



جامعة آكلي محند أولحاج - البويرة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

اتفاق التحكيم الإلكتروني

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون أعمال

إشراف الأستاذ:
عثماني حسين

إعداد الطالبة:
خيتوش حكيمة

لجنة المناقشة

الأستاذ: بوديسة كريم رئيساً
الأستاذ: عثماني حسين مشرفاً ومقرراً
الأستاذ: نبي محمد ممتحناً

السنة الجامعية 2016/2015

شكر و عرفان

اللهم لك الحمد ولك الشكر على فضائك ونعمك بأن بصرتنا بمعرفة العلم ونور الفهم
فالحمد لله على توفيقه لنا ومنحنا قوة الإرادة والصبر لتحمل عناء هذا العمل إلى
نهايته

وأتوجه بالشكر الجزيل إلى
الأستاذ المشرف: **عثماني حسين**

والذي تفضل بالإشراف على هذا البحث، ولم يدخر وقتاً ولا جهداً فجازاه الله عن
كل خير،
وله مني كل التقدير والاحترام

وندعوا سبحانه وتعالى
بأن رضا الله تعالى أولاً والوالدين ثانياً، شاكرين لله عز وجل وحامدين له على تسديد
خُطانا لإنجاز هذه الدارسة
والى كل من قدم لنا يد المساعدة
من قريب أو من بعيد

إهداء

أهدي ثمرة جهدي

إلى اللذين كانا سببا في وجودي، إلى اللذين شجعاني في دربي ورفعنا بظموشي إلى
العلا

إلى أمي وأبي العزيزين

وإلى كل إخوتي وأخواتي وأولادهم

وإلى عائلتي الثانية، إلى كل أصدقائي وزملائي

وعلى رأسهم محمد بوشنافة، محمد بن عياد، شتييح فاطيمة، بن عودة نصر الدين

و بالأخص صديقتي الغالية لعجال ذهبية

وإلى كل دفعة أمناء الضبط بني عمران دفعة 2016.

إلى هؤلاء جميعاً أهدى هذا البحث

مقدمة

مقدمة

توجد علاقة وطيدة بين الأشكال المختلفة للتجارة وبين تنوع طرق تسوية المنازعات الناشئة عن هذه التجارة، فكل شكل من أشكال التجارة يتماشى معه شكل معين من أشكال التسوية، ولهذا اكتفت التجارة التقليدية التي كانت تسود الاقتصاديات الأولى بالقضاء العادي كوسيلة لفض منازعاتها.

وقد كشف التطور في المعاملات التجارية النقاب بعد ذلك عن وجود نوع جديد من التجارة أطلق عليها التجارة الدولية التي تتخطى الحدود الوطنية للدول، وقد صاحب ذلك ظهور التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن هذا النوع من التجارة .

وقد اعتبر التحكيم في هذا الصدد أنه طريق قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تتضمنه من ضمانات ووقت طويل قد لا تسمح به ظروف التجارة الدولية.

وقد ترتب على ذلك أن أصبح من المستقر عليه لجوء التجار المتعاملين في التجارة الدولية إلى التحكيم التجاري الدولي لتسوية منازعاتهم بدلا من اللجوء إلى القضاء، ويرجع ذلك إلى ما يحققه هذا التحكيم من مزايا عديدة مثل سرعة الفصل في المنازعات، وقلة التكاليف، وحفظ الأسرار، والحفاظ على العلاقات الودية بين الأطراف إلى حد ما.

غير أنه بظهور الإنترنت، وشيوع استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في إنجاز الأعمال القانونية وإبرام العقود، انتقلت التجارة من المجال الحقيقي إلى المجال الافتراضي، وأصبحت شبكة الإنترنت مسرحًا للعمليات التجارية بدلا من أرض الواقع، وقد حث ظهور الإنترنت على ظهور تجارة جديدة تتم عبر الشبكة تسمى بـ "التجارة الإلكترونية".

ومادامت تجارة جديدة قد ظهرت، فإن التساؤل الذي يتبادر إلى الذهن هو كيف تسوى المنازعات الناشئة عن هذه التجارة ؟ هل يكفي هذا الشكل الجديد للتجارة بوسائل التسوية القديمة المتمثلة في القضاء أو التحكيم التجاري الدولي، أم يقتضي وجود وسيلة جديدة متطورة تناسب التطور الذي حدث في المعاملات.

وقد تجسد التطور في وسائل التسوية بفضل ظهور التجارة الإلكترونية في نوع جديد من التحكيم يتم عن بعد عبر شبكة الإنترنت تماما كما تتم التعاملات التجارية، وقد أطلق عليه "التحكيم الإلكتروني".

مقدمة

ويكتسب هذا النوع من التحكيم الصفة الإلكترونية بحسب الطريقة التي يتم بها؛ إذ يتم بطريقة بصرية أو سمعية عبر شبكة دولية مفتوحة وهي شبكة الإنترنت دون اتباع الطرق التقليدية التي اتبعت في التحكيم التجاري الدولي.

وبعد اتفاق التحكيم الإلكتروني الخطوة الأولى في التحكيم الإلكتروني وأساس قيامه، ولا يختلف تعريفه عن تعريف اتفاق التحكيم التقليدي سوى أنه يتم عن طريق وسائط إلكترونية أي عبر شبكة الاتصالات الدولية، فهو يعني تسوية المنازعات والخلافات عبر شبكة الإنترنت دون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع أثناء عملية التحكيم¹.

ولا تخفى أهمية هذا البحث، بالنظر إلى حداثة التحكيم الإلكتروني كطريق من طرق فض المنازعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية، فهو من الموضوعات التي لم تتل ولم تحظ بأهمية كبيرة لا من جانب الفقه ولا من جانب التشريعات كذلك.

كما أن التحكيم الإلكتروني شأنه شأن التحكيم التقليدي يستند إلى اتفاق بين أطرافه يعرف باتفاق التحكيم الإلكتروني، لذلك كان من الضروري البحث عن كيفية إبرام هذا الاتفاق والطريقة التي يمكن لأطرافه التعبير بها عن رضاهم باللجوء إلى هذا النوع من التحكيم، خصوصاً أن هذا الاتفاق هو الذي ينظم إجراءات التحكيم الإلكتروني، بما فيها القانون الذي يحكم صحة اتفاق التحكيم.

ولذا سنحاول أن نعالج من خلال دراستنا أهم الجوانب الموضوعية والإجرائية التي يثيرها موضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني.

ومن ثم فإن الإشكالية الأساسية لهذه الدراسة تكمن في

؛ ويمكن صياغة هذه الإشكالية كالآتي:

وفي ضوء ما تقدم ارتأينا تقسيم الدراسة في هذا البحث إلى فصلين رئيسيين، منتهجين بالموازاة مع ذلك أسس المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، بهدف تحقيق معالجة قانونية للإشكالية الأساسية المتعلقة بموضوع البحث، كما قمنا بإثراء بحثنا بإجراء دراسة مقارنة لبعض الأنظمة التشريعات.

1- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 278.

مقدمة

وانطلاقاً مما سبق ارتأينا تقسيم موضوع البحث إلى فصلين: نتناول في الأول ماهية اتفاق التحكيم الإلكتروني وذلك في مبحثين اثنين نعالج من خلاله مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني والشروط الموضوعية والشكلية لاتفاق التحكيم الإلكتروني.

في حين ركزنا في الفصل الثاني على آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني والذي عالجنا من خلاله الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم الإلكتروني في المبحث الأول، الآثار الاجرائية لاتفاق التحكيم الإلكتروني في المبحث الثاني.

الفصل الأول

ماهية اتفاق

التحكيم الإلكتروني

الفصل الأول

ماهية اتفاق التحكيم الإلكتروني

اتفاق التحكيم هو نقطة البداية في نظام التحكيم، وقد اهتم الفقه اهتماما كبيرا باتفاق التحكيم، كما اهتم القانون بذلك ونظمه تنظيما يتلاءم مع أهميته، والحكمة في ذلك ترجع إلى أن هذا الاتفاق هو جوهر التحكيم وحجز زاويته فلا يعرض أي نزاع على محكمين إلا باتفاق ذوي الشأن اتفاقا صريحا على الفصل فيه بطريق التحكيم.¹

وسيتم في هذا الفصل التعرف على ماهية اتفاق التحكيم الإلكتروني، وبيان الصور التي يتخذها هذا الاتفاق في المبحث الأول، والمبحث الثاني نتناول فيه أركان اتفاق التحكيم الإلكتروني.

المبحث الأول

مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني

مختلف تشريعات التحكيم الحديثة تتشابه فيما بينها بشأن تعريف اتفاق التحكيم، وقد يرجع هذا التشابه إلى كون أن مختلف التشريعات قد استمدت قواعدها من القانون النموذجي للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم لعام 1975، حيث عرف التحكيم في الفقرة الاولى من المادة السابعة بأنه: " اتفاق بين الطرفين على ان يحيلوا الى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية"².

1- باستثناء حالات التحكيم الاجباري - أشار إليه:د.فتحي والي -الوسيط في القضاء المدني-مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي -2001-بند رقم 475- ص 944.

2- لزهرة بن سعيد و كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2010، ص 47-

اذ يعتبر التحكيم بأنه أمرا استثنائيا، يتمسك الأطراف بهذا الاتفاق الصريح بينهم على اللجوء الى التحكيم التقليدي او الالكتروني بدلا من اللجوء الى المحاكم العادية، وعليه فان اتفاق التحكيم يعد جوهر العملية التحكيمية.

المطلب الأول

تعريف اتفاق التحكيم الالكتروني

الفرع الأول: تعريف التشريعات الداخلية لإتفاق التحكيم الالكتروني

عرف المشرع المصري اتفاق التحكيم، في المادة 1/10 من قانون التحكيم المصري بأنه: " اتفاق الطرفين على الالتجاء الى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو التي يمكن أن تنشأ بشأن علاقة بينها عقدية كانت أو غير عقدية"¹.

أما المشرع الجزائري فلم يضع تعريفا محددًا لاتفاق التحكيم بل ميز بين شرط التحكيم ومشارطته كوسيلة لاتفاق الاطراف على سلوك طريق التحكيم لتسوية ما ثار أو قد يثور بينهم من نزاع بشأن تنفيذ عقد أو اتفاق ما.

فقد عرف شرط التحكيم في المادة 1007 في الباب الثاني من قانون الاجراءات المدنية والادارية بأنه: "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم وعرف اتفاق التحكيم في المادة 1011 من ذات القانون بأنه: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي قبل الاطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم"².

الملاحظ من خلال التعاريف التشريعية السابقة يظهر بأنها تناولت اتفاق التحكيم بصفة عامة و لم تتطرق الى اتفاق التحكيم الالكتروني بصفة خاصة.

1- عبد المنعم الدسوقي، التحكيم التجاري الدولي و الداخلي في القانون الجديد، مكتبة مدبولي، مصر 1995، ص 120 .
2- القانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 أبريل 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية والذي دخل حيز التنفيذ في 25 أبريل 2009، ج ر عدد 21 مؤرخة في 2008.

الفرع الثاني: تعريف التشريعات الدولية لاتفاق التحكيم الإلكتروني:

انتهجت التشريعات الدولية نفس منهج أغلب التشريعات الداخلية إذ تناولت في نصوصها القانونية تعريف اتفاق التحكيم بصفة عامة و لم تتطرق لاتفاق التحكيم الإلكتروني.»

فقد عرفه قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 بأنه: "اتفاق بين طرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض ما نشأ أو ما قد ينشأ بينهما من نزاعات بشأن علاقة قانونية محددة، سواء كانت تعاقدية أم غير تعاقدية"¹، وهو ذات المعنى التي سارت عليه العديد من التشريعات².

إذ نصت المادة 2/ ب من اتفاقية نيويورك 1958 على أنه: "يقصد باتفاق التحكيم، شرط في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع من الأطراف، أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات"³.

كما أشارت المادة 1/7 من قانون الامم المتحدة التجاري والدولي لعام 1975 الى ان اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا الى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية⁴.

1- قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، بقرار الجمعية العامة رقم 33/61 الموافق لـ 4 ديسمبر 2006، منشورات الأمم المتحدة، رقم 4 V.08.A، ص 05. متوفر على الموقع www.uncitral.org.

2- لمزيد من التعاريف التشريعية للاتفاق التحكيم أنظر: حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية (القوانين الإمارات والبحرين والسعودية وسوريا والعراق وقطر والكويت...)، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

3- مرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988 يتضمن انضمام الجزائر بتحفظ الى الاتفاقية الت صادق عليها مؤتمر الامم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج ر عدد 66 سنة 1995.

4- عصام عبد الفتاح، التحكيم الإلكتروني ماهيته، إجراءاته، وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص 66.

الفرع الثالث: مفهوم اتفاق التحكيم في منظور القضاء

أشارت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بمناسبة تعرضها لتعريف التحكيم الى بيان المقصود باتفاق التحكيم حيث قضت بالأتي: "التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، فهو مقصور على ما تتصرف ارادة المحكّمين الى عرضه على هيئة التحكيم، ويستوي في ذلك أن يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة خاصة أو انصراف الى جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين، لا يمتد نطاق التحكيم الى عقد لم تتصرف ارادة الطرفين الى فض النزاع بشأنه عن طريق التحكيم، أو الى اتفاق لاحق له ما لم يكن بينهما رباط لا ينفصم بحيث لا يستكمل - دون الجمع بينهما - اتفاق أو بفض مع الفصل بينهما خلاف.

ووفقا لقضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية فان الاصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيار هما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في النزاع بقرار يكون نائيا على شبهة المملاة، مجردا من التجاهل، وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي احالها الطرفان اليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية، ولا يجوز بحال ان يكون التحكيم اجباريا يذعن اليه أحد الطرفين انفاذا لقاعدة قانونية أو محتملا، لك ان التحكيم مصدره الاتفاق اذ يحدد طرفاه - وفقا لأحكامه - نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما أو المسائل الخلافية التي يمكن ان تعرض لهما واليه ترتد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها، ويلتزم المحكّمون بالنزول على القرار الصادر فيه وتنفيذه تنفيذا كاملا وفقا لفحواه ليؤول التحكيم الى وسيلة فنية لها كبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد منه سلطاتهم ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة¹.

1- عصام عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 66.

الفرع الرابع: التعريف الفقهي لاتفاق التحكيم

يعرف اتفاق التحكيم بأنه: "ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الاطراف بان يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينها أو المحتمل نشوؤها بينها من خلال التحكيم، وذلك اذا كانت هذه المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية".¹

وذهب البعض الى أن اتفاق التحكيم هو: "قضاء خاص ينشأ عادة عن مصدر اتفاقي، يجعل محاكم الدولة غير مختصة بالنظر في النزاع، وهو الذي يمنح المحكم سلطة الفصل فيه بقرار ملزم، بل ان هذا الاتفاق هو الذي يهيمن على مسيرة التحكيم ابتداء من اختيار المحكم وانتهاء بمدى قابلية قراره للطعن مروراً بالقواعد التي يطبقها المحكم موضوعية كانت أم إجرائية فضلاً عن تحديد مهمة المحكم.

فاتفاق التحكيم الإلكتروني هو ذلك الاتفاق الذي يتم عبر الوسائط الإلكترونية وشبكات الاتصال الحديثة، وبالرغم من ذلك ونظراً لحدثة نظام التحكيم الإلكتروني فإنه لا يوجد تعريف موحد له، فقد اختلف الفقه في تعريفه لاتفاق التحكيم الإلكتروني فمنهم من عرفه بأنه: "يعني تسوية المنازعات والخلافات عبر شبكات الاتصال كالانترنت دون الحاجة الى التواجد المادي لأطراف عملية التحكيم في مكان واحد".²

ومنهم من عرفه بأنه: "هو العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات ويقصد أن يحيل الى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير عقدية".

وتأسيساً عما سبق يمكن أن يستخلص تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني بأنه: " ذلك الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه الأطراف بعرض منازعاتهم التي نشأت أو المحتمل نشوؤها

1- شريف بن ناصر، التحكيم بين الشكلية والرضائية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير ، كلية لحقوق، الجامعة الأردنية، عمان، 1989، ص 45.

2- جعفر ذيب، مرجع سابق، ص ص 61-65.

مستقبلا في علاقاتهم على التحكيم الذي يمكن أن تتم مراحلها بشكل كامل أو جزئي عبر الانترنت أو وسائل الاتصال الحديثة الأخرى دون الحاجة الى التواجد المادي لأطراف عملية التحكيم في مكان واحد¹.

يعرف اتفاق التحكيم بأنه ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم و المحتمل نشوؤها من خلال التحكيم².

المطلب الثاني

صور اتفاق التحكيم الإلكتروني

يأخذ اتفاق التحكيم مظهرا مختلفا عنه في الشكل التقليدي، حيث أن كل الوثائق تأخذ شكلا إلكترونيا عبر صفحات الويب أو البريد الإلكتروني، و يمكن أن تأخذ صور اتفاق التحكيم شكل شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم أو شرط تحكيم بالإحالة أو المراسلات المتبادلة إذا تضمنت اتفاق التحكيم.

الفرع الأول: شرط التحكيم

ويقصد بشرط التحكيم **CLAUSE COMPROMISSOIRE** : "اتفاق الأطراف على إحالة ما ينشأ من نزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه يفصل فيه بواسطة التحكيم، و قد يرد الشرط في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية أو اتفاق لاحق³.

1- محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية ، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 1 ، 1990، ص210.

2- الحداد حفيظة، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرة، 1998، ص13، منير محمد الجنيهي، ممدوح محمد الجنيهي، التحكيم الإلكتروني، دار افكر الجامعي، بدون طبعة، الاسكندرية، 2006، ص120.

3- د.فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق ، ص934.

- د/ محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص143، كذلك: خالد الدخيل، التحكيم في النظام السعودي على ضوء الفقه الإسلام، بحث بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص14 ، كذلك: سميحة القليوبي، اتفاق التحكيم، سنة 2010، ص90.

بما يعني تنازل المتعاقدين مسبقاً و قبل نشوء النزاع بينهم عن اللجوء إلى المحاكم العادية.¹

شرط التحكيم: إحدى صور الإتفاق على التحكيم ويُشكل بند يتضمن حل النزاع الذي ينشأ بسبب علاقة قانونية والذي قد يثور مستقبلاً بواسطة التحكيم بدلاً عن القضاء.²

ويُعرف أيضاً: أنه إرادة الطرفين في اللجوء للتحكيم إذا حدث خلاف أو نزاع من العقد أو في مسألة معينة يمكن حلها بالتحكيم.³

ويُعرفه آخرون: أنه ذلك الشرط الذي يرد في العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية - سواءً أكان عقداً مدنياً أم تجارياً - يتفق طرفاه بموجبه على أنّ ما ينشأ من نزاع حول تفسير هذا العقد وتنفيذه يُحل عن طريق التحكيم.⁴

ومن خلال التعاريف التي ورد ذكرها يتبين أن شرط التحكيم:

هو بند من بنود عقد يتضمن إتفاق الأطراف على الفصل في أي نزاع قد يحدث مستقبلاً حول تفسير العقد أو تنفيذه، بطريق التحكيم، وينصب هذا البند على نزاعات مستقبلية محتملة الحدوث ولم تحدث بعد، وهذا النزاع غير محدد تفصيلاً وقت إبرامه.

وعرف القانون النموذجي UNCIRIL الفقرة الأولى من المادة السابعة تحت عنوان إتفاق التحكيم بأنه "هو إتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية

Alejandro Follonier – Ayala, la convention d' arbitrage: notion et modalités, le 12 Juillet 2012, sur le site, www.academia.edu/8330224, P. 8 & Julien Bernard, la clause compromissoire en matiere civile, Septembre 2001, sur le site, julienbernard.chez-alice.fr

1- عبد العزيز اللصاصة، منازعات العمل الجماعية، بحث منشور في مجلة الحقوق، الصادر عن كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت العدد(5)، السنة الثانية عشرة، ص107.

2- نجيب الجبلي التحكيم في القوانين العربية أنظر أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، ص23.

3- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 111.

4- ناريمان عبد القادر، إتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 45.

ويجوز أن يكون الإتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم واردة في عقد أو في صورة إتفاق منفصل".¹

وجاءت إتفاقية الأمم المتحدة عندما لجأت إلى تفادي إستعمال تعبيريّ "شرط التحكيم" و"مشاركة التحكيم" وإستُخدمت للدلالة على إندماجها في مفهوم موحد التسمية "إتفاق التحكيم".

لذا أجازت القوانين المختلفة إتفاق التحكيم بصورة خاصة، ونظّمت شرط التحكيم والنظم اللاتينية أخذت بالتفرقة بين مشاركة التحكيم وشروطه، غير أن هذا الإعتراف التشريعي لم يكن منذ البداية، حيث أثار شرط التحكيم في فرنسا خلاف شديداً وبقي القضاء الفرنسي فترة طويلة يرفض الإعتراف بصحة شرط التحكيم وفقاً لما قرّرته محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير أصدرته في الأول من يوليو 1943 حيث أجاز فقط الإتفاق الذي يبرمه الأطراف بعد نشوء النزاع للجوء إلى التحكيم، وحيث أن اللجوء إلى التحكيم يحتاج إلى توقيع "مشاركة تحكيم" بين الأطراف بعد قيام النزاع، فإن شرط التحكيم يعد مرحلة تمهيدية سابقة لإبرام مشاركة التحكيم²، والمادة (1006) من القانون الفرنسي كانت توجب تحديد النزاع وتعيين المحكم في وثيقة التحكيم وإلا كان التحكيم باطلاً.

وعندما إنضمت فرنسا لبروتوكول لسنة 1923 الذي يعتد بصحة شرط التحكيم قام المشرع الفرنسي بإصدار تشريع خاص سنة 1925 أجاز بموجبه شرط التحكيم والإعتراف بصحته تم تتابعت تشريعات توسيع دائرة الأمور التي يجوز فيها الإعتراف بشرط التحكيم.³

أما بالنسبة للفقهاء الإسلامي فلم يأت على ذكر شرط التحكيم وبالرجوع إلى موقع الشرط وتطبيق القواعد التي أقرها الفقهاء يتبين أن شرط التحكيم صحيح ولا يقع في حقل الشروط الفاسدة، إذ

1- قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، بقرار الجمعية العامة رقم 33/61 الموافق لـ 4 ديسمبر 2006، منشورات الأمم المتحدة، رقم 4 V.08.A، ص 05. متوفر على الموقع www.uncitral.org.

2- سامية راشد، التحكيم في العلاقات، المرجع السابق، ص-ص 70-87.

3- نجيب الجبلي، مرجع سابق، ص 178.

يقتضيه العقد ويلائمه ولو كان سابقاً للنزاع ولا يتضمن غرر أو مقامرة ولا ربا على الشيء بل إحتكاماً لإحقاق العدل وليس فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد وهو شرط جرى التعامل فيه والتعارف عليه ويحقق منفعة للطرفين¹.

أما القانون الأردني فقد أجاز الشرط وعبر عنه: "يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقاً على نشوء النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات أو بعضها..."²، وبذلك يكون المشرع الأردني قد ساوى بين الشرط والمشاركة بإيراده عبارة إتفاق التحكيم.

أما بالنسبة للقانون المصري فقد أورد في المادة العاشرة من الفقرة الثانية من قانون التحكيم "يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقبلاً بذاته أو في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة (15) ومن هذا القانون كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الإتفاق باطلاً"³.

أما المشرع الجزائري فقد عرف شرط التحكيم في المادة 1007 من ق إ م إ بأنه: "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الاطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"⁴.

إذ اشترط المشرع الجزائري في شرط التحكيم ذكر اسم المحكم او المحكمين في الاتفاق، ويثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي

1- الأحدث/ الجزء الأول/ ص 76.

2- المادة 1 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001

3- المادة 10 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

4- القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، المرجع السابق.

يستند إليها، وإذا كان شرط التحكيم باطلاً أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم، يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بأنه لا وجه للتعيين¹.

وكان القانون النموذجي أكثر وضوحاً في بيان صور شرط التحكيم "..... يجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة إتفاق منفصل"².

وحسبت إتفاقية نيويورك موقفها من شرط التحكيم: "تعترف كل دولة متعاقدة بالإتفاق المكتوب الذي تلتزم بموجبه الأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم....." ويقصد بالإتفاق المكتوب شرط التحكيم الوارد في عقد أو إتفاق التحكيم الذي وقعه الأطراف وتضمنه رسائل وبرقيات متبادلة بينهم"³.

ومما تقدم يبدو من خلال هذه التشريعات والقواعد الدولية إعترفت بشرط التحكيم سواء ورد في صلب العقد أو في إتفاق مستقل وساوت بين ذلك لشرط التحكيم صورتين الأولى أن يدرج في صلب العقد أو المعاملة الأصلية بين الاطراف، ويكون شرطاً ضمن باقي شروط أو بنود العقد، فقد يكون مادة إذا صيغ العقد في صورة مواد وقد يكون بنداً إذا صيغ العقد في صورة بنود، فعادة ما يرد هذا الشرط أو البند في مؤخرة المحرر أو الورقة المدون بها أحكام العقد.

ويجب أن يكون شرط التحكيم مستوفياً لأركان اتفاق التحكيم وشروط صحته المنصوص عليها في القانون، أي أنه لا بد من توافر أركان اتفاق التحكيم العامة والخاصة، ماعداً تحديد المنازعة إذ أنه من المستحيل تحديد النزاع قبل وقوعه.⁴

1- نبيل صقر، الوسيط في قانون الإجراءات المدنية والادارية (قانون 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008، ص 567.

2- المادة 2/7 من القانون النموذجي 1985.

3- المادة الثانية من إتفاقية نيويورك 1958.

4- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي-النظام القانوني لاتفاق التحكيم- الطبعة الثانية 2008، المكتب الجامعي الحديث، ص

قد يرد شرط التحكيم في اتفاق مستقل عن العقد أو المعاملة القانونية الاصلية و هذا ما أشارت اليه الفقرة (1) من المادة (7) من القانون النموذجي لليونيسترال بشأن التحكيم، حيث نصت "ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في عقد أو في صورة اتفاق مستقل".¹

ومما سبق يمكن القول بأن شرط التحكيم هو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة على احالة ما قد يثور بينهم من منازعات بشأن هذه العلاقة الى التحكيم، وقد يرد شرط التحكيم في صورة بند من بنود العقد الأصلي، أو في صورة اتفاق مستقل عن العقد الأصلي.²

الفرع الثاني: مشارطه التحكيم compromis

المشارطة يقصد بها: "الاتفاق الذي يبرمه طرفا العقد الأصلي بعد وقوع النزاع الخاص بذلك العقد و يحيلان بموجبه نزاعهما الى التحكيم".³

وفي هذه الحالة لا يرد الاتفاق على التحكيم في صيغة شرط تحكيم بالمفهوم المذكور، وإنما بصيغة اتفاق مستقل عن العقد الاصيل.

وعلى غرار شرط التحكيم، فان مثل هذا الاتفاق قد يكون سابقا على نشوب نزاع، ومثال ذلك أن لا يتضمن العقد شرط تحكيم، ولكن يتفق الطرفان في عقد مستقل على احالة خلافتهما المستقبلية الخاصة بالعقد الاصيل الى التحكيم.⁴

1- قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، بقرار الجمعية العامة رقم 33/61 الموافق لـ 4 ديسمبر 2006، منشورات الأمم المتحدة، رقم 4 V.08.A، ص 05. متوفر على الموقع www.uncitral.org.

2 - لزهري بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 51.

3- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، حسب آخر تعديل لقانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائرية، دار الهدى للنشر والتوزيع، بدون طبعة، الجزائر، 2010، ص 100، كذلك: محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص 143، كذلك: خالد الدخيل، التحكيم في النظام السعودي على ضوء الفقه الإسلام، بحث بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، سنة 2004، على الموقع repository.nauss.edu.sa، ص 14، كذلك: سميحة القليوبي، اتفاق التحكيم، سنة 2010، متاح على الموقع:

aleyarbitration.blogspot.com/2010

4 - خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق، ص 276.

أما المشرع الجزائري فقد عرف مشاركة التحكيم من خلال تعريف اتفاق التحكيم حيث نص في المادة 1011 من قانون الاجراءات المدنية والادارية حيث نص على ان: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الاطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه عى التحكيم".¹ وتناول المشرع المصري مشاركة التحكيم في الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون التحكيم حيث نص ما يلي: " كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية"².

بناء على هذا النص نجد أن المشرع المصري قد نص بشكل واضح و صريح على حرية المحتكمين في اللجوء للتحكيم من عدمه، بشرط إقرار و موافقة المشرع لهذه الإرادة بداية كما أن الاتفاق في اللجوء للتحكيم قد يأتي بعد الوقوع الفعلي للنزاع وهذا ما يعرف مشاركة التحكيم.³

فالفارق ما بين الأمرين اذن أن الأول يتعلق بنزاع مستقبلي غير محدد، في حين يتعلق الثاني بنزاع وقع فعلا وأصبح محددًا وواضحًا، وتتضح أهمية التفرقة ما بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، وبشكل خاص، في أن بعض القوانين الوطنية تتطلب في مشاركة التحكيم، تحديد بيعة النزاع الذي وقع فعلا تحت طائلة بطلان الاتفاق، بخلاف شرط التحكيم بدهاة ما دام انه يتعلق بنزاع مستقبلي.

ويرى البعض أن التفرقة بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم تفتقد لأية فائدة عملية في اطار العلاقات الدولية، وهذا ما أشارت إليه بعض القوانين الوضعية مثل قانون المرافعات البلجيكي الصادر سنة 1972، والقانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة 1987، اذ اتجهت نحو كون لاجود لفرق بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم.

كذلك المعاهدات الدولية مثل معاهدة نيويورك الموقعة في 10 جويلية 1958 ومعاهدة جنيف الموقعة في 21 أبريل 1961، ومعاهدة واشنطن بشأن إنشاء المركز الدولي لفض

1- القانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 أبريل 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية والذي دخل حيز التنفيذ في

25 أبريل 2009، ج ر عدد 21 مؤرخة في 2008.

2 - زهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 51.

3- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 64.

المنازعات الناشئة عن الاستثمار الموقعة في 18 مارس 1965، لم تفرق ما بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، إذ تعالج هذين الشكلين دون التمييز بينهما.

أما بالنسبة لمجال التحكيم الإلكتروني فشرط التحكيم ومشاركة التحكيم من الصور التحكيم التي لا تثير أية مشكلة، لإمكان إجرائها بين الأطراف الكترونياً بالشكل المتعارف عليه فسواء في شكل شرط بالعقد الذي أثير النزاع بشأنه أو باتفاق لاحق عن طريق شكل عقد، أو من خلال شرط الاحالة الى وثيقة تتضمن شروط تحكيم.¹

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 الكترونية باتفاقهما على عرض النزاع على هذا المركز.

ولا يختلف تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني عن ذلك، إلا أنه يتم عبر وسائط إلكترونية وشبكة اتصالات مثل الانترنت، ولذلك فهو يعني تسوية المنازعات والخلافات عبر شبكات الاتصال كالانترنت دون حاجة إلى التواجد المادي لأطراف عملية التحكيم في مكان واحد.

وإذا كان التحكيم الإلكتروني يتم عبر وسائط إلكترونية فإنه ولا بد أن تسبقه مفاوضات بين الأطراف المعنية يتم فيها التفاوض على نقاط الخلاف الرئيسية التي سوف يقوم المحكمون بمناقشتها في حالة قيامها أو الخلافات القائمة فعلاً، ويتم في هذه المفاوضات الاتفاق على هيئة التحكيم المختصة بنظر النزاع، والقانون الواجب التطبيق، والاجراءات ونوع المسائل القابلة للتحكيم وعدد المحكمين، والزمن المحدد لإجرائه والمصاريف الإدارية ووسيلة الاتصال عبر الشبكات الإلكترونية أو الفاكس، وغيرها من الأمور الجوهرية.²

1- خالد ممدوح ابراهيم ، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2009، ص 277.

2- خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق، ص 279، مركز وساطة Squar trade يتم الاتصال بين طرفي النزاع من خلال شبكة الانترنت وذلك على حساب المركز.

الفرع الثالث: شرط التحكيم بالإحالة

يعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم، والغرض من هذه الصورة أن العقد الاصلي المبرم بين الاطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم، بل اكتفى الاطراف بالإشارة أو الاحالة الى عقد سابق بينهم أو الى عقد نموذجي، والذي يقضي بتسوية المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم وفي هذه الحالة ينسحب أثر هذا البند أو الشرط الى العقد الأصلي الذي يلتزم الأطراف به.¹

هذا ما أكدته المادة 6/7 من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 2006 مع التعديلات التي أعتمدت سنة 1985 بنصها على: "تشكل الإشارة في العقد إلى أي مستند يتضمن بندا تحكيميا اتفاق تحكيم مكتوب، شريطة أن تكون الإشارة على نحو يجعل البند جزءا من العقد".²

أما القوانين العربية فلا تتضمن حكما لهذه المسألة، إلا أنه واستنادا الى القواعد العامة التي تنصب كلها في مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فإنه لا يوجد ما يحول دون سريان اتفاق التحكيم بالإحالة.³

بينما حكم القضاء الفرنسي بصحة شرط التحكيم بالإحالة، والوارد في عقد المقاوله من الباطن الى العقد الاصلي بين المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن، كما قضى بصحة شرط التحكيم بالإحالة في سند الشحن وعقد النقل البحري، إلى شرط التحكيم الوارد في عقد ايجار السفينة.⁴

1- بكلي نور الدين، دور وأهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية- في القانون الجزائري والقوانين العربية- مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الاول، 2009، ص 269، كذلك: عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 75.

2- المادة 6/7 من قانون الانستترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، المرجع السابق.

3- بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2012، ص 48.

4- لزهري بن سعيد و كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 52، كذلك:

ainsi la cour se réfère à la connaissance par l'autre partie de cette référence et sa claire adhésion au principe de l'arbitrage. voir : Cour de cassation 2ème chambre civile, 21 janvier

بالنسبة لشرط التحكيم بالإحالة الذي يتم عبر الوسائل الإلكترونية، لا توجد أسانيد قانونية صريحة تعتد به إلا أن التفسير الواسع لبعض الأحكام بما فيها المشار إليها في القوانين النموذجية الإلكترونية، فإن صحة شرط التحكيم بالإحالة باتت ممكنة قانوناً بشرط أن يتوافر فيه أمران:

- الشرط الأول: يجب أن يتوفر شرط التحكيم الإلكتروني بالإحالة إلى إشارة إلى شرط التحكيم الموجود في صفحة مستقلة يضمه أحد الروابط في الصفحة الرئيسية للبائع، وذلك حتى تكون الإحالة واضحة على الموقع والمتاحة في كل وقت، دون اشتراط ان يكون المتعاقد قد قرأ شرط التحكيم بقيامه بفتح الرابط الخاص به، اذ يكفي ان يعلم بالإحالة اليه واعتباره جزء من العقد.
- الشرط الثاني: يتمثل في ان يكون الوصول الى صفحة الملف الذي يتضمن شرط التحكيم الإلكتروني بالإحالة ممكناً¹.

الفرع الرابع: المراسلات المتبادلة إذا تضمنت اتفاق التحكيم

تضمنت المادة 12/أ من قانون التحكيم المصري شكلاً رابعاً من أشكال الاتفاق على التحكيم وهو اللاتفاق المكتوب الذي تضمنه محرر مكتوب موقع بين الطرفين إذا تضمنه ما يتبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة².

1999, Dr. Et patrimoine 10/1999, n°75 jurisprudence et législation, p119. cité par : CAPRIOLI Eric A, Règlement des litiges internationaux ..., note 91, op-cit, p122.

1 -Un site doit organiser une véritable procédure de stockage et de traçabilité (horodatag, vérification d'empreinte numérique, authentification, données...) et d'archivage des différentes versions (de la mise en ligne jusqu'au retrait du texte), ces procédures permettraient ainsi d'apporter facilement la preuve quant à la date et l'intégrité du document dont l'authenticité et la date de publication seraient mises en doute. Voir : CAPRIOLI Eric A, Droit international de l'économie numérique-(les problèmes juridique liés à l'internationalisation de l'économie numérique), 2em édition, édition Litec, Paris, 2007, p 131.

2- عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 77.

وتأسيساً على ما سبق فإن الصور الأربعة المتقدمة هي الصور التي يمكن أن يتخذها التحكيم والتي ورد النص عليها في قوانين التحكيم، وهي بمجملها تشير إلى عقد أصلي يمثل العلاقة القانونية التي تربط بين التحكيم إما بكونه بندا في هذا العقد، أو عقداً مستقلاً قائماً بذاته، أو بنداً في وثيقة تتم الإحالة إليها في العقد الأصلي، وهذه الإشارات كلها تتعلق بوثائق مادية مكتوبة فإذا كان اتفاق التحكيم إلكترونياً، فإن كل الوثائق المشار إليها سابقاً ستكون حينها ووثائق إلكترونية، فالتحكيم الإلكتروني كما سبق أن بينا هو أن تحكيم يتم بشكل جزئي أو كلي عبر الوسائط الإلكترونية، لذا فإن الوثائق والمستندات الخاصة به بدءاً من اتفاق التحكيم وانتهاءً بحكم التحكيم ستكون ووثائق إلكترونية لتستجيب لطبيعة الوسط الذي يجري التحكيم عبره، لذا من المتصور أن تظهر الوثائق الإلكترونية التي تمثل العقد الأصلي أو اتفاق التحكيم أو الوثيقة التي تتم الإحالة إليها في صفحة إلكترونية واحد من صفحات الانترنت، الأمر الذي يحقق لها شرط الوضوح المطلوب للقول بوجود اتفاق للأطراف باتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع بينهم¹.

المبحث الثاني

الشروط الموضوعية والشكلية لاتفاق التحكيم الإلكتروني

يعد اتفاق التحكيم الإلكتروني تصرفاً قانونياً صادراً عن إرادتين من أجل إنشاء التزام على عاتق الطرفين بأحالة النزاع الذي يثار بينهما إلى التحكيم، ولا يخرج عن كونه عقداً يخضع للقواعد العامة للعقود، التي تتطلب شروطاً شكلية وموضوعية لصحته، من رضا صحيح غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة ومحل وسبب، بالإضافة إلى وجوب توافر بعض الشروط الخاصة التي تفرضها طبيعة التحكيم بشكل عام و التحكيم الإلكتروني بشكل خاص، وإن كان التحكيم طريقاً استثنائياً لفض المنازعات الهدف منه الخروج عن طرق التقاضي العادية، فقد عمد المشرع إلى وضع ضوابط شكلية خاصة خروجاً عن القاعدة العامة بخصوص رضائية العقود.

1 - جعفر ذيب، المرجع السابق، ص 72 .

المطلب الأول

الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم الإلكتروني

يعتبر اتفاق التحكيم الإلكتروني تصرفاً قانونياً من طرفين، فهو لا يخرج عن كونه عقداً من العقود، وهو كأى عقد لابد أن ينشئ التزامات على عاتق أطرافه، وعلى هذا الأساس لا بد أن تتوفر فيه الشروط الموضوعية اللازمة لصحة هذه الالتزامات، هذه الشروط الموضوعية لا تختلف سواء أكان التحكيم تقليدياً أم إلكترونياً، وتتمثل الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاده بصفة عامة في الرضا والأهلية والمحل، إلا أن إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني عبر الوسائط الإلكترونية يضفي خصوصية معينة ولاسيما فيما يتعلق بكيفية التعبير عن الإرادة ومدى اعتداد القانون بهذا التعبير، وإذا كان بالإمكان أن يتم التعبير عن إرادة الأطراف إلكترونياً فإن الأمر لا يخلو من التساؤل عن كيفية التحقق من توافر الشروط اللازمة لصحة التعبير، ولاسيما توافر الأهلية اللازمة لدى الطرفين، وغيوب إرادة التعاقد الإلكتروني ولا يخلو كذلك محل اتفاق التحكيم المتمثل في النزاع المطلوب فضه من إثارة التساؤلات القانونية أيضاً، فهل كل نزاع يثار يمكن أن يكون قابلاً للخضوع إلى التحكيم فيكون بذلك محلاً في اتفاق التحكيم الإلكتروني؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات وبيان خصوصية اتفاق التحكيم من حيث الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الاتفاق يقتضي تقسيم هذا المطلب إلى الفروع التالية.

الفرع الأول: الرضا في اتفاق التحكيم الإلكتروني

التراضي هو توافق إرادتين بقصد أحداث أثر قانوني¹، واتفاق التحكيم شأنه شأن العقود الأخرى يلزم لوجود التراضي أن توجد إرادة يعتد بها القانون لدى كل من الطرفين، ثم تتجه هذه الإرادة إلى أحداث أثر قانوني، ويشترط أن تكون الإرادة جدية وحقيقة غير صورية أو هائلة²، بيد أن القانون لا يعتد بها إذا كانت كامنة في النفس فلا بد أن تخرج الإرادة التي قصدت قبول

1- د/عبد الودود يحي، الموجز في النظريات العامة للالتزامات، دار النهضة، القاهرة، 1994، ص 30.

2- تياب نادية، التحكيم كالية لتسوية نزاعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون أعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2006، ص 68.

التحكيم طريقاً لتسوية النزاع من داخل نفس صاحبها إلى العالم الخارجي ويكون ذلك من خلال المظاهر المادية الدالة على الإرادة مثل الكلام أو الكتابة أو الإشارة أو غيرها.

ولكي يعتبر ركن الرضا موجوداً أولاً وأن يكون صحيحاً ثانياً وهذا ما سوف نبينه فيما يلي:

أولاً: وجود الرضا (الإرادة) في اتفاق التحكيم الإلكتروني

يتحقق وجود الرضا بالتعبير عن إرادة كل من الطرفين، ونقصد لإرادة ان يعي الشخص أمر التعاقد الذي هو قادم عليه و ينتهي إلى أن يقصده¹، ولكي يوجد التراضي في اتفاق التحكيم لابد من وجود إرادة صحيحة لدى كل من طرفي العقد واتجاه هذه الإرادة إلى اختيار التحكيم كطريق لتسوية المنازعة بدلاً عن القضاء العادي، وأن نقصد هذه الإرادة إحداث أثر قانوني، ويقصد صاحبها الارتباط بأمر معين على سبيل الجبر والإلزام الذي تكفله السلطة العامة²، ويشترط لوجود الإرادة أن تكون جدية غير هازلة، وحقيقية غير صورية، وأن تتجه لإحداث أثر قانوني هو سلوك طريق التحكيم بدلاً عن قضاء الدولة بخصوص منازعة معينة.

والقانون يعتد بالإرادة إذا كانت صادرة ممن له القدرة على معرفة ما يترتب على هذه الإرادة من آثار³، ولما كان إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني يتم عبر الوسائط الإلكترونية التي تتمثل في شبكة المعلومات (الانترنت) فإن هذا معناه أن التعبير عن الإرادة يكون من خلال هذه الوسيلة الإلكترونية حيث يتم توجيه الإيجاب من خلالها ويتم كذلك تلقي القبول عبرها⁴، ويثور التساؤل هنا حول تأثير البيئة الإلكترونية التي تلقت فيها إرادات الأطراف المتعاقدة على صحتها؟

1- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 90.

2- د/محمود السيد التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، الطبعة، 2001، ص 379.

3- د/عبد الودود يحيى، مرجع سابق، ص 30، د/عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص 77.

4- أقر قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية صحة التراضي المجدد عبر تقنيات الاتصال الحديثة من خلال فحوى المادة 11 منها والتي تنص: في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن الغرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض.

إن الإجابة عن هذا التساؤل يتطلب منا التعرض بإيجاز إلى المواضيع التالية :

أ- الإيجاب الإلكتروني

إن أفراد الإيجاب الإلكتروني عن التقليدي بكونه يتم باستخدام وسيط إلكتروني جعله يتمتع بخصوصية تثير جملة من الإشكالات النوعية، فيما يتعلق بوجود الإرادة وشكل التعبير عنها والتي تؤدي فعلا إلى إحداث اثر قانوني معين، أي يجب أن يكون هناك إيجابا في حدود هذا الإطار. وهو الشيء الذي يستدعي دراسة هذا الأخير، بدءا بتحديد تعريفه وخصائصه، وصولا إلى تحديد لغته ونطاقه المكاني.

1- تعريف الإيجاب الإلكتروني

يعرف الإيجاب بأنه التعبير عن إرادة شخص يعرض على غيره أن يتعاقد معه¹، وبذلك فهو يعتبر الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود، المتمثل في عرض يقدم من طرف أحد الأشخاص إلى آخر أو آخرين بقصد إبرام عقد ما بحيث لكي يكون التعبير عن الإرادة إيجابا يجب أن يكون قد استقر عليه نهائيا من طرف الموجب، بمعنى يجب أن يكون جازما وكاملا وباتا، وأن يتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، إضافة إلى توفر نية إبرام العقد، وهو الشيء الذي يثير إشكالا قانونيا بالنسبة للإيجاب الإلكتروني الذي يتم من خلال الشبكات الإلكترونية المفتوحة ؟

إلا أنه لما كان العقد الإلكتروني الذي ينعقد في إطار التجارة الإلكترونية يندرج من الناحية التشريعية ضمن طائفة العقود التي تبرم عن بعد، فإن تعريف الإيجاب فيه يجب أن يتم في ظل تعريف الإيجاب في هذه العقود².

وهو الشيء الذي اتخذته التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد بعين الاعتبار، عندما عرف الإيجاب في هذه العقود بأنه: " كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان."

1- مأمون الكزبري، نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، المجلد الأول مصادر الالتزامات، ص . 54

2- لجنة القانون، مجموعة باحثين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، القاهرة، ص37

غير أن هذا التعريف لم يعرف أو يحدد وسائل الاتصال عن بعد، كما لم يبرز أهم خصائص الإيجاب الإلكتروني، وهي الصفة الالكترونية في هذا الإيجاب، لكن يتضح منه اهتمامه بضرورة تضمين الموجب عناصر الإيجاب اللازمة حتى يتمكن القابل وهو المستهلك عادة، من إصدار قبوله وهو على بينة¹.

وبذلك فإن الإيجاب الإلكتروني قد يكون إيجابا خاصا موجه إلى أشخاص محددين، وهو الذي يتم في الغالب في عروض التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني أو برامج المحادثة **chatting**، وقد يكون إيجابا عاما موجه إلى أشخاص غير محددين، وهو ما يحدث في حالة التعاقد عبر مواقع الويب التجارية المنتشرة عبر شبكة الانترنت.

ويشترط في الإيجاب الإلكتروني، كما هو الحال في الإيجاب التقليدي، أن يكون جازما ومحددا وياتا لا رجعة فيه، بمعنى أن تتجه نية الموجب إلى إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به. أما إذا احتفظ الموجب بشرط يعلن فيه أنه غير ملتزم بما عرضه في حالة القبول فلا يعتبر هذا إيجابا بل مجرد الدعوة إلى التعاقد، وبذلك فإن الإيجاب في التعاقد الإلكتروني هو تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية.

ويتضمن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من وجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، وبذلك فهو لا يختلف عن الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة فقط مع بقاء الجوهر نفسه، فوصف الإيجاب بالالكتروني لا يغير من ذاتية الإيجاب لمجرد أن تم عبر شبكة اتصالات، فلفظ الكتروني إذا ما أضيف إلى الإيجاب فلا ينال من أصله المتمثل في المعني المراد منه وفقا للنظريات التقليدية في الالتزامات والعقود، فالمسألة مجرد وصف لا أكثر بسبب اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة في تعاقد يتم الكترونيا عن طريق شبكة الانترنت.²

هذه الأخيرة التي جعلت من الإيجاب الإلكتروني أن يتميز ببعض الخصائص المتعلقة بطبيعته لكونه يتم من خلال شبكة عالمية للمعلومات والاتصالات. فما هي إذن أهم هذه الخصائص؟

1- د/ خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 317.

2- د/ خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 317.

2- خصائص الإيجاب الإلكتروني

يخضع الإيجاب الإلكتروني لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي، إلا أنه يتميز ببعض الخصوصيات التي تتعلق بطبيعته وكونه يتم من خلال شبكة عالمية للاتصالات، إذ تسمح هذه الوسيلة لمن يصدر عنه الإيجاب باستخدام وسائل الإيضاح البياني أكثر ملائمة بالنسبة لأنواع معينة من البيوع، التي تقتضي الخروج عما هو مستقر عليه في القواعد العامة، ويمكن حصر هذه الخصوصيات في كونه إيجاب يتم التعبير عنه من خلال شبكة عالمية للاتصالات عن بعد، عبر وسيط الكتروني، وبذلك فإن أهم هذه الخصائص تتجلى فيما يلي:

أ- **الإيجاب الإلكتروني هو إيجاب عالمي:** يتم الإيجاب الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية وعبر شبكة دولية للاتصالات والمعلومات، لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية، ويكون الإيجاب الإلكتروني تبعاً لذلك إيجاباً دولياً نظراً لما تتسم به شبكة الإنترنت من الانفتاح والعالمية.

ورغم ذلك يري البعض، أنه لا يوجد ما يحول من قصر الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية محددة، بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكاني معين، فقد يقصر الموجب عرض المنتجات والخدمات على منطقة جغرافية معينة، مثال ذلك ما نلاحظه في بعض مواقع الويب الفرنسية المنتشرة على الإنترنت والتي تقصر الإيجاب فقط على الدول الفرنكفونية الناطقة بالفرنسية، وأيضاً ما تقرره الولايات المتحدة الأمريكية من حظر توجيه الإيجاب للدول الموقع عليها عقوبات اقتصادية مثل كوبا وكوريا الشمالية، أي أن الإيجاب الإلكتروني قد يكون إقليمياً أو دولياً، ومن ثم فإن الموجب لن يلتزم بإبرام عقود أو تسليم منتجات خارج النطاق الإقليمي الذي حدده سلفاً، وقد أجاز العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية تحديد المنطقة الجغرافية التي يغطيها الإيجاب أو تلك التي يغطيها تنفيذ العقد¹.

ب - **الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد:** بما أن التعاقد عبر الإنترنت يتم من خلال المواقع الإلكترونية، فإن الإيجاب يكون موجوداً على الموقع الخاص بالتاجر مالك السلعة أو الخدمة، حيث يوجد عليه كل ما يتعلق بهذه السلعة أو الخدمة من معلومات مثل النوع و السعر والكمية

1- د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 317.

وكيفية التسليم، ونظراً لكون العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد فإن الإيجاب الإلكتروني بدوره يكون إيجاباً عن بعد، فهو بذلك يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، والتي تفرض على المهني أو المورد مجموعة من القيود والواجبات التي يلتزم بها تجاه المستهلك الإلكتروني والتي منها، تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية التاجر وعنوانه، وعنوان البريد الإلكتروني، والخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة، وأوصافها وأثمانها، ووسائل الدفع أو السداد، وطريقة التسليم، وخيار المستهلك في الرجوع في التعاقد، وإعادة إخطار المستهلك وخدمة ما بعد البيع، ومدة الضمان، وهي الالتزامات التي أشار إليها التوجيه الأوربي رقم 97/7 في شأن حماية المستهلك في العقود عن بعد، وهي نفس المقتضيات التي أقرها المشرع المغربي في المادتين 29 و 30 من القانون رقم 08-31.

ج - الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط الكتروني: يتطلب الإيجاب الإلكتروني وجود وسيط إلكتروني هو مقدم خدمة الإنترنت، فهو يتم من خلال الشبكة وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية، وليس هناك ما يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الإنترنت، وجدير بالذكر أن هناك آخرين يشاركون في تقديم تلك الخدمة، إذ أن هناك أشخاصاً عديدين يتدخلون في الاتصال ويساهم كل منهم بدور في إتمامه ومنهم عامل الاتصالات ومورد المعلومة ومورد المنافذ ومورد المعلومات¹.

ويقترّب الإيجاب في التعاقد الإلكتروني من الإيجاب في التعاقد عن طريق التليفزيون في أنه في كلتا الحالتين لا توجد دعامة ورقية، ورغم هذا التشابه فإن الإيجاب الإلكتروني يتميز بأنه يتضمن استمراراً معيناً، بحيث أن الموجب له يستطيع دائماً أن يعود ليقراً مرة أخرى الكتالوج أو الإعلان الموجود على الموقع الإلكتروني أو المرسل إليه عبر البريد الإلكتروني، بينما يتميز الإيجاب في التعاقد عن طريق التليفزيون بوقتيّة الرسالة المعروضة عبر شاشة التليفزيون، فمدة البث عبر التليفزيون تكون محدودة وتتميز بالسرعة وباختصار المعلومات، أي أن الإيجاب عبر التلفزيون يتميز بالاختصار وسرعة الزوال.²

1- د/ خالد ممدوح ابراهيم، مرجع نفسه، ص 322 .

2- د/ خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 323.

3- تحديد لغة الإيجاب الإلكتروني

أدي اعتبار الإيجاب الإلكتروني إيجابا دوليا عابرا للحدود، إلى أن تكون اللغة المستعملة فيه أهمية بالغة في إطار العقود الإلكترونية، مما يثير التساؤل حول مدى أحقية اشتراط استعمال لغة معينة عند التعبير عن الإيجاب الإلكتروني؟

إن الشئ الذي دفعنا إلى طرح هذا التساؤل يتجلى في أن بعض القوانين تشترط استعمال اللغة الوطنية للتعبير عن الإيجاب، كالمادة الثانية من القانون الفرنسي الصادر في 4 غشت 1994 المسمى بقانون توبون¹، التي توجب استعمال اللغة الفرنسية في الوصف والإيجاب والتقديم وكذا طريقة التشغيل أو الاستعمال، ووصف مجال الضمان الخاص بالمنتج أو الخدمة، كذلك في الفواتير والاتصالات، وفي كل إعلان مكتوب، شفهي أو سمعي مرئي، وعدم احترام هذا الالتزام يترتب عليه توقيع الجزاء القانوني².

والهدف من هذه الإجراءات هو ضمان حماية المستهلك لكي يستطيع أن يشتري أو يستعمل منتجا أو يستفيد من خدمات وهو يعلم حقيقة طبيعتها، وكيفية استعمالها والشروط الخاصة بالضمان لهذه المنتجات أو الخدمات³.

وغني عن البيان أن العرض يكون دوليا في حالة التجارة الإلكترونية، وهنا يجوز التساؤل عما إذا كان للمستهلك الفرنسي أن يستند إلى قانون *toubon* لكي يتمكن بسوء النية، من تقرير بطلان العقد؟ ويبدو من الصعب قبول مثل هذا الحل خاصة إذا تخيلنا وضع التاجر إذا وجد مثل هذا التشريع في دول أخرى عديدة.

ويمكن هنا القياس على ما اقترحه التوجيه الأوروبي الصادر في 21 ماي 1992 من أنه: "إذا استجاب مستهلك فرنسي لإعلان في صحيفة صادرة باللغة الانجليزية أو برنامج للبيع في التلفزيون باللغة الألمانية، فلا يجوز أن يتوقع تلقي جميع المعلومات بلغته الوطنية، فإذا كانت

1 - loi n 94-665 du aout 1994 relative a l'emploi de la langue francaise , j .o. du 5 aout 1994 , P : 11392

2 - caprioli, la loi francaise sur la preuve et la signature électronique, j.c.p.2000, p :1 224

3- مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، جامعة الحاج الخضر، باتنة، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2011-2012، ص 96.

وسيلة الدعاية توزيع خارج منطقتها اللغوية وقرر المستهلك أن يتعاقد، فلا ينبغي أن تكون القواعد الخاصة باللغة عائقاً أمام هذا العقد العابر للحدود، ومن المؤكد أن الاقتراح الوارد بالتوجيه سالف الذكر قابل للتطبيق على التجارة الإلكترونية، فطالما أنه قد أشار على سبيل المثال للإيجاب بواسطة التلفزيون، فيجوز أن يدخل في نطاقه كل وسيلة أخرى للاتصال عن بعد عبر الحدود ومن ذلك الانترنت.

وقد حاولت الحكومة الفرنسية التخفيف من أثر هذا القانون بالنسبة لشبكات الاتصالات وأهمها الانترنت، فأصدر رئيس الوزراء منشوراً *circulaire* في 19 ماي 1996 يتضمن بشأن تطبيق نصوص القانون الصادر في 1994، وجوب استخدام اللغة الفرنسية في كتابة البيانات على الشاشات، مع إجازة أن تصاحبها ترجمة بالانجليزية أو بأية لغة أجنبية أخرى¹.

بحيث أن اعتماد مثل هذا القانون من شأنه أن يؤدي على انحسار نمو التجارة الإلكترونية لمخالفته لسمة العالمية التي تتميز بها شبكة الانترنت، كما يؤدي ذلك إلى التلاعب خلال عمليات البيع عبر الانترنت، وتحرص المواقع العالمية أو ذات الانتشار الواسع كل الحرص على استخدام أكثر من لغة في العرض والإيجاب لضمان التواصل مع أكبر قدر من الأفراد على مستوى العالم².

4- تحديد النطاق المكاني للإيجاب الإلكتروني

ترجع صعوبة تحديد النطاق المكاني للإيجاب الإلكتروني إلى عدم تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني نتيجة صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال الرسالة لأنها تتم عبر فضاء الكبروني *cyber-space*، وبالتالي يثور التساؤل حول الاعتداد بمحل إقامة المستهلك، أم المكان الذي استلم فيه الموجب القبول، أم مكان تسجيل موقع الويب؟³

أضيف إلى ذلك انتشار الانترنت التي قلصت من مبدأ الدولة القطرية وأزاحت مبدأ الإقليمية السائد في القانون الكلاسيكي، بحيث إن الاتصال عبر هذا المكان الاجتماعي يتم من أية نقطة في هذه المعمورة في الحين واللحظة اللذين يرغب فيهما المتعاقدان. لذلك نلاحظ أن

1- لجنة القانون، مجموعة باحثين، مرجع سابق، ص 40.

2- مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 97.

3- د/خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 390.

بعض العقود تنص صراحة على ما يمكن أن يسمى بنطاق التغطية lieu de couverture أي النطاق الذي يغطيه الإيجاب، ومن ذلك ما نص عليه المركز التجاري Infonie من أن العروض ليست صالحة إلا في الإقليم الفرنسي، كما تنص شروط المركز التجاري appelé store على أن هذا المركز يبيع المنتجات في الولايات المتحدة وألاسكا وهاواي فقط¹.

إلا أن النطاق المحلى الذي يكون الإيجاب صالحا فيه، قد يطرح إشكالا لاحقا يتعلق بتنفيذ العقد كما لو كان الأمر يتعلق بتسليم البضاعة فقد يحول هذا الشرط المكاني دون قبول العرض، بحيث إن تحديد المكان يقيد صلاحية الإيجاب بنطاق جغرافي معين، فإن العقد لن ينعقد أصلا إذا قبل الإيجاب شخص يقع موطنه خارج هذا النطاق الجغرافي إذ لن يصادف القبول إيجابا صالحا.

وتعتبر اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في عقود التجارة الالكترونية أن مكان الإيجاب يرتبط بموطن مقر عمل الشخص الموجب وأن مكان تلقي هذا الإيجاب هو مكان عمل المرسل إليه، ولتفصيل هذا المكان فقد أوردت الفقرة الثالثة من المادة 10 استثناء يتعلق بتحديد مكان الإيجاب وذلك بتطبيق المادة 6 من نفس الاتفاقية التي تنص على أنه:

- 1- لأغرض هذه الاتفاقية، يفترض أن يكون مقر عمل الطرف هو المكان الذي يعينه ذلك الطرف، ما لم يشترط طرف آخر أن الطرف الذي عين ذلك المكان ليس له مقر عمل فيه.
- 2- إذا لم يعين الطرف مقر عمل وكان له أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل لأغراض هذه الاتفاقية هو المقر الأوثق صلة بالعقد المعنى مع إيلاء اعتبار للظروف التي كانت الأطراف على علم بها أو تتوقعها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه.
- 3- إذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل، أخذ بمحل إقامته المعتاد....."

وعلى أي حال، فمن الواجب أن يولى الشرط الذي يحدد النطاق الذي يغطيه العرض قدرا كافيا من الأهمية، فرغم انه يضيق بالتأكيد من نطاق عمل التاجر من الناحية الاقتصادية، إلا أنه قد

1- مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 98.

يحقق له من الناحية القانونية نوعاً من الأمان إذ لن يلتزم بإبرام عقود في نطاق جغرافي وقانوني لا يسيطر عليه.

ب: القبول في العقد الإلكتروني

يقصد بالقبول بصفة عامة، موافقة الموجب له على الإيجاب الموجه إليه بالشروط التي تضمنها ودون تعديل، بحيث يترتب عليه انعقاد العقد إذا ما اتصل بعلم الموجب والإيجاب ما زال قائماً، وقد عرفته اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع في المادة 1/18 على أنه: "يعتبر قبولاً أي بيان أو أي تصرف آخر صادر عن المخاطب، يفيد الموافقة على الإيجاب¹

والقبول الإلكتروني لا يخرج عن هذا التعريف سوى أنه يتم بوسائط الكترونية، ويتم عن بعد ولذلك فهو يخضع بحسب الأصل للقواعد والأحكام العامة التي تنظم القبول العادي أو التقليدي الذي لا يتم الكترونياً، ولكنه يتميز ببعض القواعد الخاصة به والتي ترجع إلى طرق التعبير عنه (المطلب الأول)، وحق العميل في الرجوع عنه (المطلب الثاني).

1- طرق القبول الإلكتروني

يتم التعبير عن القبول الإلكتروني بعدة طرق، منها الكتابة بما يفيد الموافقة أو باستخدام التوقيع الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني، أو عن طريق اللفظ من خلال غرفة المحادثة chatting room، أو التنزيل عن بعد من خلال تنزيل البرنامج أو المنتج أو السلعة عبر الانترنت downloade وتحميلها على جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل.

ومن طرق القبول الإلكتروني أيضاً النقر مرة واحدة بالموافقة simple-clic على العلامة الخاصة بتلك الأيقونة icone. حيث نجد عبارة "أنا موافق" وتستخدم مواقع الويب التي تتعامل باللغة الفرنسية في الغالب عبارات تدل على الموافقة مثل عبارة "j'accepte l'offre" أو "d'accord". أما مواقع الويب باللغة الانجليزية فتستخدم عبارة "i agrée" أو "ok".

1 -vincent heuze , la vente internationale de marchandise, droit uniforme, delta, paris, 2000, p : 16

ومع ذلك فقد يشترط الموجب في إيجابه، وبغرض التأكد من صحة إجراء القبول، أن يتم عن طريق النقر مرتين **double click** على الأيقونة المخصصة للقبول والموجودة على الشاشة، وفي هذه الحالة فإن النقر مرة واحدة لا يرتب أثرا بشأن انعقاد العقد ويصبح القبول عديم الأثر، وغالبا ما يلجأ الموجب إلى هذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل على التعاقد. وحتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولى كانت عن طريق السهو أو الخطأ، فالنقر مرتين دليل على موافقة القابل على إبرام العقد¹.

وعلى العموم يجوز التعبير عن القبول بكل وسيلة لا تدع شكاً لدى الموجب بأن إيجابه قد لاقى القبول، والتعبير بهذا المعنى قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، فكيف يعبر صراحة عن القبول الإلكتروني؟ وما مدى صلاحية السكوت للتعبير عنه؟

2- التعبير الصريح عن القبول الإلكتروني

تنص المادة 11 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية "الاونسترال" على أنه: "يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن القبول، وأن العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لهذا الغرض"².

وقد ورد في الفصل 5-65 من ق.ل.ع على أنه: "يشترط لصحة إبرام العقد أن يكون من أرسل العرض إليه قد تمكن من التحقق من تفاصيل الإذن الصادر عنه ومن السعر الإجمالي ومن تصحيح الأخطاء المحتملة وذلك قبل تأكيد الإذن المذكور لأجل التعبير عن قبوله. يجب على صاحب العرض الإشعار بطريقة الكترونية ودون تأخير غير مبرر بتسلمه قبول العرض الموجه إليه.

ويصبح المرسل إليه فور تسلم العرض ملزما به بشكل لا رجعة فيه.

يعتبر قبول العرض وتأكيدده والإشعار بالتسلم متوصلا بها إذا كان بإمكان الأطراف المرسلة إليهم الولوج إليها." من خلال هذا الفصل يتضح بأنه من اليسير القول بوجود الإرادة إذا

1- خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق، ص 342.

2- قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 .

تم التعبير عنها كتابة، ولكن تثار الصعوبة عند غياب الدليل الكتابي، وهنا يثار التساؤل بصفة خاصة، ما إذا كان مجرد ملامسة من وجه إليه الإيجاب لأيقونة القبول أو الضغط عليها يعد كافياً للتعبير عن القبول؟

أ- النقر على زر القبول

أثارت مسألة حجية النقر على الأيقونة المخصصة للقبول تساؤلات أمام القضاء بالولايات المتحدة الأمريكية ومدى اعتبار هذا النقر تعبيراً كافياً عن القبول؟

وقد أجاب القضاء الأمريكي باعتبار هذا الفعل بمثابة القبول، غير أنه يجب أن يكون التعبير حاسماً، لذلك يجب أن يتضمن العقد ما يسمى برسالة القبول النهائي، وذلك لتجنب الوقوع في أخطاء تلقائية أو عفوية قد تصدر من اليد أثناء العمل على جهاز الكمبيوتر، وقد تأتي هذه الرسالة على شكل تساؤلات مثل "هل تؤكد القبول؟" ويكون الجواب "بنعم" أو "لا" أو على شكل طلب بالتعبير عن القبول بإحداث نقرتين متتاليتين على الأيقونة المخصصة لذلك، بدلاً من نقرة واحدة هذا فضلاً عن وجود العديد من الوسائل التي يمكن إتباعها من أجل التغلب على الشك والوصول إلي اليقين الكامل في المسألة المتعلقة بتأكيد القبول من خلال وثيقة أمر إلكتروني بالشراء على شكل رسالة إلكترونية أو على شكل قائمة أو نموذج تعبئة بيانات، ويتعين على مستخدم هذا الموقع "المشتري" أن يحررها على الشاشة ويضغط على زر معين لإرسالها وهو ما يؤكد سلوكه الإيجابي في هذا الشأن¹.

ب - القبول عبر البريد الإلكتروني

يعتبر التعبير عن القبول عن طريق البريد الإلكتروني أحسن طريقة للتأكد من إرادة القابل ووضوح هذه الأخيرة وإن كان جانب من الفقه يرى عدم مشروعية التعاقد عن طريق الطباعة أو الكتابة على الهواء، إلا أن شيوع استخدام البريد الإلكتروني من طرف المنتجين وزيائهم لكونه يوفر السرعة العالية والكفاءة الأكبر ودقة متناهية في التواصل، فإن مجلس الدولة الفرنسي اعتبره بمثابة محرر عرفي وقد حذوه المشرع المغربي الذي نص من خلال الفصل -417

1- مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 107.

1 بأنه: " تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة الكترونية بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق.

تقبل الوثيقة بشكل الكتروني للإثبات، شأنها في ذلك شأن الوثيقة المحررة على الورق شريطة أن يكون بالإمكان التعرف بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه، وأن تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تماميتها.

وبذلك يمكن للقابل أن يعبر عن قبوله بواسطة البريد الالكتروني إذ لا يوجد أدنى شك في اعتباره قبول صريح للإيجاب الموجه إليه بغض النظر عن طريقة توجيه له هذا الإيجاب سواء عن طريق البريد الالكتروني أو كان معروضا على موقع الانترنت. وبالإضافة إلى البريد الالكتروني، يمكن التعبير عن القبول عن طريق المحادثة (chatting room) التي أخذت بدورها في الانتشار، خاصة في إطار التعامل التجاري الدولي، بحيث نجد في هذا الصدد القانون الأمريكي للمعاملات التجارية الالكترونية لسنة 1999 أجاز إجراء الاتفاقات والمفاوضات وإبرام العقود ونشؤ الالتزامات بطريقة الكترونية حيث عرف في المادة 2/2 منها ماهية الأعمال التجارية الالكترونية بأنها هي: " تلك الأعمال التجارية التي تدار أو تتم بالكامل أو جزء منها بوسائل الكترونية أو بالتسجيل الالكتروني، وهذه الأعمال تهدف إلى إبرام العقود أو الوفاء بالالتزامات الناشئة عن الصفقات التجارية"، وهو ما يستفاد منه جواز إتمام المفاوضات بطريقة الكترونية¹، وهو الشئ الذي يدفعنا إلى التساؤل عن مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الالكتروني؟.

3- مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الالكتروني

إذا كان السكوت وفقا للقواعد العامة لا يصلح تعبيرا عن إنشاء الإيجاب، فإنه على العكس من ذلك قد يصلح أن يكون قبولا. وهنا يثور التساؤل عما إذا كان السكوت يمكن أن يكون تعبيرا عن إرادة احد الأشخاص في التعاقد الالكتروني².

1- خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق، ص 268.

2- خالد ممدوح ابراهيم، مرجع نفسه، ص 343.

يعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين الأطراف أو اتصل بالإيجاب بهذا التعامل أو تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه. ويلاحظ إن القانون الأمريكي يضيف ثلاثة حالات استثنائية ينتج فيها القبول أثره رغم سكوت الطرف الثاني هي: إذا كان ممكناً استخلاص ذلك من تصرفات الأفراد لا يمكن القول أو سلوكهم أو إذا جرى العرف على اعتبار السكوت قبولاً أو إذا كان للأطراف ارتباطاً بسبق التعامل.

غير أن هذه الحالات الاستثنائية لا يمكن قبولها على علتها في شأن القبول الإلكتروني نظراً لحدثة التعاقد عبر شبكة الانترنت، فلا يمكن القول بأن العرف يلعب دوراً هاماً وفعالاً في هذا المجال لعدم وجود معاملات كثيرة ومستقرة تصل إلى مرحلة العرف، وبالنسبة للإيجاب الموجه لمنفعة الموجب إليه فهي حالة تتضمن عملاً من أعمال التبرع دون أن يقع ثمة التزام على عاتق من وجه إليه الإيجاب فهو فرض غير مألوف على الانترنت، وكذلك فإنه من الصعوبة اعتبار السكوت الملايس تعبيراً عن القبول الإلكتروني، كما في حالة التعامل الساق بين المتعاقدين والذي يحدث كثيراً عبر شبكة المعلومات الإلكترونية، فإن ذلك لا يكفي من الناحية العملية لاعتبار السكوت قبولاً إلا إذا كان هناك اتفاق صريح أو ضمنى بين أطراف التعاقد على ذلك¹.

وتطبيقاً لذلك فإنه يجوز اعتبار السكوت قبولاً أو رفضاً في التعاقد الإلكتروني بحسب الأحوال، وذلك إذا كانت طبيعة التعامل أو العرف التجاري تدل على ذلك، أو كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، أو اتفاق صريح بينهم، أو أن يقترن السكوت بظروف أخرى يرجح معها دلالة السكوت على القبول، وبما أن أغلب التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية لم تشير إلى اعتبار السكوت وسيلة يعتد بها للتعبير عن القبول، فإن استخلاص ذلك يعد مسألة موضوعية تدخل في نطاق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع².

4- الرجوع عن القبول الإلكتروني

نصت العديد من التشريعات الدولية والوطنية على مبدأ حق الرجوع عن القبول في العقود المبرمة عن بعد، وذلك من أجل توفير الحماية الكافية للقابل وهو بصدد إجراء المعاملات

1- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 345.

2- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع نفسه، ص 345.

الإلكترونية، هذه الأخيرة التي لا تسمح للقابل المتمثل في المستهلك من إمكانية فعلية لمعاينة السلعة والإمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد، بالرغم من أن هذا الحق في الواقع يمثل خروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أنه يجد مبرره في ضرورة حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية.

وقد نظم العقد النموذجي الفرنسي أحكام الرجوع وذلك في البند التاسع تحت عنوان " مدة الرجوع" فنص على أن مدة الرجوع هي سبعة أيام من أيام العمل *jours ouvrables* تحسب بالنسبة للسلع من تاريخ تسلم المستهلك لها، أما بالنسبة للخدمات فتحسب من يوم انعقاد العقد وذلك إذا كان المستهلك قد تسلم التأكيد من التاجر بما يتضمنه من معلومات بالبريد الإلكتروني¹، وفي حالة عدم احترام التاجر لالتزامه بالتأكيد بالبريد الإلكتروني، تمتد مدة الرجوع إلى ثلاثة شهور تحسب بالنسبة للسلع من يوم تسلم المستهلك لها وبالنسبة للخدمات من يوم انعقاد العقد، فإذا سلم التأكيد خلال هذه الشهور الثلاثة، احتسب مدة الأيام السبعة من يوم تمام التأكيد المذكور.

وإذا باشر المستهلك حقه في الرجوع، التزم التاجر بأن يرد له المبالغ التي دفعها دون أية نفقات إضافية، وذلك خلال ثلاثين يوم كحد أقصى².

وهي نفس المقتضيات التي نظمها التوجيه الأوروبي رقم 97/07 الخاص بحماية المستهلك بشأن التعاقد عن بعد في مادته السادسة التي منحت للمستهلك حق الرجوع عن قبوله في مدة سبعة أيام عمل بدون إعطاء أي سبب، أو حتى بدون أن يتعرض لأي جزاء، والالتزام الوحيد الملقى على عاتقه هو تحمل أعباء إرجاع السلع إلى المهني³.

ثانياً: طرق التعبير عن الإرادة

أ- التعبير عن الإرادة عبر شبكة الموقع الإلكتروني " Web-site " :

1- لجنة القانون، مجموعة باحثين، مرجع سابق، ص 52.

2- لجنة القانون، مجموعة باحثين، مرجع سابق، ص 53.

3- المادة 6 من التوجيه الأوروبي، الأمر رقم 97/07 الخاص بحماية المستهلك.

شبكة الانترنت تتميز بكونها تحتوي على ما يسمى بمجمع المواقع الإلكترونية والمعروفة بالويب، وهي الطريقة الأكثر استعمالاً في الاتصالات عبر شبكة الانترنت، ويتم استعمالها بواسطة الولوج الى الموقع الإلكتروني والذي يتألف من عدة صفحات وصفحة رئيسية والتي تعرف ب Home page .

تسمح خدمة الويب بزيارة مختلف المواقع عبر شبكة الانترنت، وتفحص ما بها من صفحات للتوصل الى معلومات معينة أو إبرام عقد معين.¹

يتم التعبير عن الإرادة عبر مواقع الويب بالكتابة أو بالنقر على زر الموافقة، والتي توجد على مستوى لوحة المفاتيح، أو بالضغط على المؤشر (الفأرة) في الخانة المخصصة لذلك أو باستخدام بعض الاشارات أو الرموز المتعارف عليها بين مستخدمي شبكة الانترنت، فإشارة الوجه المبتسم تدل على الموافقة في حين يدل الوجه الغاضب على الرفض.²

ب- التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة: Internet Replay Chat

نقصد بالمحادثة هو ذلك الأسلوب الذي يعتمد على الكثير من الكتابة، إلا ان في بعض الاحيان يستخدم أجهزة خاصة، فتصبح محادثة حقيقية، وبالتالي نكون أمام خدمة الهاتف الحقيقي.³

يمكن لمستخدمي برنامج المحادثة عبر الانترنت التحدث مع شخص اخ في وقت واحد عن طريق الكتابة بالطبع، يشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان متصلين بأحد أجهزة خدمة المحادثة IRC، ويقوم مبدأ عمل هذا البرنامج على تقسيم الصفحة الرئيسية إلى جزأين حيث يقوم أحد الأطراف بكتابة أفكاره على شاشة جهازه الشخصي التي تظهر بدورها في الجزء الأول و سيرى في الوقت نفسه ما يكتبه الطرف الاخر والذي يظهر في الجزء الثاني من صفحة البرنامج، وتوفر هذه الوسيلة ميزة المعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين مع

1- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 7.

2- د/خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 131.

3- محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 16.

امكانية تزويد جهاز الكمبيوتر بكاميرا رقمية من خلالها يمكن التقاط الصورة والصوت، فنكون بصدد عقد اتفاق أو صفقة بالصوت والصورة¹.

ثالثاً: صحة التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم الإلكتروني

بتوافر ركن الرضا لا يكفي أن يكون الرضا موجوداً، إذ ينبغي أن يكون صادراً عن تراض صحيح وتتحقق صحة الرضا إذا كانت إرادة كل من الطرفين خالية من العيوب².

فاتفاق التحكيم - شرطاً أو مشاركة - يمكن أن يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم الاتفاق الأصلي، وعلى هذا الأساس فإن توفر التراضي وصحته وخلوه من العيوب ك الغلط والتدليس أو الاكراه للقانون الذي يحوي اتفاق التحكيم، يخضع إما لقانون الإرادة أو الموطن المشترك أو قانون بلد محل إبرام الاتفاق وفقاً لقاعدة الإسناد التي تضمنتها المادة 1/19 مدني وإذا كان الاتفاق بشأن تحكيم يدخل في نطاق نصوص اتفاقية نيويورك، فالتراضي يخضع أيضاً لقانون الإرادة وإلا خضع لقانون البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم والأولوية في حالة التعارض لأحكام الاتفاقية بحكم نص المادة الأولى، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري كذلك في المادة 10 من القانون المدني الجزائري³.

فقد حصر المشرع المدني (القوانين المدنية الداخلية) عيوب الرضا في الغلط والتدليس، الاكراه والاستغلال أو الغبن، بحيث أن هذه العيوب يمكن أن تخل بسلامة تطابق الإرادتين على اتخاذ التحكيم كطريق بديل لحل المنازعات الممكن حدوثها في المستقبل، والمشتراط أصلاً سلامة الإرادة من تلك العيوب حتى يرتب الرضا آثاره⁴.

1- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 132.

2- جعفر ذيب المعاني، مرجع سابق، ص 79.

3- أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر عدد 78 لسنة 1975، معدل ومتمم.

4- د/أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر 2005، ص 76.

أ - الغلط

يقصد بعبء الغلط وهم يقوم في ذهن الشخص، يجعله يتصور الواقع على خلاف حقيقته، وهو يؤدي إلى بطلان العقد إذا أنصب على ماهيته، أو على شرط من شروط الانعقاد، أو على محل العقد.¹

إذا وقع أحد المتعاقدين عند الاتفاق في غلط يمس جوهر التعاقد (كالغلط في القانون أو ذات التعاقد) جاز له إبطال العقد لأنه لو لم يقع فيه لما أتم التعاقد، لكن يستبعد قابلية إبطال العقد، ما إذا كان الغلط كتابي أو حسابي لتوفر إمكانية تصحيحه بل يصبح التصحيح في هذه الحالة واجبا حتى يرفع اللبس الواقع فيه.²

ويشترط للتمسك بالغلط المعيب للرضا في جل التشريعات (المصري أو الاردني أو الجزائري) أن يقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري، وأن يتصل ذلك الغلط أو يكون قد علم به أو كان على شخص التعاقد، أو في طبيعة العقد.

وعيب الغلط متصور الحدوث في التعاقد الإلكتروني، فمثلا قد يتوهم أحد المتعاقدين أن الطرف الآخر معروف لديه، وأنه يرغب في التعاقد معه لمهارته وخبرته، ثم يتضح أن المتعامل معه شخص غير معروف لتشابه الأسماء، أو لتشابه موقع الويب الذي يعرض الخدمة، فهنا يمكنه طلب فسخ العقد.

واستنادا الى القواعد العامة في القانون المدني، فإن حكم اتفاق التحكيم المبرم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، إذا اقترن بغلط جوهري واتصل به علم المتعاقد الآخر يكون العقد عقدا موقوفا، ويجوز للعاقدين الذي وقع في الغلط أن ينقض العقد بعد تبين الغلط أو يجيزه، والقاضي هو الذي يقوم بتقدير قيام الغلط الجوهري الذي يعيب الرضا من عدمه.³

1- القانون المدني الجزائري المادة

2- من نصوص المواد 81 إلى 84 من القانون المدني الجزائري، أنظر أ/ أحمد لعور، المرجع السابق، ص 39-40، ويقابلها المواد 120 إلى 126 من القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 22.

3 - جعفر ذيب، مرجع سابق، ص 83.

ب - التدليس

يعرف التدليس بأنه هو: "إيهام الشخص بأمر مخالف للحقيقة، عن طريق استعمال طرق احتيالية، بقصد دفعه إلى إبرام العقد"، ويكفي لقيامه مجرد الكتمان واقعة أو ملابس، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس¹.

وهو من العيوب المؤثرة على سلامة الرضائية عند الاتفاق على التحكيم، فلولا توهم أحد المتعاقدين أو إنداعه جراء تلك الأفعال الاحتيالية أو التدليسية التي قام بها أو تعمد السكوت عليها المتعاقد الآخر أو من يمثله (تمثيل قانوني أو اتفاقي) لما أتم التعاقد، وان بلغت خطورته الى هذا الحد جاز له إبطال العقد، أما إذا كان الغير هو المدلس فيشترط في هذه الحالة أن يثبت دراية المتعاقد الآخر بتلك الأفعال التدليسية أو إلزامية التيقن منها حتى يجاز له طلب الإبطال².

وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقاً لما جاء بنص المادة (125) مدني بأنه: "يجوز طلب إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها احدي المتعاقدين من الجسامة بحيث لولاها لما أقدم المتعاقد الآخر على إبرام العقد، شريطة أن يثبت أنه ما كان ليبرم العقد لو اتصل علمه بما سكت عنه المدلس عمداً"³.

ولا يكفي الكذب وحده لتكوين عنصر الحيلة في التدليس، كما تمدح التاجر بضاعته الى حد الكذب ما دام ذلك مألوفاً في التعامل، وعلى العكس إذا خرج الكذب عن المألوف في التعامل فيعد سبباً لإبطال العقد، خصوصاً لو تم بشأن بيانات محددة استعلم عنها المتعاقد

1- من نصوص المواد 86 ، 87 من القانون المدني الجزائري أنظر أ/أحمد لعور، المرجع السابق، ص ص40-41، ويقابلها المواد 125 إلى 126 من القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ص 22-23.

2- من نصوص المواد 81 إلى 84 من القانون المدني الجزائري أنظر أ/أحمد لعور، المرجع السابق، ص ص39،40، و يقابلها المواد 120 إلى 126 من القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 22.

3- المادة 25 من القانون المدني المصري.

مثال ذلك مكان بلد منشأ السلعة المبيعة فإنه يعتبر تدليسا يشوب الإرادة بشروط توافر العنصر المعنوي للتدليس وهو نية التضليل والخديعة للوصول الى غرض غير مشروع¹.

وطرق الغش والتدليس في التعاقد الإلكتروني كثيرة، فإذا قام البائع بخداع المشتري عن طريق استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتج أو الخدمة، فإن ذلك يعطي المدلس عليه الحق في طلب ابطال العقد لتعيب ارادته بالغش في القانون الفرنسي والمصري، وحتى فسخ العقد لمن غرر به إذا تحقق أن العقد ت بغبن فاحش في القانون الأردني.

والقاضي الوطني هو الذي يقوم بتقدير ثبوت أو عدم ثبوت التغيرير من العاقد الاخر والتحقق من الغبن وجسامته، فإذا اجتمع التغيرير والغبن، الأمر الذي يترتب عليه جواز فسخ العقد².

ج - الغبن

يعرف الغبن بأنه: "عدم التعادل بين التزامات كل من العاقدين في العقد الملزم للجانبين، والغبن إما أن يكون يسيرا وإما أن يكون فاحشا، ولا يكون إلا في عقود المعوضات، وهو يقوم على مجرد عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة³.

فالغبن لا يؤثر في العقد الإلكتروني، لأن الغبن عيب استثنائي في العقود، فهو لا يترتب عليه أثر إلا في العقود التي خصها المشرع بذلك وبالشروط المقررة في شأن كل منهم.

يترتب عن ذلك أنه إذا جاء الغبن نتيجة إحدى عيوب الرضاء فإنه يطعن على العقد تأسيسا على العيب الذي جاء نتيجة له الغبن⁴.

د - الإكراه

1 - صفاء فتوح جمعة فتوح، مرجع سابق، ص 173.

2 - جعفر ذيب، مرجع سابق، ص 84.

3- من نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري أنظر أ/أحمد لعور، المرجع السابق، ص 42، ويقابلها المواد 128 من القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 23 و 24 .

4 - صفاء فتوح جمعة فتوح ، مرجع سابق، ص ص 156-157.

يعرف الاكراه بأنه: "ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص فيولد فيه رهبة أو خوفا يحمله على التعاقد".¹

وحتى يعتبر الاكراه عيبا من عيوب الرضا يتعين ان يتوافر فيه ثلاثة شروط وهي ان يتم التعاقد تحت سلطان رهبة بعثت في نفس المتعاقد بدون وجه حق وان تكون الرهبة دافعة للتعاقد واتصال المتعاقد الاخر بالإكراه.

والإكراه في التعاقد الإلكتروني لا يأخذ به، أو على الأقل غير متصور، لأن التعاقد الإلكتروني يتم بين الطرفين يفصل بينهما مكان وجميعهما مجلس عقد حكومي وليس حقيقي، وان كان من الممكن حدوثه اجباريا بسبب التبعية الاقتصادية، يمكن تصور ذلك بصدد توريد المنتج واحتكار إنتاجه ثم بيع قطع غياره بشروط مجحفة ويضطر العميل الى قبولها حيث لا بديل امامه سوى قبول ذلك.

وتكمن خصوصية عيوب التراضي في عقود التجارة الإلكترونية في النقاط التالية:

1- فرضت شبكة الاتصالات الإلكترونية التوسع في مفهوم عيوب التراضي حتى تستوعب ما قد استحدثت من وسائل احتيالية عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية، حيث تعددت صور الغلط والتدليس بشكل واسع عبر شبكة الانترنت، وذلك أدعى للمشرع أن يقوم بتعديل القواعد العامة في العقود بحيث يندرج تحتها ما قد وجد من صور عيوب الارادة وما سوف يستحدث منها.

2- فرض هذه الوسائل الإلكترونية الحديثة على جميع الجهات المعنية بحماية المستهلك - التقليدي أو الإلكتروني - وضع قواعد أكثر لحماية له عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية سواء على المستوى المدني أو الدولي، حيث إن كثير من الشركات التجارية الكبرى تقوم باستخدام كافة وسائل الخدع والاحتيال لإيقاع المستهلك في شبكة التعاقد دون أن يدري ويدرك بعض الشروط الأساسية التي وضعتها هذه الشركات تحقيقا لمصالحها وإضرارها له.

1- من نصوص المواد 88 إلى 89 من القانون المدني الجزائري أنظر أ/أحمد لعور، المرجع السابق، ص ص 41-42، ويقابلها المواد 128 من القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 22.

2- فرض التعامل عبر هذه الشبكة أن يكون هناك جهات جديدة تضمن جدية ومصداقية المتعاملين عبر شبكة المعلومات الدولية في إبرامهم للعقود، أو توسيع نشاط جهات التوثيق الإلكتروني، بحيث إن دورها لا يقتصر على مجرد التأكد من صحة ونسبة صدور الإرادة الإلكترونية من مصدرها، بل التأكد من جدية هذه الإرادة.

-3

الفرع الثاني: المحل في اتفاق التحكيم الإلكتروني (قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم)

الأصل أن القضاء هو المختص بالبت في كافة النزاعات بالنظر لكونه صاحب الولاية العامة في تحقيق الحماية للحقوق والمراكز القانونية، لذا يبقى اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة عنه، بمثابة استثناء من الأصل، يتعين للجوء إليه أن يكون محل النزاع مما يقبل التسوية عن طريقه.

ويقصد بمحل اتفاق التحكيم، تلك المنازعة التي يراد حسمها عن طريق التحكيم، والتي يجب أن تقبل التسوية بواسطته، والذي يرتبط وجوده بوجودها، غير أن المنازعة التي تكون محلا لاتفاق التحكيم، قد توجد مستقبلا في شرط التحكيم، وقد تكون موجودة حالا في عقد التحكيم، الذي يتم إبرامه بسبب نزاع قائم بالفعل.¹

وطالما أن اتفاق التحكيم، هو عقد كسائر العقود، فإن محله يجب أن تتوفر فيه الشروط العامة المتطلبية في محل الالتزامات التعاقدية بوجه عام، والواردة في المواد من 57 إلى 61 من قانون الالتزامات والعقود، حيث يجب أن يكون محل اتفاق التحكيم، موجودا وممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين، وأن يكون مشروعاً.

وإضافة إلى الشروط السابقة، لا بد وأن ينصب محل اتفاق التحكيم على نزاع مالي في إطار القانون الخاص بين طرفي العلاقة القانونية، والذي يفترض فيه أنه يقبل الصلح. أما إذا

1- ناريمان عبد القادر، "اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم: 27 لسنة 1994"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1996، ص.240.

كان لا يقبله، فقد اتفقت جل التشريعات بما في ذلك التشريع المغربي على عدم جواز التحكيم بشأنه. وهذه المسألة تعتبر من النظام العام، يترتب على عدم مراعاتها في اتفاق التحكيم بطلانه¹.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك تطابق بين محل التحكيم ومحل الصلح، إذ ما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم، وما لا يجوز فيه الصلح لا يجوز فيه التحكيم، وقد حرصت بعض التشريعات على التنصيص صراحة على هذا المبدأ، إذ نص المشرع المصري في المادة 11 من القانون رقم: 27 لسنة 1994 في شقها الأخير على أنه: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".

في حين أن المشرع المغربي، لم ينص صراحة على المبدأ السابق إلا أنه قد أحال عليه ضمنا من خلال النصوص المنظمة للتحكيم. فالمشرع المغربي عمد إلى تحديد المسائل التي تخرج عن نطاق التحكيم، وهي نفس المسائل التي لا يجوز أن تكون موضوع صلح.

إذ نص المشرع المغربي من خلال مقتضيات المادة 309 من القانون رقم: 05 . 08، على أنه: " مع مراعاة مقتضيات الفصل 308 أعلاه، لا يجوز أن يبرم اتفاق التحكيم بشأن تسوية النزاعات التي تهم حالة الأشخاص وأهليتهم أو الحقوق الشخصية التي لا تكون موضوع تجارة".

وأضاف من خلال المادة 310 من نفس القانون على أنه: "لا يجوز أن تكون محل تحكيم النزاعات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية.

غير أن النزاعات المالية الناتجة عنها، يمكن أن تكون محل عقد تحكيم ماعدا المتعلقة بتطبيق قانون جبائي".

فالمسائل التي تخرج عن نطاق التحكيم، هي نفس المسائل التي تخرج بدورها عن نطاق الصلح، فبالرجوع إلى مقتضيات المادة 1100 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، نجدها

1- حمزة أحمد حداد، " التحكيم في القوانين العربية"، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2007، ص147.

تنص على أنه: " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام أو بالحقوق الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل ولكنه يسوغ الصلح على المنافع المالية التي تترتب على مسألة تتعلق بالحالة الشخصية أو على المنافع التي تنشأ عن الجريمة".

وهو نفس ما ذهب اليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 1006 التي نصت على انه: "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الاشخاص وأهليتهم"¹، وانطلاقاً من هذا النص نجد ان المشرع الجزائري قد اخرج بعض المسائل من مجال التحكيم الداخلي وهي المتعلقة بالنفقة والإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن وكذلك المسائل المتعلقة بالنظام العام وحالة الاشخاص وأهليتهم وجسد بذلك الحل الكلاسيكي المعتمد في جل التشريعات الداخلية للدول رغم اختلافها في بعض المسائل.

وعموماً، فهناك مجالان لا يجوز فيهما التحكيم: مسائل الأحوال الشخصية، والمسائل المتعلقة بالنظام العام.

فمسائل الأحوال الشخصية، لا تصلح لأن تكون محلاً لاتفاق التحكيم، لاتصالها بوضع الشخص ومركزه داخل الأسرة، بحيث لا يجوز مثلاً التحكيم في مسألة تتعلق بمدى شرعية الولد أم لا، وبما إذا كان الشخص وارثاً أو غير وارث، في حين أنه يجوز التحكيم في المسائل والمصالح المالية التي تترتب عليها.

أما المسائل المتعلقة بالنظام العام، والتي لا يجوز التحكيم فيها، تكون مرتبطة بالدرجة الأولى بالقواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، والمتعلقة بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم، وتعلو فيه على مصالح الأفراد، ومن أمثلة تلك المسائل المتعلقة بحالة الشخص وأهليته، المسائل الجنائية، المنازعات المتعلقة بصحة براءات الاختراع، أو العلامات التجارية، أو تلك المتعلقة بكسب الجنسية أو فقدها².

1- قانون الاجراءات المدنية والادارية، المادة 1006، مرجع سابق.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، " التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية. دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص.225.

مما سبق، يتبين أن محل التحكيم يحتل أهمية بارزة للقول بصحة أو عدم صحة اتفاق التحكيم، ويبقى على قاضي الموضوع تحديد ما إذا كان موضوع النزاع يقبل التسوية عن طريق التحكيم أم لا مسترشداً في ذلك بالقانون المنظم للتحكيم أي القانون رقم: 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية.¹

فكرة النظام العام فكرة مرنة ليس لها ضابط محدد، فهي فكرة معيارية نسبية تختلف من دولة لدولة، بل من زمن الى زمن داخل تلك الدولة، فكل دولة لها الحرية وفقاً لسياستها الاقتصادية والاجتماعية ان تحدد المسائل التي يمكن حلها عن طريق التحكيم، وما يؤكد هذه الحرية هو ما ذهبت اليه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم والتي ربطت التزام الدول بالاعتراف باتفاقات التحكيم بكون النزاع محل هذه والاتفاقات متعلقاً بمسألة تقبل التسوية عن طريق التحكيم ودون ان تحاول وضع قواعد مادية (موضوعية) تلتزم بها كل دول الاعضاء فقد نصت المادة الثانية من اتفاقية نيويورك سنة 1958 على ما يلي: "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم مقتضاه الاطراف بأن يخضعوا لتحكيم كل او بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية معينة سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية، متى تعلقت بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم".²

ومن هنا نؤكد على ضرورة اعطاء مفهوم ومضمون ضيقين لفكرة النظام العام بشكل يسمح لنظام التحكيم لتحقيق فعاليته وهدفه، خاصة بعد دخول الجزائر اقتصاد السوق وفتح باب الاستثمار امام الشركات الاجنبية .

أما بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فقد نصت المادة 1040 من القانون المدني الجزائري: "على انه تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع اذا استجابت للشروط التي يضعها اما القانون الذي اتفق الاطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً".³

1- رقم: 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية

2- المادة الثانية من اتفاقية نيويورك سنة 1958 .

3- قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، مرجع سابق.

الفرع الثالث : السبب في اتفاق التحكيم:

نظم المشرع المغربي نظرية السبب في المواد من 62 إلى 65 من قانون الالتزامات والعقود¹، والتي تناول من خلالها أحكام السبب في القانون المغربي، إذ اشترط المشرع لصحة أي اتفاق بصفة عامة، ضرورة وجود السبب، وأن يكون هذا السبب مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، إلا أنه في حالة عدم ذكره، افترض المشرع أن لكل اتفاق سبباً حقيقياً ومشروعاً.

واتفاق التحكيم كغيره من الاتفاقات، يجب أن يتضمن ركن السبب وفق نفس الشروط التي حددها المشرع المغربي في هذا الإطار، وهذا ما أكدته من خلال مقتضيات المادة 308 من القانون رقم: 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، عندما نص على ضرورة التقيد بمقتضيات قانون الالتزامات والعقود، ولاسيما الفصل 62 منه، عند إبرام اتفاق التحكيم².

ومفاد السبب في اتفاق التحكيم، هو اتجاه إرادة الأطراف إلى استبعاد طرح النزاع على القضاء، وتفويض الأمر بذلك إلى المحكمين، والسبب على هذا النحو يعتبر مشروعاً دائماً.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية اللازمة لصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني

اجمعت مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، حيث نصت المادة 12 من قانون التحكيم المصري على وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلا كان باطلاً وورود الاتفاق كشرط في العقد الأصلي أو الاتفاق عليه بوثيقة مستقلة، فإذا كانت هذه الوثيقة تنص على التحكيم فيما قد يثور من منازعات بمناسبة العقد الأصلي لزم أن يتضمن هذا العقد الإشارة إلى الوثيقة ويكون الأمر متعلقاً بشرط تحكيم³.

وتتباين مواقف الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم حول مدى اشتراط كتابة التحكيم للاعتداد بصحته كما يثور التساؤل حول مدى توفر شرط الكتابة في اتفاق التحكيم الإلكتروني؟

1- قانون الالتزامات والعقود المغربي، المواد 62 إلى 64.

2- القانون رقم: 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، المادة 308، مرجع سابق.

3 - لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 60.

سنحاول الاجابة عن ذلك من خلال التعرض الى موقف اهم الاتفاقيات الدولية والقوانين المقارنة الخاصة بالتحكيم من اقتضاء شرط الكتابة، واثر هذه الكتابة في صحة التحكيم، ثم نتعرض الى مفهوم الكتابة وهل ان الكتابة بالشكل الالكتروني تفي بالمتطلبات الكتابة، وفي الاتفاقيات الدولية والقوانين الدولية؟

الفرع الأول: موقف اهم الاتفاقيات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي والقوانين المقارنة

تتباين مواقف الاتفاقيات الدولية والقوانين الدولية حول مدى اشتراك كتابة اتفاق التحكيم للاعتداد بصحته، فإذا كانت بعض الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية لا تعتبر كتابة اتفاق التحكيم شرط صحة بل شرط اثبات، فان معظم هذه القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية تجتمع على اشتراط ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا حتى يكون صحيحا.

ولابد من التعرض الى مواقف اهم الاتفاقيات الدولية والقوانين المقارنة الخاصة بالتحكيم من شرط الكتابة وأثره في صحة اتفاق التحكيم على النحو:

أولاً: الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم

تتعدد الاتفاقيات والمعاهدات الخاصة بالتحكيم ولعل ابرزها:

أ - اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الاجنبية وتنفيذها لسنة 1958

تتطلب هذه الاتفاقية الكتابة كشرط حتى يكون اتفاق التحكيم صحيحا، وذلك في المادة الثانية منها التي جاء فيها: "1 - تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يتعهد الاطراف بمقتضاه ان يخضعوا الى التحكيم كافة او اي خلافاً نشأت او يمكن ان تنشأ بينهم
2- ويعتبر اتفاق مكتوب أي شرط تحكيم يرد في عقد او اي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين او وارد في رسائل أو برقيات متبادلة"¹.

1- اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الاجنبية وتنفيذها لسنة 1958، نفس المرجع السابق.

ومفاد هذا النص ان الكتابة تقع ركنا أساسيا يجب توافره لا مكان القول بوجود اتفاق التحكيم فالمادة الثانية من الاتفاقية تقرر قاعدة موحدة تقتضي الكتابة كشرط صحة وليس لمجرد الإثبات.

ولكن من خلال احكام اتفاقية نيويورك نستنتج ان الكتابة تعتبر كشرط لإثبات وليس للانقضاء فالنص لا يرتب جزاء البطالان او الانعدام على تخلف الكتابة فهي بموجب المادة الرابعة من ذات الاتفاقية والتي تنص على أنه من اجل الحصول على الاعتراف والتنفيذ المبحوث عنهما في المادة السابقة يتوجب على الفريق الذي يطلب مثل ذلك الاعتراف والتنفيذ ان يبرز ما يلي عند تقديمه الطلب- قرار التحكيم الاصيلي المصدق او صورة عنه.

ب- الاتفاقية الاصلية المبحوث عنها في المادة الثانية او صورة مصدق عنها.

متطلبه كأساس للاعتراف لاتفاق التحكيم بما لا يجوز معه لأي دولة ان ترفض اثبات وجوده اما الاتفاق غير المكتوب وان كان اتفاقا صحيحا موجودا إلا انه لا يلزم الدول الاعضاء ان تعترف به.

ب- اتفاقية جنيف الاوروبية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1961

ان الشكل الذي اوجبت الاتفاقية الاوروبية ان يكون عليه اتفاق التحكيم هو نفس ما جاءت به اتفاقية نيويورك 1958 وهو ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، إلا أن الاتفاقية نصت وبشكل صريح على صحة اتفاق التحكيم الذي لا يتخذ شكل الكتابة إذا كان بين دول لا تشترط قوانينها أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا¹.

ج- القانون النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي "الأونسترال" لعام 1985 و التعديلات التي اعتمدت في عام 2006:

كانت المادة السابعة الفقرة الثانية من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي - قبل التعديل - تنص على أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ويعتبر الاتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل

1- اتفاقية جنيف الاوروبية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، نفس المرجع السابق.

الاتصال السلبي واللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر، وتعتبر الإشارة في عقد التحكيم إلى مستند يشتمل على شرط تحكيم بمثابة اتفاق التحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوبا وأن تكون الإشارة وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد"¹.

فإن الكتابة كانت تعد شرطا لصحة اتفاق التحكيم في القانون النموذجي، بيد أن الكتابة التي اشترطها النص لا تقتصر على المعنى التقليدي لها، حيث حرص القانون النموذجي بعد أن ذكر الوسائل التقليدية في الكتابة أن يضيف عبارة (أو غيرها من وسائل الاتصال السلبي أو اللاسلكي) ليشمل بذلك كل وسائل الاتصال الحديثة.

في حين أن التعديلات التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة لقانون التحكيم التجاري الدولي في عام 2006 بخصوص تعريف اتفاق التحكيم و شكله تنص على ما يلي : " 2 - يتعين أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا.3- يكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا كان محتواه مدونا في أي شكل، سواء أكان أم لم يكن اتفاق التحكيم أو العقد قد أبرم شفويا أو بالتصرف أو بوسيلة أخرى.4- يستوفي في اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا بواسطة خطاب إلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقا، ويقصد بتعبير "الخطاب الإلكتروني أي خطاب يوجهه الطرف بواسطة رسالة بيانات، ويقصد بتعبير "رسالة البيانات" المعلومات المنشأة أو المرسلة أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر التبادل الإلكتروني للبيانات والبريد الإلكتروني والبرق والتلكس والنسخ البرقي ومؤدى هذا التعديل حرص القانون النموذجي على استيعاب مختلف الوسائط الإلكترونية المتطورة لاستيفاء الشكلية القانونية المطلوبة باتفاق التحكيم المتمثلة في شرط الكتابة.

ثانيا: قوانين التحكيم المقارنة

1- المادة 7 من القانون النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي "الأونيسترال" لعام 1985 والتعديلات التي اعتمدت في عام 2006، نفس المرجع السابق.

تقضي المادة (2/203) من القانون الاماراتي للمعاملات المدنية بأنه: "لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة"¹ وهذا النص مماثل للمادة (2/233) من القانون البحريني والمادة (2/190) من القانون القطري والمادة (173) من القانون الكويتي، حيث يتبين من النصوص السابقة، أن القوانين العربية متفقة على أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوبا، لكن الكتابة في اتفاق التحكيم، هي شرط إثبات وليست شرط انعقاد، بيد أن صيغة النص على اشتراط الكتابة جاءت جازمة بأن مثل هذا الاتفاق لا يثبت إلا بالكتابة مما يعني أنه لا يجوز الاستعاضة عن الإثبات بالكتابة مما يعني أن أنه لا يجوز الاستعاضة عن الإثبات بالكتابة أية وسيلة إثبات أخرى.

إلا أن بعض التشريعات الوطنية تشترط فيما يتعلق باتفاق التحكيم، أن يتم إفراغه في شكل كتابي كشرط لصحته، كقانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 الذي نص في المادة (12) منه أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا، و يكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة"² وهذا النص مماثل للمادة (10) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 التي جاءت بنفس المضمون.

يستفاد من النصين السابقين، أن الكتابة تعد ركنا في اتفاق التحكيم، بحيث يكون الاتفاق باطلا إذا لم يكن مكتوبا، فالكتابة تعتبر شرطا شكليا لازما لوجود الاتفاق على التحكيم في ذاته، وتكون الكتابة لازمة ليس فقط لإثباته، وإنما تكون لازمة لانعقاده وصحته، بحيث لا يكون هناك سبيل لإثبات الاتفاق على التحكيم سوى بالكتابة.

الفرع الثاني : وثيقة التحكيم الإلكتروني

لم تعد الوسيلة التقليدية في إثبات وتوثيق العقود وهي التوقيع الخطي مناسبة لمعاملات والمبادلات الإلكترونية، والتي يتعذر معها توافر هذا التوقيع وذلك لإحلال الوسيط الإلكتروني محل الوسيط الورقي.

1- المادة (2/203) من القانون الاماراتي للمعاملات المدنية.

2- كقانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.

ومن هنا ظهرت الحاجة الملحة الى ضرورة ايجاد بديل الكتروني يحل محل التوقيع الخطي اليدوي ويؤدي نفس وظائفه من حيث التوثيق والاثبات، فظهر التوقيع الالكتروني كتقنية يستطيع بها الاطراف المتعاملون بنظام التبادل الالكتروني للبيانات والرسائل الالكترونية، لتوثيق معاملاتهم، ولكن قبل التطرق الى ذلك يجب الاجابة على الاشكالية التالية.

ما مدى توافر شرط الكتابة في اتفاق التحكيم الالكتروني؟

مدى توافر شرط الكتابة في اتفاق التحكيم الالكتروني:

ان اغلب القوانين التي تنظم أحكام التحكيم التقليدي- يستوي في ذلك أن تكون تشريعات وطنية أم اتفاقيات دولية تتطلب شكلية معينة في اتفاق التحكيم وتتمثل هذه الشكلية في اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وان كانت هذه القوانين غير متفقة فيما بينها حول الدور الذي تلعبه هاته الشكلية في اتفاق التحكيم، فمنها من تعد الكتابة شرطا لانعقاد اتفاق التحكيم مثل التحكيم الأردني ومنها من تعد الكتابة لازمة لإثبات هذا الاتفاق مثل قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية.

وبصدد تحديد الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني فان التساؤل يثار عن كيفية استيفاء هذه الشكلية في اتفاق التحكيم الالكتروني؟

فالتحكيم الالكتروني يخضع الى الاحكام التي تسري على التحكيم التقليدي لعدم وجود نصوص قانونية خاصة به، مما يعني وجوب توافر الشكل الذي يشترطه القانون في اتفاق التحكيم، سواء أكان هذا الشكل مطلوبا للانعقاد أم الاثبات.

للإجابة عن التساؤل السابق لا بد من تحديد مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني ثم دراسة القوة الثبوتية لهذه الكتابة.

أولا: تحديد مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني.

نتعرض أولا إلى التعريف الجديد للكتابة الذي جاء به القانون المدني ثم نتطرق ثانيا إلى خصائص هذا التعريف.

الفقرة الأولى: تعريف الكتابة

لقد أورد المشرع في المادة 323 مكرر من القانون المدني تعريفاً للكتابة بالنص على أنها: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها"¹.

فالمقصود بالكتابة في الشكل الإلكتروني حسب هذا النص²، ذلك التسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، المكتوبة على دعامة إلكترونية ومهما كانت طرق إرسالها، ومثال ذلك تلك المعلومات والبيانات التي تحتويها الأقراص الصلبة أو المرنة، أو تلك التي يتم كتابتها بواسطة الكمبيوتر وإرسالها أو نشرها على شبكة الأنترنت.

الملاحظ أن نص المادة 323 مكرر من القانون المدني، يعتبر أول نص عرف من خلاله المشرع الكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة، والتصرفات الإلكترونية بصفة خاصة، وذلك لتفادي الجدل الذي قد يثور حول الإعراف بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، كون الكتابة بمفهومها "التقليدي" كان مرتبطاً بشكل وثيق بالدعامة المادية أو الورقة، إلى درجة عدم إمكانية الفصل بينهما، وبالتالي لم يكن القانون يعترف

1- استعمل المشرع في تعريف الكتابة عبارة "أيا كانت الوسيلة التي تتضمنها" والصحيح هو "أيا كانت الدعامة التي تتضمنها" حسب الترجمة الفرنسية للنص: "...quels que soient leur support..."

2- واستعمل المشرع أيضاً مصطلح الكتابة في الشكل الإلكتروني وليس الكتابة الإلكترونية، كون شكل الكتابة هو الذي تغير وليس طبيعتها.

في هذا الشأن يقول الأستاذ Eric Caprioli :

" Nous préférons également l'expression écrit sous forme électronique à celle d'écrit électronique car ce ne sont que les formes de l'écrit qui changent et non sa nature, s'il peut exister plusieurs formes de preuve littérale, les écrits, à condition qu'ils remplissent les exigences fixées par le législateur sont de même nature et d'une force probante équivalente".

Voir Eric Caprioli, le juge et la preuve électronique, réflexion sur le projet de loi portant adaptation de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique,

www.caprioli-avocats.com.

بالكتابة المدونة على دعامة إلكترونية إفتراضية، والتي لا تترك أثرا ماديا مدونا له نفس الأثر المكتوب على الورق في الإثبات.

الفقرة الثانية: خصائص التعريف الجديد للكتابة.

إن مفهوم الكتابة الذي جاءت به المادة 323 مكرر قابل للتوسع، ذلك أن صياغتها بالنص على أنه "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها" يفهم منه أن المشرع يعتد لإثبات التصرفات القانونية بأية دعامة كانت عليها الكتابة سواء كانت على الورق أو على القرص المضغوط أو على القرص المرن، ويتسع المفهوم إلى كل الدعائم التي يمكن أن تفرز عنها التطورات التكنولوجية في المستقبل، وهذا المبدأ الذي أخذ به المشرع الجزائري في عدم التفرقة بين الدعائم الإلكترونية سماه الفقيه Caprioli بـ: « Principe de neutralité technique et de non discrimination à l'encontre d'un support ou d'un média »¹.

ويعتد المشرع أيضا في مفهوم الكتابة بأية وسيلة من وسائل نقلها، فيشمل بذلك تعريف الكتابة في الشكل الإلكتروني التي تكون منقولة عن طريق اليد، والتي تكون منقولة على شبكات الإتصال المختلفة.

إشترط المشرع أن تكون هذه الكتابة مفهومة *signification intelligible* وبالتالي يجب أن تكون هذه الأحرف أو الأشكال أو الإشارات أو الرموز أو الأرقام لها دلالة قابلة للإدراك وللقراءة، والمقصود بذلك أنه لو كان هذا التابع للعلامات أو الرموز، وبمعنى آخر هذا المحتوى المعلوماتي للكتابة المعبر عنها في الشكل الإلكتروني مشفرا بحيث لا يمكن إدراك معانيته من قبل الإنسان بل من قبل الحاسوب فقط فإن هذه الكتابة لا تصح لتكون دليل إثبات، لأنه لا يمكن للقاضي إدراك محتواها في حالة النزاع².

1 - وهو نفس المبدأ الذي كرسه قانون الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية CNUDCI في مادته 09 ، والقانون المدني الفرنسي في مادته 1316.

Eric Caprioli ، المرجع، السابق.

2- Eric Caprioli ، المرجع، السابق.

من خلال هذه الخصائص يتضح أن هذا المفهوم الجديد للكتابة كما يقول الأستاذ كمال العياري "أدخلت مسحة من التطور على مفهوم الكتابة مما آل إلى التخلي عن التعريف التقليدي المرتكز على المفهوم الورقي والمادي، فالإعتراف بالكتابة في الشكل الإلكتروني قد أدى في الحقيقة إلى تقويض ثنائية المحتوى والوعاء (contenu-support)، التي كانت تشكل إحدى أهم خصائص الكتابة التقليدية، ولكن الفصل بين مضمون الكتابة والشكل الذي ترد فيه يثير مسألة الثقة في هذا النوع من الكتابة، ويصيب قيمتها القانونية بالنقصان"¹، فالكتابة في الشكل الإلكتروني على خلاف الكتابة التقليدية معرضة للتبديل وللتحويل اللاحق مما يمس قوتها الثبوتية، الشيء الذي جعل المشرع يحيطها بعدة ضمانات نتطرق إليها ضمن الفرع الثاني المخصص للقوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني.

ثانياً: القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني.

نصت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

لقد أسس المشرع من خلال هذا النص مبدأ التعادل الوظيفي L'équivalent fonctionnel²، بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الدعامة الورقية.

غير أنه لم يأخذ به على إطلاقه بل قيده بشرتين هما:

- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي صدرت عنه هذه الكتابة.

1 - القاضي، كمال العياري، التطور العلمي وقانون الإثبات، ورقة عمل مقدمة في الندوة العالمية حول الإثبات باستعمال وسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة، بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، 6-8 يناير 2003، بيروت، لبنان.

2- وهو نفس المبدأ الذي كرسه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في المادة السادسة منه التي تنص: "عندما يشترط أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً"

أنظر المادة 1-1316 من القانون المدني الفرنسي التي تقابل المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، والمادة 7 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الأردني.

- أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

وفي هذا الفرع سنتناول بالدراسة المبدأ الذي جاء به المشرع الجزائري ضمن الفقرة الأولى، والشروط المقيدة له في الفقرة الثانية؛

الفقرة الأولى: مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق.

لقد اعترفت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني بالكتابة الإلكترونية في إثبات التصرفات والعقود من جهة، وجعلتها معادلة في حجيتها للوثيقة المخطوطة على دعامة ورقية، أي لهما نفس الأثر والفعالية من حيث حجبية وصحة الإثبات، لكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد حول نوع الكتابة التي يمكن أن تعادل في حجيتها الكتابة في الشكل الإلكتروني؟ وبمعنى آخر هل يمكن إثبات التصرفات والعقود التي يتطلب القانون في إثباتها الكتابة الرسمية بالكتابة في الشكل الإلكتروني؟.

إن موقع المادة 323 مكرر من القانون المدني المقابلة لنص المادة 1-1316 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بتعريف الكتابة الواردة ضمن الباب المخصص بإثبات الإلتزام وتحديدا في الفصل الأول الخاص بالإثبات بالكتابة قد أثار جدلا فقهيًا، خاصة في فرنسا عما إذا كانت الكتابة في صورتها الحديثة في الشكل الإلكتروني، تعادل في حجيتها الكتابة الرسمية، وبالتالي يمكن من خلالها إثبات عكس التصرفات والعقود المثبتة بكتابة رسمية.

فقد انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى فريقين، ذهب جانب منه في تفسير أحكام هذه المادة إلى أن نطاقها يتسع ليشمل الكتابة التي تكون في الشكل الرسمي، نظرا لعمومية تعريف الكتابة الواردة بنص المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي، المقابلة للمادة 323 مكرر من القانون المدني، وموقعها ضمن قواعد الإثبات في مقدمة الفصل الخاص بالإثبات بالكتابة من جهة أخرى، وبالتالي بإمكانها معادلة الكتابة الرسمية في الإثبات¹.

1- د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 107.

بينما ذهب الفريق الثاني للقول بأن هذا التدخل التشريعي يجب أن يحصر مجال إعماله في العقود العرفية، وبالتالي فإن الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني لا يمكن لها أن تكون إلا عرفية، كون المشرع أراد حماية رضا المتعاقدين لما اشترط إثبات بعض العقود بالكتابة الرسمية التي يشترط لصحتها حضور الضابط العمومي وتوقيعها، وهذا الأخير هو الذي يمنحها رسميتها، والذي لا يمكن حضوره إذا ما تعلق الأمر بالكتابة في الشكل الإلكتروني¹.

وإننا نميل إلى الرأي الثاني في عدم قابلية إثبات التصرفات والعقود التي يشترط فيها المشرع لإثباتها الكتابة الرسمية، كون المادة 324 من القانون المدني تشترط حضور الضابط العمومي والحضور المادي لأطراف العقد أمامه لصحته²، ويقول في هذا الشأن الأستاذ العياري "في الحقيقة يعود هذا الإحتراز إلى أن المشرع مازال محتفظا ببعض الخشية إزاء هذه المعاملات ولا يروم ضمن منظومة لم تستكمل بعد فترة التجربة"³، وتطبيقا لذلك فإن الأحكام المتعلقة بالكتابة العرفية هي التي تطبق على الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني، لذا يمكن إثبات العقود والتصرفات القانونية التي تفوق قيمتها مائة ألف دينار بالكتابة المبرمة في الشكل الإلكتروني، تطبيقا لنص المادة 333 من القانون المدني من جهة، ولا يمكن معارضة الكتابة في الشكل الإلكتروني بشهادة الشهود تطبيقا من جهة أخرى، غير أن اليمين الحاسمة قد تقوض الدليل الثابت بالكتابة في الشكل العرفي.

الفقرة الثانية: شروط قبول الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات.

وضع المشرع شرطين لقبول الكتابة في الشكل الإلكتروني للإثبات، وهما، امكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها،

1 - Eric Caprioli, Op cit.

2- وقد حسم الأمر في فرنسا في ما يخص هذه الاشكالية بصدر المرسومين الذين يسمحان بإبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية في الشكل الإلكتروني

Décret n° 2005-972 modifiant le décret n° 56-222 relatif au statut des huissiers de justice.

Décret n° 2005-973 modifiant le décret n° 71-941 relatif aux actes établis par les notaires.

Marlene Trezeguet, Op cit.

3 - القاضي، كمال العياري، المرجع السابق.

وسبب وضع المشرع لهذين الشرطين¹، يرجع الى طبيعة المحيط الذي تتم فيه المعاملات الإلكترونية كونه محيط إفتراضي وليس محسوس *virtuel et dématérialisé*، مما يفرض عوائق ناتجة عن طبيعة المحيط نفسه وهي:

- صعوبة التعرف على هوية الطرف الآخر في العلاقات العقدية.
 - اصطدام استخراج الكتابة في الشكل الإلكتروني من ذاكرة الحامل ببعض العوائق التقنية.
 - امكانية تعرض الكتابة الإلكترونية للتغيير من دون أن يترك هذا التبديل أثرا محسوسا.
- وسنتطرق للشرطين المذكورين أعلاه فيما يلي:

أولاً: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها.

إن التعاقد الإلكتروني، لاسيما الذي يتم عن طريق الانترنت يثير مسألة هامة تتعلق بإمكانية تأكد المتعاقد من هوية المتعاقد معه، أي توثقه من أن الشخص الذي يخاطبه هو فعلا ذلك الذي قدم له اسمه وعنوان بريده الإلكتروني، وغير ذلك من المعلومات، وقد يمتد هذا الإشكال في حالة المنازعة حول حجية هذا العقد، فما الذي يضمن للقاضي أن الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص أو ذلك، وتعد هذه الإشكاليات من بين أهم الإشكاليات التي تواجه العقود الإلكترونية.

في هذا المجال حاول المختصين إيجاد بعض الحلول التقنية لهذه الإشكالية باستعمال وسائل تعريف الشخصية عبر كلمة السر أو الأرقام السرية، وكذا وسائل التشفير أو ما يعرف بوسيلة المفتاح العام والمفتاح الخاص، ووسائل التعريف البيولوجية للمستخدم، كبصمات الأصابع المنقولة رقمياً أو تناظرياً وسمات الصوت أو حركات العين أو غيرها.

وهي وسائل أريد منها ضمان تأكيد الإتصال من جهة وإثبات هوية الشخص الذي أصدر الوثيقة الإلكترونية من جهة أخرى، لكن تأكد بعد تجربتها أن لكل منها ثغرات أمنية ولذلك تعد غير كافية.

وهذا ما استدعى اللجوء إلى فكرة الشخص الوسيط بالعلاقة العقدية أو ما يسمى سلطات الموثوقية *Autorités de certification* أو *Prestataire de service de certification*

1 - وهو نفس المبدأ والشروط التي أخذت بها معظم التشريعات التي اعترفت صراحة بالإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني.

électronique وهي عبارة عن شركات ناشطة في ميدان خدمات التقنية تقدم شهادات تتضمن تأكيدا بأن الطلب أو الجواب قد صدر من الموقع المعني وتحدد تاريخ صدور الطلب أو الجواب، وحتى تضمن هذه الجهات تأكيد شخصية المخاطب، تستعمل تقنيات التعرف على الشخص بدءا بكلمة السر وانتهاء بتقنيات التشفير¹.

وقد أخذت معظم التشريعات التي اعترفت بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات بهذه الوسيلة للتأكد من هوية الشخص الذي صدر منه الإيجاب أو القبول، ومنها القانون الفرنسي الذي أنشأ ما يسمى بهيئة خدمات التصديق prestataire de service de certification، وكذلك القانون التونسي الذي أنشأ ما يسمى بجهات المصادقة وسماها الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية².

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، نجده لم يحدد إلى يومنا هذا كيفية تطبيق هذا الشرط المقرر بالمادة 323 مكرر من القانون المدني المتعلق بكيفية التأكد من هوية الشخص الذي صدرت منه الكتابة في الشكل الإلكتروني أو الوثيقة الإلكترونية، وفي انتظار صدور المرسوم التنفيذي الذي يحدد كيفية تطبيق هذه المادة، فإن تطبيقها يبقى معلقا، كونه يصعب على القاضي التثبت من هوية من صدرت عنه الكتابة، لذا يبقى إنشاء مثل هذه الهيئات أفضل حل لهذا المشكل في الوقت الحاضر³.

ثانيا: أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

1 - يونس عرب، حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية www.arablaw.org

2- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، 128 وما يليها.

Décret n° 2001-272 du 30 Mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, JO n° 77 du 31 Mars 2001 page 2070. www.journal-officiel.gouv.fr.

المادة 08 وما بعدها من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي www.journal-officiel.gouv.fr.

3- رغم ما يمكن أن يعزري ذلك من نقائص، فإذا تمكن الشخص من سرقة المفتاح السري الخاص بشخص آخر فإنه يستطيع سرقة هويته فينتحل شخصيته في إبرام العقود، فتكون الكتابة أو الوثيقة الإلكترونية المحتج بها أمام القضاء صادرة باسم صاحب المفتاح، ولذلك يرى الأستاذ Caprioli، بأن مصطلح identification de la personne dont l'écrit émane الوارد في المادة 1316-2 من القانون المدني الفرنسي المقابلة للمادة 323 مكرر 1 من القانون المدني يقصد بها في الحقيقة

l'imputabilité à l'auteur لمزيد من التفصيل راجع: Eric Caprioli, Op cit

مع تطور التقنيات الإلكترونية وتحركها المستمر أصبح من الصعب ضمان الوجود المستمر للوسائط الإلكترونية اللازمة لقراءة السند الإلكتروني المنظم منذ مدة وفقا لتقنيات قديمة، كما أن السندات الإلكترونية هي عمليا معرضة للتلف بعد مدة، حتى ولو حفظت في شروط ملائمة وهنا وجه الاختلاف بين السند المادي والسند الإلكتروني، فالأول يمكن إعادة إنشاؤه من الأصل عند تغييب الورقة، بينما التغييب يمحي السند الإلكتروني كلياً، فمشكلة الحفظ تساوى فيها السند الإلكتروني والسند الرسمي، ولذلك أوجب المشرع ضرورة حفظ الوثيقة الإلكترونية من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد الذين يتعاملون بها أو من كان لهم حقوق ثابتة بها.

ويمكن حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني، ويسمى الوسيط أيضاً، وهو وسيلة قابلة لتخزين وحفظ واسترجاع المعلومات بطريقة إلكترونية كأن تحفظ في ذاكرة الحاسب الآلي نفسه في أسطواناته الصلبة Disques Durs أو على الموقع في شبكة الأنترنت أو على شبكة داخلية تخص صاحب الشأن، وقد تتمثل في قرص مدمج CD-ROM أو قرص مرن Disquette informatique، أو قرص فيديو رقمي DVD.

وفي كل الأحوال يجب أن يكون الحامل الإلكتروني من الوسائط المتاحة حالياً أو التي يكشف عنها العلم مستقبلاً، فنص المادة 323 مكرر يحتمل توسيع مجال الدعائم الإلكترونية ووسائط جديدة تعد بمثابة الحامل الإلكتروني، كما سبقت الإشارة إلى ذلك عند تعريف الكتابة في الشكل الإلكتروني.

ويتعين حسب الفقه أن يتوافر في الحامل الإلكتروني الذي تحفظ عليه الوثيقة الإلكترونية خصائص معينة تتعلق بهذه الرسالة أو الوثيقة وهي:

- إمكانية الإطلاع على الوثيقة الإلكترونية طيلة مدة صلاحيتها وذلك أن هذه الوثيقة تماماً كالوثيقة المكتوبة، لها فترة صلاحية، وطالما فقدت هذه الصلاحية يكون من المتعذر استرجاع

البيانات المدونة بها والإستفادة منها، وهذا ما يقتضي أن يكون للحامل صفة القابلية للاستمرار
support durable¹.

- حفظ الوثيقة الإلكترونية في شكلها النهائي طوال مدة صلاحيتها، بحيث يمكن الرجوع دائما لهذا الشكل النهائي عند الحاجة إليها.

- يتعين كذلك حفظ المعلومات المتعلقة بالجهة التي صدرت عنها الوثيقة الإلكترونية سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، وكذلك الجهة المرسله إليها.

- حفظ المعلومات المتعلقة بتاريخ ومكان إرسال الوثيقة واستقبالها، وذلك لأن هذه المعلومات ترتب آثارا قانونية في حق طرفي الرسالة أو الوثيقة متى تعلقت بعقد من العقود الإلكترونية، إذ يمكن عن طريق هذه البيانات تحديد مكان وزمان انعقاد العقد، وما إذا كان طرفا العقد قد جمعهما مجلس عقد واحد أم لا، والتوصل إلى معلومات تتعلق بسداد الثمن أو الأجرة وكيفية ذلك ومكانه، ولاشك أن كل هذه الأمور من العناصر الجوهرية في التعاقد بالطريق الإلكتروني، لأن الهدف النهائي هو الحفاظ على حقوق الأطراف وحقوق كل من له علاقة بهذه الوثيقة.

وفي القانون المقارن نلاحظ أن المشرع التونسي قد فرض التزامات إضافية تتعلق بحفظ الوثيقة الإلكترونية وهي:

- التزام المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في ذات الشكل الذي أرسلها به، حتى تكون حجة عليه متى تعلق حق للغير بهذه الوثيقة، فإذا ادعى خلاف ذلك، كانت الصورة المسلمة إليه، حجة عليه وحجة للطرف الآخر الذي يتمسك ضده بهذه الوثيقة الإلكترونية².

1- لذلك فقد استثنى التوجيه الأوروبي رقم 97-07 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد مواقع الانترنت من الدعامات القابلة للاستمرار كونها دعامة تقتصر إلى هذه الخاصية فيما عدا تلك التي تستجيب للمعايير المبينة بشأن تعريف الدعامة التي لها قابلية للاستمرار وهو التعريف الذي جاءت به المادة 02 من هذا التوجيه بقولها " كل أداة تسمح للمستهلك بتخزين المعلومات التي توجه إليه شخصيا على نحو يمكن معه الرجوع إليها بسهولة مستقبلا خلال فترة زمنية تتلاءم مع الأغراض التي من أجلها تم توجيه هذه المعلومات ، وتسمح بإعادة نسخ هذه المعلومات نسخة مطابقة لتلك التي تم تخزينها.

د/ محمد حسن قاسم ، مرجع سابق، ص 48،49 .

2 - د/ عبد الفتاح بيومي حجازي ، مرجع السابق ص 149.

ونشير في الأخير إلى أن تخزين أدلة الإثبات في الآلات و عبر المواقع المؤقتة التي يمكن أن لا تتمتع بصفة الدوام والاستقرار جعل الفقيه Caprioli يقترح إنشاء جهات ثالثة تضمن سلامة الوثائق الالكترونية من التبيد والتحريف أو يسمى بـ "Tiers Archiveur أو Service d'archivage"، فتخزين المعلومات في الكمبيوتر الخاص بأحد المتعاقدين يمكن أن يعرضها للتبديل أو التحريف كون هذا الجهاز يخضع لإرادة وإشراف وتوجيهات مستعمله، وإذا كان هذا الكمبيوتر يؤدي مهمته تنفيذاً للتعليمات ولإيعاز الشخص الذي يخزنها فإنه يقال بأن هذه المعلومات التي سوف تقدم كدليل إثبات يمكن أن تكون من صنع هذا المستعمل، فهي إذن صادرة عنه وبالتالي لا يجوز له أن يحتج بها كدليل إثبات، تطبيقاً لمبدأ عدم جواز إصطناع الشخص دليلاً لنفسه، ومن هنا تظهر القيمة القانونية لوجود الوسيط لحفظ هذه الوثائق¹.

الفقرة الثالثة: التنازع بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق في الإثبات

لم تكن تثار مسألة تنازع أدلة الإثبات قبل تعديل القانون المدني بموجب الأمر 05-10، الذي اعترف بموجبه المشرع بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني في إثبات العقود والتصرفات القانونية التي توازي في قيمتها القانونية حجية الكتابة الورقية، وذلك لسبب بسيط هو أن قانون الإثبات لم يكن يعترف قبل هذا التاريخ إلا بالكتابة التي تكون على دعامة ورقية أو مادية، كما أشرنا إليه أعلاه.

1- وأكد القانون النموذجي للتجارة الالكترونية CNUDCI في مادته 03 امكانية اللجوء الى شخص ثالث كوسيلة لإضفاء الجدية على الوثيقة الالكترونية، إلا أنه أشار الى بعض الشروط التي يجب توافرها عند حفظ الوثيقة الالكترونية وهي:- تيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح الجوع اليها لاحقاً
- الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن اثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت.- الاحتفاظ بالمعلومات، ان وجدت، التي تمكن من استبانة رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت استلامها ووصولها. Eric Caprioli, Op cit. وكذلك، د/ سامي بديع منصور، الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني معاناة قاض، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2004، ص343.

وبالتالي لم يكن من الممكن تصور حدوث تنازع بين أدلة الإثبات الكتابية فيما بينها، فكل منها قوتها الثبوتية ودرجتها المحددة قانوناً، فكانت المحررات الرسمية الأقوى ثم الكتابة العرفية المعدة للإثبات فالمحررات العرفية غير المعدة للإثبات.

لكن ويظهر الوسائط التقنية الجديدة التي تختلف في طبيعتها عن الوثائق الكتابية، وتوازيها في نفس الوقت في قوتها الثبوتية أصبح من الممكن حدوث التنازع فيما بينها، وبات الأمر ضرورياً بالنسبة للمشرع الفصل في هذا التنازع، فلو وقع نزاع حول تنفيذ عقد أو تصرف قانوني ما سواء كان مبرماً بطريقة تقليدية وتمسك أحد الأطراف بالوثيقة الورقية بينما تمسك الآخر بالوثيقة الإلكترونية المعدة للإثبات، فأى الدليلين يرجح القاضي؟

لم يتطرق المشرع لمسألة تنازع أدلة الإثبات عندما قام بتعديل القانون المدني وأدخل الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات، وهذا عكس القانون الفرنسي الذي عالج هذه النقطة بمناسبة تعديله للقانون المدني بموجب القانون 230-2000 المؤرخ في 13 مارس 2000 المتعلق بإصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكتروني، وتحديدًا في المادة 1316-2 التي تنص على أنه: "عندما لا ينص القانون على قواعد مخالفة أو عندما لا يكون هناك اتفاق متكافئ في إثبات الإلتزامات والحقوق بين الأطراف يبت القاضي في النزاعات القائمة حول الإثبات بالكتابة عبر تحديد السند الأكثر مصداقية، أي كانت دعامته، وذلك عن طريق استخدام كافة الطرق المتوفرة لديه"¹.

وما يمكن ملاحظته حول هذا الحل التشريعي الذي اعتمده المشرع الفرنسي أنه:

- أعطى للقاضي سلطتين، الأولى صلاحية البت بالنزاعات القائمة حول وسائل الإثبات وتحديد السند الأكثر مصداقية، والثانية هي سلطة تقديرية واسعة في عملية التحديد، فهو الذي يرجح واسطة إثبات دون أخرى، بمعزل عن الدعامة ورقية كانت أو إلكترونية، وذلك باستخدام الطرق المتوفرة لديه².

1 - L'article 1316-2 stipule que. "Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérales en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable quel qu'en soit le support".

2 - Eric Caprioli, Op cit.

- إمكانية وضع اتفاقات بين المتعاقدين تخالف قواعد الإثبات الموجهة للقاضي، وبالتالي الاعتراف بأن هذه القواعد يمكن الإتفاق على خلافها¹.

وهذه القواعد التي جاء بها القانون الفرنسي يمكن الإستعانة بها في الجزائر كونها لا تخرج عن القواعد العامة المتعلقة بالإثبات، فالقاضي الجزائري في غياب النص الذي يفصل في تنازع أدلة الإثبات بإمكانه استعمال سلطته التقديرية لترجيح أحد الأدلة على غيرها، كما في حالة ما إذا عرض عليه محرران عرفيان ورقيان، إلا إذا اتفق طرفا العقد على ترجيح إحدى الوثائق على الأخرى، كأن يتفقا على ترجيح وثيقة إلكترونية على الوثيقة الخطية، وهذا الإتفاق جائز لأن قواعد الإثبات الموضوعية ليست من النظام محرران عرفيان ورقيان، إلا إذا اتفق طرفا العقد على ترجيح إحدى الوثائق على الأخرى، كأن يتفقا على ترجيح وثيقة إلكترونية على الوثيقة الخطية، وهذا الإتفاق جائز لأن قواعد الإثبات الموضوعية ليست من النظام العام²، وفي هذا يقول الأستاذ يحي بكوش: " تبقى القواعد الموضوعية الخاصة بالإثبات التي تمس بالحقوق الخاصة خاضعة لإرادة الخصوم يتصرفون فيها طبقا لرغباتهم"³.

وفي واقع الأمر فإنه يصعب على القاضي ترجيح الوثيقة الإلكترونية على الوثيقة الورقية لسببين:

أولهما نفسي، فالقاضي الذي تعود على الوسائل الورقية والتوقيع باليد في إثبات العقود والتصرفات، سيكون منحازا عفويا إلى الوسيلة التي تعودها، فيكون في الأمر قرينة هي ترجيح المستند الورقي حتى إثبات العكس، وقد يصعب أخذ القاضي به للسبب نفسه.

1 - د/ سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 360 وما بعدها.

2 - يوجد في الحقيقة إتجاهان، يرى أحدهما أن قواعد الإثبات الموضوعية من النظام العام، وبالتالي يمنع كل اتفاق يحصل بين المتخاصمين حولها، كونها مرتبطة بوظيفة الدولة وإقامة العدالة، في حين يفرق الإتجاه الثاني، بين قواعد الإثبات الموضوعية وبين الإجراءات الخاصة بالإثبات، فيجيزون اتفاقات حول الأولى، باعتبارها حقوق ترجع إلى الخصوم، وأن من حقهم التنازل عنها، ومن جهة أخرى يمنعون الإتفاق حول الثانية ويصنفونها ضمن قواعد النظام العام ولذلك يمنعون الإتفاق على إجراءات الإثبات وعلى شروط قبول قواعد الإثبات، والشكليات المقررة في ذلك، وقيمة تلك القواعد والحجج التي ينبغي أن تعطى لها راجع، أ/ يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، ص 52 وما يليها.

3 - راجع، أ/ يحي بكوش، المرجع السابق، ص 53.

ثانيتها واقعي، هو أن معرفة القاضي متصلة بالقانون وليس بالآلة أو بالتقنية، وهي متميزة وفي غاية الدقة في هذا المجال المتطور، مما سيلغي واقع التوازن الوظيفي بين الوسائل الإلكترونية والتقليدية في الإثبات، التي أقرها المشرع في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني¹.

1- د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 367.

وأنظر أيضا في نفس المجال Eric Caprioli, Op Cit.

الفصل الثاني

اثر اتفاق التحكيم

الالكتروني

يعتبر اتفاق التحكيم صحيحاً متى توافرت أركانه، والشروط التي تطلبها القانون لإبرام التصرفات القانونية، ويتحقق هذه الأركان والشروط في اتفاق التحكيم، فإنه يترتب أثره القانونية، حيث يحجب قضاء الدولة عن الفصل في موضوع النزاع بين الطرفين، ويخول سلطة الفصل إلى المحكمين، ويترتب آثار موضوعية تتمثل في اكتساب اتفاق التحكيم لقوة ملزمة توجب عرض النزاع على التحكيم، ولا يملك أحد أطراف الاتفاق التخلي عنه أو أن يعطله بإرادته المنفردة، وإلا جاز للطرف الآخر رفع دعوى ضده لتنفيذه اتفاق التحكيم، كما اعترفت معظم تشريعات التحكيم بمبدأ استقلال التحكيم، ويترتب اتفاق التحكيم كذلك آثار إجرائية وهي الأثر المانع والذي بمقتضاه تمتنع محاكم الدولة من نظر أي نزاع يوجد بخصوصه اتفاق تحكيم، والآثار الإجرائية الأخرى هو مبدأ الاختصاص بالاختصاص، أي تحويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه، وسوف نتناول الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم في المبحث الأول ونخصص المبحث الثاني لشرح الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم.

المبحث الأول

الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم

سوف نتعرض في المطلب الأول القوة الملزمة لاتفاق التحكيم وبيان نطاقها ثم نستعرض في الثاني استقلال اتفاق التحكيم على التفصيل التالي.

المطلب الأول

القوة الملزمة

الفرع الأول: مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

لا تختلف القوة الملزمة لاتفاق التحكيم باعتباره عقدا عن القوة الملزمة للعقود عموما، ولما كان الأثر الجوهري لذلك الاتفاق هو التزام طرفيه بطرح النزاع على التحكيم والامتناع عن اللجوء إلى قضاء الدولة، فإن مقتضى القوة الملزمة لاتفاق التحكيم أن هناك التزام بنتيجة يقع على عاتق طرفي الاتفاق، هو ضرورة قيام منهما بالمساهمة في اتخاذ إجراءات التحكيم والامتناع عن عرض النزاع على قضاء الدولة، فإذا خالف أحد الأطراف ذلك فإنه يكون قد أخل بمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

فلا يمكن لأحد طرفي الاتفاق التنصل منه بإرادته المنفردة أو ينقصه أو يعدله وإن سعى إلى ذلك أمكن للطرف الآخر إجباره على تنفيذ التزاماته وتعين محكمه وبدء إجراءات التحكيم، فإن امتنع لجأ الطرف الآخر إلى المحكمة أو إلى سلطة التعيين المختصة للقيام بتلك الإجراءات، ويقوم عمل تلك المحكمة أو السلطة مقام عمل الخصم المتقاعس وهذا هو مقتضى التنفيذ العيني للالتزام الناشئ عن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم¹، وقد قنن مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم في المادة (25) لاتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين دولة متعاقدة، إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بطريق التحكيم أو بأي طريق آخر، فإنه لا يحق لأي من الطرفين أن يسحب هذه الموافقة دون قبول من الطرف الآخر، و على ذلك فإن اتفاق التحكيم الذي أبرم صحيحا يلزم طرفيه ولا يجوز لهما الانسحاب منه انفراديا إلا باتفاقهما معا وإنهاء إجراءات التحكيم قبل صدور الحكم.

1- احمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 11.

فالقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو الذي يختص بتحديد مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم وجزاء الإخلال بها، حيث أنه يحدد الجزاء أو الأثر المترتب على تقاعس أحد طرفي الاتفاق عن تنفيذ التزامه ببدء إجراءات التحكيم، ومحاولة الإفلات من ذلك الالتزام وتحديد كيفية تنفيذه، وقد استقر الفقه على أن التنفيذ العيني هو الوسيلة الوحيدة المقبولة في هذا الشأن وهنا يجب أن ينفذ الطرف المتقاعس التزامه اختياراً وإلا يتم اللجوء إلى القضاء لإجباره على ذلك، كما قد يحكم بتعويض للطرف الآخر في اتفاق التحكيم عما لحقه من ضرر نتيجة إخلال الطرف الأول بالتزامه الناشئ عن اتفاق التحكيم¹.

وقد عالج المشرع المصري جزاء الإخلال بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم في المادة (17) منه حيث أوصد الباب في وجه من يحاول إهدار قيمة اتفاق التحكيم بتهريه من بدء الإجراءات أو المساهمة في تشكيل هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد توالت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين، وتتص المادة (1/9) يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى في مصر أو في الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر.

وتظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم.

إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكماً خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر.

1- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص74.

أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين اخر هما تولت المحكمة المشار اليها في المادة 9 من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي اختارته المحكمة، رئاسة هيئة التحكيم، وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم.

وقد جعل المشرع المصري القرار الذي تصدره المحكمة في هذه المسائل قرارا نهائيا غير قابل للطعن فيه بأي طريق.

أما المشرع الجزائري فقد تعرض كذلك للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم في التحكيم الداخلي حيث نص في المادة 1009 من ق. إ.م. إ. على أنه: " إذا اعترضت صعوبة، بتشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه"¹.

وبالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فقد عالج المشرع الجزائري كذلك هذه المسألة من خلال ما تضمنته المادة 1041 في فقرتها الثانية حيث نصت على أنه: "في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يلي:

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكم التي يقع في دائرة اختصاصها، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر"².

1- المادة 1009 من ق إ م إ، المرجع السابق.

2- المادة 1041 من ق إ م إ، المرجع السابق.

الفرع الثاني: نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

أ- نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم من حيث الأشخاص

تفيد المبادئ العامة في نظرية العقد أن العقد لا يقيد غير أطرافه، ولا ينتج التزامات أو حقوق إلا في مواجهتهم، دون أن ينتقل إلى غيرهم، حيث أن مبدأ نسبية الاتفاقات يؤدي إلى القول بأن اثار اتفاق التحكيم لا تمتد إلى أشخاص لم يوقعوا على الاتفاق سواء بأنفسهم أو عن طريق ممثل لهم، بيد أنه من امقبول انتقال هذا الأثر إلى غير هؤلاء، فهو ينتقل إلى الخلف العام أو الخلف الخاص، والسال الذي طرح نفسه، هل يمتد التحكيم للغير؟¹

لاشك أن الطابع العقدي للتحكيم يحول دون ذلك، ولكن لا يعتبر غيرا الشريك أو المدين المتضامن، فلو تعدد الشركاء أو المدينون المتضامنون وأبرم أحدهم عقدا، أو تضمن عقد القرض في حالة المدينين المتضامين شرط التحكيم، فإن الشرط يمتد أثره للجميع، أي يستطيع كل منهم التمسك باتفاق التحكيم، كما يستطيع الطرف الاخر الاحتجاج بهذا الاتفاق في مواجهة أي منهم².

ويسري هذا في حالة شركات الأشخاص، حيث لا تحجب الشخصية المعنوية أشخاص الشركاء حبا كاملا، ويسري من باب أولى في المحاصة، حيث لا توجد أصلا شخصية معنوية، فإذا أبرم أحد المحاصيين عقد تضمن شرط التحكيم، فإن لشركائه التمسك بالشرط، وللطرف الاخر في هذا العقد الاحتجاج بالشرط على الجميع، وذلك إذا كانت إدارة المحاصة جماعية تستلزم حضور الجميع، ويتضح في كثير من الحالات أن تحديد الأطراف الذين يملكون التمسك باتفاق التحكيم، وإمكانية الاحتجاج عليهم به تتوقف على الفحص الدقيق للعقد والملابسات المحيطة به، خاصة وأن الأمر في العقود الدولية يؤدي في العديد من الحالات إلى

1- د/خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص76.

2- د/سامية راشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، 1984، ص237.

استعانة الأطراف الأصليين بمقاولين من الباطن أو بشركات يتم تأسيسها أو إنشاء فروع مشتركة لمباشرة تنفيذ العقد أو العقود المتتابعة التي قد يتم إبرامها، أو حالة تجديد العقود بتغيير الدائن أو المدين أو محل الالتزام، ففي كافة هذه الصور يمتد شرط التحكيم ويتسع نطاقه ليصبح كالمظلة التي تحيط بالعلاقات التي تنشأ تحت الاتفاق الأصلي ويتسع بذلك مفهوم الأطراف.

ب- نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم من حيث الموضوع

الأصل أن اتفاق التحكيم في القانون الداخلي يفصل تفصيلاً ضيقاً وفي الحدود التي تحقق الغرض منه، لأنه طريق استثنائي لفض المنازعات يؤدي إلى حرمان أطرافه من قاضيهم الطبيعي، وعلى ذلك إذا ورد اتفاق التحكيم على المنازعات الخاصة لتفسير عقد معين فلا تمتد سلطات هيئة التحكيم إلى المنازعات المتصلة لتنفيذه¹، إذا لا يفترض امتداد اتفاق التحكيم إلى مسائل لم يقصدها المحكّمون.²

غير أنه في مجال التحكيم التجاري الدولي يبدو الأمر على خلاف ذلك، فالحرص على زيادة فعالية اتفاق التحكيم قد دعا إلى الخروج على تلك المبادئ، فقد أضحى مقبولاً اعتماد تفسير موسع منطقي وفعال لاتفاق التحكيم.

كما قضى أحد أحكام التحكيم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأخرى في 25 سبتمبر 1984 فإن "اتفاق التحكيم كأى اتفاق آخر لا ينبغي أن يفسر بنحو ضيق ولا بنحو موسع أو بطريقة متحررة، وإنما يجب أن يفسر بطريقة تؤدي إلى الوصول إلى إحترام النية المشتركة للأطراف، وتلك المنهجية في التفسير ليست إلا تطبيق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهو المبدأ الأساسي المشترك بين كل نظم القانون الداخلي والقانون الدولي³.

1- حكم محكمة النقض المصرية 1976/01/16 مجموعة المكتب الفني، السنة 37 رقم 38.

2- لزهري بن سعيد. د. كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 86.

3- حكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الصادر في 25 سبتمبر 1983 في قضية AMCO، أنظر / أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 256، أنظر / لزهري بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق ص 69.

بناء على هذا المنهج في التفسير فإنه من المتصور أن يمتد اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه ممن تدخلوا في تنفيذ العقد المدرج به شرط التحكيم ،حيث يفترض علمهم بوجود ذلك الشرط.

المطلب الثاني

استقلال اتفاق التحكيم

الفرع الأول: استقلال اتفاق التحكيم

يبدو استقلال شرط التحكيم أمراً غير منطقي ، كما يتعارض مع المبادئ العامة التي تقضى بأن " الجزء يتبع الكل" وأن ما بني على باطل فهو باطل¹. وهذا ما ذهب إليه بالفعل القضاء² الانجليزي لرفض مبدأ استقلال شرط التحكيم وهو ما تأثرت به بعض الدول الانجلوساكسونية مثل استراليا وكندا والهند وباكستان. ثم بدا القضاء الانجليزي³ يتأثر بالاتجاه نحو الاستقلال الذي ظهر في الدول الأخرى، فبدأ يجرى بقاء شرط التحكيم ولو فسخ العقد الأصلي أو انقضى أو شابه بطلان نسبي أو نزاع حول تفسير إرادة أطرافه، بينما يأخذ شرط التحكيم حكم العقد الأصلي إذا لم يكن له وجود قانوني من الأصل، كما لو كان باطلاً بطلاناً مطلقاً، أو لم يكن قد انعقد من البداية. هذا وقد انتهى الأمر بأن أخذ القانون الانجليزي للتحكيم الصادر عام 1996 بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الذي يرد فيه فلا يتأثر بما قد يلحق به من بطلان. إذ تنص المادة السابعة من القانون على أنه: " لا يترتب على بطلان أو انعدام العقد بطلان شرط التحكيم الوارد في العقد.

1- د/أبراهيم أحمد إبراهيم-التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 2، 1997، ص79.

مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 49.

2- وقد ألغى القانون الفرنسي الصادر في 31 ديسمبر سنة 1925 التفرقة بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم. وإن أجازته في المسائل التجارية. حيث يذكر أنه" إذا كان العقد الأصلي غير صحيح يسقط شرط التحكيم الوارد في هذا العقد".

3- انظر تقرير steyn عن المملكة المتحدة، العدد الثاني من المرجع السابق، 1983.

فاستقلال الشرط التحكيم يعني أن ننظر إلى شرط التحكيم الوارد في عقد على أنه يعتبر عقدا قائماً بذاته، رغم أنه ليس إلا جزءاً من هذا العقد أو أحد بنوده.

وسيترتب على مبدأ الاستقلال تقرير الاستقلال القانوني لشرط التحكيم عن العقد الأصلي، بحيث يمكن إخضاع كلا منهما لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم الآخر، كما يترتب على ذلك ألا يؤثر بطلان أيا منهما على الآخر.¹

بل تساءل البعض عما إذا أمكن أن يترتب على استقلال شرط التحكيم فصل إجراءات التحكيم عن أي قانون وطني .

وقد أتى الخروج على القواعد العامة التي تجعل شرط التحكيم بدور وجوداً وعدمًا مع العقد الذي أورده، لتلبية اعتبارات التجارة الدولية.

إذ بذلت الكثير من الجهود الدولية لدعم شرط التحكيم، تشجيعاً لنظام التحكيم ككل منذ عهد عصبة الأمم، وتوجت هذه الجهود عام 1923 بتوقيع بروتوكول جنيف في شأن شرط التحكيم مما استتبع اتجاه الكثير من الدول إلى الاعتراف بشرط التحكيم وتسويته باتفاق التحكيم وبدأ يبرز الاتجاه إلى دعم شرط التحكيم على الصعيد الدولي في القضاء الفرنسي، فأصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً سنة 1930 وسنة 1931 ميزت فيهما في شأن شرط التحكيم بين المجالين الداخلي والدولي.

مقررة عدم ضرورة توافر الشروط التي يتطلبها القانون الفرنسي (م 1006 مرافعات) لصحة شرط التحكيم متى ورد في عقد متعلق بالتجارة الدولية.

وجاءت مراعاة ظروف التجارة الدولية لصالح شرط التحكيم أيضاً في قضية Gosset التي أبرزت فيها محكمة النقض الفرنسية سنة 1963 ميلها إلى تقرير استقلالية شرط التحكيم.²

فقد كان النزاع في هذه القضية يتعلق بمنازعة مستورد فرنسي في تنفيذ حكم تحكيم صدر في إيطاليا لصالح مصدر إيطالي وتمسك الفرنسي ببطلان عقد التوريد الذي اشتمل على شرط التحكيم ، لمخالفته قواعد الاستيراد المقررة في القانون الفرنسي، مما يستتبع بطلان شرط التحكيم الوارد في هذا العقد الباطل .

1- د/أبراهيم أحمد إبراهيم-المرجع السابق، ص79.

2- أنظر كذلك د/سامية راشد، التحكيم في العلاقات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 01، 1974، ص95 وما بعدها، كذلك: د/أبراهيم أحمد إبراهيم-المرجع السابق، ص91 .

فرفضت محكمة النقض هذا الدفع مقررة: " أن اتفاق التحكيم سواء ورد مستقلاً أو مندمجاً في تصرف قانوني له استقلال قانوني كامل، يستبعد تأثيره بما قد يطرأ على التصرف من بطلان، وذلك فيما عدا أي ظرف استثنائي ".¹

ويبدو أن إشارة الحكم إلى مراعاة الظروف الاستثنائية كان نتيجة لرغبة المحكمة في التحفظ، باعتبار أن استقلال شرط التحكيم يمثل القاعدة العامة، وهو ما لا يتعارض مع احتمال وجود حالات تتقرر فيها استثناءات على هذه القاعدة .

وقد استبعدت محكمة النقض الفرنسية سنة 1971 في قضايا IMPEX التحفظ المتعلق بالحالات الاستثنائية واكتفت بتقرير القاعدة التي سبق أن أقرتها المحكمة ومؤداها يتمتع اتفاق التحكيم في القانون الدولي الخاص باستقلال قانوني" وذلك لرفض ما تمسك به المصدر الفرنسي من بطلان شرط التحكيم الوارد في عقود التصدير لبطلانها بسبب عدم مشروعية السبب للغش.

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية دعمها لاستقلال شرط التحكيم على صعيد التحكيم الدولي في قضية Hecht سنة 1972 مقررة أن "لاتفاق التحكيم استقلال قانوني كامل في مسائل التحكيم الدولي".

ثم ردت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ لقانون التحكيم الدولي، باعتباره من القواعد الموضوعية لهذا القانون وذلك في الحكم الذي أصدرته عام 1993 في قضية Dalico¹ ومعنى هذا اتجاه القضاء الفرنسي إلى اعتبار مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي يطبق في مسائل التحكيم الدولي الخاص بغض النظر عن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم باعتباره من المبادئ العامة للتحكيم الدولي الخاص في رأى المحكمة.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية مبدأ استقلال شرط التحكيم في عدة أحكام تالية عام 2002، ومن ناحية أخرى فلقد عالج المشرع الفرنسي مسألة أثر بطلان شرط التحكيم على العقد الأصلي الذي يشتمل على الشرط مقرراً أن بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على العقد

1- نقض فرنسي في 1993/1/20، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، 1994، ص223، أشار إليه د/ مصطفى الجمال، أضواء على عقد التحكيم، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، المجلد الأول، العدد الأول، يوليو 1998.

الأصلي الذي تضمن شرط التحكيم، إذ نصت المادة 1426 من قانون المرافعات الفرنسي على أنه : " إذا كان شرط التحكيم باطلا، فإنه يعد غير مكتوب ".¹

وقد أخذت بعض الدول بمبدأ استقلال شرط التحكيم بنصوص صريحة في تشريعاتها، كما هو الأمر في التشريع الأسباني² الذي نص عليه صراحة في المادة الثامنة والتشريع السويسري الصادر سنة 1987³ الذي نص في الفقرة الثالثة من المادة 1748 منه على عدم جواز المنازعة في اتفاق التحكيم استناداً لعدم صحة العقد الأصلي .

كذلك الأمر في التشريع الجزائري الصادر سنة 1993⁴ الذي نص صراحة على مبدأ استقلال شرط التحكيم في الفقرة الأخيرة من المادة 458 مكرراً، كذلك الأمر في التشريع المصري الصادر سنة 1994 الذي نص صراحة على هذا المبدأ في المادة 23 .

وفي مصر كان قد ثار الخلاف في الفقه قبل صدور قانون التحكيم الحالي حول مدى استقلال شرط التحكيم في المعاملات الوطنية .

فبعد أن ذهب رأى⁵ إلى أنه: " في التحكيم يتلاقى البطلان الموضوعي والبطلان الإجرائي عن مخالفة واحدة ... ولا ينفى أنه يتعين أن تكون في الاعتبار التفرقة بين بطلان العقد المتضمن شرط التحكيم وبطلان اتفاق التحكيم عاد⁶ وقرر أن المحكم يستمد سلطانه وسلطته من العقد الذي تم الاتفاق فيه على التحكيم، فإذا كان هذا العقد محل خلاف بين الخصوم وحصل التمسك ببطلانه- أو فسخه فلا يجوز للمحكم نظر هذا الأمر أو ذاك، وهو ما يعنى عدم استقلال شرط التحكيم بل تبعيته للعقد الأصلي.

بينما ذهب اتجاه آخر⁷ إلى أنه: " رغم ورود شرط التحكيم في العقد الأصلي، فإنه يجب القول باستقلاله عن هذا العقد " .

1- قانون المرافعات الفرنسي، المادة 1426 .

2- وهو القانون الصادر سنة 1988 انظر نصوصه

3- لتشريع الفدرالي السويسري للقانون الدولي الخاص الصادر في 18 ديسمبر سنة 1987، انظر نصوص التشريع

4 - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 27 أبريل سنة 1993، ص 42 وفي موقف مختلف الدول من مبدأ استقلال شرط التحكيم.

5- د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، 1983، فقرة 6 ص 22.

6- د. أحمد أبو الوفاء، نفس المرجع، 1983، فقرة 13، ص 33

7- د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني 1980، ص 927 . ود. أبوزيد رضوان، المرجع السابق، ص 37.

وفي مجال المعاملات الدولية غلب الاتجاه¹ نحو استقلال شرط التحكيم. ونحن نؤيد² استقلال شرط التحكيم، وبقاؤه نافذاً بالرغم من بطلان الاتفاق الأصلي نظراً لأن حاجة الأطراف إلى التحكيم تزيد في حالة عدم صحة اتفاقهم أو وجود سبب من أسباب بطلانه. كما أن في تقرير استقلال شرط التحكيم ما يساعد الأطراف على الوصول إلى حل سريع لخلافاتهم.

وعندما صدر قانون التحكيم المصري الحالي، تضمن المادة 23 التي تنص على أن: " يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته " .³

وبذلك يكون المشرع قد اتخذ موقفاً واضحاً، أكد به تأييده لمبدأ استقلال شرط التحكيم، وعدم تأثره بأي بطلان يطرأ على العقد الأصلي الذي أورده، كما صرح بأن فسخ العقد وإنهائه لا يؤثر على شرط التحكيم الوارد في هذا العقد. ولم يفرق المشرع في شأن تطبيق هذا المبدأ بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، وبذا يسرى في كل النوعين من التحكيم. وقد يثور التساؤل عن أثر بطلان شرط التحكيم على العقد الأصلي الذي أورده، قد يفسر عدم تعرض التشريع لبيان هذه الحالة، على خلاف تعرضه لحالة بطلان العقد وعدم تأثير ذلك على شرط التحكيم الذي أورده، بما يعنى إمكان تأثر العقد ببطلان شرط التحكيم الذي اشتمل عليه هذا العقد.

إلا أن ما ينفى هذا التفسير تعرض المشرع في صدر نص المادة 23 إلى التصريح باستقلال لشرط التحكيم واعتباره اتفاقاً مستقلاً عن بقية شروط العقد.

1 - د. عز الدين عبد الله، البحث السابق، فقرة 25، ص 55 و 56 حيث يذكر استقرار الرأي على ذلك ود. سامية راشد، المرجع السابق ص 116، 117.

2 - وينظر د. عز الدين عبد الله في المرجع السابق، فقرة 10 ص 24 لتأييده " والسائد فقهاً، في مجال التحكيم الدولي الخاص هو استقلال شرط التحكيم عن العقد الذي يضمه، رغم اتصاله به مادياً، وذلك لأنه يفترق عنه من عدة وجوه، فموضوعه هو تسوية المنازعات التي يحتمل أن تتولد من العقد الأصلي وسببه هو الالتزام المتبادل بين الأطراف بانتزاع هذه المنازعات من ولاية المحاكم والالتجاء في شأنها إلى محكمين وهو بعد يتصف بخصوصية الإجرائية. وانظر هامش 56 من ذات الصفحة.

3- قانون التحكيم المصري، المرجع السابق.

هو ما يترتب أيضاً عدم تأثر العقد الأصلي بأي عيب يلحق بشرط التحكيم الوارد في هذا العقد.

فبطلان شرط التحكيم يعنى أن اتفاق مستقل عن العقد الأصلي قد أبطل، فيبقى هذا العقد قائماً، طالما لم يلحقه عيب .

وقد أقر المشرع الجزائري مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي حيث نص في الفقرة 4 من المادة 1040 من ق.إ.م.إ على أنه: " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي".¹

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي وإن كان قد تطرق لمسألة استقلال اتفاق التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي، فإنه لم يتطرق لها في مجال التحكيم الداخلي، حيث لم يرد نص صريح ولا حتى إشارة تدعونا إلى اعتناق المبدأ السالف الذكر في مجال التحكيم الداخلي.²

وقد أقرت مبدأ استقلال شرط التحكيم - لوائح هيئات التحكيم الدائمة، مثل القواعد التي أقرتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي³، التي تقضى المادة القواعد سيعامل باعتباره اتفاق مستقل عن شروط العقد الأخرى. ويجرى المحكمين في حل منازعات التجارة الدولية على إقرار مبدأ استقلال شرط التحكيم ، وتأكيد اختصاص المحكم بتحديد اختصاصه.

ونعرض على سبيل المثال لقضية⁴ تناولت هذا الأمر وعرضت للحل بالتحكيم في إطار غرفة التجارة الدولية تتعلق بعقد بين شركة ايطالية وشركة سويسرية تمسكت الشركة الإيطالية المدعى عليها بعدم اختصاص هيئة التحكيم التي انعقدت في زيورخ، واستندت في ذلك إلى سببين أساسيين.

1- أمر رقم 09/08 المؤرخ في 25 أبريل 2008 ،مرجع سابق.

2 - لزهرة بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار مرجع سابق، ص ص 70-71. أنظر كذلك د/إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 ، ص 94،95.

3- في الإجراءات التي تقرها هذه القواعد بالتفصيل ، مرجعنا السابق، التحكيم الدولي الخاص ، 1986، ص 132، وما يليها.

4- القضية رقم 2476 لسنة 1976

السبب الأول: بطلان العقد المبرم بين الشركتين مما يستتبع بطلان شرط التحكيم الذي يشتمل عليه هذا العقد، مما يفقد ادعاء الشركة السويسرية الأساس الذي تستند إليه في ادعائها. السبب الثاني: إن اختصاص المحكمين يتعارض مع الاختصاص المقصور *la competence exclusive* على المحاكم الإيطالية، مما يفقد حكم التحكيم قيمته التنفيذية فيما لو صدر.

إلا أن هيئة التحكيم رفضت الدفع بعدم اختصاصها. واستندت في ذلك إلى الفقرة الرابعة من المادة الثامنة من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية، التي تقرر أن بطلان العقد أو انعدامه لا ينفى اختصاص المحكم إذا ارتأى صحة اتفاق التحكيم - طالما لم يوجد اتفاق على غير ذلك .

وقررت أنه حتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه، فإن نظام الغرفة يقرر أن المحكم يظل مختصاً لتحديد حقوق كلا الطرفين، وللفصل في ادعاءاتهما وطلباتهما، كما رفضت هيئة التحكيم ما تدعيه الشركة الإيطالية من أن قانون الدولة المحتمل تنفيذ حكم التحكيم فيها يمكن أن يؤثر بحال من الأحوال على اختصاصها.

وهو نفس ما قضت به هيئة التحكيم¹ انعقدت في باريس في إطار غرفة التجارة الدولية، في نزاع بشأن عقد بين فرنسيين وشركة فرنسية ادعت بطلان اتفاق التحكيم نتيجة لبطلان عقد العمل الذي تضمن شروط التحكيم.

ولم تتعرض المعاهدات الدولية صراحة لمبدأ استقلال شروط التحكيم، وإن كان البعض منها قد فتح الباب لإمكانية الأخذ بالمبدأ، مثل اتفاقية جنيف الأوربية للتحكيم التجاري الدولية لسنة 1961، واتفاقية واشنطن لسنة 1965 .

فاتفاقية جنيف وفقاً للفقرة الثالثة من المادة الخامسة منها تعهد للمحكم بسلطة تحديد اختصاصه، ووجود أو صحة اتفاق التحكيم، أو العقد الذي يعتبر اتفاق التحكيم جزءاً منه.

واتفاقية واشنطن أيضاً، تنص الفقرة الأولى من المادة 41 منها على أن " هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصاتها" أي أن كلا الاتفاقيتين تأخذ بمبدأ الاختصاص بالاختصاص

1- أحكام التحكيم الصادرة في إطار غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 2558 لسنة 1976، ومن أحكام التحكيم الصادرة في إطار غرفة التجارة الدولية والتي طبقت المبدأ أيضاً، انظر على سبيل المثال: الحكم الصادر في القضية رقم 1526 لسنة 1968، والحكم الصادر في القضية رقم 2694 لسنة 1977.

ويقصد بهذا المبدأ أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك اتفاق التحكيم أم لا فهو لن يختص إلا ببناء على وجود اتفاق تحكيم صحيح، وإذا كان البعض¹ يرى عدم ارتباط مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومبدأ استقلال شرط التحكيم. إلا أن الواقع أن المحكم لن يقرر بحال من الأحوال عدم صحة شرط التحكيم كنتيجة لعيب لحق بالاتفاق الأصلي الذي أورد الشرط.

فتقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعنى ترك تقدير مدى الأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم للمحكم، ولا شك أنه سيكون أكثر ميلاً للأخذ بمبدأ الاستقلال مما يستتبع اختصاصه بالفصل في النزاع، ولقد نص المشرع المصري على الأخذ بمبدأ الاختصاص بالاختصاص في الفقرة الأولى من المادة 22 من التشريع، ولم تتعرض اتفاقية نيويورك لسنة 1958 لمبدأ استقلال شرط التحكيم.

وكان البعض² قد حاول تقرير الأخذ بالمبدأ في مصر قبل صدور قانون التحكيم الحالي على أساس انطباق القواعد التي أوردتها اتفاقية نيويورك لعام 1958 في " مجال تقنين مبدأ الاستقلالية ونتائجه في شأن التحكميات المتصلة بمعاملات دولية" وذلك لانضمام مصر لهذه المعاهدة.

والحقيقة أن اتفاقية نيويورك لم تتعرض لمبدأ الاستقلال شرط التحكيم، ويرجع هذا إلى أنها معاهدة " للاعتراف بأحكام التحكم الأجنبية وتنفيذها ".

وإذا كانت قد تعرضت في مادتها الثانية لاتفاق التحكيم، وإلزام الدول الأعضاء بالاعتراف به، ومنع محاكمها من نظر المنازعات التي اتفق الأطراف على حلها بالتحكيم، فإنها لم تشر أي إشارة إلى أن ذلك يمكن أن يتحقق في حالة بطلان الاتفاق الأصلي فيما بين الأطراف.³

1- د. مختار بري، المرجع السابق، ص 50 حيث يقرر : ط أننا نجد صعوبة إلى حد ما في الربط بين مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومبدأ الاستقلالية."

2- د. سامية راشد، المرجع السابق، ص 117.

3- في شرح المادة الثانية من معاهدة نيويورك، أنظر بحثنا في شأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، 1981، المجلد 37، ص 43 وما بعدها.

وهو ما عاد هذا الرأي¹ للإقرار به بالقول " بأن المادة 2 من اتفاقية نيويورك وإن لم تكن قد عرضت صراحة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، ومختلف نتائجه القانونية إلا أنها قد أعطته قوة لم تكن له من قبل".

مما يدل على أن الدافع إلى الادعاء بنص الاتفاقية على المبدأ ينبع من الرغبة في التمسك بتطبيقه في مصر، وهو الأمر الذي لم يعد في حاجة إلى تبرير قانوني بعد نص المشرع صراحة عليه في المادة 23 من قانون التحكيم المصري التي عرضنا لها. ويذهب البعض إلى اعتبار أن مبدأ استقلال شرط التحكيم من القواعد الموضوعية للقانون الدولي.

وقد أقر المشرع الجزائري مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي حيث نص في الفقرة 4 من المادة 1040 من ق.إ.م.إ على أنه: " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي وإن كان قد تطرق لمسألة استقلال اتفاق التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي، فإنه لم يتطرق لها في مجال التحكيم الداخلي، حيث لم يرد نص صريح ولا حتى إشارة تدعونا إلى اعتناق المبدأ السالف الذكر في مجال التحكيم الداخلي.²

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على مبدأ استقلال التحكيم

يترتب على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الاصلي عدة آثار أو نتائج تشمل مايلي:

1- د. سامية راشد، المرجع السابق، فقرة 103، ص 102.

2 - لزهري بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار مرجع سابق، ص ص 70-71. أنظر كذلك د/إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 94، 95.

1- عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي :

ان مبدأ استقلالية التحكيم عن العقد الاصلي ينتج اثار اساسية تتمثل في أن العقد الاصلي وشرط التحكيم الذي ينتمي اليه لا يؤول الى نفس المصير، أي أن شرط التحكيم لا يستند اليه أسباب الانقضاء التي يمكن أن تصيب العقد الاصلي كالبطلان والانتهاء، وغيرها من أسباب انقضاء العقد المحددة في القانون المدني، وقد تتعدم النتيجة المترتبة عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد إذا كان العقد الاصلي اصابه عيب من العيوب التي تصيب الارادة¹، بحيث يكون له تأثير مباشر على مبرم شرط التحكيم، ففي هذه الحالة يمتد ما أصاب العقد الاصلي بشرط التحكيم اذا فسخ العقد يفسخ الشرط واذا بطل يبطل²

2- إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون اخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي :

حيث يجوز للأطراف اختيار قانون معين ليحكم العقد، واخر ليحكم اتفاق التحكيم، وقد أيد قضاء التحكيم هذه المبادئ في العديد من الأحكام، فقد أشارت محكمة التحكيم في أحد أحكامها إلى أن مصادر القانون واجبة التطبيق على تحديد ونطاق واثار شرط التحكيم لا تختلط بالضرورة بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فإذا كان هذا القانون وقواعده القانونية، يمكن في بعض الحالات أن يتعلق بموضوع النزاع وبشرط التحكيم فإنه من الممكن تماما أن يكون هذا الأخير محكوما، في حالات أخرى، وبالنظر يكون هذا الأخير محكوما، في حالات أخرى، وبالنظر إلى استقلاله، بمصادر قانونية خاصة به ومستقلة عن تلك التي تحكم موضوع النزاع³.

1- لقد تم الإشارة الى هذه النقطة بالذات عندما تطرقنا الى عيوب الرضا في هذه الدراسة.

2- تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 172.

3- نص مشار اليه: د/احمد عبد الكريم سلام، المرجع السابق، ص370-371، حيث تنص المادة 6 على ما يلي: "شروط صحة مشاركة التحكيم وشروط التحكيم لا تخضع بالضرورة لذات القانون المطبق على الرابطة محل النزاع".

3- تمكين المحكم من الفصل في مسألة اختصاصه بالفصل في النزاع :

بحيث أنه إذا كان هناك ترابط وتلازم بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم، فلا يمكن للمحكم أن يباشر الفصل في الدعوى، وذلك لعدم وجود العقد الأصلي، في حين أنه يترتب على مبدأ الاستقلال ممارسة المحكم لاختصاصه¹.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

يثير اتفاق التحكيم المبرم بشأن منازعات العلاقات الخاصة الدولية، التساؤل والنقاش حول ماهية القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعة، وأساس ذلك هو تعدد القوانين القابلة للتطبيق عليه.

ولاشك أن اختيار هذا القانون أو ذاك يبدو في غاية الأهمية، ولاسيما وأن حكم هذه القوانين قد لا يكون متماثلاً، فقد يكون اتفاق التحكيم موجوداً وصحيحاً وفقاً لبعضها، وقد يكون، على العكس، منعدماً أو باطلاً وفقاً للبعض الآخر.

ومن ثم فيثور تنازع القوانين بشأن عدم صحة اتفاق التحكيم لوروده مثلاً على منازعة لا يجوز تسويتها بطريق التحكيم، أو بشأن عدم وجود اتفاق التحكيم ذاته لانعدام التراضي عليه، أو عدم أهلية أحد الأطراف، أو عدم تحديده للمسألة التي ستعرض على التحكيم .

الفرع الأول: تطبيق قانون مقر التحكيم

ويؤكد هذا الاتجاه على أن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو قانون مقر التحكيم، وذلك بأخذ بمبدأ خضوع الاجراءات لقانون محل التقاضي.

1 - د/عصام عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ص 80-82.

ومن ثم يرى هذا الاتجاه أن التحكيم مجرد صورة من صور التقاضي، وإن اتفاق التحكيم مجرد حلقة إجرائية من حلقات قضاء التحكيم، وإذا كانت الاجراءات تخضع لقانون محل التقاضي، فإن اتفاق التحكيم يخضع بدوره لقانون مقر التحكيم .

الفرع الثاني تطبيق قانون الارادة

ويرى هذا الاتجاه أنه إذا كان الاتفاق على التحكيم هو محصلة لإرادة أطرافه فيما يتعلق بالمنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ مستقبلاً، فإنه والحال كذلك فإن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو قانون الإرادة وذلك فيما يتعلق بالمنازعات ذات الطابع الدولي والتي تحتوي على عنصر أجنبي حيث يثور بشأنها تنازع بين القوانين.

وهذا التنازع يفض بموجب قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية، والتي تقرر أن الاختصاص التشريعي يكون لقانون الإرادة، أي القانون الذي اتفق عليه واختاره الأطراف بإرادتهم الحرة وهي القاعدة التي اعترفت بها جميع التشريعات المقارنة.

ويلاحظ أن اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها قد اعتنقت هذا الاتجاه حيث نصت في المادة 1/5 على أنه: "يمكن رفض الاعتراف بحكم التحكيم وعدم تنفيذه، إذا أثبت الطرف المحكوم ضده أن اتفاق التحكيم لم يكن صحيحاً طبقاً للقانون الذي أخضعه له الأطراف، أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

كما تأيد هذا الاتجاه من جانب الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري المبرم في جنيف 1961 حيث نصت المادة 2/6 على أنه: "تفصل محاكم الدول المتعاقدة، في وجود أو صلاحية اتفاق التحكيم طبقاً للقانون الذي أخضع له الأطراف اتفاق التحكيم.

وقد سار القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1978 على نفس نهج اتفاقية نيويورك 1978، جنيف 1961، من حيث تأكيده على أن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو قانون الإرادة.¹

وقد أكدت العديد من التشريعات الوطنية على مبدأ قانون الإرادة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فقد أشارت المادة 13 من قانون التحكيم رقم 42 لسنة 1994 في تونس إلى أنه: " يجب على المحكمين أن يطبقوا القانون موضوعا ما لم يفوض لهم الأطراف صفة المحكمين الصالحين في اتفاقية التحكيم، في هذه الصورة لا يتقيد المحكمون بتطبيق القواعد القانونية ويتبعون قواعد العدالة والأنصاف".²

وفي المغرب قررت المادة 317 من قانون المسطرة المدنية الجديد أنه: " يجب على المحكمين ومن يحكم من الغير أن يرجعوا إلى القواعد القانونية المحددة المطبقة على النزاع إلا إذا قرر الأطراف في عقد التحكيم أو في شرطه الفصل بإنصاف كوسطاء بالتراضي دون التقيد بالقواعد القانونية أو كانت السلطات التي حولها الأطراف للمحكمين تسمح بتأكيد أن ذلك هو إرادة الأطراف قطعا".³

ونذكر كذلك قانون التحكيم الاسباني الجديد رقم 265 لسنة 1977 حيث تضمنت المادة 61 منه أنه: " يحكم صحة اتفاق التحكيم واثاره القانون الذي حدده الأطراف صراحة بشرط أن يكون على صلة بالعملية القانونية الأصلية أو النزاع".⁴

1- أنظر القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1978، وأنظر كذلك اتفاقية نيويورك 1978، جنيف 1961،

2- المادة 13 من قانون التحكيم رقم 42 لسنة 1994 في تونس.

3- المادة 317 من قانون المسطرة المدنية المغربي.

4- المادة 61 التحكيم الاسباني الجديد رقم 265 لسنة 1977

وفي إنجلترا فقد نصت المادة 2/103 ب من قانون التحكيم لعام 1992 على أنه يجوز للأطراف رفض الاعتراف بحكم التحكيم ولا يؤمر بتنفيذه، إذا كان اتفاق التحكيم الذي تم إبرامه وفقاً للقانون الذي اختاره الأطراف غير صحيح¹.

نستخلص مما سبق أن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو قانون الإرادة أي القانون الذي يختاره أطراف الاتفاق، ولا يؤثر هذا الاختيار على حقهم في إخضاع العقد محل النزاع لأحكام قانون آخر حيث أنه يجوز أن يتم تطبيق قانون معين على اتفاق التحكيم، وتطبيق قانون آخر على العقد الذي نشأ بشأنه منازعة يختص بها التحكيم².

المبحث الثاني

الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم الإلكتروني

مما لا شك فيه أن لاتفاق التحكيم بعض الآثار الاجرائية التي تترتب على إبرام اتفاق تحكيم صحيح مستوفي لجميع الشروط الموضوعية و الشكلية التي سبق بيانها، ولعل أهم هذه الآثار، الأثر المانع(السلبى) لاتفاق التحكيم، ومبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث تبنت غالبية التشريعات الوطنية ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة هذه الآثار وجسدتها، وسوف نتطرق لها بشئ من التفصيل على النحو التالي.

1- المادة 2/103 ب من قانون التحكيم الانجليزي لعام 1992 .

2- عصام عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 87، أنظر كذلك/ صفاء فتوح جمعه فتوح، منازعات عقود التجارة الالكترونية بين القضاء والتحكيم اليات فض المنازعات للدكتورة ص ص 401 -407.

المطلب الأول

الأثر المانع (السلبى) لاتفاق التحكيم

الأثر الأهم الذي يترتب عليه اتفاق التحكيم هو سلب النزاع من سلطة ولاية القضاء وحرمان أطراف العقد من اللجوء إلى القضاء العادي بشأن النزاع الذي وقع الاتفاق على حله عن طريق التحكيم.

الفرع الأول: مضمون الأثر السلبى

إذا انعقد اتفاق التحكيم انعقاداً صحيحاً ترتبت عليه آثار قانونية تتمثل في إقصاء قضاء الدولة من النظر في النزاع على أن سلب القضاء العادي حق النظر في النزاع موضوع اتفاق التحكيم يضع على بساط الواقع جملة من المسائل احتدم حولها النقاش بين الفقه وأمام القضاء

أولاً: إقصاء القضاء من النظر في النزاع

يترتب على إبرام اتفاق التحكيم صحيحاً وفقاً للقانون الواجب التطبيق بشأن نزاع معين امتناع الأطراف بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة وعلى هذه الأخيرة الامتناع عن نظر النزاع وتخليها عنه إذا كان قد طرح بالفعل عليها،¹ أو بمعنى آخر سلب النزاع من سلطة ولاية القضاء العادي وحرمان أطراف العقد من اللجوء إلى القضاء بشأن النزاع الذي وقع الاتفاق على حله عن طريق التحكيم أي أن اتفاق التحكيم ينتج عنه أن الأطراف قد تنازلوا عن القضاء العادي وارتضوا التحكيم² ويترتب على هذا التحديد أثران الأول هو أنه بمجرد وجود اتفاق التحكيم يعتبر مانعاً أو حاجباً من رفع الأمر أمام القضاء والثاني وهو أثر غير مباشر أنه إذا رفع النزاع أمام قضاء الدولة تعين عليها التخلي عنه احتراماً لوجود اتفاق التحكيم وقد نص المشرع المغربي على الاختصاص السلبى في المادة 327 وقد أتت هذه المادة في سياق

1- د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2004، الصفحة 494.

2- عبد الله درميش، التحكيم الدولي في المواد التجارية، رسائل لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق بالدار البيضاء، السنة الجامعية 1982-1983، الصفحة 218-219.

التشجيع لآلية التحكيم وجعلها آلية إلزامية حيث يختاروها الأطراف بحيث لا يمكنهم العدول عن هذا الاختيار واللجوء على محاكم الدولة.

وهناك من الباحثين من ينتقد هذا الفصل (رباي فخري) باعتبار أن المشرع جعل تصريح المحكمة بعدم القبول مشروط بدفع المدعى عليه بوجود نفس النزاع مطروح أمام هيئة تحكيمية ويذهب إلى أنه صحيح أن أغلب التشريعات تشترط هذا الشرط كان على المشرع المغربي أن يكون أكثر جرأة منها مستغلا فرصة وضع هذا القانون ويستجيب لنداءات الفقهاء وممارسي التحكيم وينص صراحة على وجوب النطق بعدم القبول تلقائيا من قبل المحكمة عند ملاحظة وجود عقد أو شرط التحكيم كما فعل المشرع اليمني في المادة 19 من قانون التحكيم اليمني لسنة 1992، والمشرع الكويتي في المادة 173 من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 38 لسنة 1980.

ثانيا : الطبيعة القانونية للدفع بمنع القضاء من النظر في النزاع المتفق بشأنه التحكيم

يقصد بالدفع تمسك الخصم بوجه من أوجه الدفاع الذي يؤدي على تفادي الحكم عليه بطلبات خصمه كلها أو بعضها بصفة نهائية ونميز في الدفوع بين الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية والدفوع بعدم القبول.

والتساؤل الذي يطرح في هذا السياق ما محل التحكيم من هاته الدفوع؟ بمعنى أدق ما هي الطبيعة القانونية للدفع بوجود اتفاق التحكيم والمبرم بين الخصمين؟ ولمحاولة استيعاب الموضوع سنتطرق لهذه الدفوع وطبيعتها وموقف التشريعات منها.

1- الدفع بعدم الاختصاص:

هناك العديد من التشريعات تعتبر الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص وبالتالي فهو دفع شكلي لا يتعلق بالنظام العام ويجب إبداءه عند بدء الخصومة وقبل الخوض في موضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيه ومن هذه التشريعات التي أخذت بهذا المبدأ نجد المشرع الفرنسي حيث نص في المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية أنه " إذا رفع أمام محكمة قضائية نزاعا موضوعا أمام محكمة تحكيمية بموجب اتفاقية تحكيمية فعليها إعلان عدم اختصاصها إذا لم يسبق للمحكمة التحكيمية أن تعهدت النزاع فعلى المحكمة القضائية أيضا إعلان عدم اختصاصها ما لم يكن عقد التحكيم واضح البطلان وفي هاتين الحالتين لا يمكن للمحكمة القضائية أن تعلن عدم اختصاصها من تلقاء نفسها " إلا أن هذه

النقطة المتعلقة بالنظام العام فيها خلافا بين محكمة النقض الفرنسية والمحاكم الدنيا، إذ اعتبرت محكمة النقض الفرنسية إن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص النوعي المتعلق بالنظام العام والذي يتعين على المحكمة إثارته من تلقاء نفسها ويجوز التثبت به في أية مرحلة تكون عليها الدعوى أما المحاكم الدنيا فلا تعتبره من النظام العام. إضافة على بعض أحكام محكمة النقض المصرية التي ذهبت في نفس الاتجاه على اعتبار الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام.

ومن الفقهاء كذلك من ذهب على اعتبار الدفع باتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص وذلك في نظرية اعتبرت الدفع باتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص.¹ ذلك ان المشرع بإقراره لاتفاق التحكيم الذي اتفق فيه طرفيه بعدم طرح نزاعاتهم على القضاء يجعل من هذا النزاع خارجا عن اختصاص القضاء بمقتضى ذلك الاتفاق.² وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة.

وهكذا نفهم من أصحاب هذا الاتجاه أن اتفاق التحكيم يترتب على إبرامه سلب ولاية المحكمة في نظرها للنزاع وجعل ذلك من اختصاص الهيئة التحكيمية المتفق عليها. إلا أن هذه النظرية تعرضت لمجموعة من الانتقادات من بينها:

- إن اختصاص المحكمة في بثها في قضايا معينة يكون مستمدا من نصوص قانونية وبالتالي فالقول أن اتفاق التحكيم بعد إبرامه يجعل المحكمة غير مختصة هو قول يتنافى مع هذا الاعتبار.
- يجب على الطرف الذي يقدم الدفع بعدم الاختصاص أن يبين في دفعه المحكمة المختصة تحت طائلة عدم قبول طلبه وذلك وفق ما نصت عليه الفقرة 8 من الفصل 16 من ق.م.م مما يفيد أن عدم الاختصاص لا يكون إلا بين المحاكم فيما بينها.³

1- رجال البوعناني، التحكيم الاختياري في القانون المغربي الداخلي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية، ص446.

2- مصطفى الحمال عكاشة محمد عبد العال" التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، ص516.

3- عبد الله درميش، محاضرات في القانون القضائي الخاص أقيمت على طلبة السنة الرابعة للإجازة في الحقوق، كلية الحقوق بالدار البيضاء، السنة الجامعية 2004/2003.

- المحكم أو مجموعة محكمين ليسوا بمحكمة بالمفهوم التقني للكلمة بدليل أن المشرع يستعمل هيئة تحكيمية وليس محكمة.

2- الدفع بعدم القبول

يعد هذا الدفع من الدفوع التي أخذ بها المشرع المغربي إذ حسم في موقفه واستقر على أن الدفع باتفاق التحكيم هو دفع بعدم القبول كما جاء في الفصل 327 لقانون 08/05 إلا أنه دفع يجب إثارته من طرف الخصم المدعى عليه وهذا الدفع يجب أن يقدم قبل الدخول في جوهر النزاع مما يعني أنه دفع شكلي غير متعلق بالنظام العام . هذا ومن المعلوم أن المشرع المغربي نظم الدفع بعدم القبول في الفصل 49 ق م م ومن خلاله يتعين بكل جلاء أن المشرع المغربي يسير في الاتجاه الذي يعتبر الدفع بعدم القبول هي دفوع شكلية مادام الفصل يؤكد على وجوب إثارتها قبل أي دفاع في الجوهر وبالرجوع إلى الفصل 327 من قانون 05/08 نجد أن المحكمة يجب عليها التصريح بعدم القبول ليس فقط عندما يعرض عليها نزاع مطروح أمام هيئة تحكيمية بل أنها تصرح بعدم القبول ليس فقط عندما لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية فالفصل مقسم على فقرتين الأولى عندما يعرض النزاع على المحكمة والثانية تتحدث عن النزاع الذي لم يعرض على الهيئة التحكيمية بحيث عرض مباشرة على قضاء الدولة.

ويسير في نفس الاتجاه القانون المصري من خلال المادة 13 من قانون 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية على ما يلي " يجب على المحكمة التي يرفع إليها النزاع يوجد بشأنه اتفاق التحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا رفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى " إلا أن ما يلاحظ فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول في القانون المصري أن المادة 110 فقرة أولى من قانون المرافعات المصري ينص على إمكانية إبداء الدفع بعدم القبول في أية حالة تكون عليها الدعوى مما يعني أنه دفع موضوعي وهذا المقتضى يخالف ما قرره المشرع المصري في المادة 13 من قانون 1994 المتعلق بالتحكيم حيث اعتبره دفعا شكليا وجب إثارته قبل إبداء أي طلب أو دفاع في جوهر النزاع ويؤيد هذه النظرية أغلب الفقه السائد في مصر وأتوا بمجموعة من التبريرات إذ في نظرهم أن اتفاق التحكيم ليس تلك الثورة التي مقتضاها يتم سلب الاختصاص من القضاء بل أنه مجرد عائق أو مانع يحول مؤقتا دون سماع الدعوى أو طرح النزاع أمام القضاء والذي يبقى مختصا

من حيث الأصل¹ فما هو إلا وسيلة مانعة للطرفين من الالتجاء إلى القضاء بشكل مؤقت طالما أن اتفاق التحكيم مازال موجودا وقائما بين الطرفين فإن زال أصبحت الدعوى مقبولة أمام القضاء طالما انه هو المختص أصلا بها وان ذلك الاتفاق لا يمس بالاختصاص في شيء وغير ذي أثر عليه² إلا أن هذه النظرية لم تسلم بدورها من الانتقادات من أهمها أن:

- الاتفاق على التحكيم لا يسلب أطرافه حق اللجوء على القضاء بل حق استمرار الإجراءات لحين الفصل في النزاع وتختلف شرط من شروط قبول الدعوى يجعلها غير مقبولة أمام سائر المحاكم وليس الأمر كذلك عند الاتفاق على التحكيم لأن وجود هذا الاتفاق يجعل المحكمة وحدها غير مختصة لأنها غير ذات ولاية مادام التحكيم قائما وصحيحا.³
- أن شروط قبول الدعوى أمام القضاء جاءت محددة فإما أن تقوم فيقبل الطلب وإما أن تتخلف فيجاب بعدم القبول الشيء الذي يجعلنا أمام هذه الحقيقة نتصور أن عدم إدراج اتفاق التحكيم هو بمثابة شرط من شروط قبول الطلب والحال أن الطلب يقبل ولو مع وجود شرط التحكيم لأن الدفع بهذا الاتفاق مقرر لصالح الخصوم.⁴
- أمام هذه الانتقادات حاول جانب آخر من الفقه إيجاد صياغة أخرى للدفع باتفاق التحكيم فكانت هي الدفع ببطلان المطالبة القضائية.

3- الدفع ببطلان المطالبة القضائية

يرى هذا الاتجاه ان المطالبة القضائية هي إجراء والإجراء عمل قانوني يتألف من عناصر موضوعية كالإدارة والأهلية والمحل والاختصاص وأخرى شكلية تتمثل في الشكل الذي وصفه له القانون ذلك أن الهدف من اتفاق التحكيم هو الحيلولة دون المطالبة بالحق المتنازع عليه عن طريق القضاء على نحو لا يكون صالحا لأن يكون محلا لهذه المطالبة ومن تم فالمطالبة بالحق بعد الاتفاق على التحكيم تكون باطلة وسبب البطلان هو افتقاد هذا الإجراء أي المطالبة القضائية عنصرا من عناصره الموضوعية وهو عنصر المحل وهذا الدفع يؤدي في

1- رسالة عبد الله درميش والذي جاء بمجموعة من الأحكام في الموضوع ، المرجع السابق، ص 221.

2- مصطفى الجمال عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 520.

3- إبراهيم حرب محيسن، "طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص81.

4- عبد الحفيظ ميمون، شرط التحكيم وحدود أثره على الاختصاص القضائي، ديوان المطبوعات الجامعيّين الجزائر، 2001، ص95.

حالة إن قبلته المحكمة إلى أنها والخصومة دون الفصل في موضوعها وهي غاية الدفع بالتحكيم إلا أن هذا الرأي لم يسلم بدوره من النقد فلقد لفت البعض النظر على حقيقة أن الدفع ببطلان صحيفة الدعوى يتعين أن يكون له سبب راجع على الصحيفة ذاتها ببياناتها وعناصرها ولا يجوز أن يترتب على أمر خارج عنها كما هو الحال في اتفاق التحكيم دون استبعاد إمكانية تحقق اتفاق على التحكيم بعد رفع الدعوى حيث لا يمكن القول ببطلان هذه الدعوى لسبب لاحق لاشتمالها كافة مقوماتها.¹

إلى جانب هذه النظريات الثلاث هناك دفع جديد يسمى " الدفع بالتحكيم " يتبناه الأستاذ عبد الكريم سلامة، وهو دفع بموجبه تلتزم المحكمة ألا تقضى بعدم الاختصاص ولا بعدم القبول بل تقوم بعملين: أحدهما سلبي وهو الامتناع عن نظر النزاع والثاني إيجابي وهو إحالة الأطراف أو توجيههم إلى قضاء التحكيم، الأول يظهر الاحترام لاتفاق التحكيم، أما الثاني فيدعم فعالية ذلك الاتفاق بتوجيه الأطراف إلى القوة الملزمة لهذا الأخير وتنفيذ كل منهم لالتزامه بالمساهمة في إجراءات التحكيم.

الفرع الثاني: أثر قبول الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم

يثير قبول الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم جملة من المسائل الدقيقة التي يمكن اختزالها في ثلاثة نقط أساسية تتمثل أولاً في مناه أو حدود أعمال الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم تم مدى سلطة القضاء بالنظر في صحة اتفاق التحكيم وتفسيره وأخيراً تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الدفع.

أولاً : حدود أعمال الدفع بوجود اتفاق التحكيم

يثور التساؤل في هذا المقام حول ما إن كانت المحكمة التي رفع إليها النزاع بالرغم من وجود اتفاق التحكيم ملزمة بالحكم بعدم قبول الدعوى أو بعدم الاختصاص أو بالتخلي عن النزاع لوجود اتفاق التحكيم على حسب التشريعات والنظم السابقة، حتى ولو كان اتفاق التحكيم باطلاً أو غير ممكن أعماله ؟

المستقر عليه من خلال استقراء الأعمال التشريعية أن المحكمة لا تتخلى عن نظر النزاع لمجرد أن يتمسك أحد المحكمتين بوجود اتفاق التحكيم، بل يلزم أن يكون ذلك الاتفاق صحيحاً منتحاً لآثاره فإن كانت عبر ذلك استمرت في نظر النزاع.

1- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 525.

ومثال ذلك اتفاقية نيويورك لعام 1958 في الفقرة الثالثة من المادة الثانية منها إضافة إلى القانون النمطي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985 في المادة 8 البند الأول حيث اشترط لإحالة الطرفين إلى التحكيم ألا يتضح أن الاتفاق باطل ولاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه.

وكذلك بروتوكول جنيف ل 1923 حيث نصت المادة 2/4 منه على أن إحالة الأطراف إلى التحكيم المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة السابعة: "لا تتال من اختصاص المحاكم في الحالة التي تكون فيها مشاركة التحكيم أو شرط التحكيم باطلا أو لا أثر له". وقد سارت في ذات الاتجاه التشريعات الوطنية التي نذكر منها : "القانون الهولندي لعام 1986 في مادته 1/1022 - قانون التحكيم البلغاري لعام 1988 في مادته 1/8 - قانون التحكيم التونسي لعام 1993 في مادته [20]2/19. - والقانون الألماني لعام 1996 في مادته 1/1032 القانون البلجيكي لعام 1998 في مادته 1/1697- قانون التحكيم الموريتاني لعام 2000 في مادته 2/19.

إلا أن هناك اتجاها يذهب إلى عدم إلزام المحكمة الحكم بعدم اختصاصها والتخلي عن النزاع عند بطلان اتفاق التحكيم إذا كانت هيئة التحكيم لم تشكل ولم تتصل بالنزاع حيث يجوز لها هنا الاستمرارية في نظر النزاع، وذلك بشرط أن يكون البطلان الذي شاب اتفاق التحكيم ظاهرا. فإذا كانت هيئة التحكيم قد تشكلت واتصلت بالنزاع وكان اتفاق التحكيم باطلا التزمت المحكمة رغم ذلك بالحكم بعدم الاختصاص.

وهذا الرأي قد وجد صدى لدى بعض التشريعات من بينها التشريع الفرنسي حيث نص عليه في المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية المعدل لعام 1981.

ثانيا : مدى سلطة القضاء في النظر في صحة اتفاق التحكيم وتفسيره

إذا ما رفع أحد طرفي التحكيم دعواه إلى القضاء ودفع المدعى عليه بسبق الاتفاق على التحكيم يثور التساؤل عما إذا كان للمدعى أن يدفع في هذه الحالة ببطلان الاتفاق على التحكيم أو بعدم شموله للنزاع المطروح على المحكمة ومن تم ما إذا كان للمحكمة أن تفصل في مسألة بطلان الاتفاق على التحكيم أو تفسيره بقصد تحديد ما إذا كان يشمل النزاع الذي طرحه المدعى على المحكمة؟

يبدو من خلال آليات التحكيم ذاتها أنها تفرض اختلاف الحل الواجب الإلتباع من حالة إلى أخرى فإذا كان المدعي قد رفع دعواه أمام القضاء للفصل في أمرها بعد تشكيل هيئة التحكيم وطرح النزاع المحكم فيه عليها ودفع المدعي عليه بسبق الاتفاق على التحكيم فلا شك أنه لا يكون للمدعي أن يدفع ببطلان اتفاق التحكيم أو بعدم شموله للنزاع المطروح على المحكمة ويتعين على المحكمة بدورها أن تمتنع عن النظر في صحة اتفاق التحكيم، أو في شموله للنزاع المطروح عليها، ما لم يكن هذا النزاع منبث الصلة بالنزاع المحكم فيه على نحو واضح يثير لبسا أو شكاً.

أما إذا كان المدعي قد رفع دعواه قبل تشكيل هيئة التحكيم وطرح النزاع عليها فيبدو أنه يكون للمدعي أن يدفع ببطلان اتفاق التحكيم أو بعدم شموله للنزاع المطروح على المحكمة ولا يكون للمحكمة ان تمتنع عن النظر في هذا الدفع أو ذلك، ما لم يقرن المدعي عليه دفعه بسبق الاتفاق على التحكيم بما يفيد اتخاذه ما يلزم لتحريك إجراءات التحكيم، حيث أن القول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي على نتيجة غير منطقية هي أن الطرف الذي يعتقد ببطلان اتفاق التحكيم أو بعدم شموله للنزاع القائم بينه وبين الطرف الآخر ومن ثم يعتقد ببطلان بان النزاع بينه وبين خصمه من اختصاص القضاء، ويكون عليه مع ذلك ان يبدأ بتحريك إجراءات التحكيم، ثم ينازع في اختصاص التحكيم الذي تولى بنفسه تحريكه والذي قبله خصمه. وإذا ما انتهت هيئة التحكيم على تقرير اختصاصها فغنه يكون عليه الانتظار على حين الحكم في الموضوع، حتى يتمكن من بعد من إثارة عدم اختصاص هيئة التحكيم أمام القضاء.

ثالثاً : القانون الواجب التطبيق على الدفع بوجود اتفاق التحكيم

عن اتفاق التحكيم هو عقد حقيقي له شروط وأركان العقود المعروفة غير أن الملاحظ ان هذا العقد قد يختلف عن سائر العقود في أن جوهره هو سلب النزاع من ولاية القضاء العادي ونقله على قضاء التحكيم وهذا اثر إجرائي وليس موضوعي وبالتالي يثور الخلاف حول تحديد القانون الواجب التطبيق على ذلك الأثر الإجرائي الهام، فهل يختص قانون القاضي المسلوب منه الاختصاص لتعلق الأمر بمسألة إجرائية أم يختص القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم باعتباره عقد كسائر العقود؟

يمكن القول ان القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم لا سيما بخصوص أثره السلبي هو قانون القاضي الذي كان مختصا أصلا بنظر النزاع إذ أن اتفاق التحكيم لا ينظم مصلحة خاصة لأطرافه وعندما يتعلق الأمر بتعديل الاختصاص القضائي وهذا يقود إلى القول بان الطبيعة الإجرائية تغيب عن هذا الاتفاق بل تعمل جنبا على جنب مع الطبيعة العقدية له، وبما أن الجانب الإجرائي في تحديد طبيعة اتفاق التحكيم لا يدع مجالاً لقانون الإرادة الذي يحكم الاتفاق ليطال الأثر الخاص بسلب ولاية قضاء الدولة فنظراً لأن جوهر هذا الأثر حجب الاختصاص القضائي فمن اللازم أن يتدخل قانون المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أي قانون القاضي الذي حجب اختصاصه.

أ- موقف الموائيق الدولية

وفقاً لبرتوكول جنيف 1923، فإنه على محاكم الدولة المتعاقدة المطروح عليها نزاع مبرم بين الأشخاص، والمتضمن شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم صحيح وقابل للتطبيق أن تحيل الأطراف المعنية بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم¹.

وقد أخذت معاهدة نيويورك 1957 بنفس المبادئ السابقة حيث نصت في المادة 4/11 على أنه: "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع بصدد مسألة إبرام الأطراف بشأنها اتفاق التحكيم أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن اتفاق التحكيم باطل ولا أثر له أو غير قابل للتطبيق.

وفي نطاق القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، فإن المادة 1/8: "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى أبرم بشأنها اتفاق التحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع ما لم يتضح أن الاتفاق باطل أو لاغ أو عديم الأثر ولا يمكن تفيده".

1- انظر المادة الرابعة من برتوكول جنيف 1923، في نفس المعنى راجع المادة 190 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، م 509 من قانون أصول المحاكمات المدنية في سوريا، المادة 203 من قانون الاجراءات المدنية في الامارات العربية المتحدة.

ب - موقف التشريعات الوطنية

أ - فقد نص المشرع المصري في المادة 14 من قانون التحكيم المصري على انه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل ابدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى، ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم".¹

ويستفاد من هذا النص ما يلي:

- إن الحكم بعدم قبول الدعوى لا تصدره المحكمة من تلقاء نفسها، حتى ولو تبين لها وجود اتفاق التحكيم وعليها مباشرة اختصاصها، واستلزم النص تمسك المدعي عليه بالدفع بعدم القبول، وتفسير ذلك أن ذلك التجاء أحد أطراف اتفاق التحكيم إلى القضاء يعني تخليه عن هذا الاتفاق ورغبته في العودة للقضاء المختص أصلاً. فإذا حضر الطرف الآخر وسائر خصمه وبدأ في تقديم طلباته ومناقشة موضوع النزاع، فإن مفاد ذلك تخليه هو أيضاً عن اتفاق التحكيم، مما يؤدي إلى وجوب تصدي القاضي لموضوع النزاع، أما إذا تمسك الطرف الآخر باتفاق التحكيم، فهنا فقط يتعين على القاضي الحكم بعدم قبول الدعوى، وإلا لفتحنا الباب على مصراعيه للتدخل من اتفاقات التحكيم وإهدار قيمتها².

ب - وقد أضافت كذلك المادة 14 في بندها الثاني حكماً مقتضاه أنه لا يحول رفع الدعوى أمام قضاء الدولة، دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم، وبهذه الإضافة يكون القانون قد قصد سد باب التحايل أما المحتكمين. ذلك أنه لن يستطيع أي خصم

1- المادة 14 من قانون التحكيم المصري، نفس المرجع السابق.

2- د. محمود مختار أحمد بربر: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة 2007، ص 64. أنظر

كذلك الاستاذ. لزه بن سعيد. الاستاذ كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص 74

التملص من اتفاق التحكيم باللجوء إلى قضاء الدولة، حيث أن رفع الدعوى القضائية لا يعوق استمرار المحكمين في نظر موضوع النزاع وإصدار الحكم فيه.

وبذلك حجب المشرع المصري القاضي عن نظر النزاع المنظور بطريق التحكيم، لأن اتفاق التحكيم لا ينزع اختصاص القاضي، وإنما يحجبه عن نظر النزاع.

وقد تبني المشرع الجزائري مبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم، حيث نصت المادة (1045) من ق.إ.م.إ. الجزائري على أنه: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية التحكيم، على أن تثار من أحد الأطراف".¹

وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم، والذي يترتب على وجود اتفاق التحكيم سليم شكلاً وموضوعاً حسب الأحكام الواردة في هذا القانون، فوجود اتفاق التحكيم بالمعنى السابق يحجب قضاء الدولة عن نظر النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق التحكيم.

فإذا علم القاضي أن النزاع المطروح أمامه قد سبق لأطرافه الاتفاق على تسوية ما يثور بشأن علاقتهم القانونية من منازعات عن طريق التحكيم، فوجب عليه الحكم بعد قبول الدعوى خاصة إذا تم البدء في إجراءات التحكيم وشكلت هيئة التحكيم وبدأ نظر النزاع.

وقد إشتراط المشرع الجزائري امتناع القاضي عن نظر النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن يدفع أحد أطراف النزاع بأنه يوجد اتفاق تحكيم بشأنه، بحيث إذا تجاهل أحد الطرفين اتفاق التحكيم ورفع دعوى إلى القضاء بخصوص النزاع فإنه يجب تنبيه المحكمة إلى وجود هذا الاتفاق وبالتالي تمتنع عن الفصل في النزاع.

1- المادة (1045) من ق.إ.م.إ. الجزائري، المرجع السابق.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد سلك مسلك غالبية تشريعات التحكيم التي تبنت مبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم.

وفي اطار نظام التحكيم الإلكتروني فإن التحكيم الاجباري الخاص بعناوين المواقع الإلكترونية لا يمنع أي طرف من اللجوء إلى القضاء المختص أصلا بنظر النزاع سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناءها.

وفي حالة التزامن بين إجراءات التحكيم وإجراءات الدعوى القضائية، يكون المحكم بعد تبليغه مباشرة هذه الأخيرة من أحد الطرفين في الخيار بين وقف اجراءات التحكيم أو انهاؤها أو الاستمرار فيها.

وإذا قرر الاستمرار في نظر النزاع، وأصدر قرارا بشطب تسجيل عنوان الموقع الإلكتروني، أو نقل تسجيل عنوان الموقع باسم المدعي، فإن المسجل ينتظر عشرة أيام عمل تبدأ من تاريخ تسلمه القرار قبل ان يقوم بتنفيذ هذا القرار، فإذا قدم أحد الطرفين خلال هذه المهلة وثيقة رسمية تثبت إقامة الدعوى القضائية بخصوص عنوان الموقع الإلكتروني محل القرار، يتعين على المسجل وقف إجراءات تنفيذ القرار إلى حين تسلمه واحدا مما يلي:

- 1- دليلا مقنعا على حل النزاع وديا بين الطرفين.
- 2- دليلا مقنعا على ان الدعوى القضائية قد تم ردها أو إسقاطها.
- 3- نسخة من قرار المحكمة القاضي بقبول دعوى المدعي، و بعدم أحقية حائز عنوان الموقع الإلكتروني في استخدام ذلك العنوان.

ففي حالة تسلم المسجل واحد مما سبق يتولى تنفيذ قرار المحكم القاضي بالشطب أو بنقل التسجيل.

أما إذا انقضت مهلة عشرة الأيام دون أن يتسلم من أحد الطرفين ما يتعلق بالإجراءات القضائية فإنه يقوم بتنفيذ قرار المحكم¹.

المطلب الثاني

الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم الإلكتروني

إن اتفاق التحكيم يلزم الأطراف بأن يعهدوا بالمنازعة الناشئة بينهم والمتفق على حلها بواسطة التحكيم إلى الهيئة التحكيمية، وبالتالي ثبوت الاختصاص لقضاء التحكيم، كما أن اتفاق التحكيم يعد الأساس الذي تستمد منه الهيئة التحكيمية اختصاصها بالفصل في المنازعة

الفرع الأول: اختصاص الهيئة التحكيمية بالبت في النزاع

يعتبر مبدأ اختصاص الهيئة التحكيمية بالفصل في مسألة اختصاصها والمعروف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص *Compétence compétence* من أهم المبادئ في إطار التحكيم الدولي ومن أدقها، وقد أثار هذا المبدأ العديد من الجدل وذلك على الرغم من الاعتراف شبه الكامل به في الأنظمة القانونية المعاصرة المتعلقة بالتحكيم.

أولاً: مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يعني هذا المبدأ أن هيئة التحكيم لها صلاحية الفصل في صحة اختصاصها نظراً لبطلان عقد التحكيم أو بطلان العقد الأصلي، وإذا لم يمنح لها هذا الاختصاص يضحى أو يصبح التحكيم مجرد لغو طالما كان في متناول خصوم التحكيم شل فعاليته عبر مجرد إثارة هذا الدفع، والسؤال الذي يثور هنا، هل تختص هيئة التحكيم في تقرير اختصاصها من عدمه؟ أم أن القضاء هو صاحب الولاية في حسم تلك المسألة؟ وما هو موقف الفقه والقضاء من هذه المسألة؟ وهل اعترفت التشريعات للمحكم بحق النظر في هذا الدفع؟

يمكن القول أن هذه الإشكالية كانت مثار خلاف احتدم بين الفقه والقضاء²، فشاع كل فريق النظرية التي يعتنقها، فأنصار النظرية العقدية ناصروا قضاء الدولة باعتباره مرجع

1- د. عصام عبد الفتاح مطر. المرجع السابق، ص 130.

2- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم الدولي، دار الفكر العربي، بيروت، الطبعة غير مذكورة، السنة 1981 ص 79.

الاختصاص وحده لحسم الإشكال في حين ذهب أنصار النظرية القضائية إلى أن الاختصاص هو للهيئة التحكيمية/ المحكمين باعتبار التحكيم هو قضاء استثنائي.

إن المشرع الفرنسي قد حسم هذا الخلاف حينما نص في المادة 1466 من قانون المسطرة المدنية الجديد على أنه إذا نازع أحد الخصوم في أصل أو نطاق سلطة المحكمة القضائية فإن المحكم هو الذي يفصل في ذلك. كما أن موقف المشرع المصري¹ هو كذلك اقر بمقتضى المادة 22 من قانون التحكيم نفس المبدأ، مضيفاً على ذلك بتنظيمه الكامل لكيفية إبداء الدفع به وكيفية الفصل فيه.

انطلاقاً من هذه النصوص فما هي إلا تكريس للطبيعة القضائية لمهمة المحكم الذي هو مثله مثل القاضي هو قاضي اختصاصه.

أما المشرع المغربي فقد نص على هذا المبدأ في المادة 9-327 " على الهيئة التحكيمية ، قبل النظر في الموضوع أن تبت ، إما تلقائياً أو بطلب من أحد الأطراف في صحة أو حدود اختصاصاتها أو في صحة اتفاق التحكيم وذلك بأمر غير قابل للطعن وفق نفس شروط النظر في الموضوع وفي نفس الوقت."

والملاحظ في هذا النص أنه أتى بصيغة الوجوب بدل صيغة الإمكان التي تنص عليها بعض التشريعات الأخرى فمثلا المشرع التونسي استعمل عبارة " إذا أثيرت، واستعمل القانون اللبناني عبارة (إذا نازع) جاعلين من الهيئة التحكيمية غير قادرة أو غير ملزمة بالنظر في اختصاصها من عدمه إلا إذا طلب منها ذلك في شكل دفع أو اعتراض أو إثارة.

ثانيا : مصادر مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يستمد مبدأ اختصاص هيئة التحكيم أساسه من العديد من المصادر سواء كانت هذه المصادر هي المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم أو القوانين الوطنية المعاصرة للعديد من الدول وكذلك الغالبية العظمى من لوائح التحكيم، إذ تنص العديد من القوانين الوطنية المنظمة للتحكيم على هذا المبدأ ومن بينها:

1- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في مادته 22².

2- وقانون التحكيم التونسي لعام 1993 في مادته 26³.

1- حمد أبو ألوفا، التحكيم الإجباري والاختياري، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة، سنة 2001 ، ص 123

2- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، المادة 22، المرجع السابق.

3- المادة 26 من قانون التحكيم التونسي لعام 1993.

3- وقانون التحكيم الموريتاني لعام 2000.

كما تبنى هذا المبدأ المشرع المغربي في قانون 05-08 المنظم للتحكيم في الفصل 9-327 كما تم الإشارة إليه في السابق " على الهيئة التحكيمية ، قبل النظر في الموضوع..." فبالإضافة إلى صيغة الوجوب فإن هذه المادة تتضمن في طياتها تناقضا بين قولها: " على الهيئة التحكيمية قبل النظر في الموضوع أن تبث ..." وقولها في نهاية الفصل " وفق نفس شروط النظر في الموضوع وفي نفس الوقت، ليختلط الأمر بين ضرورة انه تبث الهيئة التحكيمية في اختصاصها قبل النظر في الموضوع أو بين وفق نفس شروط النظر في الموضوع وفي نفس الوقت.

أم أنه يترك الخيار للهيئة بان تبث في الأمر قبل الدخول في الموضوع إذا تبين لها أنها غير مختصة منعا لإضاعة الجهد والوقت وبالتالي الحقوق، أو أن تضم هذا الدفع للموضوع وتبث فيهما في نفس الوقت إذا قررت بأنها مختصة.

فبالإضافة على هذه القوانين الوطنية هناك مجموعة من الاتفاقيات الدولية هي كالتالي:

- 1- معاهدة جنيف الموقعة في 21 أبريل 1961 تعرضت بشكل واضح لمبدأ اختصاص الهيئة التحكيمية بالفصل في مسألة اختصاصها في الفقرة الثالثة من المادة الخامسة منها¹.
- 2- كما أن قواعد قانون اليونتسترال النموذجي (المادة 1/16) تتجه هي الأخرى على منح الهيئة صلاحية الفصل في صحة اختصاصها، ولقد تبنت معاهدة واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية منازعات استثماريين الدول ورعايا الدول الأخرى مبدأ الاختصاص بالاختصاص في المادة 41 منها والتي تنص على أن " المحكمة هي التي تحدد اختصاصها " ومن الأعمال العلمية الجماعية ذات الطابع التشريعي التي قننت هذا المبدأ نذكر قرار مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بمدينة سان جاك دوكو ميبوستيل عام 1989 الصادر بخصوص مشكلات التحكيم بين الدول والتشريعات الأجنبية، حيث نصت المادة 3/ب من ذلك القرار على أن " تحدد محكمة التحكيم وجود ونطاق اختصاصها وسلطاتها."

1- إذ تنص على أنه: "لا يلتزم المحكم الذي يذكر الأطراف عليه، أن يتخلى عن نظر المنازعة، وله أن يفصل في مسألة اختصاصه وفي وجود وصحة اتفاق التحكيم أو في وجود وصحة العقد الذي يعد هذا الاتفاق جزءا منه، وذلك دون إخلال بالرقابة القضائية اللاحقة."

ولم تخل لوائح هيئات ومراكز التحكيم من تقرير هذا المبدأ ومن ذلك:

1- نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام 1994 في مادته 5/ب

2- لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998 في المادة 2/6.

3- لائحة جمعية التحكيم الأمريكية لعام 1992 في المادة 1/15.

هذا وقد أجرى القضاء تطبيقات عدة لمبدأ الاختصاص بالاختصاص من ذلك في القضاء الفرنسي، حكم محكمة Colmar بتاريخ 29 نوفمبر 1967 الذي قضى بأنه من المسلم به " مبدأ أن القاضي المطروح عليه النزاع يكون مختصاً بالفصل في اختصاصه، وهذا يستلزم بالضرورة عندما يكون القاضي محكماً حيث تستسقى سلطاته أصلها من اتفاق الطرفين، فحص وجود وصحة ذلك الاتفاق¹."

ثالثاً: أساس ومبررات مبدأ الاختصاص بالاختصاص

ذهب جانب من الفقه في تحديده لأساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص، ومنهم الأستاذة حفيظة السيد حداد إلى القول بأن مبدأ اختصاص الهيئة التحكيمية بالفصل في مسألة اختصاصها لا يستمد مصدره في اتفاق التحكيم وإنما في قانون التحكيم في دولة المقر وفي قوانين الدول الأخرى المحتمل عرض حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم للاعتراف به أمام محاكمها.²

وهذا المبدأ لا يعني مطلقاً أن يترك للمحكم موضوع الرقابة على اختصاصه، بل على العكس فإن هذا الاختصاص تتم مراقبته بواسطة الجهات القضائية في الدولة بمناسبة الطعن والبطن على حكم التحكيم أو إصدار الأمر بتنفيذه.

فمبدأ اختصاص الهيئة يفرض على الجهات القضائية في الدولة التي يعرض عليها الفصل في اتفاق التحكيم لأي سبب من الأسباب سواء أثناء المنازعة بشأن تشكيل الهيئة أو بسبب التمسك بأن اتفاق التحكيم باطل أولاً وجود له أن تمتنع عن الفصل في موضوع المنازعات التي تدخل في اختصاص المحكم ومن هنا فإن هذا المبدأ يتضمن فكرة الأولوية أي

1- حكم محكمة الفرنسية، Colmar ، المؤرخ في 29 نوفمبر 1967.

2- فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، سنة 2007، ص 71.

أنه تعطى للهيئة الفرصة في أن تفصل أولاً في جميع المسائل المتصلة باختصاصها وذلك مع الخضوع للرقابة اللاحقة للقضاء الوطني المختص المعني بالقيام بهذه الرقابة.¹

بينما نجد اتجاهها آخر من الفقه وعلى رأسهم الدكتور عبد الكريم سلامة، بأن مبدأ الاختصاص يجد أساسه في نطاق التحكيم الدولي، في قاعدة عرفية خاصة بتحكيم منازعات التجارة الدولية قبل أن يصير قاعدة قانونية تطبق في التحكيم الداخلي وكذلك رسوخه في مختلف الاتفاقيات الدولية وقضاء التحكيم، ويدعم هذا التحليل، ان مبدأ الاختصاص بالاختصاص يكون واجب الأعمال بغض النظر عن وجود أو صحة العقد الأصلي، وعن وجود أو صحة اتفاق التحكيم ذاته، بل وبغض النظر عن ضرورة الرجوع إلى قانون دولة معينة يقره أو يعترف به، ويستشف هذا التحديد الأخير من حكم غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1982 الصادر في القضية المعروفة بقضية dow chemical بتاريخ 23 سبتمبر 1982 حيث قضى " أن المادة 8 من اللائحة تخول المحكم سلطة اتخاذ كل قرار حول اختصاصه، دون أن تفرض عليه من أجل ذلك، تطبيق قانون وطني أيا كان".²

وبعيداً عن تلك القاعدة الموضوعية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، يمكن البحث على أساساً مبدأ الاختصاص بالاختصاص في المبادئ العامة للقانون الإجرائي الداخلي، فمن الثابت أن الدفوع المتعلقة باختصاص أية محكمة، سواء تعلق الأمر بعدم الاختصاص المحلي أو لانتفاء الولاية فإن المحكمة هي التي لها الحق في الفضل في مدى اختصاصها، ولا يضعف من قيمة هذا السند القانوني لمبدأ الاختصاص في مجال التحكيم الدولي، أن هذا الأخير قضاء اتفاقي لا يقارن بالقضاء النظامي للدولة فالحقيقة أنه رغم الطابع الاتفاقي الخاص للتحكيم فإنه في النهاية، قضاء يحسم المنازعات بحكم ملزم واجب النفاذ ومن تم تحكمه القواعد العامة في القانون الإجرائي كمبدأ الاختصاص بالاختصاص، ومبدأ المواجهة بين الخصوم ومبدأ المساواة بينهم... الخ.

وبذلك لا يكون صحيحاً الرأي الذي يعتبر أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم هو الأساس الحقيقي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص وذلك لعدم إدراكه حقيقة طبيعة الاختلاف بين المبدئين، فمبدأ استقلال اتفاق التحكيم مبدأ موضوعي يتعلق بوجود اتفاق التحكيم وهو عقد، والحفاظ عليه من أية شائبة قد تعلق بالعقد الأصلي وتمتد إليه فيصيبه البطلان أو الانعدام و

1- احمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2001، ص 119.

2- انظر بتفصيل وقائع هذه القضية في مؤلف حفيفة السيد حداد، ص 245.

الفسخ، وبالتالي يتعين ضمان فعاليته تحقيقاً لآثاره التي يبتغيها أطرافه، أما مبدأ الاختصاص بالاختصاص فهو مبدأ إجرائي يتعلق بسلطة المحكم في البث في مسألة اختصاصه، كما أن مسألة اختصاص الهيئة تثور في وقت مبكر قبل أن تثور مسألة استقلال اتفاق التحكيم من عدمه، فكان مبدأ الاختصاص بالاختصاص يسمح لهيئة التحكيم بمواصلة مهمتها حتى ولو كان اتفاق التحكيم باطلاً في ذاته.

ويدعم مبدأ الاختصاص بالاختصاص عدة مبررات قانونية وأخرى عملية يمكن إجمالها في النقاط التالية:

- 1- أن هذا المبدأ يسد طريق الغش والتحايل أمام الطرف السيئ النية الذي يرغب في تعويق مسار التحكيم، برفع الدعوى بالنزاع أمام قضاء الدولة.
- 2- كما يعمل على الاقتصاد في الوقت والإجراءات.
- 3- كما أن مقتضيات الثقة الكاملة التي أولاهها الأطراف لقضاء التحكيم لا تستتبع نقط الثقة في الحكم الموضوعي بل كذلك الثقة في كل حكم تمهيدي يصدر قبل الفصل في الموضوع، كالحكم بثبوت الاختصاص.
- 4- أن الأثر السالب لاتفاق التحكيم يدعم بدوره هذا المبدأ، حيث أن هذا الأثر يحجب على القضاء النظر في المنازعة وبالتالي الاعتراف لهذه الهيئة بسلطة الحسم في مسألة اختصاصها.

الفرع الثاني: آثار أعمال وتطبيق مبدأ الاختصاص

على الرغم من رسوخ مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، وكذا جل لوائح وهيئات ومراكز التحكيم، فإن تطبيق هذا المبدأ لا يتم بنفس الطريقة في جميع الدول.

أولاً : آثار مبدأ اختصاص بالاختصاص

لقد ساعد مبدأ الاختصاص بالاختصاص في ازدهار التحكيم الدولي، وجعله بمثابة شبكة من القرارات المستقلة بذاتها والموازية لتلك المتعلقة بالحل القضائي للعلاقات الدولية الخاصة، غير أن هذا المبدأ لا يطبق بنفس الطريقة في جميع الدول، ويقضى مبدأ الاختصاص بالاختصاص بإعطاء الصلاحية للمحكمن بتأكيد أو إلغاء عملية تنصيبهم كمحكمن حسب ما هو ظاهر أو ناتج عن شرط التحكيم، مما يعني اختصاصهم لوحدهم بالتصريح بقبول كل دفع

أثير أمامهم من طرف أحد الخصوم يتعلق مباشرة بالفصل في صحة وجود بند التحكيم. ويتوفر هذا المبدأ على وجهين:

1- الوجه الإيجابي: ويهم اختصاص المحكمين لوحدهم في البث في كل طعن يهم اختصاصهم في النزاع من طرف أحد الخصوم، وذلك استنادا إلى سلطة تنصيبهم كمحكمين.

2- الوجه السلبي: ويطبق أمام محاكم الدولة، يقتضي أن تمتنع هذه المحاكم عن النظر أو البث في أي دعوى تتعلق بوجود الشرط التكميمي أو صحته، أو في موضوع النزاع مباشرة بالرغم من صحة وجود هذا الشرط ظاهريا قبل أن يقول المحكمون كلمتهم فيها.

ثانيا: إعمال مبدأ الاختصاص بالاختصاص

إذا دفع احد المحكمين بعدم اختصاص هيئة التحكيم على أساس أن اتفاق التحكيم باطل، أو غير موجود، أو عدم شموله موضوع النزاع، كان على الهيئة أن ترد على هذا الدفع طالما تم إيداء الدفع بعدم الاختصاص في الموعد المحدد، وهو عادة ميعاد لا يتجاوز تقديم بيان الدفاع أو في ميعاد لا يتجاوز تقديم الرد على الطلبات العارضة في حالة وجود مثل هذه الطلبات.¹

كما لا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكمة أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم الدفع بعدم الاختصاص، أما الدفع بعدم الاختصاص المبني على عدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع، فيجب التمسك به فورا وإلا سقط حقه، ويجوز في جميع الأحوال أن تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب معقول.

فإن قدم الدفع بعدم الاختصاص في الموعد كان لهيئة التحكيم الخيارين:

1- الأمر الأول: أن تفصل في ذلك الدفع بحكم تمهيدي أو أولى استقلالا عن حكمها الفاصل في موضوع النزاع. وهذا يحدث عادة في الفرض الذي تنتهي فيه هيئة التحكيم إلى انتفاء اختصاصها، إذ تسارع إلى إصدار الحكم بعدم اختصاصها، حيث لن يكون هناك ثمة داع للانتظار، كما يحدث في الفرض التي ترى فيه الهيئة أن هناك طلبات أو

1- احمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة غير مذكورة، 2001، ص 89.

دفع، كطلبات التدخل ينبغي البث فيها مع الدفع بعدم الاختصاص، حتى لا يؤدي تفرع جوانب الخصومة إلى إطالة أمد الفصل في النزاع وإثقال كاهل الهيئة، بما قد يؤثر على تفرغها لحسن فحص وتدقيق الموضوع الأصلي للنزاع.¹

2- الأمر الثاني: ففيه ترجى هيئة التحكيم البث في الدفع بعدم الاختصاص للفصل فيه وفي موضوع النزاع معاً بحكم واحد، وهذا يحدث عادة حينما تقدر هيئة التحكيم ثبوت الاختصاص لها، حيث تقتضي دواعي الاقتصاد في الإجراءات وسرعة البث في النزاع، إصدار حكم واحد حاسم لمسألة الاختصاص والنزاع المثار.

غير أنه وفي كل الأحوال لا يجوز الطعن في حكم هيئة التحكيم الصادر برفض الدفع بعدم الاختصاص المبني على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوط أو بطلانه أو عدم شموله موضوع النزاع، استقلالا بل يطعن فيه مع الحكم الصادر في موضوع الدعوى وذلك بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها.

وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 3/22 من قانون التحكيم المصري، والمادة 3/16 من قانون التحكيم اليوناني لعام 1999.

إضافة إلى الحالة الأولى، وهي الطعن في حكم هيئة التحكيم الصادر برفض الدفع بعدم اختصاصها وإثبات اختصاصها، هناك الحالة العكسية وهي انتهاء هيئة التحكيم على قبول الدفع بعدم الاختصاص وتخليها عن الفصل في النزاع، فهل يجوز الطعن بالبطلان في الحكم بعدم الاختصاص؟

إن الرد بالإيجاب هو الأقرب إلى الصواب، بل أوجب في هذه الحالة منه في الحالة الأولى، بحيث أنه إذا قبل الطعن وانتهى إلى صحة الحكم بثبوت الاختصاص، كان في ذلك تدعيماً لاتفاق التحكيم وتفعيلاً لمقتضياته.

ومن القوانين التي أجازت الطعن في حكم هيئة التحكيم الصادر في مسألة اختصاصها، قانون التحكيم التجاري الدولي اليوناني 1999، قانون التحكيم الإنجليزي 1996.

ثالثاً : تطبيق مبدأ الاختصاص بالاختصاص

عن تطبيق مبدأ الاختصاص بالاختصاص، الهدف منه، هو العمل على منع الخصم الذي لا يريد المشاركة في عملية التحكيم من أجل استمرارها بكيفية عادية، على النهاية من

1- احمد سعيد المومني، التحكيم في التشريع الاردني والمقارن، الجزء الاول، 1983، ص 153.

تقديم أي دفع يطعن بمقتضاه في وجود الشرط التحكيمي، أو صحته، وكذلك منعه من إثارة أي طلب يرمي من خلاله الحصول على إيقاف مسطرة التحكيم إلى حين صدور قرار عن محاكم الدولة حول الشرط التحكيمي، فإن هذا المبدأ الأساسي يطبق بنفس الطريقة في جميع الدول، وتظهر إشكالية تطبيقه في كون أن المحاكم التي سوف يرفع أمامها النزاع، يمكن أن تكون محاكم دولة لا يعترف قانونها بالوجه السلبي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وبالتالي يمكن لهذه المحاكم أن تنظر أو تثبت في وجود الشرط التحكيمي أو صحته قبل المحكمين إذا تقدم لديها احد الأطراف بدفع متعلق بهذا الشرط أو قد تصرح ببطلانه، أو قد تنظر أيضا في بعض الحالات في موضوع الدعوى، وتفصل فيه بحكم ويكون بذلك اللجوء إلى محاكم الدولة موازاة مع سريان مسطرة التحكيم وسيلة تحايلية للمماطلة و التهرب من قضاء التحكيم، أو الحصول على حكم أجنبي غالبا ما سيكون مخالفا لقرار المحكمين الذي سيصدر بعده.

وفي هذه الحالة، فإن محاولة تنفيذ هذه القرارات المتناقضة والصادرة من جهة عن قضاء الدولة، ومن جهة أخرى عن قضاء التحكيم من شأنه أن ينتج وضعية معقدة وصعبة يطلق عليها عبارة " نزاع النزاع " وهي الوضعية التي لم يكن أطراف النزاع يتوقعونها عند إبرام العقد، حتى بالنسبة للمختصين منهم في التجارة الدولية.¹

وخلافا لما هو جار به العمل في بعض القوانين الأوروبية، فإن القانون الفرنسي للتحكيم ومشروع القانون المغربي، رقم 05-08، يعترفان صراحة بتطبيق مبدأ الاختصاص بالاختصاص حسب وجهه السلبي، حيث إن الفصل 1458 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي والفصل 1-327 من مشروع القانون المغربي 05-08 يلزمان في فقرتهما الأولى بأن تصرح في حالة عرض النزاع على هيئة التحكيم أيضا.

بعدم الاختصاص للنظر في وجود شرط التحكيم في العقد الرابط بين الأطراف، بل إن الفقرة الثانية من هذين الفصلين تنص على أن القاضي الفرنسي أو المغربي يكون ملزما بالتصريح بعدم اختصاصه حتى في الحالة التي لم يعرض فيها النزاع بعد على التحكيم، ما عدا إذا كان شرط التحكيم باطلا بشكل واضح.

1- محمد احمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2008، ص82.

خاتمة

خاتمة

يتشابه التحكيم الإلكتروني إلى حد كبير بالتحكيم التقليدي، وهو عبارة عن صورة متطورة وحديثة منه؛ فالأساس الذي يبني عليه كلاهما واحد، كما أن كل منهما يقوم على ثلاث محاور رئيسية تتمثل في اتفاق التحكيم والعملية التحكيمية وصدور حكم تحكيمي حاسم للنزاع القائم بين الأطراف، فمن خلال دراستنا هذه توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات نوردتها فيها يلي:

أولاً: النتائج

- 1- التحكيم الإلكتروني نظام قضائي من نوع خاص يتفق بموجبه الأطراف على إحالة النزاع وبشكل اختياري إلى طرف ثالث محايد.
- 2- لا يخرج مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني عن هذا المعنى العام لاتفاق التحكيم، ومن ثم يمكن تعريفه بأنه عقد يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، ويقصد به أن يحيل الأطراف إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية أو غير تعاقدية .
- 3- رغم أنه على الرغم من أن اتفاق التحكيم الإلكتروني يتفق مع اتفاق التحكيم التقليدي ويتشابه معه في أنهما طريقان لتسوية المنازعات الناشئة أو التي سوف تنشأ بين الأطراف، إلا أن ما يميز اتفاق التحكيم الإلكتروني عن مثيله التقليدي هو الطريقة أو الوسيلة التي يتم بها إبرام الاتفاق ألا وهي الطريقة الإلكترونية. وبشكل أوضح، فإن الإيجاب والقبول في اتفاق التحكيم الإلكتروني يتمان عن طريق شبكة الإنترنت الدولية دون تقابل مادي بين الطرفين.
- 4- إن تطلب كتابة اتفاق التحكيم في كل القوانين ولوائح التحكيم، وترتيب جزاء البطلان على عدم الكتابة، قد ثار التساؤل عن مدى صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني الذي يكتب إلكترونياً باعتبار الكتابة الإلكترونية هي الصورة المناسبة لهذا الاتفاق الذي يتم إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت، وإذا ما كان يستوفي اتفاق التحكيم الإلكتروني الموجود في شكل الكتابة الإلكترونية لهذا الشرط، الذي يترتب على تخلفه البطلان، ويكون بذلك لاتفاق التحكيم الإلكتروني نفس القيمة القانونية التي يتمتع بها اتفاق التحكيم التقليدي.

خاتمة

ثانيا: التوصيات

1- لا يمكن التحقق من هوية الطرف الآخر في اتفاق التحكيم فطرفا اتفاق التحكيم الإلكتروني هما طرفان في التجار عقد من عقود التجارة الإلكترونية وهذه العقود تبرم عن بعد من أحد دون أن يعرف الطرفين الآخر، فإذا أثير نزاع بينهما واتفقا على التحكيم فإن اتفاقهما يكون أيضا من أهليته دون إمكانية التحقق من هوية الآخر أو وهذا ما يتطلب إيجاد حلول قانونية توفر الثقة في الاتفاق هذا وقد اعتمدت أغلب هيئات التحكيم الإلكتروني على التصديق من شخص ثالث موثوق به عن طريق إصداره شهادة تثبت هوية الطرف الثاني وتمتعه بالأهلية.

2- إن الاتفاق على التحكيم الإلكتروني يتم عبر الانترنت، فيعبر كل واحد من الطرفين عن رضائه بالعقد عبر هذه الوسيلة، وهذا ما يتطلب نصوصا قانونية تجيز استعمال هذه الوسيلة في التعبير عن الإرادة.

3- إذا كان أحد الطرفين مستهلكا وهذا هو الغالب فإن وجود قوانين لحماية المستهلك قد تعوق اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني؛ لأن هذه القوانين تمنع الاتفاق على قانون سوى القانون الوطني للمستهلك باعتباره قانونا الواجب التطبيق، إلا أن ذلك قد لا يحقق مصلحة المستهلك دائما، فالعقود التي تبرم عبر الانترنت من قبل المستهلك هي عقود قليلة القيمة غالبا فلا يجدي المستهلك نفعا اللجوء إلى القضاء وتحمل مصاريف قد لا يقوى على تحملها والتحكيم الإلكتروني يعد أنسب الحلول له في سعيه للحصول على حقه من الطرف الآخر؛ لأنه قليل الكلفة ويتم إلكترونيا فلا يضطر إلى الانتقال إلى مكان آخر، لذا فإن القضاء الغربي أخذ بتلك الفكرة المصلحة، لتغليب اتفاق التحكيم الإلكتروني على تشريعات لحماية المستهلك وهو ما يتطلب أيضا حلا قانونيا تشريعا للمستهلك يجيز اللجوء إلى التحكيم إذا كان هذا الحل أصح.

تم بحمد الله

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

أ - الكتب:

- 1- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 2- إبراهيم حرب محيسن، "طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 81.
- 3- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم الدولي، دار الفكر العربي، بيروت، الطبعة غير مذكورة، السنة 1981.
- 4- احمد سعيد المومني، التحكيم في التشريع الاردني والمقارن، الجزء الاول، 1983.
- 5- أحمد عبد الكريم سلامة، "التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية. دراسة مقارنة.
- 6- احمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2001.
- 7- أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر 2005.
- 8- احمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة غير مذكورة، 2001.
- 9- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 10- بكلي نور الدين، دور وأهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية- في القانون الجزائري والقوانين العربية- مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الاول، 2009.
- 11- الحداد حفيظة، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1998.

قائمة المراجع

- 12- حمد أبو أوفاء، التحكيم الإجباري والاختياري، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة، سنة 2001 .
- 13- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية (القوانين الإمارات والبحرين والسعودية وسوريا والعراق وقطر والكويت...)، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- 14- خالد الدخيل، التحكيم في النظام السعودي على ضوء الفقه الإسلام، بحث بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.
- 15- خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
- 16- خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2009.
- 17- سامي بديع منصور، الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني معاناة قاض، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
- 18- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، 1984.
- 19- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسى-النظام القانوني لاتفاق التحكيم-الطبعة الثانية 2008، المكتب الجامعي الحديث.
- 20- عبد الحفيظ ميمون، شرط التحكيم وحدود أثره على الاختصاص القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 21- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
- 22- عبد المنعم الدسوقي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي في القانون الجديد، مكتبة مدبولي، مصر، 1995.

قائمة المراجع

- 23- عبد الودود يحيى، الموجز في النظريات العامة للالتزامات، دار النهضة، القاهرة، 1994
- 24- عصام عبد الفتاح، التحكيم الإلكتروني ماهيته، إجراءاته، وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة ، 2009.
- 25- فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 2001، بند رقم 475.
- 26- كمال العياري، التطور العلمي وقانون الإثبات، ورقة عمل مقدمة في الندوة العالمية حول الإثبات باستعمال وسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة، بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، 6-8 يناير 2003، بيروت، لبنان.
- 27- لزهرة بن سعيد وكرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2010.
- 28- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 29- محمد احمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2008.
- 30- محمود السيد التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة، 2001.
- 31- محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
- 32- محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية ، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 1 ، 1990.
- 33- محمود مختار أحمد بررير، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة 2007.

قائمة المراجع

- 34- مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- 35- مصطفى الجمال، أضواء على عقد التحكيم، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، المجلد الأول، العدد الأول، يوليو 1998.
- 36- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، حسب آخر تعديل لقانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائئية، دار الهدى للنشر والتوزيع، بدون طبعة، الجزائر، 2010.
- 37- منير محمد الجنيهي، ممدوح محمد الجنيهي، التحكيم الالكتروني، دار افكر الجامعي، بدون طبعة، الاسكندرية، 2006.
- 38- ناريمان عبد القادر، "اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم: 27 لسنة 1994"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1996.
- 39- نبيل صقر، الوسيط في قانون الاجراءات المدنية والادارية (قانون 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008.

ب - الرسائل والمذكرات:

- 1- مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الالكترونية عبر الانترنت، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، جامعة الحاج الخضر، باتنة، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2011-2012 .
- 2- شريف بن ناصر، التحكيم بين الشكلية والرضائية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية لحقوق، الجامعة الأردنية، عمان، 1989.
- 3- تياب نادية، التحكيم كالية لتسوية نزاعات عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون أعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2006.
- 4- بوديسة كريم، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2012.

قائمة المراجع

5- عبد الله درميش، التحكيم الدولي في المواد التجارية، رسائل لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق بالدار البيضاء، السنة الجامعية 1982-1983.

ج - محاضرات ومقالات:

1- خالد الدخيل، التحكيم في النظام السعودي على ضوء الفقه الإسلام، بحث بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، سنة 2004، متاح على الموقع repository.nauss.edu.sa

2- سميحة القليوبي، اتفاق التحكيم، سنة 2010، متاح على الموقع: [.aleyarbitration.blogspot.com/2010](http://aleyarbitration.blogspot.com/2010)

3- عبد العزيز اللصاصة، منازعات العمل الجماعية، بحث منشور في مجلة الحقوق، الصادر عن كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت العدد(5)، السنة الثانية عشرة.

4- عبد الله درميش، محاضرات في القانون القضائي الخاص أقيمت على طلبة السنة الرابعة للإجازة في الحقوق، كلية الحقوق بالدار البيضاء، السنة الجامعية 2003/2004.

5- يونس عرب، حجية الإثبات بالمستخرجات الالكترونية www.arablaw.org

د - القوانين:

1- مرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر 1988 يتضمن انضمام الجزائر بتحفظ الى الاتفاقية الت صادق عليها مؤتمر الامم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج ر عدد 66 سنة 1995.

2- القانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 أبريل 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية والذي دخل حيز التنفيذ في 25 أبريل 2009، ج ر عدد 21 مؤرخة في 2008.

3- قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، بقرار الجمعية العامة رقم 33/61 الموافق لـ 4 ديسمبر 2006، منشورات الأمم المتحدة، رقم 4 V.08.A، متوفر على الموقع www.uncitral.org.

4- أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر عدد 78 لسنة 1975، معدل ومتمم.

5- قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001

قائمة المراجع

6- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

7- إتفاقية نيويورك 1958.

8- إتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الاجنبية وتنفيذها لسنة 1958

9- إتفاقية جنيف الاوروبية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1961

ثانيا: مراجع باللغة الاجنبية:

A- Les ouvrages :

1- CAPRIOLI Eric A, Droit international de l'économie numérique- (les problèmes juridique liés à l'internationalisation de l'économie numérique), 2em édition, édition Litec, Paris, 2007.

2- vincent heuze , la vente internationale de marchandise, droit uniforme, delta, paris, 2000.

3- Alejandro Follonier – Ayala, la convention d' arbitrage: notion et modalités, le 12 Juillet 2012, sur le site, www.academia.edu/8330224, P. 8 & Julien Bernard, la clause compromissoire en matiere civile, Septembre 2001, sur le site, julienbernard.chez-alice.fr.

b- Les dècrets :

1-JO n° 77 du 31 Mars 2001 page 2070. www.journal-officiel.gouv.fr.

2-loi n 94-665 du aout 1994 relative a l'emploi de la langue francaise , j .o. du 5 aout 1994 , P : 11392

3- Décret n° 2001-272 du 30 Mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique,

4- Décret n° 2005-972 modifiant le décret n° 56-222 relatif au statut des huissiers de justice.

قائمة المراجع

5- Décret n° 2005-973 modifiant le décret n° 71-941 relatif aux actes établis par les notaires.

الفهرس

فهرس الموضوعات

01.....مقدمة

الفصل الأول

ماهية اتفاق التحكيم الالكتروني

05.....المبحث الأول: مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني

06.....المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم الالكتروني

06.....الفرع الأول: تعريف التشريعات الداخلية لإتفاق التحكيم الالكتروني

07.....الفرع الثاني: تعريف التشريعات الدولية لاتفاق التحكيم الالكتروني

08.....الفرع الثالث: مفهوم اتفاق التحكيم في منظور القضاء

09.....الفرع الرابع: التعريف الفقهي لاتفاق التحكيم

10.....المطلب الثاني: صور اتفاق التحكيم الالكتروني

10.....الفرع الأول: شرط التحكيم

15.....الفرع الثاني: مشارطه التحكيم

- 18..... الفرع الثالث: شرط التحكيم بالإحالة
- 19..... الفرع الرابع: المراسلات المتبادلة إذا تضمنت اتفاق التحكيم
- 20..... المبحث الثاني: الشروط الموضوعية والشكلية لاتفاق التحكيم الالكتروني
- 21..... المطلب الأول: الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم الالكتروني
- 21..... الفرع الأول: الرضا في اتفاق التحكيم الالكتروني
- 42..... الفرع الثاني: المحل في اتفاق التحكيم الالكتروني
- 45..... الفرع الثالث : السبب في اتفاق التحكيم
- 46 المطلب الثاني: الشروط الشكلية اللازمة لصحة اتفاق التحكيم الالكتروني
- الفرع الأول: موقف اهم الاتفاقيات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي والقوانين المقارنة.46
- 50..... الفرع الثاني : وثيقة التحكيم الالكتروني

الفصل الثاني

اثر اتفاق التحكيم الالكتروني

- 66.....المبحث الأول: الاثار الموضوعية لاتفاق التحكيم.....
- 67.....المطلب الأول: القوة الملزمة.....
- 67.....الفرع الأول: مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم.....
- 69.....الفرع الثاني: نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم.....
- 71.....المطلب الثاني: استقلال اتفاق التحكيم.....
- 72.....الفرع الأول: استقلال اتفاق التحكيم.....
- 80.....الفرع الثاني: الآثار المترتبة على مبدأ استقلال التحكيم.....
- 82.....المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.....
- 82.....الفرع الأول: تطبيق قانون مقر التحكيم.....
- 82.....الفرع الثاني تطبيق قانون الارادة.....
- 85.....المبحث الثاني: الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم الإلكتروني.....

المطلب الأول: الأثر المانع (السلبى) لاتفاق التحكيم 85

الفرع الأول: مضمون الأثر السلبى..... 85

الفرع الثانى: أثر قبول الدفع بسبق الاتفاق على التحكيم وتفسيره..... 91

المطلب الثانى : الأثر الإيجابى لاتفاق التحكيم الإلكترونى..... 97

الفرع الأول: اختصاص الهيئة التحكيمية بالبى فى النزاع..... 98

الفرع الثانى: آثار إعمال وتطبيق مبدأ الاختصاص..... 103

خاتمة..... 108

قائمة

المراجع..... 110

الفهرس..... 117