الإطار القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني

The Legal framework of the electronic arbitration agreement

م.م صفاء اسماعيل وسمي [1]
Assist. Lect. Safa'a I. Wassmi

الملخص

إن للتطورات التقنية أثرها في تطور حالة إبرام العقود الدولية والانتقال بها من طابعها التقليدي إلى الإلكتروني وهذا الحال ساهم في إحداث الكثير من التحولات في الفكر القانوني بعد ان اتجه التفكير نحو تسوية المنازعات الناجمة عن هذه العقود من خلال آليات تقوم على ذات التقنية المستخدمة في إبرامها ومنها الاتفاق على التحكيم الإلكتروني، ذلك إن هذا الأخير فيه من الخصائص التي تمكن الأطراف من حل خلافاتهم بشكل سري وسريع ومنحهم مرونة اكثر، وبذلك أصبح الاتفاق على التحكيم الإلكتروني نظاما بديلاً عن القضاء، وعندما تتجه إرادة الأطراف صوب التحكيم الإلكتروني سواء في صورة شرط أو مشارطة التحكيم فأنه يحتاج إلى أن تراعي فيه شروطه الموضوعية والشكلية.

Abstract

The technical developments impact on the evolution of the case of the conclusion of international contracts and move them out of the traditional character to mail this case helped bring a lot of shifts in legal thought after he went thinking about disputes arising from these contracts settled through mechanisms based on a technical Almstkhaddh at the conclusion of this contracts, including the agreement on arbitration-mail, so that the

١ – كلية القانون / جامعة اهل البيت(ع).

http://abu.edu.iq

latter the characteristics that enable the parties to resolve their differences privately, fast, and give them more flexibility, so that the agreement to arbitrate-mail has become a system a substitute for the judiciary, and when moving the will of the parties towards electronic arbitration, whether in the form of a condition or arbitration stipulation it needs to take into account the objective and formal conditions.

المقدمة

ان الثورة المعلوماتية، هي الظاهرة التي تعمّ عالم اليوم، وابرز مقوماتها هي شبكة الانترنت والتي تقوم على استخدام الحواسيب الآلية المرتبطة ببعضها عالميا، وقد شهدت الاعوام القليلة الماضية نمواً سريعاً لهذه الشبكة بعد تزايد مستخدميها، الى الحد الذي اصبحت توفر امكانيات متعددة وفي مجالات مختلفة ومنها المجال القانوني، فأصبح بالامكان ابرام العقود والمعاملات القانونية المدنية والتجارية في الوسط الالكتروني والذي يتسم بأنه وسط غير محدد جغرافياً كما انه لاينتمي الى اقليم دولة ما.

أهمية البحث وأسباب أختياره

ترتب على عصر المعلوماتية ظهور صيغ جديدة للتعامل الالكتروني أبرزها مايعرف بعقود التجارة الالكترونية، وهي عقود تبرم عن بعد بين طرفين عن طريق الانترنت، والعقد بهذه الصفة قد يثير نزاعاً معيناً سواء في مرحلة ابرام العقد او تنفيذه او عند انقضائه. فعندما يثار نزاع في مثل هذه العقود التي تبرم وتنفذ في العالم الافتراضي، قد ترغب الأطراف في حلها بذات الطريقة، وهنا يحتاج الامر الى البحث عن وسائل معينة يُرتكن اليها لفض النزاع بين الطرفين، ومنها التحكيم الألكتروني بوصفه احدى الوسائل البديلة عن القضاء والذي يسهم في حل المشاكل الناجمة عن الاتفاقات التي تبرم بواسطة شبكة الانترنت نظراً للمزايا المهمة التي يتمتع بها من حيث السرية في اجراء المعاملة، والسرعة في حسم المنازعات، فهو لايتطلب التواجد المادي لأطرافه لأنه يتم عبر الوساطة الالكترونية مما يساعد في عملية التبادل الدولي، وبهذا اصبح الاتفاق على التحكيم الالكتروني هو الملاذ الذي يلجأ اليه الطرفان لحسم المنازعات.

مشكلة البحث:

ان اللجوء الى التحكيم الإلكتروني يمثل الوسيلة الطبيعية لحل منازعات التجارة الإلكترونية،الا ان الأهمية التي يفرزها التحكيم الإلكتروني لاتجعله دائماً في منأى عن العقبات أو المشاكل القانونية سواء وقع بصورة شرط التحكيم الذي يرد عادةً كبند من بنود عقد معين، أو في صورة مشارطة التحكيم وهو اتفاق يلزم بمقتضاه أطراف نزاع معين قائم بإخضاعه للتحكيم، وإذ ان عنوان بحثنا، هو الاطار القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني فقصدنا منه معالجة مشكلتين وهما:

- ماهية الشروط الموضوعية والشكلية التي لها ارتباط بصحة اتفاق التحكيم.
- القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

http://abu.edu.iq

منهجية البحث:

ننحو في دراستنا الى منهج تحليلي، مقارن، بالنظر الى موقف بعض التشريعات الوطنية والإشارة الى مشروع قانون التحكيم العراقي والاتفاقيات الدولية المختلفة، وحيث ان جدوى اللجوء الى التحكيم الإلكتروني يتطلب اعتماد قواعد وأنظمة قانونية ترعى العملية التحكيمية بكاملها الا أن نطاق بحثنا يتحدد بدراسة القواعد المتعلقة بإتفاق التحكيم الإلكتروني دون دراسة القواعد المتعلقة بإجراءاته.

خطة البحث:

وترتيباً على ماتقدم، نوزع دراستنا على مبحثين نعرض في الأول الى انعقاد الاتفاق على التحكيم الإلكتروني ونحاول التعرف من خلاله على آلية انعقاد الاتفاق في التحكيم الإلكتروني مع التطرق الى شروط الانعقاد، ماتعلق منها بأطراف التحكيم، وما تعلق منها بشكل اتفاق التحكيم الالكتروني، وهذا الهدف يتحقق بعد تقسيم هذا المبحث الى مطلبين في الاول سنبحث في شروط الانعقاد الخاصة بأطراف التحكيم الالكتروني وفي المطلب الثاني سنبحث في الشروط الشكلية لإتفاق التحكيم الإلكتروني.

أما المبحث الثاني فيكون تحت عنوان محتوى اتفاق التحكيم الإلكتروني بوصفه الأساس في حسم المنازعات، وحيث ان الاطار التحكيمي يعتمد على الإرادة لذا سوف نبرز دورها بعد أن نقسم هذا المبحث الى مطلبين، في المطلب الأول سنبحث في تعيين المحكمة التحكيمية، وفي المطلب الثاني سنبحث في تعيين القانون الواجب التطبيق.

المبحث الأول: انعقاد الاتفاق على التحكيم الإلكتروني

التحكيم يقوم أساساً على اتفاق يعقد بين طرفين أو أكثر، ومقتضى هذا الاتفاق أن يقرر أطرافه اللجوء الى التحكيم لتسوية ماقد يثور بينهم من نزاعات يولدها العقد فمن الممكن أن نصادف عقداً دولياً قد اتجهت ارادة أطرافه بشأن المنازعات التي يخلفها العقد صوب التحكيم، وحيث ان أصل وقوام التحيكم هو الاتفاق بين جانبين فهذا يعني أنه عقد، وهذا العقد يتطلب تحديد الوسيلة التي تقضي بها المنازعات، لذا فإن اتفاق التحكيم لا يأتي من الناحية الواقعية مستقلاً في وجوده، وحيث ان اتفاق التحكيم الإلكتروني [٢]، يتم ابرامه بواسطة شبكة الانترنت فان ابرامه بهذه الصورة يضفي عليه خصوصية معينة لاسيما فيما يتعلق بكيفية التعبير عن ارادة الأطراف ومدى اعتداد القانون بهذا التعبير. وعليه يتعين علينا أن نحدد الشروط التي ينعقد بها اتفاق التحكيم الإلكتروني، ويكون ذلك من خلال البحث في الشروط الخاصة بأطراف التحكيم (مطلب أول)، وشروط أخرى تتعلق بشكل الإتفاق (مطلب ثانٍ).

---

٢ – يعرف اتفاق التحكيم الإلكتروني بأنه " عقد يتلاقى فيه ايجاب صادر من طرف بطريقة شخصية أو بصرية أو كليهما على شبكة الاتصالات الدولية بقبول مطابق له صادر من طرف آخر بذات الطريقة بقصد أن يحيلا الى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينها بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ". ينظر في ذلك د. ايناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٢٠١. وفي ذات المعنى ينظر د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٥٢.

http://abu.edu.iq

المطلب الأول: شروط الإنعقاد الخاصة بأطراف التحكيم

لعل التطور الهائل في مجال التكنولوجيا وعالم الإتصالات لها صداها الواسع على التصرفات والعلاقات التي تبرم بواسطته ولا سيما في مجال التجارة الإلكترونية، وهذا الحال أدى الى ازدياد الحاجة لتحديث الأنظمة القانونية المتصلة بها واستحداث القواعد القانونية التي تتناسب مع التقنيات والوسائل الإلكترونية الحديثة في التعاقد.

واتفاق التحكيم الإلكتروني يوقع بين طرفين غائبين، لايعرف أحدهم الآخر، وقد يكون هذا الإتفاق الأول المعقود بينهما، وبالتالي فإن تقرير الاتفاق بهذا الشكل يثير مشاكل تتعلق بمدى توافر الشروط التي يتطلبها هذا النوع من العقود ومنها مايتعلق بالرضا فهو ركن أساسي في ابرام العقد الإلكتروني يمكن تلمس وجوده من خلال اقتران الإيجاب بالقبول بوصفه المحتوى الأول لتكوين العقد الإلكتروني، مع التيقن من أن استمرار هذا العقد لايقف عند هذا الشرط فقط بل ينبغي التحقق من أهلية أطرافه، فإتفاق التحكيم حتى يكون صحيحاً ومنتجاً لأثره القانوني لا بد أن يصدر من ذي أهلية، ولبيان كل هذا يتعين علينا أن نقسم هذا المطلب الى فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: الايجاب والقبول الإلكتروني.

الفرع الثاني: تحديد هوية أطراف الاتفاق.

الفرع الأول: الايجاب والقبول الإلكتروني

الرضا يتحقق بتطابق ارادتي كل من الموجب والقابل، كما تؤكد ذلك القواعد العامة والتساؤل الذي يطرح هو هل له أثر في العقد الالكتروني؟ هذا ماسنبحث عنه في هذا الفرع وبفقرتين وعلى النحو الآتي:

أولاً: الإيجاب الإلكتروني

وجود الرضا بشكل عام يتحقق بالتعبير عن ارادة كل من الطرفين، ومن ثم فإن ابرام اتفاق التحكيم الإلكتروني عبر وسيلة شبكة المعلومات (الانترنت)، هو المعبر الحقيقي للرضا من جهة موجه الإيجاب.[٣]

هذا وان لفظ الالكتروني اذا ما اضيفت الى الايجاب فانها لاتغير من أصله المتمثل في معناه الوارد في النظرية العامة للإلتزامات فارتباط لفظ الالكتروني بالايجاب هو للدلالة على خاصية الطريقة أو الواسطة التي تم بها العقد، وعليه يعرف الايجاب بصفة عامة بأنه "التعبير البات المنجز الصادر من احد المتعاقدين والموجه الى الطرف الآخر بقصد احداث أثر قانوني"[٤].

والمعنى الذي يفهم من هذا التعريف ان التعبير العقدي يجب أن يكون مفهوماً وقاطعاً وجازماً بوجود ارادة تتجه بشكل يقيني الى احداث أثر قانوني [٥].

ولذا يجب ان تتجه نية الموجب الى ابرام العقد بمجرد اقتران القبول به فهو عزم نهائي على

٣- د. عدنان السرحان، د. نوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠، ص٥٧.

٤- د. عدنان السرحان، د. نوري حمد الخاطر، مصدر سابق، ص٥٧.

٥- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨،ص١٤٠

http://abu.edu.iq

ابرام العقد [٦]. ويتم الايجاب الالكتروني بالعديد من الطرق، منها العروض المقدمة من المواقع التجارية على الشبكة، او المرسلة بواسطة البريد الالكتروني[٧]. وآلية عمل ذلك يكون عندما يقوم التاجر بتغذية موقعه على الشبكة شروط التعاقد ومن بينها شرط التحكيم[٨]. وهنا نتساءل عن مدى اعتداد القانون بهذه الارادة لأعتبارها ايجاباً؟ للاجابة هناك اتجاهان هما:

الاتجاه الأول: اذا كان العرض الموجه من التاجر عبر شبكة الانترنت أو البريد الالكتروني يستهدف شخصاً أو أشخاصاً معينين وكان مشتملاً للعناصر الجوهرية للعقد المراد ابرامه (تحديد المبيع، الثمن، ميعاد التسليم، الخ.....) فهنا نكون أمام ايجاب بات.[٩]الا اذا كان العرض الذي قصده التاجر بدون ارتباط كأن لايحدد الموجب مدة لإيجابه ما يعني امكانية رجوع الموجب عن ايجابه اذا طرأ تغيير على أسعار البضائع أو اذا ارتفعت اسعار الخدمات التي اتفق عليها الطرفان نتيجة ازدياد الطلب عليها[١٠].

الاتجاه الثاني: بمفهوم المخالفة للاتجاه الاول، اذا كان العرض الموجه من التاجر عبر شبكة الانترنت أو البريد الالكتروني يستهدف اشخاصاً غير محددين فمثل هذا العرض لايمثل ايجاباً وانما مجرد دعوة للتفاوض، لأنه اذا تم تكييف هذا العرض ايجابا فأنه قد لايستطيع تلبية الطلبات جميعها لنفاذ الكمية أو تكون لديه الكمية كافية لكن ارتفعت أسعارها بعد الاعلان وبالتالي تكييف العرض بأنه دعوة للتفاوض سوف تمكنه من رفض الطلبات التي لايستطيع تلبيتها أو يكون في تلبيتها ضرراً عليه [١١].

وبما ان الايجاب الإلكتروني هو ايجابٌ عن بعد لذا فهو غالباً مايكون موجهاً للمستهلك و يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك، منها الالتزام بالاعلام، ومهلة التراجع عن العقد التي تعطى للمستهلك دون أن يعلل سبب تراجعه، ودون ان يلتزم بدفع أي تعويض الى المهني، وهذه الصورة التقطتها تشريعات دول متعددة، فمثلاً قوانين الولايات المتحدة الأمريكية أعطت للمشتري في أحوال معينة الحق بإعادة المبيع، ثم نجد ان التوجيه الأوربي الصادر بتاريخ ٢٠ ايار ١٩٩٧ الخاص بحماية المستهلكين، يلزم المهني بأن يحدد عناصر ايجابه بكل دقة، منها تحديد هوية المهني، وموعد التسليم، وكلفته، وطرق الدفع، الخ..... ووفقاً لهذا التوجيه يستطيع المستهلك أن يتراجع عن العقد المبرم بواسطة احدى وسائل

٦- د.موفق حمادة عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص١٦٢.

٧- رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت واثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق الكويتية، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة السادسة والعشرون، ٢٠٠٢،ص٢٤٦.

٨- د. الاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد السادس، العدد الثاني، ٢٠٠٩، ص٢٢٢.

٩- حازم نعيم الصمادي، مسؤولية العمليات المصرفية الإلكترونية، دار وائل للنشر،عمان، ٢٠٠٣،ص٤٧

١٠- د. نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية، مجلة الحقوق الكويتية، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الثانية والثلاثون، ٢٠٠٩، ص١٨٧.

١١- د. موفق حمادة عبد، مصدر سابق، ص١٦٦.

http://abu.edu.iq

الاتصال خلال سبعة أيام من تاريخ تسلم السلعة أو من تاريخ توقيع العقد ودون بيان سبب التراجع عن العقد ودون الالتزام بدفع التعويض عنه[١٢].

من جميع ماتقدم نقول: اذا توفرت شروط الايجاب الالكتروني الموجه من الموجب فإن هذا يعطينا المجال الى البحث في قبول من وجه اليه الإيجاب وهذا ما سنحاول التعرف عليه في الفقرة التالية.

ثانياً: القبول الإلكتروني

وجود الرضا لا يتعلق بالايجاب فقط فالعقد كي ينشأ يجب ان يلقى العرض قبولاً ممن وجه اليه، ولهذا يعرف القبول بأنه "التعبير البات عن ارادة الطرف الذي وجه اليه الايجاب الذي يفيد موافقته على الايجاب الذي مايزال قائماً"[١٣]. ويشترط في القبول ان يتطابق كلياً مع الايجاب والا فإن العقد لاينعقد[١٤]، وأيضاً يشترط في القبول أن يكون صريحاً لأنه وبحسب الأصل العام فإن سكوت من وجه اليه لايعد قبولاً ولذلك فمن يتسلم رسالة الكترونية تتضمن، ان الموجب سيعتبر المتسلم قابلاً لمضمونها خلال فترة زمنية وأنه قابل لما ورد فيها، إذا لم يرد عليها المتسلم بالرفض فمثل هذا القول لا يترك أي أثر قانوني، وبعكسه إذا أرسل المستلم الى الموجب مايفيد قبوله صراحةً فإن لهذا القبول أثره القانوني في ابرام العقد[١٥].

وعملاً بمبدأ الرضائية لم يشترط القانون المدني العراقي شكلاً معيناً له، فالتعبير عن الارادة يمكن أن يكون باللفظ كما يمكن أن يكون بالكتابة أو بالاشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس أو المبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو بإتخاذ أي مسلك آخر لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي[١٦]،واتماماً لذلك يتحقق القبول الصريح عندما يقول القابل (عرضكم الينا الصادر بتاريخ كذا مقبول)، أو يكتب كلمة (قابل) في الحقل المخصص له، وإذا كان الشرط الأساسي للقبول أن يكون صريحاً فلا يمنع في حالات نادرة أن يكون القبول ضمنياً كافياً لإقترانه بإيجاب الموجب، ومن ثم انعقاد العقد، ويكون ذلك عندما يكون الايجاب فيه من النفع الذي يدر على المتسلم أو قيام من وجه اليه العرض بإنفاذ مايترتب عليه من جراء هذا القبول [١٧].

ولكن الحقيقة التي تدق باب القبول الإلكتروني أن يكون القبول صريحاً، إذ يصعب مع هذا النوع من القبول أن يتم ضمنا فهو يتم عن طريق أجهزة وبرامج الكترونية تعمل آنياً وهذه الأجهزة لايمكنها استخلاص أو استنتاج ارادة المتعاقد لأن التعبير عن القبول على شبكة الأنترنت غالباً مايتم عن طريق ضغط الزائر على ايقونة تفيد القبول، وعلى طاولة هذه الحقيقة التي يرتبط أساسها بطبيعة القبول

١٢- مصطفى محمد زغبي، التحكيم على شبكة الانترنت،المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، ٢٠٠٧، ص٤٢.

١٣- د. أسامة أحمد بدر، مصدر سابق، ص١٥٩.

١٤- نصت المادة (٨٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أنه " يطابق الإيجاب القبول إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها، أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلايكفي لإلتزام الطرفين حتى لو ثبت هذا الاتفاق بالكتابة "

١٥- حازم نعيم الصمادي، مصدر سابق، ص٤٨.

١٦- المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي.

١٧- مصطفى محمد زغبي، مصدر سابق، ص٤٣.

http://abu.edu.iq

الإلكتروني نطرح السؤال الآتي: هل أن الضغط على ايقونة القبول يدل بشكل بات على توجه ارادة من وجه اليه العرض على القبول؟

للاجابة نقول: ان الضغط على ايقونة تفيد القبول لا يعتد به دوماً بإعتباره تعبيراً عن الارادة ما لم يتقيد بمجموعة من القيود وهي [١٨].

القيد الاول: ان يكون زائر الموقع قد ضغط على زر القبول بعد ان مكنه الموجب من الاطلاع على شروط العقد كافة ومنها شرط التحكيم، ولا يتحقق هذا الأمر الا بعد ان يقوم الموجب بفتح صفحة خاصة على موقع الويب مبيناً شروط العقد، وان يربط بشكل واضح بين ايقونة القبول وشروط التعاقد، بحيث إذا وردت ايقونة القبول بشكل بعيد عن شروط التعاقد، كما لو انها وردت أسفل الصفحة فلا يعتبر الضغط عليها قبولاً لشرط التعاقد.

القيد الثاني: لايبدأ تنفيذ العقد قبل الضغط على ايقونة القبول وخاصة فيما يتعلق بالسلع والخدمات الرقمية كبرامج الحاسب والكتب الإلكترونية أو المقطوعات الموسيقية الرقمية التي يتم بيعها عبر الانترنت، إذ يمكن أن يتم تنفيذ العقد وتسليم هذه السلع الرقمية المبيعة عن طريق تحميلها وانزالها على جهاز الحاسب الإلكتروني العائد للمشتري، ومن ثم إذا كان بالإمكان تنفيذ العقد كلياً أو جزئياً قبل الضغط على ايقونة القبول فلا ينعقد بالضغط عليها ولا يعد قبولاً لشروط العقد أو شرط التحكيم.

القيد الثالث: توفير ما من شأنه تثبيت عملية القبول لتفادي مشكلة الضغط على الإيقونة سهواً أو من قبل شخص آخر، ويتم تفادي هذه المشكلة من خلال التركيز على وجوب استخدام وثيقة الأمر بالشراء أو ارسال وثيقة الى المشتري ويرسلها بعد ذلك المشتري موقعة منه أو عن طريق استدراج المشتري قبل عملية النقر الى الإجابة على عدة أسئلة تجعله أكثر إحاطة واحتياطاً ومعرفةً للسلع موضوع العرض، أو أن يلزم الزائر بالضغط مرتين على ايقونة القبول حتى يتم تأكيد قبوله[١٩].

وإذا كنا في سطور ماتقدم قد بحثنا عن الصورة الأولى التي يتأكد بها وجود الرضا، فإن هذه الصورة غير كافية لإتمام العقد مالم نتأكد من هوية أطراف التعاقد وهذا ماسوف نتعرف عليه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني: تحديد هوية أطراف الإتفاق

ينبغي في الرضا أن يكون صحيحاً وتتحقق صحته عندما يكون رضا الطرفين خالياً من عيوب الإرادة وان يصدر من ذي أهلية [٢٠].

ومن النادر في التعاملات الإلكترونية أن يكون العقد مشوباً بعيب من عيوب الإرادة لأن التحكيم الإلكتروني تديره مراكز تحكيم موثوق بها ولكن المشكلة تدق في موضوع الأهلية من خلال صعوبة تحديد

١٨- د. آلاء يعقوب النعيمي، مصدر سابق، ص٢٢٣.
١٩- نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص٦٨.
٢٠- د. آلاء يعقوب النعيمي، مصدر سابق، ص٢٢٢.

http://abu.edu.iq

هوية أطراف الإتفاق [٢١]. وتعرف الأهلية وفقاً للإصطلاح القانوني على انها " صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وأداء الالتزامات وان يباشر بنفسه التصرفات القانونية المتعلقة بهذه الحقوق أو تلك الالتزامات "[٢٢].

واتفاق التحكيم الإلكتروني شأنه شأن كل العقود الإلكترونية لاينعقد صحيحاً مالم يصدر عن اهلية كاملة، لذا فإن الأهلية تقسم الى نوعين وهما أهلية الوجوب وأهلية الأداء [٢٣]،

ان المقصود بكلمة الأهلية أو انعدامها أو نقصانها في أغلب الأحيان هي أهلية الأداء لا أهلية الوجوب، لأنه إذا انعدمت هذه الأخيرة فلايتصور البحث في أهلية الأداء بوصف الأخيرة تمثل صلاحية الشخص لإعمال إرادته إعمالاً من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي ينشده والمتمثل بكسب الحق أو تحمل الالتزامات [٢٤].

كما يثير موضوع الأهلية في نطاق اتفاق التحكيم الإلكتروني مسألة على درجة عالية من الأهمية وهي حالة التعاقد مع شخص ناقص الأهلية، فهل يعد هذا التعاقد صحيحاً ولأي نظام قانوني يخضع في حالة نشوب نزاع منه؟ ابتداءاً لابد من أن نذكر أن غالبية تشريعات دول العالم تذهب فيما يتعلق بنزاعات الأهلية الى تطبيق قانون جنسية الشخص المراد اثبات أهليته فقد نصت المادة (١٨) من القانون المدني العراقي على ان " الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته " واستثناءاً من هذا نجد ان تطبيق قانون جنسية المراد اثبات أهليته ليس مطلقاً وخاصةً في حالة ما إذا كان الطرف الأجنبي لعلاقة مالية معينة ناقص الأهلية وفقاً لقانون جنسيته، وهذا ماأكدته المادة (٤٨) من قانون التجارة النافذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، التي اعتبرت الالتزام بموجب السفتجة صحيحاً إذا وضع التوقيع من شخص ناقص الأهلية طبقاً لقانونه الوطني في اقليم دولة يعتبره تشريعها كامل الأهلية وهذا يعني أن اكمال الأهلية حدد بمقتضى قانون البلد الذي وقعت فيه السفتجة لابمقتضى قانون الجنسية [٢٥]. وعلى

٢١- د. عباس العبودي، تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة السنهوري، بغداد،٢٠١٥، ص١٣٣.

٢٢- د. عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢،ص١٣٥.

٢٣- لمزيد من التفصيل ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١،ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص٢٨٣. د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣، ص٢٦٣ وما بعدها.

٢٤- مصطفى محمد زغبي، مصدر سابق، ص٤٦.

٢٥- يقابل نص المادة أعلاه المادة (١١) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، والتي نصت على ان " الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع الى سبب فيه خفاء لايسهل على الطرف الآخر تبنيه، فإن هذا السبب لايؤثر في أهليته ". وقداستند المشرع المصري في هذه المادة الى القضية الشهيرة في القانون الدولي الخاص وهي قضية (lizard) في ١٦يناير ١٨٦١، وملخص هذه القضية أن شاباً مكسيكياً يبلغ من العمر ٢٣سنة اشترى في باريس من تاجر فرنسي مجوهرات مقابل تحريره سندات بالثمن، وعند المطالبة رفض الدفع بداعي نقص أهليته وفقاً لقانون جنسيته الذي يحدد سن الرشد بخمس وعشرون سنة، وعند عرض النزاع أمام المحكمة أيدت المحكمة صحة المستندات والزام الشاب المكسيكي بالدفع وعللت المحكمة حكمها هذا على أساس أنه لايتطلب بالمواطن الفرنسي العلم بكافة قوانين العالم وخاصةً مايتعلق منها في مسائل الأهلية والمهم ان يكون الفرنسي قد تعاقد بدافع حسن النية وبدون خفة وبدون رعونة. ينظر في ذلك د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، ك١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،٢٠٠٢، ص٣٦٣.

http://abu.edu.iq

الرغم من معالجة التشريعات لموضوع التعاقد الإلكتروني الذي يكون أحد أطرافه ناقص الأهلية فإن من المفيد أن نذكر أنه على الوجه الأعم أن أطراف عقود التجارة الإلكترونية هما التاجر والمستهلك وإذا ما اردنا أن نفحص أهلية كل منهم سنجد أنه لاخلاف في توفر الأهلية بالنسبة للتاجر لأن الأخير عادةً مايكون له سجل تجاري، ولكن المشكلة تدق بالنسبة للمستهلك إذ لاتوجد لديه بيانات مثبتة لدى جهة معينة يمكن الرجوع اليها لتحديد أهليته وأيضاً أنه قد يزود الموقع عند التعاقد بمعلومات وهمية لا تعبر عن هويته الحقيقية، ولتلافي هذه المشكلة يصار الى اللجوء لشخص ثالث يدعى مقدم خدمة التصديق، وهو مركز قانوني حديث النشأة نشأ بسبب انتشار الوسائل الإلكترونية ويتعين على هذا الشخص البحث عن البيانات الحقيقية التي يقدمها المستهلك من خلال مفاتحته بطلب جواز السفر، أو إجازة السوق وسائر البيانات الأخرى، وإرسالها بواسطة البريد الإلكتروني أو الفاكس و في أحيان أخرى يستطيع الشخص الثالث الزام المستهلك شخصياً بتقديم الوثائق والمستندات [٢٦].

ومن كل ماتقدم نخلص الى القول الآتي:

١. أهلية الأداء هي المعول عليها في تحديد أهلية الشخص.
٢. قانون جنسية الشخص المراد اثبات أهليته هو الواجب التطبيق.
٣. لايعتد بجنسية الشخص الأجنبي الناقص الأهلية الذي أخفى نقص أهليته وكان المتعاقد الآخر حسن النية ومحل الاتفاق مسائل مالية.

المطلب الثاني: شروط الإنعقاد الخاصة بشكلية اتفاق التحكيم

على الرغم من أن الرضائية تتناقض مع الشكلية الا أن الشكلية المقصودة هنا ليست التي تهدف الى اصطناع قوالب جامدة لتكوين العقود، بل التي من شأنها تأكيد توافق ارادتي المتعاقدين وبالتالي هي ليست مجردة من ركن الرضا [٢٧].

وبهذا فقد تبنت غالبية تشريعات الدول في اطار التحكيم التقليدي شكلية معينة وهي أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وحيث ان نطاق دراستنا يسلط الضوء على الاطار القانوني لإتفاق التحكيم الإلكتروني فإن الشكلية في هذا المضمار تثير لدينا العديد من الأسئلة وهي ما تتعلق بمدى مقبولية أو اعتبار الشكل الكتابي في اتفاق التحكيم الإلكتروني، وإذا انتهينا الى أن الكتابة ركن من أركان التحكيم الإلكتروني فثمة مسائل تثيرها الكتابة تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تحدثها هذه الشكلية؟ لذا فإن مدار بحثنا يتطلب تقسيم هذا المطلب الى فرعين وكما يأتي:

الفرع الأول: الشكل الكتابي في اتفاق التحكيم الإلكتروني.

الفرع الثاني: المسائل التي تثيرها كتابة اتفاق التحكيم الإلكتروني.

٢٦- د. آلاء يعقوب النعيمي، مصدر سابق، ص٢٢٤-٢٢٥.

٢٧- د. أسامة أحمد بدر، مصدر سابق،ص١٦٦.

http://abu.edu.iq

الفرع الأول: الشكل الكتابي في اتفاق التحكيم الإلكتروني

إن الخصوصية التي يمتاز بها العالم الافتراضي جعلت المراسلات تتم عبر وسائل تقنية عديدة مثل البريد الإلكتروني والاتصال مباشرة على واجهة الموقع على شبكة الويب، أو الاتصال الصوتي عبر موقع الإنترنت، أو الاتصالات المرئية او غيرها وبالتالي فإن الرسالة المرسلة عبر هذه الوسائل تكون بمثابة وثائق الكترونية موجودة داخل نظام الكمبيوتر المرسل الى كمبيوتر المرسل اليه، والسؤال الذي يُطرح في هذا المقام هو هل الوثائق المعروضة وفقاً للصورة أعلاه تستوفي الشكل الكتابي المطلوب في اتفاق التحكيم التقليدي؟

لقد استقر العمل عرفاً وقانوناً على تدوين السندات الرسمية والعادية على الأوراق وبالحروف الخاصة وبأي لغة يرتضيها أطراف التعاقد، ولكن اللجوء الى تدوين السندات على وسائل الكترونية هو الذي يثير الشك حول مدى صلاحية المحرر الكتابي الذي يتم بهذه الوسائط والذي يسمى بالكتابة الإلكترونية [٢٨] كدليل اثبات. وهذا الشك يزول عندما نعلم أن جانب من الفقه لايشترط في الكتابة أي شرط خاص، لا من حيث اللغة أو الطريقة التي تمت بها، فالكتابة التي تتم بواسطة الانترنت تصلح لأن تكون بعد توقيعها دليلاً للإثبات [٢٩]. ولكن مساواة الكتابة الإلكترونية بالكتابة التقليدية كدليل للإثبات تستلزم توفير ضمانات معينة في هذه الوسيلة الجديدة من وسائل الاثبات، ذلك ان الكتابة التقليدية تعد في طليعة طرق الاثبات كونها تمثل أعلى درجات الأمان والسلامة القانونية، مع امكانية وضع توقيع على السند المادي وهو بذلك سوف يكون وسيلة مهمة في تحديد شخصية الموقع والتعبير عن ارادته ومن ثم الالتزام بمضمون السند الذي وقع عليه [٣٠].

والآن مع التطور الحاصل في ميدان الكتابة الإلكترونية أصبح من الممكن توفير الأمان القانوني في المعاملات الإلكترونية التي تعقد عن بعد ويكون ذلك من خلال تدخل شخص ثالث يكون محل ثقة ويتفق عليه الطرفان، ويقوم كما سبق بيانه بالتأكد من صحة توقيع كل منهما أو نسبته اليهما وأيضاً التأكد من شخصية الطرف المرسل للرسالة ومن وصول الرسالة ومضمونها الى المرسل اليه وقد يتطلب هذا الأمرالزام المتعاقدين تزويد الشخص الثالث بشهادات تثبت ذلك [٣١].

أضف الى ماتقدم فإن تذييل المحرر الالكتروني بالتوقيع الالكتروني يعد ضمانة حقيقية دفعت مشرعي العديد من الدول الى المساواة مابينها وبين الكتابة التقليدية، والمساواة مابين التوقيع العادي والإلكتروني

٢٨- الكتابة الإلكترونية كما عرفها المشرع العراقي في المادة (١) من قانون التوقيع الإلكتروني رقم ٧٨لسنة ٢٠١٢، على انها " كل حرف أو رقم أو رمز أو أي علاقة أخرى تثبت على وسيلة الكترونية أو رقمية او ضوئية او أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة للفهم والادراك "

٢٩- د. سليمان مرقص، أصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨١، ص١٩٢.

٣٠- د. آلاء يعقوب النعيمي، مصدر سابق، ص٢٣٦.

٣١- وتسمى هذه الشهادات بشهادات المصادقة الإلكترونية وهي الشهادة التي تصدرها سلطات التصديق المرخص لها من قبل الجهات المسؤولة في الدولة بممارسة نشاطها لتشهد بموجبها بأن التوقيع الإلكتروني هو توقيع صحيح وينسب الى من صدر عنه ويستوفي الشروط والمعايير المطلوبة فيه بإعتباره دليل اثبات يعول عليه. حول هذا الموضوع ينظر د. طارق كميل، مقدموا خدمات المصادقة الإلكترونية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد الخامس، العدد الثالث، ٢٠٠٨، ص٢٤٤.

http://abu.edu.iq

[٣٢]. ثم ان ارسال ونقل البيانات الكترونياً يجري بعملية تقنية عالية الدقة فيتم ادخال المادة المراد ارسالها على ملفات جهاز المرسل الى جهاز المرسل اليه بالضغط على لوحة المفاتيح أو وضع المادة المراد ارسالها على الماسح الضوئي، وعندما يتلقى الجهاز أمراً بالإرسال فإنه يحول المادة المرسلة الى ذبذبات رقمية تنتقل الى المستقبل الذي يتولى خزنها في ملفاته بحيث يمكن استرجاع المادة المرسلة وقت الحاجة على دعامات ورقية مما قد يبرر اعتبارها من قبيل المحررات الإلكترونية.[٣٣]

هذا وان من تشريعات الدول التي ساوت مابين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية، هو القانون الفرنسي رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠، بشأن تحديد ماهية الكتابة الإلكترونية في مجال الإثبات، وبذات السياق أخذ القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ عندما نص في المادة (١٧٨) منه على أن "اتفاق بند التحكيم مستوفياً لشرط الكتابة إذا ورد في رسائل البرق أو الفاكس أو التلكس أو في أي وسيلة أخرى متى كان ممكن اثباتها بالكتابة" أما قانون إمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢، بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية فقد نص في المادة التاسعة فيه على أنه "إذا اشترط القانون أن يكون خطياً أي بيان أو مستند أوسجل أو معاملة أوبينة أونص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك فإن المستند أو السجل الإلكتروني يستوفي هذا الشرط" ما يعني ان قانون إمارة دبي قد ساوى مابين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية

أما قانون التحكيم المصري رقم ٢٧لسنة ١٩٩٤، فقد نص في المادة (١٢) منه على ان "اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً والا كان باطلاً، ويكون مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ماتبادل الطرفان من وسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة".

وفي ذات السياق نصت المادة (١٢ / اولاً) من مشروع قانون التحكيم العراقي على انه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً والا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً في حكم هذا القانون إذا ورد في محرر وقعه الطرفان أو ماتبادلاه من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة".

ومما تقدم نلاحظ ان نص المادة (١٢) من مشروع قانون التحكيم العراقي، مطابقة لنص المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري، والشيء الذي يفهم في كل منهما، ان الكتابة شرط ضروري لصحة اتفاق التحكيم، ولايشترط في ذلك نوع الوسيلة المتبعة في الكتابة سواء كانت قد تمت عن طريق محرر عادي او الكتروني، فعبارة "أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة" تعطي مفهوماً واسعاً لنوع الكتابة المطلوبة

٣٢- نصت المادة (٤/ثانيا) من قانون التوقيع الإلكتروني العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ على أنه " يكون للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيع الخطي إذا روعي في انشائه الشروط المنصوص عليها في المادة (٥) من هذا القانون "، كما نصت المادة (٥) من نفس القانون على أنه " يحوز التوقيع الإلكتروني الحجية في الاثبات إذا كان معتمداً من جهة التصديق وتوافرت فيه الشروط الآتية:اولاً- أن يرتبط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره ثانياً- أن يكون الوسيط الألكتروني تحت سيطرة الموقع دون غيره ثالثاً- أن يكون أي تعديل أو تبديل في التوقيع الإلكتروني قابلاً للكشف رابعاً- أن ينشأ وفقاً للإجراءات التي تحددها الوزارة بتعليمات يصدرها الوزير.

٣٣- د. سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠، ص٢٢٨.

http://abu.edu.iq

لصحة اتفاق التحكيم، وهذا يعني لكل من الكتابة العادية والكتابة التحريرية. يمكن أن تؤديان وظيفة مهمة في اثبات وصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني، ذلك لأن الإتفاق على هذا الأمر يعد من التصرفات القانونية التي يترتب عليها آثار خطيرة، وأهم هذه الآثار هو المنع من اللجوء الى القضاء الوطني فضلاً عن الزامية التحكيم كونه يتمتع بالصفة القضائية، لذا نعتقد من جانبنا أن هذا الوضع يعد أحد الأسباب التي دفعت غالبية تشريعات الدول على نحو مارأينا الى الأعتراف بالكتابة الإلكترونية ومساواتها بالكتابة التقليدية. وعليه أصبحت الكتابة الإلكترونية دليلاً كتابياً ملزماً للقاضي مثلها مثل الكتابة التقليدية.[٣٤]

وفي ذات السياق نجد ان المادة (٣٦ /١) من قانون انضمام العراق الى اتفاقية تسوية نزاعات الاستثمار بين دول ومواطني دول اخرى رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٢ قد نصت على أنه (يجب على أية دولة متعاقدة أو مواطن من دولة متعاقدة ما ترغب في اجراء التحكيم ان تقدم طلباً بهذا الخصوص وذلك بالكتابة الى الامين العام.....).

الفرع الثاني: المسائل التي تثيرها كتابة اتفاق التحكيم الإلكتروني

بعد ان توصلنا الى ضرورة كتابة الأتفاق التحكيمي من منطلق التساوي بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية في الإثبات يبقى أن نقول ان اعتماد الكتابة في اتفاق التحكيم الإلكتروني لايخلو من بعض المشاكل أو الصعوبات وخاصةً ماتعلق منها بتحديد القانون الواجب التطبيق على شرط كتابة اتفاق التحكيم المبرم على الانترنت، إذ ان اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم كفكرة مسندة، يحكمها أما قانون محل ابرام الاتفاق، أو القانون الذي يحكم موضوع الإتفاق، وهنا نتساءل عن الفكرة المسندة المنطبقة على الكتابة في الاتفاق التحكيمي، هل ترجع الى قانون محل ابرام الاتفاق، أم الى موضوع الاتفاق؟

يمكن رد مسألة اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم الى فكرة شكل التصرفات أي بمعنى إفراغ التصرف القانوني في شكل محدد يعد ركناً في التصرف لايقوم بدونه وتخلفه يؤدي الى بطلانه، على هذا ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى اشتراط شكل معين كركن من انعقاد التصرف يتعلق بموضوع التصرف وبالتالي سوف يخضع للقانون الذي يحكم موضوع التصرف وليس للشكل، فإذا تطلب هذا القانون الرسمية أو شكلاً معيناً للإنعقاد يترتب على تخلفه بطلان التصرف لأن المسألة لاتتعلق بهذه الحالة بالمظهر الخارجي الذي تفرغ فيه الإرادة، إنما تتعلق بسلامة هذه الإرادة وحمايتها [٣٥].

كما يمكن رد مسألة اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم الى فكرة شكل التصرفات على أساس الطابع التخييري مابين محل الإبرام أو قانون الموضوع [٣٦].

٣٤- د. محمد نصر محمد، الدليل الكتابي وحجيته أمام القضاء،ط١، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠١٣،ص٥٧.

٣٥- حول هذا الموضوع ينظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٢٦٠ وما بعدها.

٣٦- نصت المادة (١٩) من القانون المدني المصري الى ان " شكل التصرف يخضع لقانون بلد الإبرام أو للقانون الذي يحكم الموضوع "

http://abu.edu.iq

وسبب هذا الاتجاه يعود الى تحقيق هدف موضوعي محدد وهو التيسير على المتعاقدين من حيث الشكل وفقاً لأي قانون يقرر ذلك من القوانين ذات الصلة بالرابطة العقدية، لذا يسمي جانب من الفقه المصري هذه القاعدة بقاعدة الاسناد ذات الغاية المادية لأنها ترمي الى تقرير الإختصاص للقانون الذي يؤدي تطبيقه الى تحقيق أهداف موضوعية [٣٧].

بينما ذهب فريق من الفقه الفرنسي الى عكس ماذهب اليه الرأي الأول اذ يرى أن الاشكال اللازمة لإنعقاد التصرف تعد مجرد أجراء لمباشرة التصرف يتوجب بها خضوع شكل التصرف للقانون الذي يحكم التصرف وهذا ما أخذ به المشرع العراقي بموجب المادة (٢٦) من القانون المدني والتي نصت على ان " تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها "، الا أن تطبيق القضاء لهذه القوانين على اتفاق التحكيم المبرم على الانترنت يثير مشكلة تحديد مكان الإبرام الإلكتروني، لذا نجد في هذا الصدد أن العديد من النظريات ظهرت من أجل حل هذه المشكلة، وهذه النظريات هي[٣٨]:

١ – نظرية تصدير القبول: ونفترض ان العقد ينعقد لحظة تصدير القبول بحيث لايستطيع القابل استرداده، ويعاب على هذه النظرية أنه اذا كان إعلان القبول كافياً فلافائدة من تصدير القبول.

٢ – نظرية استلام القبول: تفترض هذه النظرية ان العقد ينعقد انعقاداً تاماً عندما تصل رسالة القبول الى الموجب ولا أهمية بعد ذلك إذا علم الموجب بمضمون القبول أو لم يعلم، ويعاب على هذا الإتجاه ان وصول القبول وتصديره لا يضيف الى إعلان القبول شيئاً.

كما تبنى قانون التجارة الإلكتروني النموذجي الصادر عام ١٩٩٦ هذه النظرية فنص في المادة (١٥) منه على أنه " إذا لم يعين المرسل اليه نظام معلومات يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل اليه ". وبالجانب الذي نجد فيه أن التأكد من تمام الاتفاق على الانترنت عرضةً للعديد من المخاطر، فمن جانب آخر أن تطبيق القاضي للقانون الذي يحكم الاتفاق ذاته من حيث الموضوع سيترتب عليه في جميع الحالات تطبيق نتيجة واحدة هي الاعتراف بالكتابة الإلكترونية لأن غالبية هيئات التحكيم الإلكتروني لا تميل الى تطبيق القوانين والتشريعات الوطنية وإنما تطبق بشأن صحة اتفاق التحكيم لوائحها والتقنيات الخاصة بها ومنها على سبيل المثال لائحة المحكمة الإلكترونية (CYPER TRIBUNAL) [٣٩].

هذا وقد كشفت هيئات التحكيم الإلكتروني قاعدة مباشرة لقبول الكتابة الإلكترونية في اتفاق التحكيم بوصفها قاعدة من القواعد المادية في مجال التجارة الإلكترونية ولأجله نصت المادة السادسة من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادرة عام ١٩٩٦ على أنه " عندما يشترط القانون أن تكون

٣٧– د. هشام صادق علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص٦١٠.

٣٨– للمزيد من التفصيل ينظر نضال سليم برهم، مصدر سابق، ص٨٤.

٣٩– د. حسام اسامة محمد، الإختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٩٢ وما بعدها.

http://abu.edu.iq

المعلومة مكتوبة فإن رسالة البيانات تستوفي هذا الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها "
ولعل ماجاء بهذه المادة قد حظي بتأييد جانب من الفقه المصري[٤٠].

المبحث الثاني: محتوى اتفاق التحكيم الإلكتروني

يشكل اتفاق التحكيم الإلكتروني الأساس في حسم المنازعات وتساهم إرادة الأطراف في ابراز ملامح الاطار التحكيمي من خلال تحديد النظام القانوني الحاكم للمنازعات القائمة آنياً أو المحتملة الوقوع في المستقبل لجهة تحديد القانون الواجب التطبيق أو تحديد المحكمة المختصة التي ستفصل بالنزاع ومن أجل ماتقدم نقّسم هذا المبحث الى مطلبين وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: تعيين المحكمة التحكيمية.

المطلب الثاني: تعيين القانون الواجب التطبيق.

المطلب الأول: تعيين المحكمة التحكيمية

يقصد بالمحكمة التحكيمية، هيئة التحكيم التي تنظر بالنزاع وهي تشكل المحور الذي تدور حوله العملية التحكيمية، وبحسب القاعدة السائدة في التحكيم التقليدي فإن تشكيل هيئة التحكيم تتم بإتفاق الطرفين بعد أن تحوز الهيئة ثقة طرفي اتفاق التحكيم في العهدة اليها بحل النزاع القائم، وهو الأمر الذي يسري على اتفاق التحكيم الإلكتروني، فلهم أن يتفقوا على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم، وهذا يتطلب في هيئة التحكيم توافر مجموعة من الشروط تتعلق بالحيادية والخبرة ضماناً للحكم العادل، وفي الحالات الاستثنائية التي لا يتفق فيها الطرفين على تسمية هيئة التحكيم فإن مسائل التحكيم الإلكتروني تكون من اختصاص المحكمة المختصة ولتوضيح ماتقدم فإن الحال يستدعي بنا تقسيم هذا المطلب الى فرعين هما:

الفرع الأول: التعيين الإتفاقي لهيئة التحكيم التقليدي.

الفرع الثاني: التعيين القضائي لهيئة التحكيم الإلكتروني.

الفرع الأول: التعيين الإتفاقي لهيئة التحكيم التقليدي

الأصل في اتفاق التحكيم التقليدي عندما يكون التحكيم نوعاً من أنواع القضاء الخاص فإنه يتيح للأطراف اختيار هيئة التحكيم وتحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين بعيداً عن القضاء الوطني بحيث أن اعتذار المحكم عن مهمته يعطي الحق لأطراف الاتفاق بإستبداله[٤١]. ويندر أن يتم تشكيل هيئة التحكيم قبل بدء التحكيم لأن هذا يثير صعوبات تتعلق بتسمية المحكمين لذا نجد ان قانون التحكيم المصري رقم ٢٧لسنة ١٩٩٤ لم يشترط تسمية المحكمين قبل نشوب النزاع على خلاف ماسارت عليه تشريعات دول

٤٠- نظر في ذلك د. هشام صادق علي صادق، مصدر سابق، ص٥٣٤ ومابعدها.

٤١- قرار محكمة البداءة العاشرة في دمشق رقم (٤) في ٢٠٠٨/٥/٢٩. منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع ٢٠٠٩.ص٣٠٣.

http://abu.edu.iq

أخرى مثل قانون التحكيم الجزائري رقم(٩) لسنة ٢٠٠٨ والذي نص في المادة (٤٤٣) على أنه " ينص الاتفاق على التحكيم أمام المحكمين الذين اختارهم الخصوم ويثبت الاتفاق أما في محضر أو عقد رسمي أو عرفي "

كما يحدد الاتفاق التحكيمي عدد المحكمين ويشترط فيه أن يكون وتراً [٤٢] وبحسب ما سارت عليه غالبية تشريعات العالم ومنها قانون المرافعات المدنية العراقي في المادة (٢٥٧) والتي نصت على أنه "يجب عند تعدد المحكمين ان يكون عددهم وتراً عدا حالة التحكيم بين الزوجين" [٤٣]. وهو الأمر الذي أشارت اليه المادة (١٥ /ثانياً) من مشروع قانون التحكيم العراقي بنصها على انه"إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً". وايضاً مانصّ عليه قانون انضمام العراق الى اتفاقية تسوية نزاعات الاستثمار بين دول ومواطني دول اخرى رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٢. وتحديداً في نص المادة (٣٧/ أ) والذي جاء فيها على أن "تتألف المحكمة من محكم واحد أو أي عدد غير زوجي من المحكمين معينين حسب اتفاق الأطراف".

أما إذا لم يتفق الطرفان على محكم واحد، يعين كل طرف محكماً ويختار المحكمان المحكم الثالث، ويعتبر القرار التحكيمي الصادر نهائياً وملزماً للفريقين [٤٤]. ثم ان استقرار ارادة الأطراف على التحكيم يمنعهم من اللجوء الى القضاء العادي لأن التحكيم سوف يكون شرطاً أساسياً وملزماً في العقد فلا يجوز نقضه أو تعديله الا بنفس الطريقة التي تكون فيها عن طريق ارادة الأطراف [٤٥].

أما المعاهدات والاتفاقيات الدولية هي الأخرى، قد أكدت على أهمية الإرادة في الاتفاق التحكيم، فعلى سبيل المثال نجد أن الفقرة الإولى من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الدولية، يمكن الأعتراف ورفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي إذا لم يتطابق تشكيل محكمة التحكيم مع المقتضيات الواردة في اتفاق التحكيم، ووفقاً للمادة الرابعة من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١، تترك الحرية كاملة لإتفاق الأطراف لتعيين المحكمين أو لتحديد طريقة تعيينهم.

42- Thamos clay,Arbitrage international ,cour de Cassation,Reveu international,Dalloz , 2006,p.140.

٤٣- يقابل نص المادة أعلاه المادة (٥) من قواعد مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي. وأيضاً هذا ما أكده القضاء اليمني لجهة تشكيل الهيئة التحكيمية من محكم فرد ولايشكل هذا مخالفة للقانون. ينظر قرار المحكمة اليمنية العليا، الدائرة التجارية، القضية رقم ٣٣٩٢١ في ٢٠٠٩/٤/١٥. منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، ٢٠٠٩، ص٦٥٣.

٤٤- قرار محكمة استئناف عمان، القرار رقم ٢٠٠٧/١٣٦، منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع، ٢٠٠٩، ص١٦٧. وفي ذات السياق ينظر نص المادة (٣٧/ ب) قانون انضمام العراق الى اتفاقية تسوية نزاعات الاستثمار بين دول ومواطني دول اخرى رقم ٦٤لسنة ٢٠١٢.

٤٥- قرار محكمة الجزائر العليا، الغرفة التجارية والبحرية، قرار رقم ٥٩٣٠ /٨ في ٢٠٠٨/٤/٩، منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع، ٢٠٠٩، ص٢٤٥.

http://abu.edu.iq

الفرع الثاني: التعيين القضائي لهيئة التحكيم الإلكتروني

ناقشنا في سطور ماتقدم حالة تعيين هيئة التحكيم بواسطة اتفاق الأطراف على مستوى التحكيم التقليدي، وهنا نناقش الصورة الأخرى لتعيين هيئة التحكيم والتي تتم بواسطة القضاء المختص، وهذه الآلية في تعيين هيئة التحكيم تثير لدينا سؤالين الأول، ما السبب في تدخل القضاء المختص في تعيين هيئة التحكيم؟ الثاني، كيف يتم تعيين هيئة التحكيم الإلكتروني؟.

للإجابة: و بحسب الأصل المتحقق في التحكيم التقليدي والذي يعطي للأطراف الحرية في اختيار هيئة التحكيم، فأنه استناداً لهذا الأصل يجوز للمحكمة المختصة في الحالات التي لايتفق فيها الأطراف على تعيين هيئة التحكيم أن تتدخل المحكمة وتقوم بنفسها بمباشرة هذه المهمة..وهذا الأمر مؤكد بنص المادة (١/٢٥٦) من قانون المرافعات العراقي والتي نصت على أنه "إذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزله أو عزل عنه أو قام مانع من مباشرته ولم يكن اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم فلأي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع بعريضة لتعيين المحكم أو المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع أقوالهم". وهو الامر الذي نجده في قانون انضمام العراق الى اتفاقية تسوية نزاعات الاستمار بين دول ومواطني دول أخرى رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٢ اذ جاء في المادة (٣٨) على انه " اذا لم تشكل المحكمة ضمن (٩٠) يوماً بعد ارسال اشعار تسجيل الطلب من قبل الامين العام أو فترة اخرى يتفق عليها الاطراف يقوم الرئيس، وحسب طلب أحد الاطراف وبعد استشارة الاطراف قدر المستطاع بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يتم تعيينهم.....".

علماً ان المحكمة المختصة بنظر النزاع قد حددت بموجب المادة (٩) من مشروع قانون التحكيم العراقي عندما نصت على أنه " اولاً: يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون الى القضاء العراقي لمحكمة استئناف بغداد مالم يتفق الطرفان على محكمة استئناف اخرى سواء كان التحكيم محلياً او دولياً. ثانياً: تظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للبند (اولاً) دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع اجراءات الحكيم ".

أما عن موقف قانون التحكيم المصري رقم ٢٧لسنة ١٩٩٤، فنجد أن المادة (١/١٠) قد أشارت على أنه في حالة عدم اتفاق الطرفين على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم تولت المحكمة المختصة اختيار المحكم أو المحكمين وأيضاً تحدد المادة (١/٩) من القانون نفسه المحكمة المختصة بنظر النزاع عندما نصت على أن " ١- يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون الى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، اما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في مصر او في الخارج فيكون الأختصاص لمحكمة استئناف القاهرة. ٢- تبقى المحكمة التي ينعقد لها الإختصاص صاحبة الاختصاص حتى استكمال اجراءات التحكيم ". وينبغي لتدخل المحاكم القضائية في

http://abu.edu.iq

تعيين المحكم أو المحكمين أن يكون هذا التدخل بعد نشوب النزاع، وأن يكون اتفاق التحكيم صحيحاً وليس باطلا[٤٦].

أما عن كيفية اختيار المحكمين، فهنا يتم تعيين المحكمين بمعرفة محكمة التحكيم مثال ذلك ماتقرره المادة (٨) من لائحة المحكمة الفضائية من ان يتم تشكيل محكمة التحكيم التي قد تتكون من محكم واحد أو ثلاثة محكمين بمعرفة سكرتارية المحكمة[٤٧].

والأمر نفسه يتبع في حالة تعدد المحكمين يتولى المحكمان الآخران تعيين محكم يترأس المحكمة، فإذا تعذر عليهما القيام بهذه المهمة، قامت بها سكرتارية محكمة التحكيم، وتقر الفقرة الثالثة من المادة الثامنة من لائحة المحكمة الفضائية أن السكرتارية تمنح كل محكم دليل الدخول (uncode decces) وكلمة المرور (unmot de passe) للدخول الى موقع القضية (site de iaffaire) ولا يملك الأطراف الخاضعون لنظام تلك المحكمة سوى قبول أحكامه[٤٨].

هذا مايتعلق بتعيين المحكم، أما فيما يتعلق برد المحكم فلا يجوز رده الا اذا قامت ظروف تثير الشكوك حول حيدته واستقلاله كما لايجوز لأي من الطرفين رد المحكم الذي تم تعيينه الا لسبب يتعلق بشروط رد المحكمين[٤٩]، ذلك ان كل طلب يتضمن رد المحكم يشترط فيه مجموعة من الشروط ومنها[٥٠].

١ – حيادية المحكم.

٢– أهلية المحكم فلايجوز ان يكون المحكم قاصراً أومحجوراً او محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر افلاسه ولم يرد اعتباره بعد.[٥١]

٣– تقديم طلب الرد خلال عشرة أيام تلي تسمية المحكم المطلوب رده أو خلال العشرة التي تلي معرفة الخصوم أو أحدهم بالظروف أو الوقائع التي دفعته لتقديم طلب الرد.

٤ – تعلن سكرتارية المحكمة قبولها طلب الرد بعد أن يقوم المحكم المطلوب رده والأطراف بإبداء ملاحظاتهم، ويكون قرارها بهذا الشأن نهائياً.

أما فيما يتعلق بتبديل المحكم فيجوز ذلك في الحالات الآتية:[٥٢]

١ – اذا أهمل في أداء وظيفته.

٢ – اذا قدم استقالته وتم قبولها من قبل سكرتارية المحكمة.

٤٦– د. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٢٩٨.

٤٧– د. محمد عبد العزيز منسي، اتفاق التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، ط١، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١١، ص١٢٠.

٤٨– د.محمد عبد العزيز منسي، مصدر سابق، ص١٢١.

٤٩– David,D.Caron,Leem.Cptan,The uncirtal ,arbitration Rules, personal, London, 2009, p.79.

ينظر في ذلك نص المادة (١٨) من مشروع قانون التحكيم العراقي.

٥٠– مصطفى محمد زغبي، مصدر سابق، ص٨٠

51–G–B.Racien,competence priortence, de Larbitre,Revue de droit international private,Dalloz,N4,2006,p.606.

٥٢– مصطفى محمد زغبي / مصدر سابق، ص٨١.

http://abu.edu.iq

٣ – تعمل سكرتارية المحكمة الى تعيين هيئة تحكيم في حالة فراغ الهيئة وبأسرع وقت ممكن.

من منظور ماتقدم يتبين أن التعيين القضائي لهيئة التحكيم لا يختلف في جوهره مابين التحكيم التقليدي والتحكيم الإلكتروني، لجهة اعداد المحكمين أوردهم، أو تبديلهم، الا أن مركز الفرق يتعلق بطبيعة المنازعات المعروضة على المحكمة القضائية (الافتراضية) إذ تنظر هذه المحكمة بجميع المنازعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية، وبذلك يخرج عن اختصاص المحكمة المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية التقليدية، أضف الى هذا أن جلسات المحكمة الإلكترونية تنعقد بطريقة افتراضية، دون التواجد المادي لأطراف التحكيم بعد ملىء استمارة معدة على موقع الكتروني تابع للمحكمة يصبح مؤمناً بعد ملئها، وهو مايحقق للأطراف السرية المطلوبة في اجراءات التحكيم وتستخدم المحكمة برنامج (الفيديو كونفرانس) لكي يرى المحكمون والأطراف بعضهما البعض، وترسل الأدلة والملفات الخاصة بالنزاع الى المحكمين عبر هذا الموقع [٥٣].

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني

بات واضحاً ان اتفاق التحكيم الالكتروني هو عقد ناجم عن تلاقي ارادتين، يهدف الى احداث أثر قانوني وهو اخراج النزاع من قبضة الدولة الى التحكيم بوصفه قضاءً خاصاً، حيث ان الطبيعي في ميدان التجارة الإلكترونية أن تظهر المنازعات تماماً كما هو عليه الحال في العالم غير الإلكتروني، منازعات تتصل بإبرام ذلك العقد أو تنفيذه وتفسيره أو مايتصل بعناصر التجارة الإلكترونية كمنازعات التجارة الفكرية وهي في غالبها ما يطغي عليها الطابع الدولي، ومايثير الأمر صعوبة في هذا المجال أنه في فضاء الانترنت تتم علاقات يومية ينشأ من خلالها منازعات تتعلق بحقوق وواجبات أطراف الإتفاق ما يثير التساؤل عن القانون الواجب التطبيق على ذلك النزاع؟

في واقع الأمر نجد أن جهوداً تشريعية قد بُذلت أبرزها إقرار القانون الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسوب (uctta) التي جرى اعتمادها من قبل المؤتمر الوطني لمندوبي الولايات المتحدة في تموز ١٩٩٩، والذي اعتمد مبدأً أساسياً قوامه أحياء العمل بقانون الإرادة في غير عقود المستهلكين أي بمعنى أن للأطراف الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق ولكن في غير عقود المستهلكين، وفي حدود النظام العام، هذا الحل يساهم في تنشيط التجارة الإلكترونية، لأن التحكيم بطبيعته يمتاز بالتحرر من الشكلية المفروضة في قضاء الدولة [٥٤]. وعليه يستطيع الخصوم الاتفاق على القواعد القانونية التي تسهم في حل نزاعهم وهذه القواعد على نوعين الأولى: خاصة بإجراءات التحكيم، والثانية: تختص بأساس أو موضوع النزاع، والى ذلك سوف نعرض في(فرع أول) للقانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم وفي (فرع ثان) للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

٥٣– د. خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر العربي، بدون مكان النشر،٢٠٠٣، ص٢٦٦. وكذلك د. أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية، بدون مكان النشر، ٢٠٠٣، ص٥٦.

٥٤– مصطفى محمد زغبي، مصدر سابق، ص٥٦ وما بعدها.

http://abu.edu.iq

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم

الاتفاق على التحكيم الالكتروني يختلف عن غيره من الاتفاقات لمايتضمنه من طابع اجرائي من حيث كونه يتضمن التجاء الأطراف الى التحكيم للفصل في النزاع(٥٥).

ومسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم له أهمية كبرى تتجلى بصورة خاصة في تحديد ادارة نظام الإثبات والوسائل التقنية التي من شأنها تأمين أحترام مبادئ السرية والوجاهية وحقوق الدفاع، فضلاً عن تنظيم عملية تبادل اللوائح وتنظيم الاجتماعات على شبكة الانترنت والقواعد الإجرائية تتضمن القواعد التي يتعين اتباعها بعد تعيين المحكم أو تشكيل هيئة التحكيم حتى صدور قرار التحكيم، وعليه نجد في هذا السبيل أن الأطراف في التحكيم قد أفصحوا عن ارادتهم في اختيار القواعد الإجرائية التي تنسجم مع احتياجاتهم، أو أنهم لم يختاروا نوع النظام القانوني الحاكم لإجراءات التحكيم، وهذا العرض يثير لدينا سؤالين هما: في الحالة الأولى ماقدرة الارادة على تعيين القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم؟ وفي الحالة الثانية، ما الحلول الواجبة الإتباع في حالة اغفال الأطراف تعيين القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم؟ وإجابة هذه الأسئلة نصوغها على النحو الآتي:

أولاً: حالة اختيار القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم

التحكيم يعتمد في جوهره على اتفاق المحتكمين فلايمكن بأي حال من الأحوال مصادرة هذه الإرادة، هذا وإن دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق يختلف بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بتحكيم خاص أو مؤسسي، فالتحكيم المؤسسي يجعل من دور الإرادة محدوداً بلوائح وتعليمات المركز التحكيمي بما يشتمل من قواعد اجرائية، أما فيما يتعلق بالتحكيم الخاص (الحر) فأنه يمنح الإرادة مساحة واسعة في اختيار مكان التحكيم والقواعد التي تحكم الموضوع (٥٦). وفي كلتا الحالتين لا توجد مشكلة في تحديد القانون الواجب التطبيق، لكن المشكلة تبرز في الحالة التي يتفق فيها الأطراف على اخضاع اجراءات التحكيم الإلكتروني لإجراءات التحكيم التقليدية وتجاوز هذه المشكلة لا يكون الا من خلال عقد اتفاق تكميلي يأخذ بنظر الاعتبار طبيعة التحكيم الالكتروني فيضيف بعض القواعد التي تتعلق بالمسائل الفنية والتي تتناسب مع التحكيم الإلكتروني، ومشكلة أخرى تظهر في حالة اتفاق الفرقاء على اخضاع اجراءات التحكيم لقانون دولة لا تعترف بالتحكيم أو المعاملات الإلكترونية لذا ولتسهيل تنفيذ أحكام التحكيم يتعين على الفرقاء الذين يودون اللجوء الى التحكيم الإلكتروني أن يتأكدوا من أن القانون أو النظام الذي اختاروه يسمح بالتحكيم الإلكتروني (٥٧). والتساؤل الذي يطرح في هذا المقام هو

٥٥- د. محمد عبد العزيز منسي، مصدر سابق، ص٢٣٩.

٥٦- د. ايناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٣٢٦.

٥٧- بمفهوم المخالفة: يعني أنه لاتوجد ثمة صعوبة عندما يكون النظام التحكيمي المتفق عليه قد وضع ليطبق على التحكيم الإلكتروني، كما هو الحال بالنسبة لمراكز التحكيم الإلكتروني، مثل (cyber tripunal)، فأنها تُخضع اجراءات التحكيم لأنضمتها

http://abu.edu.iq

ما الحل الواجب اتباعه في الوقت الذي نصادف به عدم اتفاق الفرقاء على اختيار القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم؟ وهذا ماسوف نتعرف عليه في الفقرة التالية.

ثانياً: حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم

اذا كانت قاعدة خضوع اجراءات التحكيم لإرادة المحتكمين ليست محل نقاش فإن الصعوبة تثور في حال غياب هذه الإرادة عن القواعد الإجرائية التي تحكم نزاعهم أو عدم اشارتهم الى قانون يطبقه المحكم على الاجراءات أو عدم كفاية الإجراءات التي اتفق عليها المحتكمون فما الحل المناسب في مثل هذه الحالات؟ في حقيقة الأمر هناك العديد من الحلول التي طرحت بمناسبة تجاوز هذه الصعوبات واولها ضرورة تحديد مكان التحكيم الإلكتروني (التركيز المكاني للتحكيم) وهذا واضحاً من خلال ماجاءت به اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة ١٩٥٨ على وفق نص المادة (١/٥) والتي نصت على أن "للفرقاء الحرية التامة في اختيار القانون المطبق على الإجراءات التحكيمية على ان يكون مكان قانون التحكيم هو القانون الإحتياطي في حال عدم اتفاقهم على قانون معين". وهذا يعني ان قاعدة الإسناد في حالة غياب الإرادة على اجراءات التحكيم هو قانون دولة مقر التحكيم، غير أنه في اطار التحكيم الإلكتروني تظهر صعوبات جدية لجهة تعيين مكان التحكيم وحتى الأسس التي وجدت في سبيل تخطي هذه الصعوبات هي غير كافية لتحقيق هذا الغرض، فمثلاً مايتعلق بمكان وجود المحكم هو معيار غير كاف حتى في التحكيم العادي، فهل نأخذ في سبيل تحديد هذا المكان بموطنه أم محل اقامته، وما الحل في حال تعدد المحكمين؟ كما لايمكن الإعتماد على التركيز الجغرافي المعلوماتي لأنه قد يتعدد المعلوماتيون ويقع كل منهما في دولة مختلفة [٥٨]. ثم ان تخلف عنصر المكان يؤدي الى ضياع الفوارق الزمنية للمتصلين على الشبكة واللازمة للعديد من المشاكل القانونية فعلى سبيل المثال تتصل الكثير من الإلتزامات في ميدان المعاملات المصرفية بوقت العمل الرسمي للبنوك بالنسبة لخدمات البنوك الإلكترونية الموجودة على الانترنت [٥٩].

غير ان أنسب الحلول أن يترك الى هيئة التحكيم تعيين هذا المكان عندما لايتفق الطرفان عليه وهو مانصت عليه المادة (٢٠) من قانون الأونسترال للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة [٦٠].

الخاصة وفقاً لقواعد الانصاف وعدم الانحياز واحترام حقوق الأطراف وخاصة مبدأ الوجاهية (م١٤) من نظام (cyber tripunal). ولمزيد من التفصيل يُنظر مصطفى محمد زغبي، مصدر سابق، ص٦٠.

٥٨- د. عادل ابو هشيمة محمود حوته، القانون الواجب التطبيق على عقود خدمات المعلومات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٢١٥.

٥٩- Gabrielle Kaufmann- Kholer" Lelieude Barpiragea launedela mondialisation" Rev-arp- 1998p.529.-

مشار له لدى مصطفى محمد زغبي، مصدر سابق، ص٦٣.

٦٠- نصت المادة (١/٢٠) من قانون الأونسترال على أنه " للطرفين حرية الاتفاق على مكان التحكيم فإن لم يتفقا الطرفين على ذلك تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان على أن تأخذ بالاعتبار ظروف القضية بما في ذلك ارادة الطرفين "

http://abu.edu.iq

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم

وجدنا في التفصيل السابق أن مبدأ سلطان الإرادة يمثل المحور الذي يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم الإلكتروني، وبذات النهج نجد أن هذا المبدأ هو الأساس الذي يتحدد بموجبه النظام القانوني لموضوع التحكيم الإلكتروني، إذ حرصت غالبية النظم القانونية على احترام ارادة المحتكمين فيما يتعلق بأختيارها للقواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع واعمالها سواء كانت صريحة ام ضمنية ما دامت لا تخالف النظام العام ولايشوبها الغش نحو القانون [٦١]. وهذا يؤدي بنا الى القول أنه لا مشكلة تذكر بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق إذا كانت ارادة الفرقاء حاضرة ولكن المشكلة تنبع في الفرض الذي تغيب فيه الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق الأمر الذي يثير السؤال حول مدى سلطة المحكم في اختيار القانون الموضوعي؟ في هذه الحالة يتعين على هيئة التحكيم ان تبحث عن قواعد تنازع القوانين فقد ذهب البعض[٦٢]. الى اسناد العلاقة لقانون البلد الذي يجري فيه التحكيم (قانون مقر التحكيم) ولكن مقر التحكيم قد يكون مكاناً حيادياً للمحتكمين، أو ان مكان التحكيم هو مكاناً ملائماً لممارسة التحكيم ولكنه ليس له علاقة بموضوع التحكيم، وتبلغ الصعوبة قمتها عندما يكون التحكيم قد جرى بواسطة الشبكة وهذا الواقع دفع القضاء الفرنسي الى خلق فكرة تسمى تلطيف العقد وبها تكون مهمة المحكم المفوض بالصلح ترتكز نحو نزول الأطراف عن التمسك بالتنفيذ الدقيق للحقوق التي يستمدوها من العقد وهذا يسمح للمحكم بإستبعاد حقوق معينة ناشئة عن الاتفاق بشرط أن لايعدل قصد العقد بإستبدال الإلتزامات التعاقدية بإلتزامات جديدة لا تتفق مع القصد الحقيقي للطرفين [٦٣]. أما عن تطبيقات القانون الموضوعي في حالة غياب الإرادة فتكاد لاتخلو لائحة من لوائح هيئات التحكيم الدائمة أو معاهدة دولية من نص يعالج هذه المشكلة فعلى سبيل المثال ينص نظام المحكمة الإفتراضية على أنه إذا لم يتفق أطراف النزاع على تحديد القانون المطبق على موضوع التحكيم تقوم المحكمة بإختيار القانون الذي يرتبط به النزاع بأوثق صلة، تطبيقاً لنص المادة (١/١٧) وبإستثناء الحالة التي يكون أحد أطرافها مستهلكا [٦٤].

ونجد أيضاً الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي المعقود في جنيف في ٢١/٤/ ١٩٦١، قد قررت في الفقرة الأولى من المادة السابعة على حرية المحتكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق على

٦١- د. ايناس الخالدي، مصدر سابق، ص٢٩٤.

٦٢- David,Branson and Richard,E.Wallace,gr,choosing the Substantive Law Apply in ia gournal of international Commercial Arbitration , Virginia gournal of international Law , Vol.27.No.1,full1986.p.43.
مشار له لدى د. ايناس الخالدي، مصدر سابق، ص٢٩٥.

٦٣- أبو زيد رضوان، قانون التجارة الدولية، دراسة لفكرة تلطيف العقد، منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، ١٩٩٩، ص٣١.

٦٤- يُنظر د. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٩، ص٢٣٠.

http://abu.edu.iq

موضوع النزاع وفي حالة غياب هذا الإتفاق فعلى المحكمين تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة تنازع القوانين التي يرونها مناسبة آخذين بعين الإعتبار أحكام العقد والأعراف التجارية.

الخاتمة

في نهاية بحثنا توصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات، نخلصها وفقاً للتفصيل الآتي:

أولاً: النتائج

١ – ان اتفاق التحكيم الإلكتروني هو عبارة عن عقد الكتروني وهذا يجعل منه اسلوباً حديثاً ومتطوراً لوضع الحلول المناسبة في مشاكل عقود التجارة الإلكترونية لما يتسم به من سرعة وإمكانية التعاقد عن بعد والتعبير عن الإرادة، وتبادل المستندات الكترونياً وعليه فإن الرضا والأهلية هما شروط لازمة لإنعقاد اتفاق التحكيم الإلكتروني، وبهذا تتفق طبيعة اتفاق التحكيم الإلكتروني مع طبيعة اتفاق التحكيم التقليدي، في أن كل منهما عبارة عن تصرف قانوني يعقد بين جانبين، الا أن وجه الفارق بينهما يتضح من خلال ان شبكة الانترنت هي البيئة أو الواسطة التي يتم بها اتفاق التحكيم الإلكتروني.

٢ – تكون ارادة الأطراف هي الأصل الذي يرسم ملامح القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي حالة غيابها فإن قواعد تنازع القوانين تمثل الحل الملائم لتحديد القانون الواجب التطبيق وان الإرادة في القبول الإلكتروني يجب أن تكون صريحة فالإرادة الضمنية غير كافية لأن العملية التحكيمية تتم عبر أجهزة الكترونية ليس لها القدرة على الاستنتاج أو التقصي، وهي تكون محدودة في نطاق التحكيم المؤسسي بمناسبة تحديد القانون الواجب التطبيق على اجراءات اتفاق التحكيم الإلكتروني، وبعكسه تكون حرة في نطاق التحكيم الخاص.

٣ – لمشروعية اتفاق التحكيم الإلكتروني لم يستلزم قانون المرافعات الفرنسي أن يكون شرط التحكيم مكتوباً لصحته، الا أنه تشترط بعض الاتفاقيات والتشريعات افراغه في شكل كتابي كشرط لصحته والا كان باطلاً وفقاً لما جاء في قانون المرافعات المدنية الإماراتي في المادة (٢٠٣/ ٢).

٤ – فيما عدا عقود الاستهلاك الدولية، تلعب الإرادة دوراً بارزاً في تكوين اتفاق التحكيم الإلكتروني، وفي حالة خلو ارادة الأطراف عن تحديد بعض عناصر اتفاق التحكيم الإلكتروني مثل لغة التحكيم أو مدة التحكيم أو هيئة التحكيم وثار بشأنها نزاعاً تولى القضاء مهمة الفصل فيها.

٥– خلو قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل من تنظيم أحكام خاصة بمسائل اتفاق التحكيم الإلكتروني والذي حدد الباب الثاني منه لمسائل التحكيم في المواد من (٢٥١ الى ٢٧٦). مايجعل التشريع العراقي بعيداً عن مواكبة التطورات الحاصلة في تشريعات دول العالم في هذا المجال.

ثانياً: التوصيات

١ – حداثة التحكيم الإلكتروني، وقصور القانون المنظم لمسائل التحكيم في العراق، كونه لم يأخذ بنظر الإعتبار خصوصية اتفاق التحكيم الإلكتروني، تُظهر الحاجة الى حث المشرع العراقي للاسراع في سن قانون للتحكيم يعالج المسائل المتعلقة بالتحكيم التقليدي عموماً وإفراد نصوص خاصة باتفاق

http://abu.edu.iq

التحكيم الإلكتروني، لاسيما ونحن نجد ان قانون المعاملات الإلكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ لم يحمل بين طياته موضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني.

٢ – بسط العمل بالتحكيم الإلكتروني كوسيلة مهمة لتسوية المنازعات الناجمة عن عقود التجارة الإلكترونية، وخاصة بعد انفتاح العراق على دول العالم، واتساع عمليات التبادل التجاري، وهذا الأمر يتطلب التعريف بأهمية التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات، بعد أن تأخذ كليات القانون في الجامعات العراقية دورها في نشر ثقافة التحكيم الإلكتروني، عبر المؤتمرات العلمية التي يتم عقدها سنوياً .

٣ – حيث ان التحكيم على الشبكة يسهل عملية التواصل بين الدول لذا فإن انضمام العراق الى البعض من الاتفاقيات ومنها اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية نزاعات الاستثمار لعام ١٩٦٥ والمصادق عليها بموجب قانون انضمام العراق الى اتفاقية تسوية نزاعات الاستثمار بين دول ومواطني دول اخرى رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٢ يمثل خطوة نحو الامام نأمل فيها من المشرع العراقي الانضمام الى اتفاقيات اخرى موضوعها التحكيم لاسيما اتفاقية نيويورك الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٥٨.

قائمة المراجع

اولاً: المراجع باللغة العربية

١ – د. أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية، بدون مكان نشر، ٢٠٠٣.

٢– د.ايناس الخالد، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

٣ – حازم نعيم الصمادي، مسؤولية العمليات المصرفية الإلكترونية،دار وائل للنشر، عمان،٢٠٠٣.

٤ – د. حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٩.

٥ – د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، ك١،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢.

٦ – د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٩.

٧ – د. خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر العربي، بدون مكان نشر، ٢٠٠٣.

٨ – د. سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

٩ – د. سليمان مرقص، اصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨١.

١٠ – د. عادل أبو هشيمة محمود حوته، القانون الواجب التطبيق على عقود خدمات المعلومات الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

http://abu.edu.iq

١١ – د. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

١٢ – د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.

١٣ – د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١،ط١،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨.

١٤ – د.عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد،٢٠١٣.

١٥ – د. عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢.

١٦ – د. عدنان السرحان، د.نوري محمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠.

١٧ – د. محمد عبد العزيز منسي،اتفاق التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، ط١، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١١.

١٨ – د. محمد نصر محمد، الدليل الكتابي وحجيته أمام القضاء، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٣.

١٩ – مصطفى محمد زغبي، التحكيم على شبكة الانترنت، المنشورات الحقوقية –صادر،بيروت، ٢٠٠٧.

٢٠ – موفق حمادة عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية، ط١،منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.

٢١ – د. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.

٢٢ – نضال سليم برهم، احكام عقود التجارة الالكترونية، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.

٢٣ – د. هشام صادق علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥.

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية

1 –G- B.Racien,Competence priortaire De L arbiter de droit international private ,Dalloz,N4,2006.

2- Rejette,contrat de transport Mariti me international ,Reveu de droit international private,Dalloz,n3,2006.

http://abu.edu.iq

3 – Daived,D.Caron,Leeu.Cptan,The uncirtai ,arbitration rules,personal,law dov ,2009.

4 – B.Goldman,ic droit des society international Clunet,1963.

ثالثاً: المقالات والدراسات

١ – أبو زيد رضوان، قانون التجارة الدولية، دراسة لفكرة تلطيف العقد، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، ١٩٩٩.

٢ – رامي محمد علوان، التعبير عن الارادة عن طريق الانترنت واثبات التعاقد الالكتروني،مجلة الحقوق الكويتية، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الثانية والثلاثون،٢٠٠٩.

٣ – د. طارق كميل، مقدموا خدمات المصادقة الالكترونية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد الخامس، العدد الثالث، ٢٠٠٨.

٤ – د. نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية، مجلة الحقوق الكويتية، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الثانية والثلاثون، ٢٠٠٩.

رابعاً: القوانين:

١ – القوانين العراقية:

- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
- قانون التجارة النافذ رقم ٣٣٠ لسنة ١٩٨٤.
- قانون التوقيع الإلكتروني رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢.
- قانون انضمام العراق الى اتفاقية تسوية نزاعات الاستثمار بين دول ومواطني دول اخرى رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٢.

٢ – القوانين العربية:

- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
- قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.
- قانون المعاملات والتجارة في امارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢.

٣ – القوانين الأجنبية:

- قانون الأونسترال للتحكيم التجاري لسنة ١٩٦٩.
- القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧.

http://abu.edu.iq