج جديدة لتسوية منازعاتها، تجري عبر شبكات الاتصال الدولية الإلكترونية، لذلك فإن نطاق عملها لابد أن يكون متجاوزاً للحدود الجغرافية للدول مما يجعل قواعد واجراءات الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتسوية منازعاتها غير ملائمة لطبيعة التجارة الإلكترونية .

إن أهمية اتفاق لتحكيم التجاري الإلكتروني كموضوع يستحق الدراسة والتمعن ينطلق مباشرة من الانحسار الواسع الذي يتم على كافة المستويات التقليدية إلى المستويات الإلكترونية، وانتقال التجارة الدولية بمكانتها الجوهرية في التقدم الاقتصادي لأي دولة إلى فضاء الانترنت الفسيح بما يصاحب ذلك من ارتقاء قدرة الدولة التجارية وارتفاع مداخيلها على مستويات زمنية ومكانية غير مسبوقة .

كما ان أهمية التحكيم الإلكتروني لا تقف عند ذلك الحد بل يمتد إلى ما قد يثيره من مسائل قانونية إجرائية وموضوعية تتعلق مباشرة بمفهوم التحكيم ذاته في إطاره المجرد كما يتعلق بالهياكل والمؤسسات من جهة والأحكام من جهة ثانية في إطارها الإلكتروني .

ورغم أن التوسع في دراسة موضوع التحكيم الإلكتروني في ذاته يجعلنا نقف أمام العديد من المسائل الخلافية التي تستحق التفرد بدراسة بحثية لوحدها، إلا أن نكتفي بالسعي إلى تحقيق هدف واحد من هذا البحث، وهو التمكن من تحديد ماهية اتفاق التحكيم الإلكتروني كمصطلح ومفهوم حديث، والوصول إلى فهم الجوانب القانونية الموضوعية والإجرائية المتعلقة به، كل هذا باعتباره وسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية.

ويمكن القول أن التحكيم الإلكتروني يبدأ بالخطوة الاولى شأنه شأن التحكيم التقليدي باتفاق اطراف العلاقة القانوني المتنازع فيها على اختياره كأسلوب لتسوية النزاع القائم بينهم، فهو مبدئيا يعد اول خطوة في التحكيم وأساس وجوده، وانتفاءه يعني

انتفاء اختيار التحكيم في ذاته كأسلوب لتسوية النزاع القائم، إلا أن الطبيعة الخاصة التي يتميز بها التحكيم الإلكتروني من خلال الوسط الإلكتروني الذي يمارس فيه ويجعل من اتفاق التحكيم الإلكتروني لا يتم بالصيغة التقليدية لاتفاق التحكيم، فهو من حيث الواقع "اتفاق إلكتروني"، ومثل هذا الوصف قد يثير بعض الإشكاليات القانونية التي تتعلق بإمكانية تطبيق القواعد القانونية الخاصة باتفاق التحكيم في صيغته التقليدية على اتفاق التحكيم الإلكتروني وبالتالي التشكيك في مدى صحة هذا الاتفاق وإلزاميته للأطراف [1].

لذلك فالتساؤل الذي يمكن أن يثار هنا هو ما المقصود باتفاق التحكيم الإلكتروني؟ وما هي صوره؟ وما هي الشروط المتطلبة لإبرام هذا الاتفاق؟ وما هي قواعد ابرام هذا الاتفاق؟ وكيف يمكن اثبات مثل هذا الاتفاق؟ هذا ما سنحاول الاجابة عليه من خلال هذا البحث المتواضع على اعتبار أن اتفاق التحكيم العمود الفقري للعملية التحكيمية وذلك من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول

ماهية اتفاق التحكيم الإلكتروني

التحكيم نظام قضائي اتفاقي يختار فيه الأطراف قضاتهم ويعهدون اليهم بمقتضى شرط خاص أو اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي نشأت والتي من الممكن أن تنشأ في المستقبل بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز تسويتها بطريق التحكيم، وفقاً لأحكام القانون أو مبادئ العدالة وإصدار حكم ملزم فيها .

وعليه فإن اتفاق التحكيم يعد جوهر العملية التحكيمية، حتى أنه إذا قلنا التحكيم قلنا في ذات اتفاق التحكيم .

(١) آلاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، عن موقع: http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n3/alaa.pdf، تم التحميل يوم: 13 11 2008، ص٩٧٦.

وللتعرف على اتفاق للتحكيم الإلكتروني فإنه لابد لنا من التكلم في هذا المبحث عن تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني وبيان صوره في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني

يُعرف اتفاق التحكيم في العموم بأنه اتفاق بمقتضاه يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم والمحتمل نشؤها من خلال التحكيم(١)، وعرفته المادة (٧) فقرة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITRAL بأنه "اتفاق بين طرفين على أن يحيل جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل"(٢).

إن التعريفين السابقين تناولا بالتحديد مفهوم اتفاق التحكيم على النحو الذي تتضح معه ماهيته كما حددا في ذات الوقت الصور التي يُعقل أن يتم بها هذا الاتفاق، لذا فاتفاق التحكيم هو اتفاق يدخل في إطار القانون الخاص يهدف إلى إحداث أثر قانوني معين يتمثل في إنشاء التزام على عاتق أطراف بإحالة النزاع الذي يثار بينهما إلى التحكيـــم .

ويمكن تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني بأنه " اتفاق يتلاقى فيه ايجاب صادر من طرف بطريقة سمعية أو بصرية على شبكة للاتصالات الدولية بقبول مطابق له صادر من طرف آخر بذات الطريق بقصد أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت

(١) آلاء يعقوب النعيمي، مصدر سابق ، ص ٩٨٨.
(٢) المصدر السابق نفسه، ص٩٨٩-٩٩٠.

أو غير تعاقدية "[1].

ويشمل اتفاق التحكيم الإلكتروني تحديد العناصر الجوهرية للاتفاق مثل محل العقد من حيث مشروعيته، ومن حيث الالتزامات المتعلقة به من تسليم وضمان، والمقابل من حيث كيفية الوفاء، ونوع العملة، لما ينطوي عليه السداد الإلكتروني من مغالطات، إضافة إلى كل الشروط المتفق عليها، والحقوق والالتزامات، والضمانات، وتحديد المستندات التي تكون جزءاً من العقد مثل الرسائل الإلكترونية والمطبوعات المتبادلة بين الأطراف التي أفضت إلى التعاقد.

وفيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية محل التحكيم يقوم أطراف العقد من خلال الشبكة ومن خلال الوسائل الإلكترونية باختيار القانون واجب التطبيق على العقد بينهما، في حال لم يشمل اتفاق التحكيم القانون واجب التطبيق. ولتحديد إذا ما كان التحكيم الإلكتروني دولياً أو داخلياً يؤخذ بمعيار القانون واجب التطبيق، ووفقاً له فإن التحكيم الداخلي هو الذي يخضع في إجراءاته للقانون الوطني، أما التحكيم الدولي فتخضع إجراءاته لقانون أجنبي أو لنصوص اتفاقية دولية[2].

ويعد اتفاق التحكيم في طبيعته عقدا من حيث أنه تصرف قانوني يصدر عن إرادتين أو أكثر.

لا تختلف طبيعة اتفاق التحكيم الإلكتروني من هذه الناحية عن طبيعة اتفاق التحكيم بصورة عامة من حيث أنه يعد عقدا إلكترونيا، ومهما كان نوع اتفاق التحكيم فالخصومة لا يتم تحريكها إلا إذا تم طرح النزاع على التحكيم بموجب اتفاق التحكيم، بما يعني أن اتفاق التحكيم مرتبط بعلاقة قانونية أخرى تسبقه أو تعاصره في الوجود والهدف من اتفاق التحكيم هو تحديد الوسيلة التي يُفض بها النزاع الذي يثار في إطار

(١) د. ايناس الخالدي، مصدر سابق، ص٢٠١ .
(٢) ينظر الموقع الإلكتروني: http://www.ostazsat.net/showthread.php?t=47719

هذه العلاقة القانونية[١].

ويعد اتفاق التحكيم الإلكتروني اتفاقاً مستقلاً عن العقد الأصلي استناداً إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم، حيث يعد هذا المبدأ من المبادئ المستقرة في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية أو لوائح التحكيم، ويترتب على ذلك أن الاتفاق على التحكيم الإلكتروني ليس مجرد شرط وارد في العقد الإلكتروني الاصلي وانما هو عقد مستقل آخر[٢].

ويترتب على استقلالية اتفاق التحكيم أثران هامان، الأول: عدم ارتباط التحكيم الإلكتروني بمصير العقد الأصلي، والثاني: عدم خضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني لذات القانون الذي يحكم العقد الأصلي[٣].

إن مصطلح اتفاق التحكيم الإلكتروني له معنيان الأول كون أطراف النزاع اتفقوا على تسوية نزاعهم عن طريق وسائل التحكيم التقليدية ولكن التوصل لاتفاق التحكيم تم عن طريق الوسائل الإلكترونية، والثاني كون أطراف النزاع اتفقوا على اللجوء إلى التحكيم لحل خلافاتهم عن طريق استخدام وسائل التقنية الحديثة[٤].

وإذا كان ما يميز التحكيم الإلكتروني ويضع الفارق الرئيسي بينه وبين التحكيم في حقيقته التقليدية هو استعمال وسائل الاتصال الحديثة في اجراءاته، فإن هناك مسألة خلافية تطرح حول إلزامية تمام التحكيم بأكمله عبر الوسيلة الإلكترونية لاعتباره

(١) احمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٥٦.
(٢) رجاء نظام حافظ بني شمسه، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني، أطروحة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ص١٣٢، ٢٠٠٩م، ص٦١.
(٣) د. خالد ممدوح إبراهيم، خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط ٠١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص٢٨٣ .
(٤) عِمَاد الدِّين المُحمَّد، طبيعةُ وأنماطُ التَّحكيمِ معَ التركيز على التحكيم عبر الإنترنت، http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n3/emad%20aldin%20mohamed.pdf، ص١٠٤١.

إلكترونيا أم يكفي لاعتباره كذلك استعمال الوسيلة الإلكترونية في أية مرحلة من مراحله[1]، الواقع أن الفقه لم يتفق على رأي واحد، وانقسم في ذلك إلى اتجاهين:

الأول: يعد التحكيم إلكترونيا سواء تم بأكمله عبر وسائل إلكترونية أو اقتصر استعمالها على بعض المراحل منه فقط، إذ يمكن أن يقتصر استخدام الوسيلة الإلكترونية على مرحلة إبرام اتفاق التحكيم أو على مرحلة الخصومة، في حين تتم باقي المراحل بالطرق التقليدية كأن تعقد جلسات التحكيم بحضور الطرفين مثلا .

الثاني: لا يعد التحكيم إلكترونيا إلا إذا تم بأكمله عبر الوسيلة الإلكترونية، إذ ينبغي أن يبدأ التحكيم باتفاق تحكيم إلكتروني ثم يمر بإجراءات تحكيم تتم باستعمال وسائل الاتصال الحديثة، فلا يلتقي الطرفان مع المحكمين لقاءا ماديا ولا يصار إلى انعقاد جلسات تحكيم مادية وصولا إلى مرحلة صدور الحكم الإلكتروني.

الاتجاه المرجح هو الثاني والسند هو أن التحكيم الإلكتروني تحكيم يتم بأكمله عبر الوسيلة الإلكترونية والقول بنقيض ذلك يجعل من أي تحكيم تحكيما إلكترونيا، إذ لا يخلو تحكيم من استعمال وسائل الاتصال الحديثة في أي مرحلة من مراحله، كأن يتم تبليغ الخصم عبر البريد الإلكتروني أو إرسال بعض المستندات عبر الفاكس، فاستخدام هذه التقنيات الحديثة لا يجعل من التحكيم إلكترونيًا.

بالإضافة إلى أن جميع مراكز التحكيم الدولية تعمل على الاستفادة من التطور التقني من حيث امتلاكها مواقع إلكترونية على الشبكة يمكن التواصل معها عبرها، إلا أن هذا لا يجعل من قضايا التحكيم التي تتولاها إلكترونية ولا يتم تطبيق قواعد التحكيم الإلكتروني بدلا من التحكيم التقليدي.

أكثر من ذلك، فإن نظام Net Case الذي تستخدمه بعض مراكز التحكيم الإلكتروني في عقد جلسات تحكيم إلكترونية مثل غرفة التجارة الدولية في باريس، يسمح لأطراف التحكيم الذي يجري وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية ICC التواصل

(١) آلاء يعقوب النعيمي، مصدر سابق، ص٩٧٦ .

بينهم عبر الانترنت في مجال آمن خاص بهم، تكون فيه المعلومات المتبادلة مشفرة ويساعد على أرشفة المستندات حسب كل قضية على حدة، وعلى الرغم من ذلك فإن التحكيم الذي يتم بموجب هذا النظام يبقى تحكيما تقليديا وليس إلكترونيا لأن استخدامه لا يُغني عن وجود جلسات تحكيم تقليدية .[١]

و لكن في الغالب يثار التساؤل التالي: هل من اللازم قانونا وفق الارتباط بين اتفاق التحكيم والعلاقة القانونية بين طرفيه أن يوجد اتفاق التحكيم في إطار هذه العلاقة القانونية؟ وإذا كانت هذه العلاقة القانونية عقدا يربط بين الطرفين فهل يجب أن يكون اتفاق التحكيم بندا أو شرطاً موجود في العقد ذاته؟ [٢].

يتم الإجابة على هذا التساؤل بالنفي من حيث الإمكانية على اتخاذ اتفاق التحكيم لأكثر من صيغة واحدة، فالقانون لا يشترط ألا يخرج اتفاق التحكيم عن إطار العلاقة القانونية بين الطرفين أو أن يكون بالضرورة معاصرا لها، فاتفاق التحكيم يمكن أن يتخذ بالاستناد إلى ما سبق واحدة من الصور التي ستكون محور بحثنا في المطلب الثاني .

المطلب الثاني

صور اتفاق التحكيم الإلكتروني

يرد اتفاق التحكيم الإلكتروني في إحدى من الصور التالية [٣]:

أولا: شرط التحكيم الإلكتروني يُعرف بأنه الشرط الذي يرد في العقد بإحالة المنازعات المستقبلية حول ذلك العقد إلى التحكيم[٤]، وفي هذه الصورة يكون اتفاق التحكيم الإلكتروني سابقا على قيام النزاع فلا ينتظر أطراف العلاقة القانونية نشوب النزاع بينهما لتحديد الوسيلة التي يعتمدانها لحله بل يتخذان القرار بشكل مسبق .

(١) آلاء يعقوب النعيمي، مصدر سابق، ص٩٧٦، وما بعدها .
(٢) المصدر السابق نفسه، ص٩٨٧.
(٣) رجاء نظام حافظ بني شمسه، مصدر سابق، ص٦٣.
(٤) د. خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق ، ص٩٩٠.

واتفاق الأطراف على إخضاع النزاع الذي قد ينشأ بينهما في المستقبل بسبب تلك العلاقة إلى التحكيم يتم الإشارة إليه بإحدى طريقتين إما بإدراجه كشرط للتحكيم بنداً في العقد الذي يبرم بين الطرفين واما أن يكون الاتفاق على هذا الشرط للتحكيم الإلكتروني لاحقا على العقد فيأتي في صورة اتفاق للتحكيم مستقلا عنه [١].

ثانيا: مشارطة التحكيم الإلكتروني ويمكن تعريفها بأنها الاتفاق الذي يبرمه طرفا العقد الأصلي بعد وقوع النزاع الخاص بذلك العقد ويحال بموجبه نزاعهما إلى التحكيم[٢]، فاتفاق التحكيم في هذه الحالة يكون لاحقا أو تاليا لقيام النزاع بما يعني معه استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بين الطرفين .

والفرق بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم من حيث أن الأول يتعلق بنزاع مستقبلي غير محدد في حين يتعلق الثاني بنزاع وقع فعلا وأصبح محددا وواضحا .

وتتحدد أهمية التفرقة بينهما في أن بعض القوانين الوطنية تتطلب في مشارطة التحكيم تحديد طبيعة النزاع الذي وقع فعلا تحت طائلة بطلان الاتفاق، مثلما نصت عليه المادة ١١ من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ بخلاف شرط التحكيم مادام أنه يتعلق بنزاع مستقبلي.

ثالثا: وقد يكون التحكيم بالإحالة بموجب هذه الصورة من اتفاق التحكيم الإلكتروني، يشير طرفاه في العقد الأصلي إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم بقصد تطبيق أحكام هذه الوثيقة على العلاقة بين الطرفين وذلك باعتبارها جزءاً من العقد، وغالبا ما يكون هناك ارتباط بين العقد الذي يتضمن الإحالة والوثيقة التي تتضمن شرط التحكيم وتتم الإحالة إليها، كأن تكون هذه الوثيقة عبارة عن عقد نموذجي فيشير إليه الأطراف عند إبرامهم العقد.

يلاحظ أن الصور الثلاث للتحكيم، هي الصور التي يمكن أن يتخذها التحكيم

(١) آلاء يعقوب النعيمي، مصدر سابق، ص٩٩١-٩٩٢.
(٢) المصدر السابق نفسه، ص٩٩٦.

التقليدي والتي تم النص عليها في قوانين التحكيم التي وضعت أصلا لتنظيم أحكامه، فإذا كان التحكيم إلكترونيا فإن الوثائق المتعلقة بصور التحكيم سواء كانت في شرط التحكيم من حيث وروده كبند في وثيقة العقد الأصلي أو كانت مشارطة التحكيم من حيث وروده كاتفاق مستقل في وثيقة مستقلة عنوانها اتفاق التحكيم أو كانت في صورة التحكيم بالإحالة الذي يرد في صيغة وثيقتين تتضمن الإحالة والمحال إليها، ستكون حينها وثائق إلكترونية في صورة صفحات إلكترونية على الإنترنت، وكل الوثائق والمستندات الخاصة به بدءا من الاتفاق وانتهاءً بالحكم هي وثائق إلكترونية.

فلا يخرج اتفاق التحكيم الإلكتروني في هذه الحالة عن الصور الثلاث لاتفاق التحكيم التقليدي، فيما عدا اتفاق التحكيم بالإحالة الذي يتطلب للقول به إلكترونيا توافر شرطين:

١- أن يتضمن العقد الإلكتروني المبرم بين الطرفين إشارة إلى شرط التحكيم الموجود في ملف مستقل يضمه أحد الروابط في صفحة الموقع على أن تكون الإحالة إلى الرابط واضحة، فإذا قبل المتعاقد إبرام العقد الأصلي اعتبر قبولا ضمنيا لشرط التحكيم طالما كان يعلم به .

٢- إمكانية الوجود الفعلي والوصول إلى الملف الذي يتضمن هذا الشرط [١].

المبحث الثاني

قواعد ابرام اتفاق التحكيم وشروطه

الخطوة الاولى التحكيم الإلكتروني شأنه في ذلك شأن التحكيم التقليدي تبدأ باتفاق أطراف النزاع على اللجوء إليه كوسيلة لفض النزاع المثار بينهما، فهو يعد الخطوة الأولى في التحكيم وأساس قيامه، وانتفاءه يعني انتقاء اللجوء إلى التحكيم في ذاته، إلا أن الطبيعة الخاصة التي يتميز بها التحكيم الإلكتروني من خلال الوسط الإلكتروني الذي يمارس فيه ويجعل من اتفاق التحكيم الإلكتروني لا يتم بالصيغة

(١) آلاء يعقوب النعيمي، مصدر سابق، ص٩٩ وما بعدها .

التقليدية لاتفاق التحكيم، فهو واقعيا "اتفاق إلكتروني"، ومثل هذا الوصف قد يثير إشكاليات قانونية تتعلق بإمكانية تطبيق القواعد القانونية الخاصة باتفاق التحكيم في صيغته التقليدية على اتفاق التحكيم الإلكتروني وبالتالي التشكيك في مدى صحة هذا الاتفاق وإلزاميته للأطراف(١).

وبناء على ما سبق سنتكلم في هذا المبحث عن شروط ابرام اتفاق التحكيم في المطلب الاول، ومن ثم سنتكلم في المطلب الثاني عن ابرام اتفاق التحكيم .

المطلب الأول

الشروط الموضوعية والشروط الشكلية لاتفاق التحكيم

يلزم لصحة انعقاد اتفاق التحكيم الإلكتروني توافر نوعين من الشروط وهي شروط موضوعية وأخرى شكلية، والتي سنعرض لها تباعا في الفروع التالية:

الفرع الأول: الشروط الموضوعية

بما أن اتفاق التحكيم الإلكتروني عقد من العقود فإنه يتطلب لقيامه ما يتطلبه أي عقد آخر من الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاده التي تتمثل في الأركان الثلاث التقليدية: الرضا والمحل والسبب، إلا أنه يتميز بخصوصية معينة باعتبار أن إبرامه يتم عبر وسيلة إلكترونية، وهي الخصوصية التي تتعلق بمدى إمكانية التعبير عن إرادة الأطراف إلكترونيا ومدى اعتداد القانون بهذا التعبير وكيف يتم التحقق من توافر الشروط الملزمة لصحة التعبير ولا سيما توافر الأهلية اللازمة لدى الطرفين(٢).

وهذا ما يطرح التساؤل التالي: هل يعد أي نزاع يثار بشأن عقد إلكتروني من عقود التجارة الإلكترونية قابلا للخضوع للتحكيم فيكون بذلك محلا في اتفاق التحكيم الإلكتروني؟

(١) آلاء يعقوب النعيمي، مصدر سابق، ص٩٨٧.
(٢) د. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٢٩ .

وهذا ما سنحاول الاجابة عنه من خلال ما يأتي:

أولاً: الرضا في اتفاق التحكيم الإلكتروني

يقصد بالرضا باعتباره ركنا في العقود بشكل عام توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، ويقصد بالرضا في اتفاق التحكيم تطبيقا لذلك توافق إرادتي طرفي النزاع على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع القائم أو المحتمل قيامه مستقبلا .

إن التعبير عن الإرادة بالإيجاب والقبول الاليكتروني أمر ضروري ليتحقق التراضي لجعل التحكيم الطريق لحل المنازعات ببين أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني، فلا بد ان يشير الاتفاق صراحة من خلال الوثيقة أو الرسائل المرسلة إلى أن الهدف من الاتفاق هو تنحية القضاء جانباً عن النظر في المنازعة، بحيث يتم تحديد النزاع بدقة . أما القبول الذي ينعقد به اتفاق التحكيم فهو القبول الصادر ممن وجه اليه الإيجاب، ويشترط في القبول ان يكون مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة في كل ما تناوله من مسائل سواء كانت جوهرية أو ثنائية، أو ان يتم في الميعاد المحدد لذلك[١] .

ولكي يعد ركن الرضا متوافرا في اتفاق التحكيم لا بد مبدئيا من وجود الرضا وصحة التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم الإلكتروني .

١- **وجود الرضا في اتفاق التحكيم الإلكتروني،** لما كان إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني يتم عبر وسيلة إلكترونية فإن معناه أن التعبير عن الإرادة يكون من خلال هذه الوسيلة الإلكترونية حيث يتم توجيه الإيجاب من خلالها وتلقي القبول عبرها، فالتاجر يُضمن موقعه الإلكتروني شروط التعاقد ومن بينها شرط التحكيم، فإذا أراد زائر الموقع أن يبرم العقد فإنه يقوم بالنقر على أيقونة عبارة "أنا أقبل" أو"أضف إلى السلة" إشارة قبول التعاقد أو قبول الشراء، فإذا كانت هذه الوسيلة صالحة واقعا للتعبير عن الإرادة ونقلها إلى الطرف الآخر، فهل يمكن أن يَعتد بها القانون كوسيلة

(١) د. عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠٠٩م، ص٨٩، وما بعدها.

للتعبير عن الإرادة بالشكل الذي تترتب معه الآثار القانونية على التعبير؟

يتفق الفقه على أنه ليس في القواعد العامة ما يحول دون تمام التعبير عن الإرادة بالوسيلة الإلكترونية، مادامت تتواءم والمبادئ العامة المتعلقة بوسائل التعبير عن الإرادة [١]، ولذلك فإن قيام زائر الموقع بالضغط على أيقونة معينة بما يفيد الرضا بالتعاقد والموافقة على شروطه الواردة في صفحة الموقع يكون مسلكا لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي.

وغالبا ما تنص التشريعات الخاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية على هذه الحالة مثل قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الاتحادي للإمارات العربية المتحدة رقم (٢٠٠٦/١) الذي تقضي المادة (١١) منه " ... لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلة الإلكترونية، لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه قد تم بواسطة مراسلة إلكترونية أو أكثر."

ولكي يعتد بالضغط على الأيقونة الخاصة باللجوء إلى التحكيم بما يفيد القبول كتعبير عن الإرادة ينبغي:

١- أن يكون الزائر الراغب باللجوء إلى التحكيم قد اطلع على شرط التحكيم فضلا عن الشروط الأخرى في العقد .

٢- ألا ينفذ العقد المبرم قبل الضغط على أيقونة القبول على اللجوء إلى التحكيم، فإذا كان بإمكان تنفيذ العقد جزئيا أو كليا قبل الضغط على هذه الأيقونة الخاصة بالقبول فلا يعتد بالضغط عليها ولا يعد قبولا على شروط العقد أو شرط التحكيم[٢].

٢ . صحة التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم الإلكتروني

تتحقق صحة الرضا كما تقتضي القواعد العامة بخلو رضا الطرفين من عيوب الإرادة من جهة وأن يكون صادرا عن ذي أهلية من جهة أخرى .

(١) التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المعهودة عرفا، أو باتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي .
(٢) آلاء يعقوب النعيمي، مصدر سابق، ص٩٩٧ .

- خلو رضا الطرفين من عيوب الإرادة، ليس من المتصور غالبا أن يكون اتفاق التحكيم الإلكتروني مشوبا بعيب من عيوب كالإكراه أو الغلط أو التغرير، ذلك أن التحكيم الإلكتروني تديره مراكز تحكيم موثوق بها كما أن هذه الخدمة تكون متاحة في إطار مواقع تحرص على سمعتها التجارية .
- أن يكون الرضا صادرا عن ذي أهلية، يتطلب المشرع توافر أهلية التصرف في طرفي اتفاق التحكيم وإلا اعتبر باطلا، فإذا كان العقد قد أبرم بين تاجر أو شركة تدير موقع إلكتروني تجاري على شبكة إنترنت وبين مستهلك فإنه ينبغي توافر الأهلية في كليهما .

بالنسبة للتاجر لا خلاف في وجوب أهليته أو وجودها، إذ أن ممارسته للنشاط التجاري على وجه الاحتراف يؤكد تمتعه بالأهلية اللازمة لممارسة النشاط التجاري وهي الأهلية الكاملة .

أما بالنسبة للمستهلك فالتحقق من أهليته محل صعوبة، فرغم أن المستهلك لدى إبرامه عقدا من عقود التجارة الإلكترونية يلزم بتقديم معلومات شخصية لتحديد هويته إلا أنه من الصعب واقعا التحقق من دقة المعلومات التي يقدمها، فكثيرا ما يقدم المستهلك معلومات غير صحيحة عن هويته حماية لخصوصيته وخشية استعمال هذه المعلومات خلافا لإرادته، وبهذا فإن حكم التحكيم الإلكتروني يكون معرضا للبطلان إذا تبين أنه ناقص أهلية أو ليس له أهلية التصرف في الحق محل النزاع .

ولمنع حدوث ذلك يتم التحقق من هوية أطراف الاتفاق عن طريق شخص ثالث مهمته التأكيد على أن المتعامل الإلكتروني قد قدم بيانات دقيقة عن هويته الشخصية يطلق عيه اسم "مقدم خدمة التصديق Certification Authority"، وبهذه الصورة يمكن التأكد من أن الشخص الذي يبرم اتفاق التحكيم حائز لأهلية التصرف المطلوبة ولم يتخذ اسماً وهميا أو مستعارا[١] .

(١)آلاء يعقوب النعيمي ، مصدر سابق، ص١٠٠٠ وما بعدها .

تبقى مسألة القانون الواجب التطبيق على الأهلية فنجد أن اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لم تقرر بشأنها بل تركت لمحاكم الدول المختلفة أن تطبق القواعد المعمول بها في كل دولة، ويعود السبب في ذلك إلى تخوف واضعي الاتفاقية من الدخول في مسألة تنازع التكييف بالنظر إلى اختلاف قواعد الإسناد ولتعذر وضع نصوص موحدة، لذلك تركت مسألة تقدير أهلية أطراف اتفاق التحكيم للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع في قانون الدولة المطلوب إليه تنفيذ حكم التحكيم [1].

ثانياً: المحل في اتفاق التحكيم

لا يخرج اتفاق التحكيم عن القواعد العامة التي تقضي بوجوب أن يكون لكل عقد محل يضاف إليه، وأن يكون هذا المحل قابلا لحكم العقد، فالمحل الذي يضاف إلى اتفاق التحكيم يتمثل بالنزاع القابل للتحكيم في طبيعته.

الأصل في التجارة الدولية أن المتعاقدين يتمتعان بحرية كبيرة في تحديد المسائل التي تخضع للتحكيم، إلا أن بعض التشريعات تفرض قيودا على حرية الأطراف في إخضاع النزاع للتحكيم فتنص على عدم قابليته للتحكيم مثل تلك التي أتت بها التشريعات الخاصة بحماية المستهلك.

ومثل هذا المنع مرده رغبة المشرع في إحاطة المستهلك بالحماية، فهو يقرر له حقوقا في قانونه الوطني تدَعم ضٌعف مركزه وتعدل من عدم التوازن المفترض في العلاقة بينه وبين التاجر المحترف، ومن البديهي أن المستهلك الذي يتسم مركزه بالضعف حاجته إلى الحماية ولذات السبب عندما يبرم تعاقد إلكترونيا، والتسليم بذلك معناه عدم جواز الاتفاق على التحكيم الإلكتروني إذا كان أحد الطرفين مستهلكا.

وقد حاول الفقه والقضاء اتخاذ موقف وسط من مسألة قابلية النزاع للتحكيم عندما يكون أحد طرفيه مستهلكا وذلك بالوقوف على الحكمة من عدم جواز اللجوء إلى

(١) خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق، ص٢٩٢.

التحكيم واختيار قانون سوى القانون الوطني قانونا واجب التطبيق على النزاع والذي يمكن رده إلى أن المستهلك قد يوافق على شروط العقد ومن بينها شرط التحكيم دون تبصر وموازنة بين اللجوء إلى التحكيم واللجوء إلى القضاء الوطني وتطبيق القانون الوطني، وقد لا يكون له الخيار لإجراء مثل هذه الموازنة أصلا لانفراد التاجر بإعداد العقود التي يفترض بالمستهلك الذي يرغب في التعاقد الموافقة عليها جملة وتفصيلا .

فهذا الاتفاق يحمل الخشية من قيام المستهلك بالتنازل عن حقوقه مقدما، لذلك يُمنع التحكيم الذي يأخذ صورة شرط التحكيم دون مشارطة التحكيم، حيث تنتفي هذه الخشية لقيام اتفاق التحكيم لاحقا على النزاع.

ولإعطاء المستهلك الخيار بين التحكيم واللجوء للقضاء، تتبع المواقع التجارية على الانترنت طريقتين:

١- تقديم التاجر صاحب الموقع تعهد من جانب واحد للمستهلكين الذي يبرمون عقودهم عبر الموقع باللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات التي تنشأ عن التعامل معه، وتأكيدا لالتزام التاجر بتعهده تقوم المحكمة الافتراضية بوضع تصديقها على الموقع تأكيدا على التزام صاحبه باللجوء إلى التحكيم.
٢- إدراج بند في العقد المبرم بين المستهلك والتاجر يعطي الخيار بموجبه للمستهلك اللجوء لفض النزاع الذي قد ينشأ عن العقد أو بسببه إلى القضاء أو التحكيم[١].

الفرع الثاني: الشروط الشكلية

تتطلب أغلب القوانين المنظمة لأحكام التحكيم شكلية معينة في اتفاق التحكيم والتي تتمثل باشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، إلا أن هذه القوانين غير متفقة حول الدور الذي تلعبه هذه الشكلية في اتفاق التحكيم بين من تعده شرطا لانعقاد اتفاق التحكيم ذاته، وبين من تعده لازمة لإثبات هذا الاتفاق، لكن إذا كنا بصدد تحديد

(١) آلاء يعقوب النعيمي مصدر سابق، ص١٠٠٤ وما بعدها.

الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني فإن التساؤل يدور حول كيفية استيفاء هذه الشكلية في اتفاق التحكيم الإلكتروني؟[١]

فالتحكيم الإلكتروني يخضع _ بالنظر إلى عدم وجود نصوص قانونية خاصة به_ إلى الأحكام التي تسري على التحكيم بوجه عام، ولذلك يجب توافر الشكل الذي يشترطه القانون في اتفاق التحكيم سواء كان الشكل المطلوب شرط انعقاد أو لازمة إثبات[٢]، وهو الواقع الذي يمكن تطبيقه على مسألة التوقيع أيضا .

أولاً: الكتابة كشرط شكلي لاتفاق التحكيم الإلكتروني

إذا كان شرط الكتابة يتوافر بالكتابة الخطية المتعارف عليها، فإن التساؤل يثور حول مدى توافر هذا الشرط في اتفاق التحكيم الإلكتروني، بمعنى ما هو حكم الكتابة الإلكترونية المستخدمة في تحرير اتفاق التحكيم وما مشروعيتها ؟

إن الكتابة بمعناها التقليدي تكون محررة على دعائم ورقية ولكن التطور التكنولوجي في وسائل الاتصال أدى إلى ضرورة التوسع في هذا المفهوم ومن ثم لا يوجد ما يمنع أن تكون الكتابة محررة على دعامة إلكترونية طالما تحقق الهدف نفسه ، فالمهم هو أن يتم حفظ البيانات المتداولة بحيث يمكن الاحتفاظ بها والرجوع إليها عند الخلاف دون أن يطرأ عليها أي تعديل أو تحريف[٣].

والكتابة تعد شرطا لصحة اتفاق التحكيم حسب ما نصت عليه كل من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ في المادة الثانية الفقرة الثانية، والمادة الثانية الفقرة السابعة من قانون الأونسيترال النموذجي[٤]، في حين نجد أن قانون التحكيم السويدي والفرنسي لا يتطلبان أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، وتتفق معهما اتفاقية جنيف للتحكيم الدولي لعام

(١) محمد محمود محمد جبران، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠٠٩، ص١٠٧وما بعدها .
(٢) جمعة حازم حسن، اتفاق التحكيم الإلكتروني وطرق الاثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة ص٢٠، منشور في الموقع الإلكتروني في تاريخ ٢٠٠٨/٩/٢٢: www.arablawinfo.com .
(٣) خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق،ص٢٩٤.
(٤) عِمَاد الدِّين المُحمَّد، مصدر سابق، ص١٠٤ .

١٩٦١، وثمة قوانين مثل قانون التحكيم الألماني وقانون التحكيم الإنجليزي والقانون الدولي الخاص السويسري تعد أكثر مواكبة لمعطيات العولمة، إذ تعد اتفاق التحكيم مكتوبا إذ أبرم إلكترونيا.

إن اختلاف القوانين الوطنية والدولية في مسألة مدى تحقق شرط الكتابة في اتفاق التحكيم الإلكتروني دفع المنظمات الدولية إلى إصدار الاتفاقات التي تأخذ بالشكل الموسع للكتابة، ومنها مشروع تطوير قانون التحكيم التجاري الدولي الجاري إعداده من قبل لجنة الأونسيترال بالأمم المتحدة، والذي نص على أنه "يتعين أن يكون اتفاق التحكيم كتابيا، وتشمل الكتابة أي شكل يوفر سجلا ملموسا للاتفاق، وأن يكون في المتناول عن نحو آخر بصفته رسالة بيانات بحيث يمكن استعماله في إشارة لاحقة"،[١] وهو ما يدل على أن اتفاقات التحكيم يمكن أن تبرم بوسيلة أخرى ليس لها شكل المستندات الورقية كالاتصالات الإلكترونية مثلا[٢].

ثانيا: التوقيع كشرط شكلي لاتفاق التحكيم الإلكتروني

اشترطت اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ وقانون الأونسيترال لعام ١٩٨٥ ومعظم قوانين التحكيم الوطنية أن يكون اتفاق التحكيم موقعًا من أطراف النزاع على اعتبار أن التوقيع – في شكله التقليدي – يعد مفيدا لسببين أولهما تأكيد موافقة الطرف الموقع على العقد، وثانيهما تأكيد إتمام إعداد الوثيقة وتحديد هوية الأطراف.

ورغم أن بعض التشريعات كقانون التوقيعات الإلكترونية والتجارة المحلية والدولية الأمريكي يبدي ميلا لقبول التوقيع الإلكتروني، إلا أن المشكلة تكمن في أن تعريف التوقيع الإلكتروني يختلف من بلد لآخر من جهة أو في عدم تبني بعض الدول لموقف واضح بشأن مسألة التوقيع الإلكتروني من جهة ثانية أو أن تشريعاتها تفرض شروطا متباينة للاعتراف بشرعيته قانونا من جهة ثالثة .

(١) وثيقة الأونسيترال الصادرة جوان ٢٠٠٢ .
(٢) خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق،ص٢٩٦- ٢٩٧.

ما نجده واقعا أن الكثيرين يعدون التوقيع الإلكتروني على اتفاق التحكيم سواء كان في ذات العقد الأصلي أو في وثيقة مستقلة ملبيا لمتطلبات التوقيع التقليدي بالنظر إلى الأسباب التالية:

١- أن اتفاق التحكيم الذي يتم التوصل إليه بالوسائل الإلكترونية يعد مشروعًا بغض النظر عن وجود التوقيعات الأصلية لطرفي العقد، إذ أن تبادل هذه الوثائق الإلكترونية يعد تعبيرا صريحا عن النوايا الحقيقية للأطراف واعترافهما بمضمون ما اشتملت عليه الوثائق المتبادلة.

٢- أن الوسائل التقنية الحديثة مثل نظام التصديق من قبل طرف ثالث كفيلة بتحديد هوية أطراف اتفاق التحكيم وتأكيد مضمونه وإتمام شروط الوثيقة على نحو مطابق لمهام التوقيع التقليدي.

ولقد مُنح التوقيع الإلكتروني ذات الشرعية القانونية للتوقيع التقليدي في العديد من تشريعات الدول، كما أنه في عام ٢٠٠١ تبنت لجنة الأمم لقانون التجارة الدولية القانون النموذجي الخاص بالتوقيع الإلكتروني الذي يُعرفه على أنه يشمل أية معلومات مخزنة بطريقة إلكترونية يمكن أن تستخدم للتعريف بهوية صاحب التوقيع وتأكيد موافقته على المعلومات التي تتضمنها هذه الوثيقة الإلكترونية .

واعتمد البرلمان الأوروبي سنة ٢٠٠٠ الدليل الأوروبي للتجارة الإلكترونية الذي طالب بإزالة العقبات القانونية والمادية التي تقف في وجه الاعتراف بشرعية العقود الإلكترونية واستيفائها لشرطي الكتابة والتوقيع، كما اعتمد الدليل الأوروبي للتوقيعات الإلكترونية الذي عرف التوقيع الإلكتروني على أنه البيانات المتوفرة في صيغة إلكترونية والمرفقة والمرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى والتي تستخدم كأسلوب للتصديق[١].

وعلى العموم فإن الوثيقة الإلكترونية يجب أن تتضمن أسماء أطراف النزاع

(١) عِمَاد الدِّين المُحمَّد، مصدر سابق، ص١٠٤٤-١٠٤٥.

ونص اتفاق التحكيم نفسه من حيث الإيجاب والقبول والشروط الوردة فيه وينبغي تخزين هذه المعلومات إلكترونيا بطريقة تسمح بحق الدخول إليها ومراجعتها لاحقا واستخدامها كدليل لإثبات صحة اتفاق التحكيم، وبحيث لا يمكن تزويرها أو تعديل مضمونها[١].

المطلب الثاني

ابرام الاتفاق على التحكيم الإلكتروني

على عكس الوساطة الإلكترونية التي يترك نظام مركز التحكيم الإلكتروني أو المحكمة الفضائية للوسيط غالباً وضع نظام إجراءاتها، فإن نظام مركز التحكيم الإلكتروني شأنه شأن مركز التحكيم العادي يجب أن يضع نظاماً خاصاً به من أجل تنظيم عملية التحكيم، وتحديد وقت بدء الإجراءات، ووقت تحديد صدور الحكم، وجميع الإجراءات التي تشمل هذه العملية ابتداءً من كيفية وشرعية اتفاق التحكيم، وغالباً ما تتبنى مراكز التحكيم الإلكترونية قواعد تكميلية إذا ما وجد نقص في قواعد النظام مثل الرجوع لقواعد القانون النموذجي الأونسيترال بشأن التحكيم التجاري الدولي (١٩٨٥)، أو قواعد غرفة التجارة الدولية مع إدخال التعديلات التي تتناسب مع طبيعة التحكيم الإلكتروني .

وتتم إجراءات التحكيم بطريقة إلكترونية على موقع المركز الإلكتروني ويتم خلال هذه الإجراءات تخزين البيانات والمستندات والوثائق المتعلقة بالقضية

وعندما يتفق الأطراف على اللجوء للتحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من خلافات، فمن المألوف أن يضمنوا عقدهم بنداً يشيرون فيه إلى اتجاه إرادتهم إلى حل نزاعهم من خلال التحكيم، ويسمى هذا الشرط بشرط التحكيم .

وقد يتم إبرام هذا الاتفاق في عقد مستقل عن العقد الأصلي وقد يكون سابقاً أو لاحقاً لنشوب النزاع كما مر سابقاً .

(١) عِمَاد الدِّين المُحمَّد، مصدر سابق ص١٠٤٥.

فضلاً عن أن اتفاق التحكيم يتضمن العديد من التفصيلات التي لا يمكن أن يشملها شرط التحكيم حيث تنص المادة (١١) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ على " يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على نشوء النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام أية جهة قضائية، ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديداً دقيقاً وإلا كان الاتفاق باطلاً " .

ويقابل هذه المادة في قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المادة (١٠)، ونجد من خلال القانونين المذكورين أعلاه أنهما اعترفا بصورتي اتفاق التحكيم، شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، وهذه الصور من التحكيم لا تثير أية مشكلة في مجال التحكيم الإلكتروني لإمكان إجراءها بين الأطراف إلكترونياً بالشكل المتعارف عليه في كثير من دول العالم سواء في شكل شرط بالعقد الذي أثير النزاع بشأنه أو باتفاق لاحق عن طريق شكل عقد، أو من خلال شرط الإحالة إلى وثيقة تتضمن شروط تحكيم، ويكون شكل شرط التحكيم إذا أسند هذا الشرط لمركز التحكيم الإلكتروني فض النزاع بشكل صريح، ويتم بصورة عقدية إلكترونية عندما يرسل الأطراف إلى مركز التحكيم الإلكتروني رسالة إلكترونية باتفاقهما على عرض النزاع على هذا المركز .

أما نقطة الاختلاف بين التحكيم الإلكتروني والتحكيم العادي في مجال اتفاق التحكيم، فهو مشروعية اتفاق التحكيم المبرم إلكترونيا خاصةً وأن معظم القوانين تتطلب الكتابة في اتفاق التحكيم وهذا غير موجود لا سيما في عقود خدمات المعلومات الإلكترونية، التي تتم بشكل كامل في نطاق العالم الإلكتروني، وليس فيها أي كتابة على دعامة مادية بل تكون بشكل إلكتروني فقط [١].

وقد رتبت كثير من القوانين التي تنظم مسائل التحكيم بطلان الاتفاق في حالة

(١) انظر الموقع الإلكتروني:
http://www.dralmarri.com/show.asp?field=res_a&id=216

عدم الكتابة، مثل المادة (١١) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (١٢) من قانون التحكيم المصري، فهل يستوفي اتفاق التحكيم الإلكتروني الموجود في شكل الكتابة الإلكترونية لهذا الشرط، الذي يترتب عليه البطلان، وقد ظهر في هذه المسألة رأيان[١] هما:

أولاً: رأي يقول بعدم إمكانية امتداد التعبير الموجود في القوانين المحلية والاتفاقيات الدولية والتي لم تنص صراحة على صحة وجواز تبادل الاتفاق على التحكيم بالوسائل الافتراضية الإلكترونية، وشمول الكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات من وجود اتفاق على الخضوع للتحكيم، ويبرر اصحاب هذا الرأي قولهم على اعتبار أن الكثير من المعاهدات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية – والتي وجدت قبل وجود وظهور الوسائل الإلكترونية – لم تأخذ في عين الاعتبار عند إنشاءها وتنظيم بنودها من حيث الواقع هذه الوسيلة لكي تعد أسلوب كتابي معترف به قانوناً، وهذا الأمر يطبق كذلك على القوانين التي أقرت ولم تنص على الوسائل الإلكترونية الافتراضية في كتابة اتفاق التحكيم والاعتراف بها قانونا، وذلك مثل اتفاقية نيويورك التي تتعلق بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، وخاصة ما نصت عليه المادة (٢/٢)، بأن " يشمل اصطلاح " اتفاق مكتوب " أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين أو وارد في وسائل أو برقيات متبادلة " . ومثل المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري، والمادة (١١) من قانون التحكيم الأردني، وكذلك المادة (٢/٧) القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) لعام (١٩٨٥).

ثانياً: رأي آخر يرى أن الكتابة الإلكترونية تحقق شرط الكتابة الموجود في المعاهدات الدولية والقوانين الوطنية ذات الاختصاص بالتحكيم، ويعتمد هذا الرأي على أساس:

(١) بحث مقدم من د. نبيل زيد مقابلة، منشور على الموقع الإلكتروني
http://www.dralmarri.com/show.asp?field=res_a&id=216

١- في مجال الدول التي تعترف بالوسائل الإلكترونية (الإنترنت) كوسيلة لإبرام العقود، ضمن الشروط التي اعترفت بها القوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية، فإن هذه القوانين تعترف تماماً باتفاق التحكيم الذي تتم كتابته بالبريد الإلكتروني أو عن طريق تبادل المعلومات وتدوينها على الموقع الإلكتروني لمركز التحكيم بإرسال البيانات للمركز إلكترونياً عبر صفحة على الموقع تكون مخصصة لملء البيانات والعنوان وما شابه، لأن الاعتراف في هذه القوانين بصحة العقود تتضمن تبعاً لذلك الاعتراف بالاتفاق على التحكيم، سواءً جاء في صورة شرط تحكيم أو عقد تحكيم مستقل ما دام تم فيه مراعاة الشكل والشروط المطلوبة وفق القوانين الناظمة للعقد الإلكتروني، ومتوافر فيها الشروط لصحة وحجية إثبات الكتابة الإلكترونية .

وإزاء ذلك، أرى أن لا يتم القياس على الوسائل التي تم الاعتراف بها من قبل والاهتمام فقط في هذا المجال بصحة العقد الذي يوجد به شرط التحكيم، أو العقد المستقل بين الأطراف الذي يتفق بموجبه الأطراف على اللجوء للتحكيم (مشارطة التحكيم) .

٢- أصدرت الأمم المتحدة عن طريق لجنة الأونسيترال الاتفاقية المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية[١]، وهذه الاتفاقية سوف تصبح في القريب مرجعاً مهماً لما تتضمنه من أحكام[٢]، لاسيما وأنها في المادة (٢٠) منها نصت صراحةً ومن غير لبس على مساواة الكتابة والرسائل الإلكترونية بالكتابة العادية واعطائها الحجية نفسها والإثبات في العقود الدولية ويتجلى ذلك صراحةً في نص المادة (٢/٩) والتي تنص على " حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابياً، أو ينص على عواقب لعدم وجود كتابة، يعد ذلك الاشتراط قد استوفي

(١) نصوص هذه الاتفاقية موجودة على موقع الجمعية العربية لقانون الإنترنت www.cyberlawnet.net .

(٢) وقد وقعت على هذه الاتفاقية حتى الآن " ٢٠٠٧/١/١ " سبعة دول هي، أفريقيا الوسطي، سري لانكا، سنغافورة، سيراليون، السنغال، الصين، لبنان، مدغشقر .

بالخطاب الإلكتروني، إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه متيسراً على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقاً " .

وأهم ما في هذه الاتفاقية ما جاءت به المادة (٢٠) والتي اعترفت بالخطابات الإلكترونية المتبادلة في العقود الدولية والتي تخضع اتفاقيات ومعاهدات دولية حددتها في الفقرة [١]، ومنها اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام (١٩٥٨) وبذلك جنبتنا هذه الاتفاقية عدم النص على الكتابة الإلكترونية في هذه الاتفاقية وأوضحت تماثل الخطابات الإلكترونية والكتابة الإلكترونية مع الكتابة العادية المتبادلة في رسائل إلكترونية، أو عقد موقع عليه، حيث أنها اعترفت أيضاً بالتوقيع الإلكتروني في المادة (٣/٩) منها، وسنعمل على بحث المزيد من أحكام هذه المعاهدة الحديثة في الفصول اللاحقة .

أما عن مضمون الاتفاق، فتنص العديد من الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم وكذلك حريتهم في اختيار محكمة التحكيم. وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار التحفظ بالنسبة للنظام العام فيما يجوز به التحكيم، ومراعاة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق واختيار المحكمة، وكذلك تحديد نطاق ومضمون مجال التحكيم [١] .

ويجب أن يحدد مضمون الاتفاق:

أولاً: القانون الواجب التطبيق على التحكيم:

يمكن لأطراف التحكيم تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات التي تحكم سير المنازعة، وكذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم من حيث الموضوعات التي تخضع للتحكيم والقانون الواجب التطبيق .

(١) انظر: فيما يتعلق بإجراءات ونطاق اختيار المحكمة (تعيين المحكمين) – نبيل زيد مقابلة – بحث دبلوم الدراسات الدولية الخاصة – التحكيم الدولي الخاص في القانون الأردني – دراسة مقارنة – معهد البحوث والدراسات العربية – إشراف الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم – القاهرة – ٢٠٠٠ – ص٤٠ وما بعدها .

أ) القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم:

واختيار القانون الذي يطبق على إجراءات سير التحكيم مهم جداً، من حيث النتائج التي تترتب عليه، سواءً في تحديد أنظمة الإثبات، وتحديد الوسائل التي يجب مراعاتها في احترام حق الدفاع والمواجهة، والقواعد المتعلقة بقانونية وكيفية استخدام الوسائل الإلكترونية في عقد جلسات التحكيم .

وتتم عملية اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يطبق على إجراءات المنازعة بالإحالة إلى قانون معين لتنظيم الإجراءات، أو وضع هذه القواعد في اتفاق التحكيم سواءً قبل نشوء النزاع أو بعده .

ولا توجد مشكلة في حالة الاتفاق على الخضوع لإجراءات مركز التحكيم الإلكتروني، أو المحكمة الافتراضية التي تطبق قواعد إجراءات تلائم وتناسب وضع العالم الافتراضي .

لكن المشكلة تثور في حالة اختيار الأطراف إخضاع إجراءات التحكيم الإلكتروني لإجراءات التحكيم التقليدية، ويمكن تجاوز هذه المشكلة بإبرام اتفاق تكميلي للقواعد التقليدية لتتناسب مع المسائل الفنية الخاصة بالتحكيم الإلكتروني .

وكذلك تصديق أصحاب الشأن اتفاقاتهم في بدايات ممارسة التجارة الإلكترونية من سلطات الدول المعنية والمنظمات الدولية ذات العلاقة، والتي لا تعترف بالتحكيم أو المعاملات الإلكترونية لتسهيل تنفيذ أحكام التحكيم .

ومن ناحية أخرى مهمة فإنه يجب تحديد مكان التحكيم الإلكتروني، ومهما تحدثنا عن إمكانية تطبيق أن يكون مكان التحكيم مرتبطاً بوجود المحكم أو التركيز على مكان وجود العقد، أو اعتبار أن قانون الإجراءات المختار هو الذي يتحدد به مكان التحكيم، إلا أن هذه الاعتبارات مجرد افتراض وتحكم غير مادي . لذلك من الأفضل لكل مركز تحكيم أن يتخذ مصادقة ومشروعية في ظل دولة معينة، ويحدد أن مكان التحكيم موجود في هذه الدولة، وأن يوضح هذا الارتباط الافتراضي بنصوص

صريحة في نظام التحكيم، ونرى أن هذا الحل أكثر تطابقاً مع الواقع العملي والقانوني وأعراف التجارة الإلكترونية، لأنه في النهاية يتطلب الاعتراف والتنفيذ سواءً حسب المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم والتنفيذ، أو ضمن نطاق القانون الوطني بأن يرتبط التحكيم بمكان معين [١] .

ب) القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم:

ينص نظام المحكمة الفضائية على أنه إذا لم يتفق أطراف النزاع على تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع تقوم المحكمة باختيار القانون الذي يرتبط به النزاع بأوثق صلة، وذلك في المادة (١/١٧) من نظامها باستثناء الحالة التي يكون أحد أطرافها مستهلكاً، ففي هذه الحالة يجري تطبيق قانونه الوطني وهذا ما نصت عليه المادة (٣/١٧) من نظام المحكمة، على أنه يجب على المحكمة وفقاً لنص المادة (٢/١٧) أن تضع في اعتبارها شروط العقد والأعراف السائدة في مجال الفضاء الإلكتروني .

وتجدر الإشارة أنه سواء اختار أطراف النزاع القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، أو اختاره مركز التحكيم (المحكم)، فيجب أن لا يخالف هذا الاختيار النظام العام في دولة التنفيذ وفقاً للمادة (٢٥) من اتفاقية نيويورك .

ثانياً: اختيار المحكمين:

ما لم يتفق الأطراف على عدد المحكمين تتكون الهيئة من واحد أو أكثر حسب تقدير أمانة مركز التحكيم، مع مراعاة جنسية أعضاء هيئة التحكيم، ومكان إقامتهم واستقلالهم ونزاهتهم (٢). وجرى العمل أن يقوم كل طرف باختيار محكم ويقوم المحكمان باختيار الثالث في قوانين التحكيم الحديثة. ويجوز للأطراف المتنازعة الاعتراض على تشكيل هيئة التحكيم، ويعين بديلاً له بشكل عاجل، ويحق لأطراف

(١) نبيل زيد مقابلة ، مصدر سابق، ص٤١ .
(٢) المادة (٢/١٦) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (١١) من قانون التحكيم المصري .

النزاع رد المحكم لأسباب ترجع إلى حياده واستقلاليته ونزاهته، وذلك مثل ما نصت عليه المادة (٥/٦) و(١/٨) من نظام المحكمة الفضائية .

لذلك لا نرى أن هناك أي تعارض بين نظام التحكيم الإلكتروني في اختيار هيئة التحكيم وبين نظام التحكيم المؤسسي التقليدي .

ونود الإشارة إلى أن التحكيم الإلكتروني والذي نشأ حديثاً وما زال في طور التحديث والتنظيم القانوني والتقني مازال بحاجة إلى تدخل من قبل المنظمات الدولية والدول، لوضع إطار شامل يتحقق به شمولية الاعتراف والتنظيم لهذا النوع الجديد من أنواع التحكيم .

الخاتمة

لقد حاولنا من خلال هذا البحث المتواضع أن نتناول موضوعاً حديثاً ومعاصراً وهو اتفاق التحكيم الإلكتروني محاولة منا لإلقاء بصيص الضوء على بعض جوانب هذا الاتفاق وما تثيره من اشكاليات، حيث أن التحكيم الإلكتروني يعد من اساليب تسوية المنازعات الحديثة التي فرضت نفسها بقوة في الحقبة الأخيرة، حيث كان للثورة التقنية في مجال الاتصالات أثرها البالغ في جميع مجالات الحياة، وكان من بين هذه المجالات تسوية المنازعات وخاصة ما تعلق منها بالتجارة الإلكترونية، فلا بد من تسوية المنازعات التي تنشأ عن اتفاق إلكتروني بنفس الاسلوب الذي تم بموجبه ابرام العقد الاصلي، لذلك لعب التحكيم الإلكتروني الدور الكبير في فض مثل هذه المنازعات، وفي ختام هذه الدراسة المتواضعة فقد توصلنا **للنتائج** التالية:

٣- يعد التحكيم الإلكتروني وسيلة لفض المنازعات التي تنشأ في وسط إلكتروني، ويتم التعبير عن الارادة في اللجوء اليه ورفع النزاع وسير الخصومة فيه إلى حين صدور الحكم وتبليغه كل ذلك بشكل إلكتروني .

٤- لا يختلف اتفاق التحكيم الإلكتروني عن اتفاق التحكيم التقليدي كثيراً فيما يخص الشروط الموضوعية، بقدر ما يختلف عنه في تحقق الشروط الشكلية والمتمثلة بالكتابة والتوقيع اللذان يأخذان شكلاً إلكترونياً .

٥- يعد اتفاق التحكيم الإلكتروني اتفاقاً مستقلاً عن العقد الأصلي استناداً إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم، حيث يعد هذا المبدأ من المبادئ المستقرة في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية أو لوائح التحكيم

٦- عجز قوانين التحكيم ولا سيما العربية منها عن مواكبة التقدم الذي أحدثته الثورة الرقمية وانعكاساتها على طبيعة التعاقد والوسائط غير المادية المستخدمة فيها رغم اقرار اغلب التشريعات العربية لقوانين التوقيع الإلكتروني.

ويمكن لنا من خلال هذا البحث أن ندرج بعض **التوصيات** وأهمها:

١- ضرورة عقد الندوات والجلسات القانونية للتعريف بدور وأهمية التحكيم الإلكتروني على كافة المحاور الاكاديمية والوطنية .

٢- ضرورة اعتراف القوانين الوطنية بصحة انعقاد جلسات التحكيم الإلكتروني واعتماد ما يقدم فيها من بيانات وما يثار فيها من دفوع، بالإضافة إلى مداولات الهيئة التي تصدر القـــرار .

٣- ضرورة قيام المشرع العراقي بتشريع قانون خاص بالتحكيم اسوة بالدول العربية التي أقرت مثل هذا القانون كمصر والاردن والامارات .

٤- نقترح على المشرع العراقي الانخراط في الاتفاقيات والمعاهدات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، لاسيما اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وتبني توجيهات القانون النموذجي الخاصة بتفسير نصوص الاتفاقية وعلى وجه الخصوص المادة السابعة، وهو ما قد يشكل حلا لتنفيذ هذه الأحكام وبالتالي تشجيع الاستثمار وتسهيل تعاقدات العراقيين مع الأجانب .

المصادر

أولاً: المصادر العربية:

١- د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة.

٢- د. إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٩.

٣- د. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

٤- د. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط ٠١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

٥- رجاء نظام حافظ بني شمسه، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني، أطروحة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٩م .

٦- د. عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠٠٩م.

٧- محمد محمود محمد جبران، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠٠٩ .

٨- نبيل زيد مقابلة، بحث دبلوم الدراسات الدولية الخاصة ،التحكيم الدولي الخاص في القانون الأردني – دراسة مقارنة – معهد البحوث والدراسات العربية، إشراف الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، القاهرة، ٢٠٠٠.

ثانياً: مواقع الانترنت

١- آلاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، عن موقع: http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n3/alaa.pdf

٢- جمعة حازم حسن، اتفاق التحكيم الإلكتروني وطرق الاثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة ، منشور في الموقع الإلكتروني: www.arablawinfo.com

٣- عِمَاد الدِّين المُحمَّد، طبيعةُ وأنماطُ التَّحكيمِ معَ التركيز على التحكيم عبر الإنترنت: http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n3/emad%20aldin%20mohamed.pdf

٤- د. نبيل زيد مقابلة، منشور على الموقع الإلكتروني:
http://www.dralmarri.com/show.asp?field=res_a&id=216

5- www.cyberlawnet.net.

6- http://www.ostazsat.net/showthread.php?t=47719

7- http://www.dralmarri.com/show.asp?field=res_a&id=216

الملخص:

التحكيم الإلكتروني يبدأ شأنه شأن التحكيم التقليدي باتفاق الأطراف المتنازعة على اختياره كوسيلة لفض النزاع القائم بين الاطراف في العلاقة القانونية، فهو مبدئيا يعد أول خطوة للذهاب إلى التحكيم وأساس قيامه، وانتفاؤه يعني انتفاء التحكيم في ذاته، إلا أن الطبيعة الخاصة التي يتميز بها التحكيم الإلكتروني من خلال الوسط الإلكتروني الذي يُمارَس فيه ويجعل من الاتفاق على التحكيم الإلكتروني لا يتم بالصيغة التقليدية لاتفاق التحكيم، فهو واقعيا "اتفاق إلكتروني"، ومثل ذلك الوصف قد يثير إشكاليات قانونية تتعلق بتطبيق القواعد القانونية المتعلقة باتفاق التحكيم في صيغته التقليدية على اتفاق التحكيم الإلكتروني وبالتالي التشكيك في مدى صحة هذا الاتفاق وإلزاميته للأطراف.

ويعد اتفاق التحكيم الإلكتروني اتفاقاً مستقلاً عن العقد الأصلي استناداً إلى المبدأ المتعلق باستقلال شرط التحكيم، حيث يعد هذا المبدأ من المبادئ المستقرة في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية أو لوائح التحكيم، ويترتب على هذا أن الاتفاق على التحكيم الإلكتروني ليس مجرد شرط وارد في العقد الإلكتروني الاصلي وانما هو عقد مستقل آخر.

لذلك فالتساؤل الذي يمكن أن يثار بخصوص اتفاق التحكيم الإلكتروني هو ما المقصود باتفاق التحكيم الإلكتروني؟ وما هي صوره؟ وما هي الشروط المتطلبة لابرام هذا الاتفاق؟ وما هي قواعد ابرام هذا الاتفاق؟ وكيف يمكن اثبات مثل هذا الاتفاق؟ هذا ما سنحاول الاجابة عليه من خلال هذا البحث المتواضع على اعتبار أن اتفاق التحكيم يعد العمود الأساسي للعملية التحكيمية .

ABSTRACT:

Electronic arbitration begins with the traditional arbitration agreement of the parties to the dispute to choose it as a means to resolve the dispute between the parties in the legal relationship, it is in principle the first step to go to arbitration and the basis of its establishment, and its absence means the absence of arbitration in itself, but the special nature of electronic arbitration During the electronic medium in which it is practiced and makes the agreement on electronic arbitration not in the traditional form of the arbitration agreement, it is actually an "electronic agreement", and such a description may raise legal problems related to the application of the legal rules relating to the arbitration agreement. In its traditional form the electronic arbitration agreement thus questioning the validity of this agreement and binding it to the parties.

The Electronic Arbitration Agreement is an agreement that independent of the original contract based on the principle of the independence of the arbitration clause. Is another independent contract.

Therefore, the question that may arise with regard to the electronic arbitration agreement is what is meant by the electronic arbitration agreement? What is his picture? What are the conditions required to conclude this agreement? What are the rules of this agreement? How can such an agreement be proved? This is what we will try to answer through this modest research as the arbitration agreement is the main pillar of the arbitration process.