

القانون واجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني

The Law Applicable to the Electronic Arbitration

إعداد الطالب
سعد خليفة خلف الهيفي

إشراف
الدكتور مهند عزمي أبو مغلي

رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص

قسم القانون الخاص
كلية الحقوق
جامعة الشرق الأوسط
أيلول/2013

تفويض

أنا الطالب **سعد خليفة خلف الميفي** أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي المعنونة بـ "القانون واجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني" للمكتبات الجامعية أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: **سعد خليفة خلف الميفي**

التوقيع:

التاريخ: **٥ / ٩ / 2013م**

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها "القانون واجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني".

وأجيزت بتاريخ 2013/6/12م.

التوقيع

.....
.....
.....

مشرفاً
رئيساً
عضواً خارجياً

أعضاء لجنة المناقشة

الدكتور مهند عزمي أبو مغلي
الدكتور مؤيد عبيدات
الأستاذ الدكتور جعفر المغربي

شكر وتقدير

الشكر لله سبحانه وتعالى أولاً، ومن ثم أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي المشرف الدكتور مهند عزمي أبو مغلي الذي قبل الإشراف على هذه الرسالة، ومنحني ثقته بقبوله هذا، وعلى ما أسداني من نصح وتوجيهات سديدة، وقد كان لصبره وتحمله الأثر الطيب في إنجاز هذه الرسالة.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لعضوي لجنة المناقشة، اللذين ستكون لملاحظاتهم النوعية الموضوعية والشكلية الأثر الطيب في إخراج هذه الرسالة بشكلها الصحيح، فجزاهما الله عني خير الجزاء.

والشكر الموصول إلى جامعة الشرق الأوسط، وبخاصة كلية الحقوق ممثلة بعميدها وأعضاء الهيئة التدريسية والإدارية فيها على ما أسدوه لي من معلومات قيّمة طيلة فترة دراستي.

الباحث

الإهداء

براً بمن حملاني وربياني صغيراً وأرشداني كبيراً وعاملاني بإحسان حتى صرت كما أنا
عليه الآن

والدائي العزيزين - أطال الله في عمرهما

إلى إخواني وأخواتي ...

إلى وطني الغالي ...

الكويت

أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة
التفويض	ب
قرار لجنة المناقشة	ج
شكر وتقدير	د
الإهداء	هـ
قائمة المحتويات	و
الملخص باللغة العربية	ي
الملخص باللغة الإنجليزية	ك
الفصل الأول: مقدمة الدراسة	1
أولاً: فكرة عامة عن موضوع الدراسة	1
ثانياً: مشكلة الدراسة	4
ثالثاً: هدف الدراسة	4
رابعاً: أهمية الدراسة	4
خامساً: أسئلة الدراسة	5
سادساً: حدود الدراسة	6
سابعاً: محددات الدراسة	6
ثامناً: المصطلحات الإجرائية	6
تاسعاً: الإطار النظري للدراسة	8
عاشراً: الدراسات السابقة	10
إحدى عشر: منهجية الدراسة	13

الفصل الثاني: مفهوم التحكيم الإلكتروني

المبحث الأول: التعريف بالتحكيم الإلكتروني

المطلب الأول: معنى التحكيم الإلكتروني

المطلب الثاني: نشأة التحكيم الإلكتروني

المطلب الثالث: مميزات التحكيم الإلكتروني

المبحث الثاني: المبادئ التي يقوم عليها التحكيم الإلكتروني

المطلب الأول: مبدأ المواجهة

المطلب الثاني: مبدأ الاستمرارية

المطلب الثالث: مبدأ المساواة

الفصل الثالث: القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني وموضوعه

المبحث الأول: القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم الإلكتروني

المطلب الأول: المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم الإلكتروني والقانون الذي يحكمها

المطلب الثاني: تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني والقانون الذي تخضع له

المبحث الثاني: القانون المختص في موضوع التحكيم الإلكتروني

المطلب الأول: قيمة قواعد الإسناد ومدى تجاوبها مع منازعات التجارة

الإلكترونية

المطلب الثاني: الآراء الفقهية التي ظهرت بشأن القانون المختص في

موضوع التحكيم الإلكتروني

	الفصل الرابع: القانون واجب التطبيق على إجراءات وقرار التحكيم الإلكتروني
	المبحث الأول: القانون المختص في إجراءات التحكيم الإلكتروني
	المطلب الأول: قانون الإرادة
	المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني
	عند غياب قانون الإرادة
	المبحث الثاني: القانون المختص بحكم القرار التحكيمي الإلكتروني
	المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالقرار التحكيمي الإلكتروني والقانون الذي
	يحكمها
	المطلب الثاني: تنفيذ قرارات التحكيم الإلكتروني الأجنبية والقانون الذي
	يحكمه
95	الفصل الخامس: الخاتمة والنتائج والتوصيات
95	أولاً: الخاتمة
95	ثانياً: النتائج
97	ثالثاً: التوصيات
99	قائمة المراجع

القانون واجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني

إعداد الطالب

سعد خليفة خلف المبيفي

إشراف الدكتور

مهند عزمي أبو مغلي

الملخص

تعدّ معرفة القانون واجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني وإجراءاته من المسائل المهمة، لأن معرفة هذا القانون هو الأساس في إصدار حكم التحكيم، وبالتالي حسم النزاع وإنهاؤه.

هذا ولم يتناول المشرّع الكويتي أي تنظيم للتحكيم الإلكتروني، ومن هنا جاءت هذه الدراسة بهدف بيان مدى كفاية النصوص القانونية الحالية في التشريع الكويتي للتطبيق على التحكيم الإلكتروني.

وقد تبين أن هذه النصوص، سواء تلك الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، أو في قانون التحكيم الكويتي، غير ملائمة للتطبيق على التحكيم الإلكتروني، وأنه لا بدّ من إعادة النظر فيها، أو إصدار قانون خاص بالتحكيم الإلكتروني في التشريع الكويتي يتناسب وفض منازعات التجارة الإلكترونية بهذه الوسيلة.

The Law Applicable to the Electronic Arbitration

By
Sa'ad Khalifa Khalaf Al-Haifi

Supervisor
Dr. Mohannad Azmi Abu Moghli

Abstract

Knowledge of the law applicable to the subject of the arbitration-mail and procedures of important issues, because knowledge of this law is the basis for issuance of the arbitration award, and therefore the resolution of conflict and termination.

This did not address the Kuwaiti legislature any arbitration organization mail, hence this study to address the adequacy of the current legal texts in the Kuwaiti legislation applicable to the arbitration-mail.

It was found that these texts, both those contained in the Code of Civil Procedure, commercial, or in the Arbitration Act Kuwait, is suitable for application to the arbitration-mail, and it has to be re-considered, or a special law arbitration mail in Kuwaiti legislation commensurate resolution disputes E-Commerce By these means.

الفصل الأول

مقدمة الدراسة

أولاً: فكرة عامة عن موضوع الدراسة:

إن إمكانية تسوية المنازعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية بواسطة الطرق العادية المتمثلة في القضاء العادي للدولة قد تكون من الناحية العملية غير فعالة، وغير منتجة حيث سيترتب عليها إطالة أمد التقاضي، وهذا يتعارض مع أهم مميزات التجارة الإلكترونية، والهدف من وجودها وهو توفير الوقت والجهد للمتعاملين بها، فكان لا بد من البحث عن طريق لتسوية المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود التي تتم في الفضاء الإلكتروني، ومن ذلك التحكيم.

فإذا كان التحكيم يستخدم منذ زمن بعيد في حسم المنازعات الناشئة عن التجارة العادية سواء الداخلية أو الدولية، وحاز على ثقة المتعاملين به، فإنه في التجارة الإلكترونية ليس ثوباً جديداً من خلال تطبيق وسائل تقنية المعلومات، والاتصالات التي توفرها شبكة الإنترنت، فهذه الثورة السريعة في مجال الاتصالات عموماً تحتاج إلى طريق تتناسب معها لتسوية المنازعات التي تنشأ بين المتعاملين به، وهذا ما يفرضه المنطق العادي للأمور أي بمعنى آخر استعمال ذات الوسط (الإنترنت) لتسوية المنازعات الناشئة عنه⁽¹⁾.

فإن التحكيم الإلكتروني الوسيلة المناسبة؛ كونه لا يستلزم الانتقال المادي للأطراف من مكان إلى مكان، وإنما يسمح بحل هذه المنازعات مع بقاء كل طرف من الأطراف المتنازعة في مكانه مع توفير الوقت والجهد. وإن من المتصور انتقال هيئة التحكيم من مكان إلى

(1) الطراونة، مصلح؛ والحجاية، نور (2005)، التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، م2،

آخر، وهذا ما يفسر اتجاه بعض المنظمات والجمعيات الدولية لتطوير هذه الوسائل، فنجد الهيئة الأمريكية للتحكيم تبنت مشروع القاضي الافتراضي والذي يمكن من خلاله إجراء التحكيم من خلال شبكة الإنترنت، وهذا يعد جزءاً من منظومة أكبر، ونقصد بذلك المحكمة الفضائية والتي تقوم بعمل مراكز التحكيم العادية حيث يتم التحكيم من خلالها من بداية وصولها إلى إصدار حكم التحكيم عن طريق الإنترنت والوسائل الإلكترونية⁽¹⁾، إضافة إلى التحكيم الإلكتروني الذي تقدمه منظمة الوايبو للوساطة والتحكيم الذي يتم من خلال شبكة الإنترنت، وبهذا أصبحت هذه المشاريع من أهم المصادر التي يستقي منها التحكيم الإلكتروني الأحكام والقواعد المنظمة له والتي تحدد الآلية التي يقوم عليها والتي سوف نتناولها في هذه الدراسة.

ثانياً: مشكلة الدراسة:

تظهر مشكلة هذه الدراسة من حيث تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم الإلكتروني، وعلى إجراءاته، وأيضاً في حال صدور حكم التحكيم، وبخاصة في ظل القواعد العامة في التشريعي الكويتي التي لا تساعد على حل مثل هذه الإشكالية، ذلك أن المشرع الكويتي نظم التحكيم بصورته التقليدية، ومن ثم ما مدى ملائمة القواعد العامة للتطبيق على التحكيم الإلكتروني؟

كذلك تثار إشكالية أخرى في هذه الدراسة تتمثل في أن العقود الدولية تكون في الغالب بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة، وتختلف قوانين تلك الدول في معالجة القضايا التي تطرح بسبب الخلاف بين الأطراف، لذلك فهل تشكل إرادة الأطراف حلاً مناسباً لحل النزاع

(1) الشريعة، حازم محمد (2008)، التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، ط1، ص50.

المطروح؟ وإلى أي مدى يمكن للدولة التنازل عن سيادتها وقبول إخضاع النزاع للتحكيم الإلكتروني؟

ثالثاً: هدف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى التعرف على الجوانب القانونية المنظمة للقواعد القانونية الواجبة التطبيق على التحكيم الإلكتروني ومدى تنظيمها لدى المشرع الكويتي. كما تهدف الدراسة إلى الرغبة في تقديم بحث يضيف إلى المكتبة الكويتية دراسة كاملة ومتكاملة بعون الله تعالى وفضله عن اتفاق التحكيم الإلكتروني، حيث أن المكتبة الكويتية تكاد تخلو تماماً من هذا الموضوع، وأن أغلب الدراسات الموجودة هي عبارة عن مقالات أو أوراق بحثية.

رابعاً: أهمية الدراسة:

تتجلى أهمية هذه الدراسة في تحديد القانون واجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني بين الأطراف والآلية التي يقوم عليها بعدما أصبحت التجارة الإلكترونية واسعة الانتشار، إضافة إلى صبغتها الدولية، وظهور الحاجة لتسوية المنازعات الناشئة عنها عن طريق وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة.

كما تبرز أهمية هذه الدراسة لما تتجه إليه السوق العالمية بتعاملها بالتجارة الإلكترونية واتجاه التجارة الإلكترونية إلى التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عنها لما له من أهمية مقارنة بإجراءات التقاضي العادية خاصة وأنه لا يستلزم التواجد المادي لأطراف النزاع واعتماده بشكل كلي على وسائل الاتصال الحديثة مما يجعل منه أقل تكلفة وقتاً ومالاً.

وتزداد أهمية الدراسة في ظل ندرة التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي تعالج

هذا الموضوع.

خامساً: أسئلة الدراسة:

تأتي هذه الدراسة للإجابة عن الأسئلة الرئيسة التالية:

1. ما القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني وموضوعه؟
2. ما القانون واجب التطبيق على إجراءات وقرار التحكيم الإلكتروني؟
3. هل تشكل إرادة الأطراف في خصومة التحكيم الإلكتروني حلاً مناسباً للنزاع المطروح؟
4. ما مدى ملاءمة القواعد العامة التقليدية الواردة في قانون التحكيم الكويتي للتطبيق على التحكيم الإلكتروني؟

5. ما مدى استيعاب الاتفاقيات الدولية وخاصة اتفاقية نيويورك لعام 1958 المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لاتفاق التحكيم الإلكتروني ؟ وهل الاتفاقية بحاجة لتعديل بما يتواءم مع هذا النوع من اتفاق التحكيم وتحديداً المادة الخامسة من الاتفاقية ؟

سادساً: حدود الدراسة:

تأمل الدراسة أن تتضح معالمها خلال العام الجامعي 2012/2013، والتي سيكون موطنها الرئيس نصوص قانون التحكيم الكويتي رقم (11) لسنة 1992، وكذلك النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (38) لسنة 1980، وكذلك نصوص القانون رقم (5) لسنة 1961م الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي في دولة الكويت، كما تقتصر حدود هذه الدراسة على بحث التحكيم الإلكتروني دون الدخول في موضوعات أخرى تتعلق بالتحكيم بصورته العادية.

سابعاً: محددات الدراسة:

تعد هذه الدراسة إحدى الدراسات القانونية التي تهتم بموضوع اتفاق التحكيم بوسائل إلكترونية، ومن ثم لا يوجد هناك ما يحول دون تعميم نتائج هذه الدراسة في الأردن والكويت وغيرها من الدول العربية.

ثامناً: المصطلحات الإجرائية:

- **اتفاق التحكيم:** هو اتفاق الأطراف المحتكمون على الالتجاء إلى نظام التحكيم للفصل في كل أو بعض المنازعات التي نشأت فعلاً بينهم لحظة إبرام العقد على التحكيم (مشاركة التحكيم)، أو يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل، بمناسبة علاقة قانونية معينة - عقدية كانت أو غير عقدية - (شرط التحكيم) ⁽¹⁾.

- **اتفاق التحكيم الإلكتروني:** هو الاتفاق على تسوية المنازعات عبر وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة دون حاجة إلى التواجد المادي لأطراف الخصومة التحكيمية في مكان واحد ⁽²⁾.

- **التحكيم فقهاً:** عرف جانب من الفقه التحكيم على أنه: "توليد وتقليد وتفويض من طرفي الخصومة لطرف ثالث ليفصل فيها تنازعاً عليه" ⁽³⁾. ومنهم من عرفه بشكل أكثر تفصيلاً بأنه: "نظام خاص للتقاضي ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو

(1) التحيوي، محمود (2003)، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 60.

(2) منسي، محمد عبد العزيز (2011)، اتفاق التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط 1، ص 73.

(3) القاضي، خالد (2002)، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، الطبعة الأولى، القاهرة، ص 82.

أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي به⁽¹⁾.

- **التحكيم قضاءً:** قد عرفته محكمة التمييز الكويتية بقولها: "إن التحكيم بمعناه القانوني هو احتكام الخصوم إلى شخص أو أكثر لفصل النزاع بينهم ... والقرار الذي يصدره المحكمين يكون بمثابة حكم صادر من محكمة ..."⁽²⁾.

- **التحكيم الإلكتروني:** هو عبارة عن إجراء ينطوي على إحالة النزاع وفقاً لاتفاق الأطراف إلى محكم أو هيئة محكمين مرضية لأطراف النزاع وفقاً للقانون، والإجراءات التي تم تبنيها من قبل تلك الأطراف وينتج عن ذلك قراراً ملزماً لها، بحيث يتم بوسائل إلكترونية⁽³⁾.

تاسعاً: الإطار النظري للدراسة:

يجري التحكيم ضمن إطار قانوني، يتيح للأطراف حرية الاتفاق على تقديم النزاع إلى هيئة أو مركز للتحكيم، واختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق على النزاع، ويكون لحكم التحكيم الذي يصدر قوة القضية المقضية، بل أيضاً يكون معترف به دولياً استناداً إلى المادة (3) من اتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958⁽⁴⁾.

(1) حداد، حفيظة السيد (2004)، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، ص44.

(2) قرار محكمة التمييز الكويتية رقم 2004/37، الدائرة التجارية، مجلة القضاء والقانون، وزارة العدل، الكويت، العدد 2، لسنة 2005، ص380.

(3) انظر: دليل منظمة الوايو للملكة الفكرية، السياسة والقانون والاستخدام، منشورات طلال أبو غزالة، عمان، الأردن، 2007، ص284.

(4) تنص المادة (3) من اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك 1958) على أنه: "على كل دولة متعاقدة أن تعترف بقرار التحكيم كقرارات ملزمة، وأن تقوم بتنفيذها، وفقاً للقواعد والإجراءات المتبعة في الإقليم الذي يحتج فيه بالقرار طبقاً للشروط الواردة في المواد التالية، ولا تفرض على الاعتراف بقرارات التحكيم التي تنطبق عليها هذه الاتفاقية أو على تنفيذ شروط أكثر تشدداً بكثير أو رسوم أو أعباء أعلى بكثير مما يفرض على الاعتراف بقرارات التحكيم المحلية أو على تنفيذها". وقد وقع الأردن على هذه الاتفاقية في 10 حزيران 1958 وصادر عليها في 15 تشرين الثاني 1979 وأصبحت نافذة في الأردن من تاريخ 13 شباط 1980.

وبسبب انتشار التجارة الإلكترونية وما ترتب عليها من منازعات بين أطرافها، فكان لا بد من تبني قواعد قانونية تستوعب هذه المنازعات، ووجدت هذه الضالة المنشودة في التحكيم الإلكتروني بعيداً عن طرق التقاضي العادية طويلة الأمد فهذه الثورة السريعة في مجال الاتصالات عموماً والتجارة الإلكترونية خصوصاً تحتاج إلى طريق متناسب معها لتسوية المنازعات التي تنشأ بين المتعاملين بها.

ولذلك سيتم تناول الدراسة من خلال خمسة فصول، إذ يتناول الفصل الأول مقدمة الدراسة، في حين يعالج الفصل الثاني مفهوم التحكيم الإلكتروني من خلال بحثين، يتناول المبحث الأول التعريف بالتحكيم الإلكتروني، أما المبحث الثاني فيتناول المبادئ التي يقوم عليها التحكيم الإلكتروني.

أما الفصل الثالث فيبحث في القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني وموضوعه، وفيه بحثين؛ يتناول الأول بيان القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم الإلكتروني، أما الثاني فيبحث في القانون المختص في موضوع التحكيم الإلكتروني.

ويعالج الفصل الرابع القانون واجب التطبيق على إجراءات وقرار التحكيم الإلكتروني، وذلك في بحثين، يتناول المبحث الأول القانون المختص في إجراءات التحكيم الإلكتروني، ويتناول المبحث الثاني القانون المختص بحكم القرار التحكيمي الإلكتروني وانقضائه، وفي الفصل الخامس تم تثبيت الخاتمة والنتائج والتوصيات.

عاشراً: الدراسات السابقة:

يورد الباحث عدداً من الدراسات السابقة ذات الصلة، هذا ولم يجد الباحث أية دراسة في الكويت بخصوص هذا الموضوع.

- دراسة الطراونة، مصلح، والحجايا، نور (2005) بعنوان: التحكيم الإلكتروني⁽¹⁾.

وفيه تناول الباحثان نشأة التحكيم الإلكتروني ومزاياه وعيوبه وإجراءاته، وموقف القانون الأردني منه، وتتشابه هذه الدراسة في بعض موضوعات دراستي، إلا أنها تختلف في أنها لم تركز على القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني، الأمر الذي تبخته دراستي تلك.

- دراسة الخريشا، تمارا محمود (2008) بعنوان: الرقابة القضائية على قرارات التحكيم الوطنية والدولية: دراسة مقارنة⁽²⁾.

تتضمن هذه الرسالة دراسة مقارنة لما يمكن أن يتعرض له التحكيم كوسيلة لحل المنازعات القانونية من معوقات منذ الاتفاق على إخضاع تلك المنازعات للتحكيم إلى حين صدور القرار في المنازعات، والواقع أن العديد من الثغرات يمكن أن تواجه قرار المحكمين، سواء من حيث الشكل أو الموضوع، وسواء من حيث المصدر وطبيعته أو النتيجة المترتبة عليه، وبالتالي فالعيوب يمكن أن تمس القرار بالمقارنة مع الصلاحيات الممنوحة لمصدره (اتفاق التحكيم) أو عيوب في ممارسة الإجراءات المؤثرة على القرار أو في المدة التي يتطلبها صدوره.

وهذه الدراسة لم تبحث في التحكيم الإلكتروني والقانون الواجب التطبيق، الأمر الذي تبحث فيه الدراسة الحالية.

(1) الطراونة، مصلح، والحجايا، نور (2005)، التحكيم الإلكتروني، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثاني، العدد الأول.

(2) الخريشا، تمارا محمود (2008)، الرقابة القضائية على قرارات التحكيم الوطنية والدولية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

- دراسة العداسين، محمد (2009) بعنوان: التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة⁽¹⁾.

وهي دراسة مقارنة بين التشريعات الأردنية وتحديداً قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، والتشريعات المصرية وخاصة قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، والاتفاقيات الدولية وخاصة اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها لسنة 1958، وقوانين لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي.

ولم تبحث في القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني، وهو ما تبحثه الدراسة الحالية.

- دراسة أبو مغلي، مهند عزمي والجهني، أمجد حمدان (2009) بعنوان: "رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني"⁽²⁾.

تناول الباحثان فيه رقابة القضاء على حكم التحكيم وفقاً للقانون الأردني وفي ضوء اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وتتشابه هذه الدراسة مع بعض مفردات دراستي، وتختلف عنها في أنها لم تتناول اتفاق التحكيم الإلكتروني، وإنما تناولت أوجه الرقابة القضائية على حكم التحكيم، في حين أن دراستي ستركز على اتفاق التحكيم الإلكتروني والقانون الواجب التطبيق على موضوعه وإجراءاته.

(1) العداسين، محمد (2009)، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن.

(2) أبو مغلي، مهند عزمي، والجهني، أمجد حمدان (2009)، رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 38.

- دراسة جبران، محمد محمود محمد (2009) بعنوان: "التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية"⁽¹⁾.

تناول الباحث في هذه الدراسة دور التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية ومدى صحة إجراءات التحكيم الإلكتروني التي تجري من خلال وسائل إلكترونية في ضوء القواعد العامة القائمة على التحكيم التقليدي، وإن كانت بعض موضوعات الدراسات السابقة تلك تتشابه مع مفردات الدراسة الحالية، إلا أن الدراسة السابقة المذكورة لم تعالج موضوع القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني، وبهذا تختلف دراستي الحالية عن الدراسة المذكورة في هذا الجانب.

إحدى عشر: منهجية الدراسة:

اعتمدت هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي لأحكام وقواعد قانون رقم (11) لسنة 1995، بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية الكويتي، وقانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (38) لسنة 1980، إضافة إلى القوانين النموذجية التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والاتفاقيات الدولية وخاصة اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها لسنة 1958، وقوانين لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المختلفة، كما سوف أتناول نصوص القانون رقم (5) لسنة 1961م الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي في الكويت، مع الاستعانة بأحكام القضاء والتحكيم وآراء الفقهاء المتعلقة بهذا الخصوص، وسوف أشير إلى بعض نصوص قانون التحكيم المصري لسنة 1994م كلما دعت الضرورة.

(1) رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط.

الفصل الثاني

مفهوم التحكم الإلكتروني

سأوضح هذا المفهوم من خلال التعريف بالتحكيم الإلكتروني (المبحث الأول) ومن ثم بيان المبادئ التي يقوم عليها التحكم الإلكتروني (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التعريف بالتحكيم الإلكتروني

سأقوم من خلال هذا المبحث ببيان معنى التحكيم الإلكتروني وكذلك نشأته ومميزاته وذلك في ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: معنى التحكيم الإلكتروني:

للقوف على معنى التحكيم الإلكتروني لا بد من تحديد المقصود بالتحكيم بوجه عام، وذلك لأن التحكيم الإلكتروني هو صورة حديثة من صور التحكيم التي فرضها التطور العلمي على الواقع العملي، على نحو أصبح من الصعب معه تجاهله عند اللجوء إلى التحكيم والمفاضلة بين صورته المختلفة.

ولم يتعرض المشرع الكويتي إلى مسألة بيان معنى التحكيم⁽¹⁾، لذلك فإن الفقه قد تعرض لهذه المسألة، وعرف التحكيم بطرق عديدة، وإن اختلفت في الصياغة إلا أنها اتفقت في المضمون، ومن بين هذه التعريفات بأن التحكيم هو: "نظام خاص للتقاضي، ينشأ من

(1) من التعريفات التشريعية للتحكيم ما جاء في المادة (1/4) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م من أنه: "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركزاً دائماً للتحكيم أو لم يكن كذلك"، وهو تعريف أقرب إلى تحديد أنواع التحكيم منه إلى تحديد المقصود بالتحكيم.

الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي⁽¹⁾.

والتحكيم الإلكتروني على هذا النحو يقوم في بدايته على اتفاق يبرم بين أطرافه ثم يمر بإجراءات معينة إلى أن يصدر في النهاية حكم من الجهة التي عهد إليها بالتحكيم، ذلك أن التحكيم الإلكتروني لا بد وأن يستند إلى اتفاق بين أطرافه على حسم ما قد ينشأ بينهم من منازعات عن طريق التحكيم بطريقة إلكترونية⁽²⁾، وهذا الاتفاق غالباً ما يبرم بصورة إلكترونية، حيث يتم تبادل الرسائل الإلكترونية فيما بين الأطراف أنفسهم ابتداءً، ثم فيما بينهم وبين مركز التحكيم الإلكتروني من خلال تعبئة نموذج إلكتروني خاص ببعض مراكز التحكيم التي تباشر نشاطها عبر الإنترنت⁽³⁾.

ثم يجري التحكيم بعد ذلك عبر سلسلة من الإجراءات التي تتم بصورة إلكترونية، وذلك كانعقاد الجلسات عن طريق الإنترنت سواء بواسطة استخدام الوسائل المرئية والسمعية، أو حتى بواسطة تبادل الرسائل الإلكترونية بين أعضاء هيئة التحكيم، كما يمكن أن يتم تقديم الأدلة بصورة إلكترونية، وكذلك الاستماع إلى الشهود باستخدام ذات الطريقة من قبل هيئة التحكيم التي يصدر في النهاية حكمها بصورة إلكترونية أيضاً⁽⁴⁾.

ولا شك أن التحكيم بهذه الصورة سوف يطرح العديد من المشاكل القانونية والعملية والتي سوف نتعرض لها في هذه الدراسة وذلك كتخلف شرط الكتابة اليدوية، وكيفية انعقاد الجلسات التحكيمية، ومكان التحكيم، وكيفية ضمان السرية فيه، ومدى الاعتراف بالتحكيم

(1) انظر: حداد، حفيظة، مرجع سابق، ص 44.

(2) إبراهيم، خالد ممدوح (2009)، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 1، ص 5.

(3) جبران، محمد، مرجع سابق، ص 54.

(4) المنسي، محمد، مرجع سابق، ص 24.

الصادر بهذه الطريقة وغير ذلك من الأمور، إلا أن السؤال الذي يتعلق بالعلاقة بين التحكم التقليدي والتحكم الإلكتروني: هل يشكل التحكم الإلكتروني تطوراً للتحكم التقليدي؟ أم هو بديل عنه؟

إذا كان البعض ينظر إلى التحكم الإلكتروني على أنه امتداد للتحكم التقليدي على أساس أن التطور التكنولوجي قد أصاب كل شيء ومن بينها التحكم، وأنه قد أصبح من الممكن بالتالي أن يقوم على وسائل إلكترونية دون حاجة إلى الإبقاء على الوسائل التقليدية في هذا الشأن من ورق أو غيره⁽¹⁾، فإن ذلك لم يمنع البعض الآخر من أن يحتفظ للتحكم بخصائصه وسماته المميزة له، والتي تتجسد في المتطلبات التقليدية له، من ضرورة كتابة الاتفاق الخاص به على ورق، وحضور الاجتماعات والجلسات بصورة شخصية، وغير ذلك مما ينعدم في التحكم الإلكتروني، ومن ثم يخلص هذا الاتجاه إلى أن التحكم الإلكتروني ليس إلا بديلاً غير مناسب لحل المنازعات التجارية⁽²⁾.

وبرأي المتواضع، فإن التحكم الإلكتروني قد ظهر كتطور طبيعي لتطور التجارة وما نتج عن ذلك من تطور في الآليات الخاصة بحمايتها، وأنه يجب النظر إلى التحكم الإلكتروني في ضوء هذا المفهوم حتى يوفر لأحكامه البعد القانوني اللازم لنفاذها.

المطلب الثاني: نشأة التحكم الإلكتروني:

إن التحكم الإلكتروني قد نشأ مع شيوع استخدام التقنيات العلمية في الاتصال وإبرام العقود وتنفيذها، ونمو معاملات التجارة الإلكترونية بشكل واضح، وهو ما صاحبه زيادة في المنازعات الناشئة عنها، وفي ذات الوقت ظهر عجز القوانين المحلية في التعامل مع هذه

(1) إبراهيم، خالد، مرجع سابق، ص 13-14.

(2) نصير، معتم (2004)، مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكم التقليدي في ظل التحكم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص58، والطراونة، مصلح، والحجايا، نور، مرجع سابق، ص35.

المنازعات، ومن هنا بدأ اتجاه فقهي ينادي بضرورة استحداث قواعد خاصة بالفضاء الخارجي لتكون مرجعاً عند الفصل في المنازعات الناشئة بشأنه، واعتبر أن هذا الأمر ضرورة في ضوء الطبيعة الخاصة للمنازعات المثارة بصدد المعاملات التي تبرم عبر هذا الطريق، وأنه لا بد وأن تتمتع هذه القواعد باستقلالية تامة عن القوانين السائدة فيما جاءت به من تنظيم⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار ظهرت مجموعة من الوسائل التي يمكن أن تستخدم لتسوية المنازعات التي تنشأ نتيجة استخدام الوسائل الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت.

وإذا كان التحكيم بصورته التقليدية دائماً هو الأبرز من بين الوسائل البديلة لحسم منازعة ما، فإن الأمر لم يتغير عندما تطور شكل هذه الوسائل، واتخذت صورة إلكترونية، حيث بدى التحكيم هو الأكثر قبولاً من بينها لتحقيق هذا الغرض⁽²⁾، وهذا هو ما يفسر اتجاه بعض المنظمات والجمعيات الدولية إلى تطوير نظام القاضي الافتراضي والذي يمكن من خلاله إجراء التحكيم، سواء بأكمله أو جزء منه، من خلال شبكة الإنترنت، ويعدّ نظام القاضي الافتراضي جزءاً من منظومة أكبر، ويقصد بذلك المحكمة القضائية والتي تقدم خدمات الوساطة والتحكيم من بداياتها وحتى نهايتها عن طريق وسائط إلكترونية⁽³⁾، وهكذا نشأ التحكيم الإلكتروني وأثبت فاعليته كوسيلة عملية لحل منازعات التجارة الإلكترونية.

(1) سليمان، محمود، (مرجع سابق)، ص 64-65.

(2) من بين هذه الوسائل أيضاً التفاوض والوساطة والتوفيق بصورة إلكترونية، تفصيلاً انظر: حداد، حمزة

أحمد (2010)، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة، عمان، ص 86.

(3) الشرعة، حازم، مرجع سابق، ص 24.

المطلب الثالث: مميزات التحكيم الإلكتروني:

يتميز التحكيم الإلكتروني بعدد من المزايا التي تكفل له البقاء وتضمن له الانتشار على نحو واسع في الوقت الحاضر، خاصة في معاملات التجارة الإلكترونية، حيث تبدو حرية التجارة فيها بدرجة عالية، ولإرادة أطرافها سلطان يهيمن على تنظيم علاقاتهم. وفي البداية، فإن التحكيم الإلكتروني، وباعتباره صورة متطورة من التحكيم التقليدي، يتمتع بذات المزايا التي يتمتع بها التحكيم التقليدي، وكذلك يتمتع بمزايا أخرى نظراً للشكل الإلكتروني الذي يتخذه، ومن أهم مزايا التحكيم الإلكتروني ما يلي:

أولاً: سرعة وسهولة إجراءات التحكيم الإلكتروني:

تعدّ هذه الميزة من أبرز ما ساهم في انتشار التحكيم الإلكتروني، فهو يتسم باليسر والسهولة، حيث لا يلتزم أطراف النزاع بالانتقال والحضور المادي أمام المحكمين، بل يمكن لهم المشاركة في جلسات التحكيم من خلال الاتصالات الإلكترونية والمحادثات الهاتفية، كما أن هذه الميزة تبدو بوضوح في شأن الأحكام الصادرة من جهات التحكيم الإلكتروني، حيث تصدر بسرعة نظراً لسهولة الإجراءات التي تعتمد على التبادل الإلكتروني للمستندات الخاصة بالنزاع⁽¹⁾.

الواقع أن التحكيم الإلكتروني من هذا المنطلق قد جاء ليحد من المشاكل التي تعوق سرعة الفصل في المنازعات المعروضة أمام المحاكم، والتي ترجع للعديد من الأسباب، من أبرزها زيادة عدد المنازعات المعروضة أمام المحاكم، خاصة بعد التوسع الملموس في مجال التجارة الإلكترونية، وما أعقب ذلك من زيادة في المنازعات نتيجة للمشاكل التي تواجه المتعاملين في هذا المجال، وهي زيادة لا يقابلها زيادة موازية في عدد القضاة، كذلك فإن من

(1) انظر: منصور، محمد حسين (2003)، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص 417.

الأسباب التي تؤخر الفصل في المنازعات أمام المحاكم تعقد إجراءات التقاضي، وكثرة القيود الشكلية والزمنية التي يفرضها سير الخصومة، وما قد يؤدي إليه من حرمان صاحب الحق من حقه لفترة طويلة، علاوة على ما قد يتكبده من جهد ومال في سبيل متابعة إجراءات الخصومة⁽¹⁾، وهذه الأمور لا نرى لها مكاناً في التحكيم الإلكتروني، حيث يهدف إلى تحقيق عدالة سريعة من خلال التبسيط في الإجراءات والحكم، وتحقيقاً لهذه الميزة، أوجبت بعض قوانين التحكيم إصدار حكم التحكيم الفاصل في النزاع خلال فترة معينة، ومن ذلك قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م حيث جاء في المادة (45) منه أن: "على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان، فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك" أي أن حكم التحكيم وفق هذا النص يجب أن يصدر خلال ثمانية عشر شهراً بحد أقصى، وهي مدة وجيزة بالمقارنة ببعض أحكام القضاء التي قد تستغرق سنوات حتى تصدر، وكذلك نصت المادة (181) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي بأنه: "إذا لم يشترط الخصوم في الاتفاق على التحكيم، كان على المحكم أن يحكم خلال ستة أشهر من تاريخ إخطار طرفي الخصومة بجلسة التحكيم..."، وبرجوع الباحث إلى نص المادة (7) من قانون التحكيم القضائي الكويتي، يلاحظ أن المشرع الكويتي لم يكن موفقاً في عدم تحديده لأجل معين للفصل في خصومة التحكيم، إذ تنص المادة (7) منه بأنه: "يصدر حكم هيئة التحكيم دون تقيد بمدة معينة...".

(1) عبد العال، عكاشة محمد، والجمال، مصطفى (1998)، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية،

ثانياً: مرونة التحكيم الإلكتروني:

يتمتع التحكيم بمرونة كبيرة، وذلك إلى درجة تسمح للمتنازعين بتنظيمه، وتبدو هذه الميزة بوضوح في التحكيم الإلكتروني، حيث يستطيع أطراف النزاع اختيار هذا النوع من التحكيم كوسيلة لحل منازعاتهم من بين الوسائل الأخرى المختلفة لذلك، وتنظيمه وفق الشكل الذي يرغبون فيه⁽¹⁾، وأرى أن لهذه الميزة دورها في انتشار التحكيم الإلكتروني، وذلك لأن التحكيم في نهاية الأمر هو نظام نابع من إرادة الأطراف، وهم وحدهم من لهم الحق في الأخذ به واختيار الهيئة التي تشكله، بل ولهم الحق في اختيار الإجراءات والمدة التي يصدر فيها حكم التحكيم، وهي جميعها أمور من شأنها أن تلعب دوراً في قبول الأطراف لحكم التحكيم.

ثالثاً: المهارات الخاصة بالتحكيم الإلكتروني:

مما يتميز به التحكيم عن القضاء الوطني، أنه في حين لا يعتمد القضاء إلا على رجال القانون المتخصصين للفصل في المنازعات المطروحة أمامهم والتي قد تشمل على أمور فنية تتطلب تخصصات مختلفة ودقيقة، فإن التحكيم لا يشترط في المحكم الذي يعين للفصل في النزاع أن يكون من القانونيين، فقد يكون مهندساً أو طبيباً أو رجل أعمال ممن تتوافر لديهم الخبرة الواسعة والإلمام الشامل بمجال المنازعة المعروضة على التحكيم⁽²⁾، وكما يفترض بالمحكمين مهارات خاصة تتعلق بالتكنولوجيا واستخدام وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة. لذلك لم تشترط المادة (174) من قانون المرافعات المدنية الكويتي أية شروط خاصة بالمحكم سوى ألا يكون قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره.

(1) الطراونة، والحجايا، مرجع سابق، ص36.

(2) انظر: شفيق، محسن (1982)، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص30.

لا شك أن هذه الميزة تلعب دوراً هاماً في انتشار التحكيم الإلكتروني في مجال التجارة الإلكترونية، وذلك لأن المنازعات الناشئة في هذا المجال غالباً ما ترتبط بأمور تقنية بالغة الدقة، ويصعب على أهل القانون فهم تفاصيلها، لذلك من الأنسب في مثل هذا النوع من المنازعات أن يحال أمر الفصل إلى من يتمتعون بخبرة كافية في معاملاتها، وهو ما يتحقق من خلال فكرة التحكيم الإلكتروني، إذ تفرض طبيعة التحكيم نفسها على القائمين بالتحكيم، وتختارهم من بين أولئك الذين لديهم اتصال بعالم الإلكترونيات، ويتمتعون بخبرة في مجال التحكيم⁽¹⁾.

رابعاً: سرية التحكيم الإلكتروني:

يحرص المتعاملون في مجال التجارة بوجه عام، وفي مجال التجارة الإلكترونية بوجه خاص، على إحاطة معاملاتهم بقدر كبير من السرية، لما قد يؤدي الإفصاح عن مثل هذه المعاملات من إلحاقهم بخسائر فادحة، وهم في سبيل ذلك يدرجون من الشروط ما يهدف إلى تشديد الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات⁽²⁾.

إذا كان عرض نزاع خاص بإحدى هذه المعاملات على القضاء العادي من شأنه أن يهدد بقاء مثل المعلومات سرية، حيث تعد قاعدة العلانية من الضمانات التي تحكم مراحل النزاع المختلفة، بما في ذلك مرحلة المرافعة وتبادل المذكرات، بل وفي مرحلة الحكم أيضاً، مما قد يلحق الضرر بأطراف النزاع، فإن التحكيم بوجه عام من شأنه أن يمكن الأطراف من

(1) انظر: البربري، محمود مختار (1998)، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص11.

(2) البربري، محمود، مرجع سابق، ص12.

الاحتفاظ بسرية تامة في عدم نشر حكم التحكيم، وبالتالي الحفاظ على سرية النزاع القائم بينهم⁽¹⁾.

أما في التحكيم الإلكتروني، فإن هذه الضمانة تبدو أكثر وضوحاً، ذلك أن استخدام الوسائل الفنية في إدارة التحكيم الإلكتروني من شأنها أن تجعل من الوصول إلى هذه الأحكام أمراً شبه مستحيل، وتقضي على حالات الإهمال المادي التي تؤدي إلى الكشف عن مضمون بعض الأحكام⁽²⁾.

خامساً: تحقيق التحكيم الإلكتروني للعدالة:

يلتزم القاضي في المحاكم العادية عند نظر النزاع المعروض عليه بمراعاة نصوص القانون، وإلا كانت قابلة أحكامه للتمييز، وهو في ذلك يأمل في تحقيق العدالة، حيث إنها قد تأتي على حساب مصلحة الخصوم، وقد لا تتناسب مع ظروف الدعوى⁽³⁾.

لعل هذا هو ما يدفع إلى الأخذ بنظام التحكيم، لما له من قدرة على تحقيق العدالة بطريقة فيها قدر كبير من المرونة، ومساحة معقولة من الحرية، دون تقييد بنظام شكلي أو قانوني يحول دون ذلك⁽⁴⁾.

يتمتع التحكيم الإلكتروني بهذه الميزة، حيث يبدو تحرره من الشكلية التي تطالبت القوانين الوطنية إصباغ النزاع فيها، ويستبدل بها إجراءات أكثر سهولة ويسراً واستجابة لمقتضيات عصر السرعة، هذا من حيث الشكل، أما من حيث المضمون، فإن التحكيم الإلكتروني يبدو أكثر ملاءمة من غيره لتحقيق العدالة في منازعات التجارة الإلكترونية،

(1) أبو مغلي، والجهني، مرجع سابق، ص 46.

(2) العداسين، محمد، مرجع سابق، ص 74.

(3) انظر: شفيق، محسن، مرجع سابق، ص 30.

(4) انظر: رضوان، أبو زيد (1987)، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 3.

خاصة وأن التشريع الكويتي غير مؤهل حالياً للتعامل مع هذا النوع المستحدث من المنازعات بما يكفل تحقيق العدالة المنشودة.

وتثير هذه المسألة مشكلة، وهي مشكلة تنازع القوانين، حيث كانت ولا تزال من المشاكل التي تحول دون تحقيق العدالة في منازعات القانون الدولي الخاص، إذ غالباً ما يكون قانون القاضي هو القانون واجب التطبيق على مثل هذه المنازعات، حتى في حالات قد لا يكون هو الأنسب من غيره للفصل فيها، إلا أن تطبيقه يكون امتثالاً للنص القانوني الذي يحيل إليه، أو نتيجة لصعوبة وود معيار مختلف يمكن على أساسه إسناد قانون آخر إليه⁽¹⁾.

وتتفاقم المشكلة عندما يتعلق الأمر بنزاع خاص بمعاملات التجارة الإلكترونية، حيث تتلاشى الحدود الجغرافية ويبدو من الصعب وضع معيار يمكن الاعتماد عليه لتحديد القانون واجب التطبيق، وهنا التحكيم، سواء كان تقليدياً أو إلكترونياً، وما يكفل القضاء على هذه المشكلة، ذلك أن إرادة الأطراف تلعب دوراً هاماً في اختيار هذا القانون، بل واختيار المحكمين الذين ينظرون النزاع، بما يضمن حيديتهم، واستقلالهم، ويحقق بالتالي لهذه المعاملات استقرارها ونموها.

المبحث الثاني

المبادئ التي يقوم عليها التحكيم الإلكتروني

هناك مجموعة من المبادئ والأسس التي تنظم سير عملية التحكيم والتي يتعين مراعاتها أياً ما كان المكان الذي يجري فيه التحكيم، حيث تشكل هذه المبادئ نوعاً من النظام

(1) الباطينة، عامر (2008)، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، ط1، ص84-

العام الدولي، والذي يتعين على هيئة التحكيم عدم المساس بها حتى ولو جاء في اتفاق التحكيم ما يخالفها⁽¹⁾.

الواقع أن تحديد هذه المبادئ لا يكون بالرجوع إلى نظام قانوني محدد، وإنما يمكن أن نجد لها من خلال النظم القانوني المختلفة والتي ترمي جميعها إلى تحقيق العدالة من خلال الأخذ بهذه المبادئ، وحيث تشكل هذه المبادئ الحد الأدنى من الضمانات التي تكفل للحكم الصادر من هيئة التحكيم المصدقية والتقدير، وسأعرض هنا لأهم هذه المبادئ كي أبين الأخذ بها في ظل التحكيم الإلكتروني، وسوف أتناولها في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مبدأ المواجهة:

يعدّ مبدأ المواجهة صورة من صور حق الدفاع، حيث يقوم هذا المبدأ على ضرورة مواجهة الخصوم بعضهم لبعض، وعرض ما جمعه المحكمون عليهم، ليعطى كل طرف الحق في تقديم دفاعه، بناءً على ما نما إلى علمه من طلبات خصمه ودفاعه⁽²⁾.

تبدو تطبيقات هذا المبدأ بصفة رئيسة في مجموعة من الأمور، نعرض لها فيما يلي:

أولاً: دعوة الخصوم وتكليفهم بالحضور:

وهو أمر جوهري يتعين على المحكمين احترامه باعتباره ضماناً أولية للوصول إلى حكم عادل، وللدلالة على هذه الأهمية، فقد ورد ذكر هذا الأمر في معظم القوانين الوطنية⁽³⁾،

(1) سامي، فوزي، مرجع سابق، ص 54-55.

(2) الأحذب، عبد الحكيم (1998)، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، ص 354.

(3) من ذلك قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م والذي جاء في المادة (26) منه أن: "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه"، ولم ينص المشرع الكويتي على ذلك.

والاتفاقيات الدولية⁽¹⁾ التي عالجت موضوع التحكيم، بل وتم الأخذ به في إطار التحكيم المؤسسي⁽²⁾.

ومضمون هذا الأمر هو إخطار المدعي عليه بطلب التحكيم المقدم ضده والمستندات المؤيدة له، واسم المحكم الذي اختاره المدعي، وما إذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم، والمدة التي يستطيع خلالها اختيار محكم، وتاريخ الجلسة، وغير ذلك من المعلومات المتعلقة بالنزاع والضرورية لتمكين هذا الطرف من تقديم دفاعه، والالتزام بدعوة الخصوم قائم في مواجهة جميع الخصوم حتى الغائب منهم، حيث لا يمكن أن يستنتج من مجرد غياب المدعي عليه سوء نيته، والحكم عليه بالتالي بالطلبات المقدمة من خصم ضده⁽³⁾.

في ضوء المرونة التي يتمتع بها التحكيم، فإن للأطراف الحرية في اتخاذ الشكل الذي يروونه مناسباً لتوجيه الدعوة والتكليف بالحضور، سواء تم هذا الأمر بصورة رسمية أو غير رسمية، وذلك طالما حقق الغرض المطلوب منه وهو وصول الإعلان إلى علم الطرف المراد تبليغه به، ومع مراعاة إمكانية إثبات هذا الإعلان عند إثارة نزاع بشأنه أو عند التمسك ببطان حكم التحكيم استناداً إلى عدم استيفاء هذا الشكل.

وقد أخذ قانون التحكيم الكويتي بهذا الحكم في المادة (7) منه والتي جاء فيها أنه: "1- ما لم يوجد اتفاق خاص بين طرفي التحكيم يتم تسليم أية رسالة أو إعلان إلى المرسل إليه

(1) من هذه الاتفاقيات اتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958م، حيث جاء في المادة (5/ب) منها أن من بين أسباب رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه عدم إعلان الخصم المطلوب تنفيذه الحكم عليه إعلاناً صحيحاً.

(2) جاء في المادة (2/15) من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية لسنة 1998م أن على المحكمة أن تحرص أن يكون كل طرف قد أعطى الإمكانية الكاملة لعرض رأيه.

(3) الذيابات، صبري أحمد (2004)، إجراءات التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ص 87.

شخصياً أو في مقر عمله أو في محل إقامته أو في عنوانه البريدي المعروف للطرفين أو المحدد في مشاركة التحكيم أو في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم، 2- وإذا تعذر معرفة أحد هذه العناوين بعد إجراء التحريات اللازمة، يعدّ التسليم قد تمّ إذا كان الإعلان بكتاب مسجل إلى آخر مقر عمل أو محل إقامة معتادة أو عنوان بريدي معروف للمرسل إليه".

وهكذا فإن قانون التحكيم الكويتي قد رأى أن يحرر التحكيم من أي قيود شكلية قد تؤثر على عنصر السرعة المطلوب توافره في التحكيم.

لكن، ما الوضع في التحكيم الإلكتروني؟ حيث يتم الإعلان فيه غالباً عن طريق البريد الإلكتروني، فهل يمكن اعتبار مثل هذه الوسيلة كافية لتحقيق الغرض من الإعلان، ومن ثم تحقيق مبدأ المواجهة في هذا الشق، أم أنها وسيلة غير كافية لذلك، ومن ثم يفقد التحكيم الإلكتروني مبدأ هاماً من مبادئ التحكيم، لذلك، لم يرد نص يعالج هذه المسألة في قانون التحكيم.

إن الإجابة على هذا السؤال يمكن أن نجدها في المادة (1/4) من نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم التجاري، والتي جاء فيها أنه: "يجب أن يكون أي تبليغ أو إعلام مطلوب أو يجوز إرساله وفقاً لهذا النظام من أي طرف مكتوباً، ويرسل بواسطة البريد المسجل أو البريد الخاص أو بواسطة الفاكس أو التلكس أو البريد الإلكتروني، أو أية وسيلة اتصال أخرى تعطي إثباتاً على إرسالها"⁽¹⁾.

(1) نقلاً عن: إبراهيم، خالد، مرجع سابق، ص124.

يتضح من هذا النص أن البريد الإلكتروني، وهو الوسيلة المعتمد عليها كثيراً في التحكيم الإلكتروني، قد أصبح معترفاً به لدى هيئات التحكيم المؤسسي، وأنه يحقق مبدأ المواجهة، طالما أمكن إثبات إرساله.

ثانياً: سماع هيئة التحكيم لدفاع كل خصم:

إن الهدف من دعوة الخصوم أو تكليفهم بالحضور هو إتاحة الفرصة الكافية لهم للإدلاء بأقوالهم والدفاع عن أنفسهم، وسماع كل خصم ولا غنى عنه من أجل الوصول إلى حكم عادل، ذلك أن كل خصم هو الأقدر على تزويد هيئة التحكيم بوسائل كشف الحقيقة، ولعل ذلك هو ما دفع بمختلف قوانين التحكيم إلى النص عليه، فقانون التحكيم المصري نص عليه في المادة (26) منه⁽¹⁾، وقانون اليونسترال للتحكيم التجاري الدولي نص عليه في المادة (18) منه⁽²⁾، أما اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية فقد اعتبرت في المادة (1/15/ب) منها أن استحالة تقديم أحد الأطراف لدفاعه هو سبب من أسباب رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم.

كما يعطي له الحق في عرض وقائع القضية وإثارة الدفوع سواء الإجرائية أو الموضوعية، وهي أمور من المتصور أن تحدث في ظل التحكيم التقليدي عن طريق مثول الخصوم أو ممثليهم أمام المحكم⁽³⁾، أما في التحكيم الإلكتروني، وحيث يتخلف مثل هذا التصور، فإن السؤال الذي يثور هو: مدى تأثير مبدأ المواجهة بالحالة التي يكون فيها سماع

(1) تنص المادة (26) من قانون التحكيم المصري على أنه: "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه".

(2) تنص المادة (18) من قانون التحكيم المصري على أنه: "يجب أن يعامل الطرفان على قدم المساواة وأن تهيأ لكل منهما الفرصة الكاملة لعرض قضيته".

(3) الشرايري، أحمد، مرجع سابق، ص 86.

هيئة التحكيم لكل خصم عن طريق استخدام وسائل إلكترونية، لا عن طريق مثل الأطراف جسدياً أمام المحكم.

إن الإجابة على هذا التساؤل يمكن أن نجدها في نص المادة (179) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي والذي جاء فيه أن "تُعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته، ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك"، فالنص على هذا النحو لم يشترط عند انعقاد جلسات مرافعة شكلاً معيناً لهذه الجلسات، وإنما أقر بصحة أية جلسة مرافعة طالما تمكن كلاً من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته، ومن ثم فإن انعقاد الجلسة على نحو إلكتروني هو أمر جائز وفق هذا النص طالما استطاع كل طرف استخدام الوسائل الإلكترونية في عرض ما لديه.

أما عن الشكل الذي يستطيع كل خصم تقديم أدلته من خلاله في حالة عدم عقد جلسات مرافعة، فإن ما جاء في نهاية النص المذكور من ترك الحرية للأطراف للاتفاق في هذا الشأن، يؤكد على أنه لا يوجد ما يتعارض بين التحكيم الإلكتروني ومبدأ المواجهة فيما يتعلق بسماع هيئة التحكيم لدفاع كل خصم، فلأطراف - وفق هذا النص - الحق في الاتفاق على تقديم المذكرات والوثائق بطريقة أخرى غير المكتوبة.

ثالثاً: مواجهة الخصوم لبعضهم بادعاءاتهم ودفاعهم:

يقوم هذا الشق من مبدأ المواجهة على ضرورة إعلام كل طرف من أطراف التحكيم بما قدمه خصمه من المذكرات أو المستندات أو إثباتات، وذلك منذ بدء خصومة التحكيم،

وعلى كل طرف أن يمنح خصمه الوقت المناسب حتى يتمكن من الاطلاع على ما قدمه، ويستطيع الرد عليه⁽¹⁾.

يعدّ هذا الحق من الأصول الأساسية التي يقوم عليها التحكيم، ولذا فقد ورد النص عليه في قوانين التحكيم المختلفة، فقانون التحكيم الكويتي أوجب على كل طرف من أطراف التحكيم أن يرسل إلى الطرف الآخر صورة من كل ما يقدمه إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى⁽²⁾، وكذلك جاء قانون اليونسترال للتحكيم التجاري الدولي ليؤكد على ذلك⁽³⁾.

لا شك في أن العصر الذي نعيش فيه، وحيث تلعب الوسائل الإلكترونية فيه دوراً في شتى مناحي الحياة، يبدو تبادل المعلومات باستخدام الوسائط الإلكترونية وسيلة كافية لوصولها إلى الطرف الآخر، بل إن استخدام هذه الوسيلة تكون فيها نسبة ضمان وصول المستندات أكثر منها في حالات استخدام الوسائل المألوفة في هذا الصدد من ورق وغيره، حيث من المتصور ضياعه أو تلفه⁽⁴⁾.

رابعاً: مواجهة الخصوم بما جمعه المحكم:

تفترض المواجهة أن يحاط الخصوم علماً بكل ما جمعته هيئة التحكيم من عناصر الواقع والقانون، وكان لها دور في إصدار حكمها، إذ إن في مثل هذه الإحاطة ما يمكن

(1) العدوانى، محمد (2011)، الرقابة القضائية على حكم التحكيم، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ص44.

(2) انظر: المادة (5) من قانون التحكيم الكويتي.

(3) انظر: المادة (3/24) من نموذج قانون اليونسترال للتحكيم التجاري الدولي.

(4) شرف الدين، أحمد (2002)، تسوية المنازعات إلكترونياً، دار النهضة العربية، القاهرة، ص36-37.

الأطراف من الإلزام بظروف النزاع والاستعداد لها، وبالتالي تنفيذها إن كان فيها ما يعارض مصالحهم⁽¹⁾.

نظراً لما يمكن أن يمثله هذا الأمر من أهمية للخصوم، فقد أدرجته معظم قوانين التحكيم بين نصوصها، فقانون التحكيم الكويتي قد ذكر صراحةً في المادة (5) منه أن "ترسل إلى كل من الطرفين صورة من كل ما يقدم إلى الهيئة المذكورة من تقارير الخبراء والمستندات وغيرها من الأدلة" وكذلك أخذ بذات الأمر قانون اليونسترال للتحكيم التجاري الدولي⁽²⁾.

يتضح للباحث من خلال ما سبق، أن مبدأ المواجهة من الممكن أن يتمتع به الأطراف في حالة ما إذا كان التحكيم يتم بينهم بصورة إلكترونية، فهذا النوع من التحكيم لا يفتقر من هذا المبدأ شيئاً حتى ولو كان هناك اختلاف في طريقة ممارسته.

المطلب الثاني: مبدأ الاستمرارية:

يقوم مبدأ المواجهة على أساس إجراءات التحكيم، فمن غير المعقول أن تتم مواجهة بين الخصوم إذا انقطع سير الإجراءات، والواقع أن استمرارية إجراءات التحكيم هي إحدى الخصائص المميزة للتحكيم، بل لعلها الدافع في بعض الأحيان إلى تبني التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، ذلك أن التحكيم يتميز بسرعة الفصل في إجراءاته، وتحقيق هذا الأمر يكون من خلال تحديد مواعيد قانونية يتعين على أطراف التحكيم مراعاتها، وبحيث يكون في عدم

(1) أبو الوفاء، أحمد (1988)، التحكيم الإلزامي والاختياري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط5، ص143.

(2) تنص المادة (3/24) من قانون اليونسترال على أن "يبلغ إلى الطرفين أي تقرير يضعه خبير أو أي دليل مستندي يمكن أن تعتمد عليه هيئة التحكيم في اتخاذ قرارها".

الالتزام بها نوع من المماثلة التي تعوق سير الإجراءات واستمرارها، وبالتالي فإن الطرف الذي أخل بهذا الالتزام يكون قد تنازل عن ضمانه هامة كفلها له القانون⁽¹⁾.

وهناك نصوص قانونية في التشريع الكويتي تكفل لهذا المبدأ تطبيقه، ومن ذلك مثلاً مواجهة الحالات التي يتوقف فيها سير إجراءات التحكيم نتيجة اختلاف حول اختيار المحكم أو المحكمين، أو نتيجة اختلاف المحكمين المعيّنين على أمر مما يجب الاتفاق عليه، ففي مثل هذه الحالات وحتى لا يتعطل سير الإجراءات، فإن المحكمة المعاونة للتحكيم⁽²⁾ هي التي تتولى القيام بحل هذا الخلاف⁽³⁾.

كذلك قد يتوقف سير الإجراءات نتيجة أمر راجع إلى المحكم نفسه، حيث قد يتعذر عليه أداء مهمته، أو قد ينقطع هو بنفسه عن أداء مهمته، على نحو يؤدي إلى تأخير غير مبرر في إجراءات التحكيم، ففي مثل هذه الحالات، وحتى يتحقق مبدأ الاستمرارية، فإن المحكمة المعاونة للتحكيم يمكن لها أن تتدخل لنتهي مهمته بناءً على طلب أي من الطرفين⁽⁴⁾.

مما يجدر ذكره في هذا الصدد مسألة رد المحكم، ذلك أن هذه المسألة خطيرة ويمكن أن تعوق إجراءات سير التحكيم إذا لم يتم وضعها في ضوء ضوابط تحكمها، وهو بالفعل ما تحرص معظم أنظمة التحكيم وقوانينه عليه، وذلك بتحديد أسباب الرد وتحديد المدة التي يجب خلالها وممارسة هذا الأمر، والأكثر من ذلك عدم اعتبار طلب الرد سبباً لوقف إجراءات

(1) الكردي، جمال محمود (2003)، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، ص84-85.

(2) يقصد بالمحكمة المعاونة للتحكيم وفقاً للقانون الكويتي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وما لم يكن التحكيم تجارياً دولياً، حيث تتولى محكمة استئناف الكويت ذلك، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى بذلك. انظر: المادة الأولى من قانون التحكيم الكويتي.

(3) انظر: المادة (1) من قانون التحكيم الكويتي.

(4) وقد ورد هذا الحكم في المادة (178) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي.

التحكيم، على أنه إذا حكم برد المحكم تعدّ إجراءات التحكيم التي شارك فيها كأن لم تكن، بما في ذلك الحكم⁽¹⁾.

يلاحظ من هذه الأحكام أن ضمان مبدأ الاستمرارية هو أمر ضروري ومرتكز أساسي تقوم عليه عملية التحكيم، ولا يتصور أن يحقق التحكيم النتائج المرجوة منه إذا ما كان هناك مساس بهذا المبدأ.

وبالرجوع إلى التحكيم الإلكتروني، فإنه يستجيب لتحقيق الهدف من مبدأ الاستمرارية، وهو سرعة الفصل في النزاع، بشكل أوضح مما هو عليه في التحكيم التقليدي، أما المشاكل التي قد تعترض سير إجراءات التحكيم فلا يوجد منها ما يستعصي على الوسائط الإلكترونية التعامل معه والتغلب عليه لدفع إجراءات التحكيم قدماً إلى الأمام⁽²⁾.

المطلب الثالث: مبدأ المساواة:

إجراء التحكيم في شكل إلكتروني ليس من شأنه الإخلال بمبدأ المساواة، وإن مبدأ المساواة هو مبدأ تجمع عليه كافة القوانين التي تتناول موضوع التحكيم، وهو أمر بديهي، إذ إن اللجوء إلى التحكيم إنما يتم بناءً على اتفاق بين أطرافه، وهو اتفاق من غير المتصور أن يتم الوصول إليه إذا كان لدى أحد الطرفين شك في أنه لن يعامل على قدم المساواة مع الطرف الآخر، لذلك جاء نص المادة (26) من قانون التحكيم المصري واضحاً في ضرورة أن يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة ويهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه، في حين لم ينص قانون التحكيم الكويتي على غير ذلك، ومع ذلك فإن القواعد العامة في المرافعات المدنية والتجارية توجب مراعاة هذا المبدأ.

(1) ورد تنظيم عملية رد المحكم في قانون التحكيم الكويتي في المادة (6)، وكذلك في المادة (178) من قانون المرافعات الكويتي.

(2) انظر: النمر، أبو العلا (2004)، تكوين هيئات التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ص41.

الواقع أن المساواة بهذا المفهوم يمكن أن تتحقق في مجال التحكيم الإلكتروني، لأن هذا النوع من التحكيم يفترض إمام أطرافه بصورة كاملة بكيفية التعامل مع الأجهزة الإلكترونية، وذلك حتى يستطيع كل طرف ممارسة حقوقه على قدم المساواة مع الطرف الآخر.

الفصل الثالث

القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني وموضوعه

سأبحث من خلال هذا الفصل القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم الإلكتروني (المبحث الأول) ومن ثم القانون المختص في موضوع التحكيم الإلكتروني (المبحث الثاني).

المبحث الأول

القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم الإلكتروني

إن الاتفاق في اللجوء للتحكيم يكون إما في صورة بند في العقد أو أن يكون في اتفاق لاحق للعقد وسابق على حدوث النزاع وهو ما يعرف بشرط التحكيم، وإما أن يكون في صورة اتفاق لاحق على حدوث النزاع وهو ما يعرف بمشارطة التحكيم⁽¹⁾.

وتنص المادة (2) من قانون التحكيم الكويتي على أنه: "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على نشوء النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام أية جهة قضائية، ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديداً دقيقاً وإلا كان الاتفاق باطلاً".

أجد من خلال النص أعلاه أنه اعترف بصورتي اتفاق التحكيم، شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، وهذه الصور من التحكيم لا تثير أية مشكلة في مجال التحكيم الإلكتروني لإمكان إجرائها بين الأطراف إلكترونياً بالشكل المتعارف عليه في كثير من دول العالم سواء

(1) الصاوي، أحمد السيد، التحكيم طبقاً للقانون رقم (27) لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص48.

في شكل شرط بالعقد الذي أثير النزاع بشأنه أو باتفاق لاحق عن طريق شكل عقد، أو من خلال شرط الإحالة إلى وثيقة تتضمن شروط تحكيم.

وسأبحث ضمن هذا المبحث في المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم الإلكتروني، والقانون الذي يحكمها، ومن ثم في تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني والقانون الذي تخضع له، وذلك في مطلبين.

المطلب الأول: المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم الإلكتروني والقانون الذي يحكمها:

يثور التساؤل حول ما القانون واجب التطبيق على مسائل التحكيم المتعلقة باتفاق التحكيم الإلكتروني؟ فهو يخضع لقانون الإرادة، وهو القانون الذي يختاره المتعاقدون، حيث إنه مبدأ سائد في التحكيم التجاري الدولي، كما أكدته أيضاً كل الاتفاقيات الدولية التي تنظم التحكيم مثل اتفاقية جنيف لسنة 1961م⁽¹⁾، واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي⁽²⁾، ولا تخضع إرادة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق لأية قيود إلا ما يتعلق منها بالنظام العام الدولي⁽³⁾.

وسيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: يتناول الفرع الأول الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم الإلكتروني والقانون واجب التطبيق عليها، ويتناول الفرع الثاني الشروط الشكلية في اتفاق التحكيم الإلكتروني والقانون المطبق على هذه الشروط الشكلية.

(1) المعاهدة الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف سنة 1961م، حيث تعد من أهم اتفاقيات التحكيم العالمية التي تعالج موضوعات التحكيم التجاري الدولي.

(2) اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري التي حررت في مدينة عمان سنة 1987م ووقعت عليها من الدول العربية بما في ذلك فلسطين.

(3) شفيق، محسن، مرجع سابق، ص213.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم الإلكتروني والقانون واجب التطبيق

عليها:

لا بد لصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني أن تكون الشروط الموضوعية متوفرة، وهي تتمثل في ثلاثة شروط، هي: الأهلية، والمحل، والسبب، وسأبحثها تباعاً.

أولاً: الأهلية:

تجمع كافة القوانين والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم على ضرورة توافر الأهلية القانونية لكافة أطراف اتفاق التحكيم تحت طائلة بطلان اتفاق التحكيم⁽¹⁾، وإذا كان البعض يرى أن بحث الأهلية في المحكمين لا ضرورة له، إذ أن اتفاق التحكيم الإلكتروني تم عن طريق الإنترنت بواسطة مراكز كبرى تحرص على الدقة في شتى الجوانب وخصوصاً الأمور الأساسية فيها⁽²⁾، إلا أنه لا يمكن إغفال التحكيم الحر أو الفردي إذ لا يوجد ما يمنع أن يتم إنشاء موقع للتحكيم الإلكتروني من قبل الأفراد، وبالتالي يجب التأكد من توافر الأهلية الكاملة لكافة أطراف التحكيم.

أما فيما يخص أهلية أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني، فيلزم تمتعهم بالأهلية المدنية وإلا فإن حكم التحكيم يكون باطلاً، إذا كان العقد قد أبرم بين تاجر أو شركة تدير موقعاً إلكترونياً تجارياً على شبكة الإنترنت وبين مستهلك، فإن طرفي التحكيم ينبغي أن تتوافر في كل منهما أهلية التصرف في الحق محل النزاع، ولا خلاف في توافر الأهلية بالنسبة للتاجر إذ أن ممارسته للنشاط التجاري على وجه الاحتراف ووجود قيد له في السجل التجاري في دولته يؤكد تمتعه بالأهلية اللازمة، إلا أن الأمر ليس بذات اليسر فيما يتعلق بالمستهلك، فعلى الرغم

(1) انظر مثلاً: المادة (9) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (173) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي.

(2) أبو الهيجاء، محمد، مرجع سابق، ص 64.

من أن المستهلك لدى إبرامه عقداً من عقود التجارة الإلكترونية يلزم بتقديم معلومات شخصية لتحديد هويته، إلا أنه من الصعب التحقق من دقة المعلومات التي يقدمها، فكثيراً ما يعتمد زائر الموقع إلى تقديم معلومات غير صحيحة عن هويته لحماية خصوصيته، وخشية استعمال هذه المعلومات خلافاً لإرادته، لذلك فإن حكم التحكيم الإلكتروني يكون معرضاً للبطلان إذا ما تبين أن ما قدمه زائر الموقع من معلومات غير دقيق⁽¹⁾.

هذا ويتم التحقق من هوية أطراف الاتفاق عن طريق شخص ثالث مهمته التأكيد على أن المتعامل إلكترونياً قدم بيانات دقيقة عن هويته الشخصية، ويطلق على هذا الشخص الثالث مقدم خدمة التصديق وهو مركز قانوني حديث نسبياً يرتبط في وجوده بانتشار الوسائل الإلكترونية في التعامل، وخصوصية هذه الوسائل من حيث أن طرفي التعامل لا يعرف أحدهما الآخر ولا سبيل له للتحقق من هوية الآخر، ولا سيما أن هذه الوسائل الإلكترونية تتيح اتصال وتعاقد شخصين موجودين في مكانين مختلفين بل قد يبعد أحدهما عن الآخر مئات الأميال⁽²⁾.

إلا أن البعض يرى أن الأخذ بهذه الآلية في تحديد هوية المتعاقدين والتأكد من أهليتهم يشكل عبئاً إضافياً على فريق النزاع، حيث أن سلطات الإشهار تأخذ مقابلاً مادياً لقاء عملها والذي قد يتسبب في النزوح عن اللجوء إلى الإنترنت كوسيلة لحل المنازعات، ويقترح أن يتم تصميم ذات الموقع بشكل يلزم الطرف الذي ينوي الاتفاق لإحالة نزاعه الحالي أو المستقبلي لإحدى مراكز التحكيم عن بعد بالكشف عن هويته والإفصاح عن عمره، وفي حالة إغفاله لن يسمح له بتاتاً بالمضي قدماً في اتفائه، الأمر الذي سيضفي نوعاً من المصادقية أمام أطراف

(1) ناصف، حسام الدين فتحي (2005)، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 290.

(2) ناصف، حسام الدين، مرجع سابق، ص 291.

النزاع وتحفيزهم بالنتيجة على اتباع هذه الطريقة الحيوية لفض المنازعات⁽¹⁾، بالإضافة إلى ذلك يقترح البعض الآخر تصميم الموقع بشكل يتيح لزائره المرور على شروط التعاقد ومن بينها شرط التحكيم قبل الضغط على أيقونة القبول عن طريق الربط بين أيقونة القبول وشروط التعاقد بشكل واضح، فإذا وردت في أسفل صفحة الموقع فلا يعد الضغط عليها قبولاً لشروط التعاقد ومنها شرط التحكيم وبالتالي لا يلزم المتعاقد بها⁽²⁾.

هذا ولا يكفي تمتع أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني بالأهلية القانونية حتى يكون الاتفاق صحيحاً، بل يجب أن يعبر كل طرف في العقد عن إرادته وأن تكون متطابقة مع إرادة الطرف الآخر، ولا يتأثر ركن الرضا في العقد بالوسيلة التي يتم من خلالها إبرام العقد، فسواء كنا أمام تحكيم تقليدي أم إلكتروني يجب أن تكون الإرادة سليمة خالية من أي عيب من عيوب الرضا.

إلا أن التحقق من رضا الأطراف باللجوء للتحكيم قد يثير بعض الصعوبات عندما يتم التعبير عن الإرادة ضمناً أو عندما يتم الإحالة إلى عقد يحتوي على شرط التحكيم كما أسلف، فقد يرسل أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر رسالة أو برقية يعرض عليه اللجوء للتحكيم ويحدد له ميعاد للرد عليه، فهل يعد فوات الأوان دون الحصول على رد بمثابة رضا بالتحكيم؟⁽³⁾، وقد يكون هناك العديد من العلاقات بين شركتين ويجري النص غالباً في علاقاتهما التعاقدية على اللجوء للتحكيم، إلا أنهما يبرمان عقد بعد ذلك لا ينص فيه على شرط

(1) أبو الهيجاء، محمد، مرجع سابق، ص 66.

(2) ناصف، حسام الدين، مرجع سابق، ص 291.

(3) التحوي، محمود السيد عمر (2007)، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ص 126.

التحكيم، فهل يجوز القول بوجود اتفاق ضمني على اللجوء للتحكيم فيما بينهما نظراً لتواتر العمل بينهما على النص على شرط التحكيم؟⁽¹⁾

على الرغم من أن النظرية العامة للعقود تعتد بوسائل التعبير عن الإرادة كافة: كالكتابة والإشارة أو حتى اتخاذ موقف عملي معين كما في المثال السابق، إلا أن البعض يرى ضرورة أن يكون التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم صريحاً؛ من أجل تنبيه المتعاقدين لأهمية وخطورة ما هم مقبلين عليه من أمر، وبالتالي لا يتخذون قرارهم إلا بعد تروٍ وتفكير عميقين صادرين عن إرادة واضحة وصريحة؛ لأن الاتفاق على التحكيم شرطاً كان أم مشاركة يشكل خروجاً عن الأصل العام في التقاضي، فكان لا بدّ من التعبير عنه صراحة وعدم افتراضه⁽²⁾.

والتراضي يخضع لقانون الإرادة، وإلا خضع لقانون البعد الذي يصدر فيه حكم التحكيم الإلكتروني⁽³⁾.

ثانياً: محل التحكيم الإلكتروني:

بمعنى أن يكون النزاع قابلاً للتسوية بطريق التحكيم حيث نصت المادة (11) من قانون التحكيم الكويتي بأنه: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"، وتخضع القابلية الموضوعية التي تتعلق بموضوع النزاع إلى القانون المطبق على اتفاق التحكيم للمسألة

(1) الرومي، محمد أمين (2006)، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، ص103.

(2) التحويي، محمود، مرجع سابق، ص127.

(3) انظر: المادة (5) من اتفاقية نيويورك.

المتنازع عليها، وبالنسبة للدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى، فتخضع للقانون الشخصي للدولة الطرف في الاتفاق⁽¹⁾.

ثالثاً: السبب:

يجب أن يكون السبب في اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني مشروعاً، ويعد السبب مشروعاً إلا إذا ثبت أن المقصود منه التهرب من أحكام القانون الذي كان سيطبق في حال طرح النزاع على القضاء نظراً لوجود قيود معينة يرغب الأطراف التخلص منها⁽²⁾.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية في التحكيم الإلكتروني والقانون المطبق عليها:

الأصل في العقود هو الرضائية، بمعنى أن العقد يبرم بمجرد أن يتبادل المتعاقدان التعبير عن إرادتهما دون حاجة إلى إجراء آخر، وينطبق ذلك بطبيعة الحال على العقد الإلكتروني.

مع ذلك فقد يتطلب القانون إفراغ التراضي في شكل محدد، كأن يشترط أن يكون العقد مكتوباً، فقد تكون الكتابة مطلوبة ليس لإثبات العقد وإنما لإبرامه وانعقاده صحيحاً بحيث لا يكون للعقد وجود قانوني إلا إذا تم في الشكل الكتابي الذي اشترطه القانون، والشكل الذي تشترطه القوانين المعاصرة غالباً ما يكون الكتابة في ورقة رسمية يقوم بتحريرها شخص مكلف قانوناً، وهو الموثق الرسمي أو محرر العقود.

وهنا يثور التساؤل حول إمكانية استيفاء الشكلية بنفس الطريقة عند إبرام العقد الإلكتروني؟ بمعنى هل مناط الشكلية الكتابة على الورق أم أنها تستوعب الكتابة الإلكترونية؟ وبعبارة أخرى الوثيقة الناجمة عن معاملة إلكترونية متضمنة لعنصري الكتابة والتوقيع؟

(1) رضوان، أبو زيد، مرجع سابق، ص58.

(2) رضوان، أبو زيد، مرجع سابق، ص13.

سأحاول الإجابة عن هذا التساؤل من خلال الإحاطة بمفهوم الكتابة، وارتباطها بالمحرر، وما يشكله من عائق للإقرار بحجية المحرر الإلكتروني، مع بيان مفهوم الكتابة وارتباطها بهذا المحرر.

أولاً: مفهوم الكتابة الإلكترونية:

يقصد بالكتابة اللازمة للإثبات المستند الأصلي، وهذا المستند قد يكون ورقة رسمية، وقد يكون ورقة عرفية، وينحصر الفارق الرئيس - من حيث الشكل - بين الورقة الرسمية والورقة العرفية في أن الأولى تصدر عن موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، وأن يكون مختصاً في إنشائها من حيث الموضوع والمكان، أما الأوراق العرفية فهي التي لا تتوافر فيها مقومات الورقة الرسمية من حيث أنها تصدر من الأفراد وليس من الموظف عام⁽¹⁾.

أما فيما عدا الفارق الشكلي، فإن الدليل الكتابي رسمياً كان أو عرفياً يجب - حتى يعتد به قانوناً - أن يتضمن كتابة مثبتة لتصرف قانوني، وأن يكون موقعاً من الشخص المنسوب إليه الدليل، فعنصر الدليل الكتابي إذن هما: الكتابة من جهة والتوقيع من جهة أخرى، وبالرجوع إلى الغاية المنبثق عنها استلزام الكتابة، نجد أن الأمر لا يخرج عن كونه يتعلق بالإثبات في الدرجة الأولى، وبالتالي فإنه على أساس هذه الغاية، يتأتى تحديد شكل المحرر المطلوب في الإثبات وليس على أساس الشكل⁽²⁾.

يفهم من ذلك أن الكتابة لا ينظر إليها من حيث ارتباطها بالوسيلة أو الوسيط المستخدم في التدوين على وسيلة مادية محددة، بل بوظيفتها في إعداد الدليل على وجود التصرف

(1) جميعي، حسن عبد الباسط (2000)، إثبات التصرفات القانونية التي تتم عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ص16.

(2) أبو الهيجاء، محمد، مرجع سابق، ص62.

القانوني وتحديد مضمونها بما يمكن الأطراف من الرجوع إليه في حالة نشوب خلاف، وبالتالي ونتيجة للتقدم العلمي الذي أدى بدوره إلى تطوير فكرة الكتابة، وظهور وسائل التعاقد المستحدثة، وبذلك لم يعد يربط الكتابة بالورقة التقليدية، بل أصبح الفكر القانوني ينادي الكتابة الإلكترونية المستخرجة من أجهزة الحاسب والإنترنت، ما دام بالإمكان التأكد من مضمونها، لإثبات المعاملات المدنية بين المتعاقدين، وبهذا أخذ المشرع الكويتي⁽¹⁾.

ثانياً: شروط الكتابة اليدوية ومدى توافرها في الكتابة الإلكترونية:

فيما تقدم تبين معنى الكتابة التقليدية والإلكترونية، وأنها وسيلة لإقامة الدليل على وجود التصرف القانوني ومضمونه، وهي قد تعد مقدماً، وقد لا تكون معدة أصلاً للإثبات، ووظيفتها تنصب على واقعة قانونية، تكون مصدر الحق، وليس الحق المتنازع عليه أمام القضاء، ومجال هذه الدراسة هو الإثبات القضائي، الذي يتم عن طريق تقديم الدليل أمام القضاء، ولتؤدي الكتابة وظيفتها لا بد من توافر بعض الشروط.

1 - أن تكون الكتابة مقروءة، واضحة، مفهومة، ونسبتها لصاحبها:

يشترط في الكتابة لكي يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير أن تكون مقروءة، ومضمونها واضح، وتدون بشكل مفهوم سواء أكانت بحروف أو برموز معروفة⁽²⁾.

2 - ديمومة أو استمرار الكتابة وحفظها:

حتى تحقق الكتابة وظيفتها في الإثبات يجب أن تدون على وسيط إلكتروني يمنح إثبات الكتابة عليه وديمومتها، ليتمكن العودة إلى المستند عند الحاجة، وهذا حاصل في المستند الورقي، الذي يقدم للقضاء عند أي نزاع بين المتعاقدين، وقد لا يتوافر ذلك في خصائص

(1) انظر: المادة (173) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي. وانظر أيضاً: المادة (2) من اتفاقية

نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958م.

(2) جميعي، حسن، مرجع سابق، ص 20.

المستند الإلكتروني المستخدمة في التعاقد عبر الشبكة، كالتكوين المادي والكيميائي للشرائط المغنطة، وأقراص التسجيل التي تتصف بدرجة من الحساسية، مما يؤدي إلى تلفها عند تغيير قوة التيار الكهربائي أو اختلاف في درجة تخزين الوسائط فلا تكون لديها القدرة على حفظ الكتابة الإلكترونية واستمرارها. وغير أن هذه المشكلة الفنية تم التغلب عليها من خلال الأجهزة المتطورة ذات القدرة على استمرارية حفظ المعلومات وديمومتها بدرجة أكبر من حفظ الأوراق العادية أو المستندات الخطية المعروضة لسوء التخزين والرطوبة وبالتالي يمكن تحقيق هذا الشرط من خلال التكنولوجيا المتقدمة⁽¹⁾.

ولقد أشار إلى ذلك صراحة قانون الأونستيرال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 في المادة (1/6) حيث نصت على أنه: "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومة مكتوبة تستوفى رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً".

3 - عدم قابلية الكتابة للتعديل إلا بإتلاف المستند أو ترك أثر مادي عليه:

إن صحة الكتابة التقليدية مرهونة بعدم وجود عيوب مادية من شأنها أن تقلل من قيمتها من خلال الكشط والمحو والتحشير، فإذا كانت هناك تعديلات فإنه يتوجب إظهارها حتى تحدد قوتها الثبوتية⁽²⁾.

وعليه، فإن الكتابة التقليدية القائمة على وسيط ورقي والكتابة المستحدثة القائمة على وسيط إلكتروني يحققان ذات الوظيفة في الإثبات، وأن شروط الكتابة التقليدية المتمثلة في إمكانية وضوحها وفهمها وكذلك استمرارها أو ديمومتها وإمكانية الرجوع إليها عند الضرورة

(1) جميعي، حسن، مرجع سابق، ص 21.

(2) الرومي، محمد أمين، مرجع سابق، ص 74.

وعدم قابليتها إلا بترك أثر واضح يدل على ذلك التعديل، كل ذلك يمكن تحقيقه في الكتابة الإلكترونية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني والقانون الذي تخضع له:

يخضع تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني في الأصل إلى إرادة الأطراف واتفاقهم، وقد حاولت القوانين تنظيم هذا الأمر من خلال النص على ذلك في التشريعات الوطنية، ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة (15) من قانون التحكيم المصري حيث جاء فيها "تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين، من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلا".

هذا وترك القانون المصري للأطراف الحرية في تشكيل هيئة المحكمين لكنه تدخل بنص أمر حيث اشترط في حال تعدد المحكمين دون تحديد للعدد أن يكون العدد ثلاثة.

في حين نص قانون التحكيم الكويتي في المادة الثامنة منه على أنه "تشكل هيئة التحكيم باتفاق الأطراف من محكم أو أكثر وإذا لم يتفق على تشكيل هيئة التحكيم يختار كل طرف محكم ويختار المحكمون مرجحا إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.

فالمشرع الكويتي لم يشترط في حال تعدد المحكمين أن يكون عددهم وترا ولم يشترط في حال اتفاق الأطراف على تعدد المحكمين دون تحديد العدد أن يكون العدد ثلاثة، فالنص الفلسطيني بهذا الخصوص نص مكمل يجوز للأطراف الاتفاق على خلافه.

(1) الرومي، محمد أمين، مرجع سابق، ص75.

وقد عالج قانون اليونسترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي القواعد الخاصة بتشكيل محكمة التحكيم في المواد من (10-15) حيث أرست هذه المواد مبدأ سلطان الإرادة بترك الحرية للأطراف في تحديد عدد المحكمين وإلا كان العدد ثلاثة⁽¹⁾.

كما ينص القانون النموذجي على أنه "أنه في حال عدم وجود اتفاق على تشكيل هيئة التحكيم تتولى الأمر الجهة التي يحددها القانون الوطني لكل دولة وتكون قراراتها في هذا الخصوص غير قابلة للطعن فيها"⁽²⁾.

أما اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي فقد نظمت موضوع تشكيل هيئة التحكيم في المادة (15) من الاتفاقية المذكورة، حيث نصت على أن: "1- تتألف هيئة التحكيم من ثلاثة أعضاء ويجوز للطرفين الاتفاق على محكم واحد".

فالأصل ترك تشكيل محكمة التحكيم الإلكتروني لحرية الأطراف سواء تولوا ذلك بأنفسهم أو فوضوا جهة معينة تتولى هذه المهمة، أما إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق أو تعذر التشكيل، فيتولى الأمر الجهة التي يحددها القانون الوطني لكل دولة.

من خلال ما سبق يتبين أن القاعدة العامة في تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني منوطة بإرادة الأطراف، ولكن في حال عدم الاتفاق بين الأطراف على أية جزئية متعلقة بتشكيل هيئة التحكيم يتم إحالة الأمر إلى الجهة المعنية وفق ما ينظمه القانون الوطني لكل دولة.

هذا ويجب ابتداءً أن يتوفر في المحكم عدة شروط حتى يستطيع القيام بالمهمة الموكلة إليه، حيث لا يكفي توفر الأهلية المدنية التي تخضع للقانون الشخصي عند الفرد ليكون محكماً، وإنما يلزم توفر شروط أخرى، هي في الغالب شروط صلاحيته لممارسة العمل

(1) بريري، محمود مختار أحمد، مرجع سابق، ص 80.

(2) انظر المواد (6، 11، 12، 13، 16) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

القضائي، مثل شرط الجنسية، أو شرط مزاوله مهنة معينة، أو مراعاة القيود الواردة في القوانين الوطنية المختلفة، مثل أن لا يكون المحكم قاصرا، أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية أو مفلسا، فهذه الشروط تتعلق بالاختصاص بالتحكيم، ولها أثرها في صحة الحكم أو بطلانه وهي بذلك تخضع للقانون الذي يحكم الإجراءات⁽¹⁾.

وقد نصت المادة (502) من قانون المرافعات الكويتي على أنه "لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلسا لم يرد إليه اعتباره".

يتضح من خلال ما سبق أن أهلية المحكم في التحكيم الإلكتروني منوطة بقانونه الشخصي الذي يحدد أهليته والشروط الواجب توفرها فيه.

أما بخصوص القواعد الدولية المعمول بها في مجال التحكيم الإلكتروني فهي بصورة عامة لا تضع شروطا خاصة لمن يمكن اختياره محكما، ذلك لأن القاعدة في هذه الحالة ترك الحرية للطرفين في اختيار الشخص أو الأشخاص الذي يشقون بهم وبنزاهتهم والاطمئنان إلى عدالتهم في اتخاذ القرار الخاص بحسم النزاع.

في حين نصت بعض الاتفاقيات الدولية صراحة على إمكانية قيام الأجنبي بمهمة المحكم، فقد ورد في الاتفاقية الأوروبية لعام 1961م⁽²⁾ في المادة الثالثة منها على أنه في التحكيم الخاضع لهذه الاتفاقية يمكن للأجانب أن يعينوا المحكمين، كما نصت بعض الاتفاقيات والقواعد الدولية على عدم تعيين محكم ممن يحملون جنسية أحد أطراف النزاع، وذلك في حال تعيينه من قبل سلطة التعيين.

(1) عبد الله، عز الدين (2004)، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ص54.

(2) المعاهدة الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف.

كما نصت الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري سنة 1987م على أنه "لا يجوز أن يكون المحكمون الذين يتم تعيينهم من مواطني أحد الطرفين"، كما نصت هذه الاتفاقية في المادة (14) منها على أن "يعد مجلس الإدارة سنوياً قائمة بأسماء المحكمين من كبار رجال القانون والقضاء أو من ذوي الخبرة العالية والاطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال، ومتمتعين بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة"، وقد ورد نص مشابه في اتفاقية واشنطن لعام 1965م الخاصة بحل المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، حيث جاء في المادة (38) من الاتفاقية أنه "عندما يقوم رئيس مجلس إدارة تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات بتعيين المحكم أو المحكمين يجب أن لا يكونوا من مواطني دولة أحد الأطراف"، مثل هذا النص جاء في القواعد الدولية الخاصة بالتحكيم.

من الأمثلة على ذلك ما جاء في الفقرة السادسة من المادة الثانية من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية، أيضاً ما جاء في الفقرة الرابعة من المادة السادسة من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة في القانون التجاري الدولي⁽¹⁾.

مما يتعلق بهذا الخصوص أيضاً ما جاء في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة⁽²⁾، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة (11) "لا يمنع أي شخص بسبب جنسيته من العمل كمحكم ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"⁽³⁾.

(1) انظر: المادة (18) الفقرة الرابعة من الاتفاقية المذكورة.

(2) وضعت اللجنة المذكورة القانون النموذجي لكي تستطيع الدول الرجوع إليه عند إصدار قوانين التحكيم التجاري الدولي أو عند تعديل قوانينها، حيث أعدت جمهورية مصر العربية مشروعاً للتحكيم التجاري الدولي استمدت نصوصه من القانون النموذجي المذكور.

(3) سامي، فوزي محمد، مرجع سابق، ص 157.

المبحث الثاني

القانون المختص في موضوع التحكيم الإلكتروني

لقد أدى تغيير شكل التحكيم ووضعه في قالب إلكتروني إلى إحداث تغيير مواز له فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني، ذلك أن القاعدة المستقرة عليها في التحكيم التقليدي في هذا الشأن باتت غير ملائمة للتطبيق في إطار التحكيم الإلكتروني، ومرد ذلك إلى الاختلاف الجوهرى للبيئة التي تنور بمناسبتها منازعات التحكيم الإلكتروني، وهي في الأغلب الأعم بيئة إلكترونية، عن تلك التي تنور بمناسبتها منازعات التحكيم العادي⁽¹⁾.

فاللجوء إلى التحكيم الإلكتروني غالباً ما يكون في المنازعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية، وهي منازعات لها من الطبيعة ما يستعصي على قواعد القانون الدولي الخاص مسايرتها، ويتطلب الأمر تطويع هذه القواعد على نحو يتماشى مع هذه الطبيعة الخاصة، والتي تقوم على مجتمع تتعدم فيه الروابط المكانية ونقصد به شبكة الإنترنت⁽²⁾.

إن المحكم وهو يقوم بتحديد هذا القانون، عليه أن يبحث أولاً في إرادة الخصوم، وما إذا كانت قد اتجهت إلى اختيار قانون معين سواء بصورة صريحة أو مفترضة⁽³⁾، وذلك طالما

(1) حداد، حفيظة، مرجع سابق، ص119.

(2) أبو الهيجاء، محمد، مرجع سابق، ص69.

(3) تستخلص الإرادة المفترضة للأطراف من دلائل مختلفة مثل محل إبرام العقد، وقانون محل التنفيذ، ومنها مؤشرات خاصة مثل محل إقامة المتعاقدين، وموضوع العقد، راجع: نصوص المواد من (50-67) من القانون رقم (5) لسنة 1961م الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي في الكويت.

أن القانون المختار لا يتعارض مع النظام العام في دول التنفيذ، أو يمثل غشاً نحو القانون الذي من المفترض أن يحكم النزاع⁽¹⁾.

فإذا لم يعين أطراف النزاع المطروح على التحكيم الإلكتروني القانون الذي يحكم موضوع منازعاتهم، سواء بشكل صريح أو عن طريق مؤشر ضمني، فإن على المحكم أن يلجأ إلى القواعد الخاصة بتنازع القوانين ليحدد من بينها أي قانون هو الأكثر ملاءمة لحكم موضوع النزاع، ووفقاً للقواعد التقليدية، فإن استخلاص هذا القانون إنما يتم في ضوء ضوابط الإسناد التي تحددها اعتبارات كثيرة، من أهمها الموقع الجغرافي لأطراف العلاقة، وهنا تكمن مشكلة التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الإلكترونية، والتي يمكن لنا أن نطرحها في صورة السؤال التالي: هل يمكن تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني من خلال المفاهيم التقليدية السائدة في مجال تنازع القوانين، أم أن منازعات التجارة الإلكترونية بما لها من طبيعة خاصة تستوجب الخروج عن هذه المفاهيم؟ للإجابة على هذا السؤال لا بدّ من تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين.

المطلب الأول

قيمة قواعد الإسناد ومدى تجاوبها مع منازعات التجارة الإلكترونية

إن قواعد الإسناد تهدف دائماً إلى إرشاد المحكم إلى القانون واجب التطبيق على العلاقة العقدية ذات العنصر الأجنبي، ويقف دورها عند هذا التحديد دون أن يتجاوزه لحل النزاع بشكل مباشر، أي أنها قواعد شكلية غير مباشرة⁽²⁾، ومن ثم فإن الأخذ بها قد ينجم عنه مشاكل في مجال التحكيم الإلكتروني المنعقد بشأن منازعات التجارة الإلكترونية، فمن ناحية

(1) تجيز المادة (25) من اتفاقية نيويورك رفض تنفيذ حكم محكمة التحكيم إذ تعارض مع قواعد النظام العام في دولة التنفيذ.

(2) انظر: إبراهيم، أحمد إبراهيم (1998)، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، ص 40.

أولى تبدو هذه القواعد غير ملائمة لمنازعات التجارة الإلكترونية وذلك نظراً لتعدد العلاقات الناشئة بمناسبة واحتوائها على عناصر متعددة الجنسيات، وحاجتها إلى السرعة في حلها⁽¹⁾. ومن ناحية أخرى، قد تتضارب قواعد الإسناد في النزاع الواحد، فتصبح هنا معايير يشير كل منها إلى قانون واجب التطبيق، مما قد يصعب المهمة أمام جهة التحكيم الإلكتروني، كما أن قواعد الإسناد قد وضعت محلياً، ومن ثم يصعب تطبيقها على العلاقات التجارية الدولية خاصة ما يتعلق بمنازعات التجارة الإلكترونية، والتي ترفض التقسيم الجغرافي للدول وتنتظر إلى العالم كله خلال شبكة الإنترنت، وكأنه وحدة واحدة⁽²⁾.

المطلب الثاني: الآراء الفقهية التي ظهرت بشأن القانون المختص في موضوع التحكيم الإلكتروني:

هناك عدة آراء ظهرت في هذا الشأن⁽³⁾: هناك من قال بأن على المحكم أن يلجأ إلى حكم قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يقيم فيها إقامة دائمة، ومن الواضح هنا أن هذا الضابط يصعب الأخذ به في حالات التحكيم الذي يجري إلكترونياً، فالمحكم في هذا النوع من التحكيم لا يقطن دولة بعينها وإنما يباشر عمله خلال شبكة الإنترنت، والتي تعد بمثابة موطن "غير محدد الملامح" له.

وهناك من قال بأن القانون يتحدد من خلال الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك لأطراف النزاع، وهذا الضابط هو الآخر يصعب الاعتماد به في حالات التحكيم الإلكتروني الذي يجري في منازعات التجارة الإلكترونية، إذ يعقد هذا التحكيم غالباً بشأن منازعات قائمة

(1) الكردي، جمال، مرجع سابق، ص 94.

(2) مجاهد، أسامة أبو الحسن (2000)، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، ص 103.

(3) انظر في عرض تفاصيل هذه الآراء: رضوان، أبو زيد، مرجع سابق، ص 150 وما بعدها.

بين أطراف لا يتمتعون بجنسية مشتركة أو يقيمون في موطن واحد، وهذه من خصائص منازعات التجارة الإلكترونية.

أما الرأي الثالث فاتجه أنصاره إلى تطبيق القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم على موضوع التحكيم، أي التوحيد بين كل من الإجراءات وموضوع النزاع فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على كل منهما، والواقع أن الأخذ بهذا الضابط في مجال التحكيم الإلكتروني هو أمر غير مقبول، إذ يجري هذا التحكيم من خلال مراكز تقييم لها مواقع على شبكة الإنترنت، والتي تحدد بدورها للمحكم الكيفية التي تدار بها إجراءات التحكيم، وفي الغالب لا تضع هذه المراكز قواعد موضوعية لحل المنازعات، تاركة للمحكم سلطة في هذا الشأن في مجال غياب إرادة الأطراف⁽¹⁾.

ظهر رأي آخر في هذا الخلاف يعطي للمحكم الحق في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع من خلال قواعد تنازع القوانين في قانون المحكمة التي كان من المفروض أن تختص بالفصل في النزاع، والتي استبعدت بمقتضى شرط التحكيم، وكسابقه، فإن الأخذ بهذا الضابط أمر غير مقبول في مجال التحكيم الإلكتروني الذي يقام بخصوص منازعة إلكترونية، فمنازعات التجارة الإلكترونية يصعب فيها تحديد المحكمة المختصة، نظراً لعدم وجود توطين جغرافي لهذه المنازعات⁽²⁾.

(1) ويؤكد الواقع العملي ذلك، فغرف التحكيم الدولية لم تشهد تطبيقاً لهذا المعيار وذلك لعدم رغبتها في فرض قانون معين على أطراف النزاع، وإنما ترك مساحة من الحرية لهم للتعبير عن القانون الذي يرغبون في

تطبيقه. انظر: سامي، فوزي، مرجع سابق، ص190.

(2) رضوان، أبو زيد، مرجع سابق، ص163.

أما الاتجاه الذي يرى أنصاره تطبيق قواعد تنازع القوانين للبلد الذي تم إبرام العقد فيه⁽¹⁾، فهو رأي غير ذي قيمة في مجال التحكيم الإلكتروني بشأن منازعات التجارة الإلكترونية، إذ أنه يصعب في مثل هذه المنازعات تحديد البلد التي أبرم العقد فيها، وذلك لأنه يبرم على شبكة دولية لا تعرف حدوداً، ومن ثم يصعب تحديد هذا البلد.

أما الاتجاه الأخير في هذا الموضوع والقائل بتطبيق قواعد تنازع القوانين الخاصة بالدولة التي يجري على إقليمها التحكيم⁽²⁾، فلعله الأسهل من حيث الرد عليه في مجال التحكيم الإلكتروني، إذ لا يوجد إقليم محدد يجري عليه هذا التحكيم، وإنما يجري من خلال شبكة الإنترنت، التي تختلف جوهرياً عن مراد هذا الرأي فيما يتعلق بتحديد مفهوم الإقليم الذي يجري فيه التحكيم، ومن ثم فإن هذا الرأي، وإن جاز أن يكون له صدق في مجال التحكيم العادي، فإن صداه مكتوم في مجال التحكيم الإلكتروني، ولا سبيل للأخذ به في هذا المجال.

ويرأي المتواضع فإن مناهج القانون الدولي الخاص التقليدية عاجزة عن التفاعل مع مسائل التجارة الإلكترونية، وبالتالي فإنه لا بدّ وأن نستعين في الحالات التي يعجز فيها هذا القانون عن إيجاد الحل المناسب بقواعد التجارة الدولية أو القواعد الوطنية من خلال الرجوع إلى مصادر التجارة الدولية من أعراف وأحكام التحكيم الدولية.

وتطبيقاً لذلك، فإن على هيئات التحكيم الإلكتروني التي تنظر منازعات خاصة بالتجارة الإلكترونية أن تلتزم الحل في إرادة الأطراف سواء الصريحة أو الضمنية، فإن لم

(1) ومما يبرره أنصار هذا الرأي أن هذا القانون هو المرجع للمتعاقدین في سلامة الشروط التعاقدية. انظر في عرض الرأي: صادق، هشام (1995)، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص416.

(2) الكردي، جمال، مرجع سابق، ص96.

تجد فيها ذلك الحل، فعليها أن تلجأ إلى القواعد الخاصة بالتجارة الدولية، فإن لم يكن فيها ما يوفر حلاً، كذلك لا بدّ من الرجوع إلى المناهج التقليدية في القانون الدولي الخاص.

الفصل الرابع

القانون واجب التطبيق على إجراءات وقرار التحكيم الإلكتروني

سأبحث من خلال هذا الفصل في بيان القانون المختص في إجراءات التحكيم الإلكتروني (المبحث الأول)، ومن ثم بيان القانون المختص بحكم القرار التحكيمي الإلكتروني (المبحث الثاني).

المبحث الأول

القانون المختص في إجراءات التحكيم الإلكتروني

يقصد بإجراءات التحكيم هي تلك التي يتعين اتباعها بعد تشكيل هيئة التحكيم وحتى صدور القرار الذي يفصل في المنازعة⁽¹⁾، أما الإجراءات التي تسبق تشكيل هيئة التحكيم فلا تدخل ضمن هذه الدراسة.

وسأحاول من خلال هذا المبحث بيان القانون المختص على إجراءات التحكيم الإلكتروني، وسأقسمه إلى مطلبين:

المطلب الأول: قانون الإرادة:

إن القانون الذي يحظى بالأولوية في إجراءات التحكيم الإلكتروني هو قانون الإرادة، مثله في ذلك مثل القانون واجب التطبيق على موضوع التحكيم⁽²⁾، إلا أن إرادة الأطراف التي يعتد بها هنا هي تلك الصريحة والواضحة في تحويل قواعد معينة لتنظيم الإجراءات الخاصة بالتحكيم الدائر بينهم، فإذا لم يكن هناك إرادة صريحة قائمة، فلاحق للمحكم أن يستخلص هذه

(1) الحداد، حفيظة (1997)، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، ص191.

(2) انظر في ذلك الأثر على سبيل المثال: نص المادة (186) من قانون المرافعات الكويتي والتي قررت قبول دعوى بطلان محكمة التحكيم إذا وقع البطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم.

الإرادة بصورة ضمنية، إذ لا يبدو لها دور في هذه الحالة، وذلك نظراً لأهمية المسائل الإجرائية⁽¹⁾.

إن إرادة أطراف التحكيم قد تنصرف إلى تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم في أكثر من صورة.

فالصورة الأولى تتمثل في قيام أطراف للتحكيم بأنفسهم بوضع إجراءات التحكيم، بحيث تكون القواعد التي تحكم سير المنازعة أمام هيئة التحكيم هي من خلق إرادة الأطراف⁽²⁾، كأن ينظموا كيفية تعيين المحكمين وردهم وقواعد سير المرافعات ومكانها وكيفية سماع الشهود، والاستعانة بالخبراء، ولغة التحكيم وغير ذلك مما تتطلبه إجراءات التحكيم، وقد يستهدي الأطراف في ذلك بمجموعة من القواعد الإجرائية الموجودة في أنظمة مختلفة أو في مراكز تحكيم دائمة.

والواقع أن هذه الصورة تعد نادرة من الناحية العلمية، خاصة في مجال التحكيم الإلكتروني، إذ يبدو أن أقدم هذا النوع من التحكيم لم تثبت بعد، ويصعب على الأطراف إذا ما لجأوا إلى التحكيم بهذه الطريقة أن يضعوا القواعد التي ستتظم سير التحكيم، وذلك نظراً لعدم توافر الخبرة القانونية والفنية اللازمة لاختيار الإجراءات المناسبة في ظل الطبيعة الخاصة لهذا النوع من التحكيم⁽³⁾.

(1) رضوان، أبو زيد، مرجع سابق، ص 95-96.

(2) هناك عدد من المسميات التي تطلق على التحكيم في هذه الصورة، وكلها تعبر عن عدم ارتباط التحكيم بأي نظام قانوني قائم بذاته، ومن هذه المسميات "تحكيم طليق" و "تحكيم بلا قانون" و "تحكيم دولي محض"، وفي إطلاق مسمى "التحكيم العائم" على هذا النوع. انظر: الكردي، جمال، مرجع سابق، ص 63.

(3) من الحالات العلمية النادرة التي طبقت فيها هذه الصورة، تلك القضية الخاصة بالعقد المبرم بين الحكومة الكويتية والشركة العربية الأمريكية للبترول سنة 1966م، وفيها انتهت هيئة التحكيم إلى أن المحكمة "قد تبنت القواعد الإجرائية التي اتفق عليها الأطراف"، انظر في عرض الموضوع: عشوش، أحمد عبد الحميد (1990)، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ص 81.

الصورة الثانية هي تلك التي تتجه فيها إرادة الأطراف لاختيار قواعد محددة وقائمة بالفعل، وهذه القواعد إما أن تكون موجودة في قانون وطني أو وضعتها لائحة مركز تحكيم، وهو الفرض الذي يتصور حدوثه عملاً في حالات التحكيم الإلكتروني.

أما عن اختيار إرادة الأطراف لقانون وطني ليحكم إجراءات التحكيم، فالمقصود به أن يدرج الأطراف في اتفاق التحكيم المبرم بينهم شرطاً يحيل المسائل الإجرائية الخاصة بسير المنازعة التحكيمية إلى قانون وطني معين، وهو أمر كثيراً ما يحدث من الناحية العملية، ومن أمثلته ما جاء في المادة (1/45) من العقد المبرم بين الحكومة الكويتية وشركة فيليبس سنة 1984م والتي جاء فيها "يحال إلى التحكيم طبقاً لقانون المرافعات المدنية لدولة الكويت أي نزاع بين الحكومة يتعلق بتفسير هذا العقد أو لادعاء بمخالفته ولا تستطيع الحكومة والأطراف الوصول إلى اتفاق بشأنه فيما بينهم"⁽¹⁾.

وقد كفل قانون المرافعات المدنية الكويتي هذا الحق صراحةً لأطراف التحكيم، حيث نص في المادة (182) منه على أنه "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في دولة الكويت أو خارجها".

أما الجانب الآخر لهذه الصورة فيمثل في اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار لائحة مركز تحكيم لتنظيم الأحكام الخاصة بإجراءات التحكيم الدائر بينهم، والواقع أن هذه الحالة هي التي يمكن تصورها عملاً في حالات التحكيم الإلكتروني، ذلك أن الأطراف حين يختارون أحد مراكز التحكيم الموجودة على شبكة الإنترنت لحل النزاع القائم بينهم، فإن ذلك يعني أنهم قد اختاروا لائحة هذا المركز بما تشتمل عليه من القواعد خاصة بالإجراءات لتحكم منازعاتهم،

(1) مشار إليه لدى: عشوش، أحمد، مرجع سابق، ص83.

وهذا ما يطلق عليه الأثر المباشر لاختيار مركز ما للفصل في نزاع وفق لوائحه وقوانينه التنظيمية، أو ما يعبر عنه بالتحكيم المؤسسي⁽¹⁾.

يشهد الواقع العملي أن مراكز التحكيم الإلكتروني قد أخذت في الانتشار في الآونة الأخيرة، وهي في تزايد مستمر نتيجة للكفاءة التي تظهرها خاصة في حل منازعات التجارة الإلكترونية، وتضع هذه المراكز جميعها لوائح تستجيب للطبيعة الخاصة للمنازعات المعروضة عليها، ولطبيعة عملها والذي تباشره من خلال موقعها على شبكة الإنترنت.

تتضمن لوائح مركز التحكيم بوجه عام مجموعة من الإجراءات الشكلية التي يتعين على كل من الخصوم والمحكم مراعاتها، وذلك إلى حين صدور قرار التحكيم الفاصل في النزاع، كما تتضمن هذه اللوائح غالباً مجموعة الإجراءات الوقتية والتحفظية التي يتعين اتخاذها عند الحاجة.

ويثور التساؤل هنا عن الحالة التي يختار فيها الأطراف الخضوع للإجراءات الواردة في مركز تحكيم معين، ثم يحدث أن يغير هذا المركز لوائح التحكيم التي كان قد وضعها قبل ذلك، فإذا ثار نزاع بين الأطراف، هل يطبق المركز لوائحه القديمة والتي أحال الأطراف نزاعهم إلى المركز في ظلها، أم يطبق المركز اللوائح الجديدة وبأثر فوري حتى على هذه المنازعات؟

أرى في هذه الحالة أن على هيئة التحكيم أن تأخذ باللوائح القديمة والتي كان الأطراف على علم بها عند الإحالة إلى مركز التحكيم، وذلك على اعتبار أن إحالة الأطراف إليها تنزلها

(1) مقابلة، نبيل زيد (2007)، التحكيم الإلكتروني، الجمعية العربية لقانون الإنترنت، مصر، ط1، ص93-

منزلة الشروط التعاقدية، ومن ثم تفقد صفتها كلوائح لمركز التحكيم المختار، وتصبح بمثابة شروط تعاقدية، ويتعين معاملتها بهذا الوصف.

المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني عند غياب قانون الإرادة:

إن هذا القانون إما أن يكون قانون المقر الذي يجرى فيه التحكيم، أو القانون الذي تحدده هيئة التحكيم.

أولاً: خضوع إجراءات التحكيم الإلكتروني لقانون مقر التحكيم:

يلعب قانون مقر التحكيم دوراً هاماً في تنظيم إجراءات التحكيم بوجه عام، وذلك عند غياب إرادة الأطراف في تحديد قانون معين ليحكم هذه الإجراءات، إذ يبدو لقانون مقر التحكيم أولوية في التطبيق في مثل هذه الحالة باعتباره الأنسب موضوعياً ليحكم المسائل الإجرائية، وكذلك يمكن للقواعد الواردة في هذا القانون أن تسد النقص الذي قد يشوب القواعد التي اتفق الأطراف عليها لتحكم إجراءات التحكيم، وذلك علاوة على دور هذا القانون فيما يتعلق بتنظيم الإجراءات الوقتية والتحفظية، حتى وإن انعقد الاختصاص إلى قانون آخر ليحكم الإجراءات⁽¹⁾.

فإذا كان لقانون مقر التحكيم هذا الدور الهام في مجال التحكيم التقليدي، فيتعين أن أبين المقصود به كي أبين دوره في مجال التحكيم الإلكتروني.

(1) راشد، سامية (1984)، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص469.

مقر التحكيم هو المكان الذي اختاره الأطراف لإجراء التحكيم عليه، فإذا ما غفل الأطراف عن ذلك، كان للمحكمين القيام بهذا الاختيار، وهم إذ يقومون بذلك، فإنما يختارون في الغالب مكاناً يرتبط وعناصر التحكيم، وذلك على نحو يسهل معه إجراء التحكيم⁽¹⁾.

على أن تعيين مقر التحكيم، سواء تم بإرادة الأطراف أم بإرادة المحكمين، لا يستتبع بالضرورة أن تجري جميع جلسات التحكيم فيه، بل يجوز أن تعقد هذه الجلسات في أكثر من مكان، بل ويجوز أن يصدر حكم التحكيم في مكان آخر بخلاف مقر التحكيم، دون أن يؤثر ذلك قانوناً على تحديد هذا المكان، على اعتبار أن إرادة الأطراف أو هيئة التحكيم هي الفيصل في ذلك⁽²⁾.

إن مفهوم مقر التحكيم لا يجب أن يرتبط بالموقع الجغرافي الذي تجري عليه إجراءات التحكيم، بقدر ما يجب أن يرتبط بالتوطين القانوني له، حيث سيساعد تحديد مفهوم مقر التحكيم على استيعاب التحكيم الإلكتروني له كضابط احتياطي يمكن اللجوء إليه لتحديد القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم⁽³⁾.

إن التحكيم الإلكتروني يجري عبر شبكة الإنترنت، وهي شبكة لا تحدها حدود، وتتعدم فيها المسافات على نحو يصعب معه تحديد موقع جغرافي للتحكيم، لذلك فإن إجراءات التحكيم الإلكتروني لا ترتبط بإقليم دولة معينة بقدر ما ترتبط بشبكة من الاتصالات والمعلومات، ومن ثم فإن ربط مقر التحكيم بالموقع الذي تجري عليه إجراءاته، وإن كان يصلح في حالات التحكيم التقليدي، فإنه غير صالح للاعتماد عليه في حالات التحكيم الإلكتروني.

(1) راشد، سامية، مرجع سابق، ص 461.

(2) أبو الوفاء، أحمد، مرجع سابق، ص 336.

(3) الكردي، جمال، مرجع سابق، ص 105.

لذلك فإن قانون مقر التحكيم الإلكتروني ينصرف إلى القواعد الإجرائية الواردة فيه، وليس قواعد الإسناد، وذلك حتى نتفادى الوقوع في مشكلة الإحالة في تنازع القوانين⁽¹⁾.

ثانياً: خضوع إجراءات التحكيم الإلكتروني لسلطة هيئة التحكيم:

تتمتع هيئة التحكيم بسلطة في تحديد إجراءات التحكيم، تتسع وتضيق بإرادة الأطراف، بمعنى أن الأطراف قد يخولوا هذه الهيئة سلطة تحديد إجراءات التحكيم، فتكون لهيئة التحكيم عندئذ سلطة كبيرة، أما إن جردهم الأطراف من هذا الحق، فلا سلطان لهم حينها⁽²⁾، وعلى هذا تجري معظم أنظمة التحكيم، والتي يمكن التعبير عنها كما جاء في الفقرتين الأولى والثانية من المادة (9) من قانون اليونسترال، حيث نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على إعطاء الحرية للأطراف للاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في التحكيم، أما الفقرة الثانية فقد واجهت الفرض الذي لا يوجد فيه مثل هذا الاتفاق، وأعطت فيه لهيئة التحكيم، مع مراعاة الأحكام الواردة في قانون اليونسترال، أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة، بما في ذلك سلطة تقرير جواز قبول الأدلة المقدمة، وصلتها بالموضوع وجدواها وأهميتها، وبذات الاتجاه أخذت معظم قوانين التحكيم الوطنية، كما أكدت المادة (182) من قانون المرافعات الكويتي على ذلك.

يحقق هذا الاتجاه في مجال التحكيم الإلكتروني ميزة في غاية الأهمية، إذ يميل الأطراف إلى تحويل هيئات التحكيم الإلكتروني هذه السلطة، فهم الأقدر على تنظيم إجراءات هذا التحكيم لما يتمتعون به من قدرات خاصة تؤهلهم لذلك⁽³⁾.

(1) النمر، أبو العلا، مرجع سابق، ص 293.

(2) المنسي، محمد، مرجع سابق، ص 338.

(3) الكردي، جمال، مرجع سابق، ص 107.

إن القيمة التي تكسبها سلطة هيئة التحكيم إنما هي مستمدة من إرادة الأطراف، ومن ثم فإن ممارسة هيئة التحكيم لهذه السلطة إنما هي صورة من صور قانون الإرادة، وذلك لأن هيئة التحكيم تتمتع بسلطة في تحديد إجراءات التحكيم حتى في الحالات التي لا تكون مستتدة فيها إلى إرادة الأطراف، وهنا تظهر بصفاتها كضابط احتياطي يكفل تنظيم سير إجراءات التحكيم⁽¹⁾.

ولا يقلل من فاعلية هذا الأمر ما جاء النص عليه في اتفاقية نيويورك من منح قانون مقر التحكيم صفة احتياطية للانطباق على إجراءات التحكيم عند عدم وجود اتفاق للأطراف على ذلك⁽²⁾، إذ إن اتفاقية نيويورك نفسها نصت في المادة (1/7) منها على أن "أحكام هذه الاتفاقية لا تخل بصحة الاتفاقات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، ولا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية أو بالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ".

وبخصوص التحكيم الإلكتروني، فإن هذا الاتجاه يعد ذو قيمة عملية، فهو من ناحية يجنب الخوض في المشكلة الخاصة بتحديد مقر التحكيم في حالات التحكيم الذي يجري عبر شبكة الإنترنت، فم إنه ومن ناحية أخرى يعد الأكثر استجابة لمقتضيات الواقع المهني بما يمتلكه القائمون على هذا التحكيم من خبرات خاصة تؤهلهم لتحديد أنسب الإجراءات تطبيقاً على ما يعرض عليهم⁽³⁾.

(1) أبو الوفاء، أحمد، مرجع سابق، ص 340.

(2) انظر المادة (1/5) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958م.

(3) مقابلة، نبيل، مرجع سابق، ص 98.

يخلص الباحث مما سبق أن الأولوية في التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني تكون لما اتفق عليه الأطراف، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق فيكون من سلطة هيئة التحكيم تحديد هذه الإجراءات، وقانون مقر التحكيم يعد خياراً من خيارات مختلفة يمكن لهيئة التحكيم اللجوء إليه، إذ تم تحديد القانون المختص في موضوع التحكيم الإلكتروني، وكذلك الذي يختص بإجراءاته، فإنه يبقى أن تحدد الإطار الإجرائي للتحكيم الإلكتروني والذي سيكون موضوع الفصل الرابع من هذه الدراسة.

المبحث الثاني

القانون المختص بحكم القرار التحكيمي الإلكتروني

الأصل الواجب الاتباع من قبل الأطراف هو احترام القرار التحكيمي الإلكتروني، وبالتالي تنفيذه اختيارياً من قبل الطرف المحكوم عليه، أما الاستثناء فهو إما رفض التنفيذ من قبل هذا الطرف أو محاولته المماثلة في التنفيذ من أجل الإضرار بالطرف الآخر، والرفض قد يكون بالامتناع عن التنفيذ دون الطعن بالقرار وفي هذه الحالة فإن الطرف المحكوم له يلجأ إلى طلب التنفيذ الجبري من قبل الجهات المختصة، والعمل على إضفاء الصفة التنفيذية على القرار التحكيمي الإلكتروني.

سيتم تقسيم المبحث الأول إلى مطلبين أتناول في المطلب الأول المسائل المتعلقة بالقرار التحكيمي والقانون الذي يحكمها، في حين أتناول في المطلب الثاني تنفيذ قرار التحكيم الإلكتروني الأجنبي والقانون الذي يحكمه.

المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالقرار التحكيمي الإلكتروني والقانون الذي يحكمها:

فيما يتعلق بتنفيذ قرارات التحكيم الإلكتروني الوطنية فإنها تختلف عن تنفيذ قرارات التحكيم الإلكتروني الأجنبية، فالقرار التحكيمي الإلكتروني يعتبر وطنياً إذا صدر في البلد

المراد تنفيذ الحكم فيه وهذا المعيار هو المعيار الأكثر شيوعاً واتباعاً في أغلب التشريعات، حيث إن الصفة التنفيذية لقرارات التحكيم الإلكتروني الوطنية تنظم بموجب القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم أو ضمن نصوص قوانين المرافعات المدنية⁽¹⁾.

أما الأسلوب الشائع الذي أخذت به القوانين اللاتينية وقوانين الدول العربية يتخلص في أن تقوم جهة قضائية بإضفاء الصفة التنفيذية⁽²⁾ على قرار التحكيم لكي يمكن تنفيذه على المحكوم ضده جبراً، إلا أنه في بعض القوانين قد يلجأ الطرف المحكوم له حتى يتمكن من تنفيذ القرار التحكيمي إلى رفع دعوى أمام المحكمة، أو الحصول على أمر من المحكمة لتنفيذ القرار تنفيذاً جبرياً⁽³⁾.

وسأبحث هذا المطلب ضمن فرعين، أتناول في الأول القواعد التي تحدد الإجراءات بالنسبة للقرار التحكيمي الإلكتروني، وفي الثاني أتناول الاتفاقيات التي عالجت تنفيذ حكم التحكيم.

الفرع الأول: القواعد التي تحدد الإجراءات بالنسبة للقرارات التحكيمية:

تقسم القواعد التي تحدد الإجراءات بالنسبة للقرارات التحكيمية الإلكترونية إلى: أولاً الاتفاقيات الدولية الجماعية، ثانياً الاتفاقيات الثنائية، ثالثاً القوانين الوطنية.

أولاً: تنفيذ القرارات التحكيمية الإلكترونية بموجب الاتفاقيات الدولية الجماعية:

جرت محاولات عديدة وحثيثة بهدف توحيد القواعد الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام

الأجنبية، حيث تم عقد العديد من الاتفاقيات الدولية أهمها اتفاقية نيويورك لسنة 1958م،

(1) منسي، محمد، مرجع سابق، ص364.

(2) سامي، فوزي محمد، مرجع سابق، ص370.

(3) من القوانين العربية التي جعلت المحكمة هي الجهة التي تضفي الصفة التنفيذية على القرار التحكيمي، قانون التحكيم الأردني المادة (15) وقانون الإمارات العربية المتحدة المادة (91) وأغلب قوانين الدول العربية الأخرى، انظر: سامي، فوزي، مرجع سابق، ص350.

واتفاقية جنيف لعام 1927م، واتفاقية واشنطن لعام 1965م، فجميع هذه الاتفاقيات تركت إجراء تنفيذ القرار التحكيمي إلى القواعد القانونية للبلد المراد تنفيذ الحكم فيه، بالإضافة إلى حصر رقابة المحكمة أو الجهة المختصة بإضفاء الصفة التنفيذية للقرار على مراجعة القرارات لمعرفة استيفائها للشروط الشكلية واتباع القواعد الإجرائية بشكل صحيح⁽¹⁾.

ثانياً: تنفيذ القرارات التحكيمية الإلكترونية بموجب الاتفاقيات الثنائية:

من أجل تسهيل عملية تنفيذ الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم، وإعمالاً لمبدأ التعاون بين الدول، تعمل الدولة على إبرام اتفاقية مع دولة أخرى بهدف تنفيذ القرارات التحكيمية وغالباً ما تكون هذه الأحكام الخاصة ضمن اتفاقيات التعاون القضائي⁽²⁾.

كما تركت الاتفاقيات الدولية المسائل الإجرائية لتنفيذ القرار التحكيمي إلى قانون الدولة المراد تنفيذ القرار فيها، وقد عينت بعض الاتفاقيات المحكمة المختصة التي يتطلب إليها الأمر بتنفيذ قرار التحكيم، بالإضافة إلى أن بعض الاتفاقيات ذكرت الوثائق والمستندات التي يجب أن ترفق مع الطلب المقدم من الطرف الذي يطلب تنفيذ القرار من الجهة المختصة في الدولة المراد التنفيذ فيها⁽³⁾.

(1) فوزي، سامي، مرجع سابق، ص371.

(2) من الأمثلة على هذه الاتفاقيات ما جاء في معاهدة التعاون القضائي والقانوني بين دولة الكويت والاتحاد السوفيتي المتعارف عليها بالقانون رقم (104) لسنة 1973م، حيث إن هذه الاتفاقيات اتسمت بدورها بعدة سمات مشتركة أهمها أنها نصت صراحة على أن السلطة المختصة في الدولة المراد تنفيذ القرار الأجنبي فيها لا تملك البحث في موضوع النزاع الذي صدر بشأنه القرار التحكيمي وتقتصر سلطاتها على إضفاء الصفة التنفيذية على القرار من خلال تدقيقه من الناحية الشكلية ومدى صحته من الناحية القانونية.

(3) انظر: المادة (4) من اتفاقية جنيف 1927م، والمادة (4) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958م.

ثالثاً: تنفيذ القرارات التحكيمية الإلكترونية بموجب القوانين الوطنية:

تقسم القوانين الوطنية في هذا المجال إلى ثلاثة أقسام، أولاً ما جاء بنصوص خاصة حول كيفية الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، والقسم الثاني من القوانين سكت عن معالجة أمر تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، والقسم الثالث من القوانين نص على معاملة القرارات معاملة الحكم القضائي الأجنبي.

في حين أن القانون المصري جعل النصوص الواردة في الفقرة الرابعة منه والخاصة بتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي تسري على أحكام المحكمين الأجنبية⁽¹⁾، وعليه فإن قرارات التحكيم الأجنبية تعامل بنفس الطريقة التي يصار إلى اتباعها عند تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، أيضاً فإن مبدأ المعاملة بالمثل يجب له مكاناً في هذا القانون⁽²⁾، علماً أن مصر من الدول التي انضمت إلى اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

وقد نص قانون التحكيم الكويتي في المادة (43) على أن "يكون لقرار التحكيم بعد تصديقه من المحكمة المختصة القوة والمفعول الذي لقرارات المحاكم، ويتم تنفيذه بالصورة التي ينفذ فيها أي حكم أو قرار صادر عن المحكمة وفقاً للأصول المرعية".

وتختلف الرقابة من قبل القاضي على القرارات التحكيمية الإلكترونية، فبعض الدول تحصر هذه الرقابة في نطاق التحقق من سلامة التحكيم من الناحية الإجرائية واستيفاء الشروط

(1) المادة (199) من قانون المرافعات المصري.

(2) المادة (300) من قانون المرافعات المصري.

الشكلية، والبعض يوسع سلطة القاضي في تدقيق القرار التحكيمي، وأحياناً قد يصل الأمر إلى التفاصيل الخاصة بالنزاع⁽¹⁾.

لكن الاتجاه الحديث بالنسبة للقرارات التحكيمية الإلكترونية الأجنبية يرى أن السلطة المختصة في البلد المراد تنفيذ القرار فيه لا تقوم بالبحث في أصل النزاع وإنما تقتصر الرقابة على التحقق من صحة القرار واتباع المبادئ الرئيسة لحماية حقوق المتخاصمين عند سير إجراءات المرافعة وأن لا يحتوي القرار على ما يتعارض مع قواعد النظام العام⁽²⁾.

الفرع الثاني: الاتفاقيات التي عالجت تنفيذ حكم التحكيم:

يجب الإشارة إلى أن الاتفاقيات الدولية التي عنيت بمشكلة النفاذ الدولي لأحكام التحكيم أو كما يطلق عليها مشكلة تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لم تكن بمسألة جنسية حكم التحكيم بل إن اهتمامها لم ينصرف على الأقل إلى تحديد متى يعتبر حكم التحكيم وطنياً أو أجنبياً فقد تركز هذا الاهتمام - فقط - حول المعاملة التي يجب أن تلقاها أحكام التحكيم الصادرة في إطارها⁽³⁾.

فاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965م لم تشر في فصلها الرابع الخاص بالتحكيم إلى أي من المعايير الخاصة بوطنية أو أجنبية الحكم المراد تنفيذه، ولعل ذلك مرجعه في الواقع إن هذه الاتفاقية التي انضم إليها ما يربو على سبعين دولة قد وضعت نظاماً متكاملًا للتحكيم ذاته ومن ثم كان طبيعياً أن ينص في الفقرة الأولى من المادة الرابعة والخمسين من هذه الاتفاقية على أن "كل دولة عليها أن تعترف بكل حكم تحكيمي صادر في إطار هذه الاتفاقية وتعتبره ملزماً وتضمن على أراضيها تنفيذ

(1) منسي، محمد، مرجع سابق، ص 358.

(2) سامي، فوزي، مرجع سابق، ص 384.

(3) سامي، فوزي، مرجع سابق، ص 380.

الالتزامات المالية التي يرتبها هذا الحكم كما لو كان حكماً قضائياً نهائياً صادراً من محكمة قضائية تمارس وظيفتها على أرض هذه الدولة⁽¹⁾.

كذلك لم تتضمن اتفاقية جنيف (21 إبريل 1961) الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي أي معيار خاص بالتعرف إلى جنسية حكم التحكيم الأجنبي، وهذا يتفق في الواقع مع الرؤى الطموحة لهذه الاتفاقية واستهدافها إقامة مرحلة للانطلاق نحو الاعتراف بحكم التحكيم الدولي⁽²⁾.

وتنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من اتفاقية نيويورك (10 يونيو 1958م) على أن "تطبق هذه الاتفاقية على الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب الاعتراف والتنفيذ على إقليمها، كما تطبق - أيضاً - على أحكام التحكيم التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب فيها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام.

يبين من هذا النص أن أحكام التحكيم الأجنبية التي عنيت الاتفاقية بتنظيم الاعتراف بها وتنفيذها هي تلك الأحكام الصادرة في دولة أخرى غير تلك المراد الاعتراف بالحكم أو تنفيذه على إقليمها تشترط هذه الاتفاقية إذ - باختصار - أن يكون حكم التحكيم صادراً في دولة أجنبية بصرف النظر عن القانون الإجرائي الذي تم التحكيم وفق أحكامه، وسواء كانت الدولة التي صدر فيها هذا الحكم من الدول المتعاقدة (أي التي انضمت إلى هذه الاتفاقية) أم لا؟ هذا المعيار الموسع لمجال تطبيق اتفاقية نيويورك يمثل في الواقع اتجاهاً حديثاً في الاتفاقيات الدولية يرمي إلى تحقيق قدر من العالمية لهذه الاتفاقيات⁽³⁾.

(1) هذه الاتفاقية أبرمت في 18 مارس 1965م ودخلت حيز التنفيذ في 14 أكتوبر 1966م.

(2) رضوان، أبو زيد، مرجع سابق، ص341.

(3) يلاحظ أن اتفاقية جنيف الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية المبرمة في 26 سبتمبر 1927م قد أخذت بمعيار مزدوج للتعرف إلى الصفة الأجنبية للحكم واجب التنفيذ، فهذا المعيار يستند إلى عامل إقليمي

وتنص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من اتفاقية نيويورك من الاعتراف بحق "كل دولة عند التوقيع على الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها أو الإخطار بامتداد تطبيقها عملاً بنص المادة العاشرة أن تصرح على أساس المعاملة بالمثل أنها ستطبق الاتفاقية فقط على الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة على إقليم دولة أخرى متعاقدة".

وهكذا فقد أفسحت الاتفاقية المجال أمام الدول الأطراف فيها أن تقتصر مجال أعمالها على الأحكام الصادرة في دولة متعاقدة أي منحت الدول الأطراف الحق في التحفظ سواء عند التوقيع على الاتفاقية أو عند التصديق عليها أو الانضمام إليها أو الأخطار بامتداد تطبيقها إليها وعلى أساس المعاملة بالمثل فإنها لن تطبق هذه الاتفاقية إلا على الأحكام التحكيمية الصادرة في دولة من الدول المتعاقدة، ولعل الغرض الذي سعت إليه الاتفاقية من إتاحة الفرصة أمام الدول الأعضاء لاستخدام هذا التحفظ هو إقامة نوع من التوازن بين العالمية المنشودة في هذه الاتفاقية والنسبية المعترف بها في مجال الاتفاقيات الدولية بصفة عامة والتي يعبر عنها بأن الحقوق التي توفرها اتفاقية لدولة متعاقدة هي مقابل الالتزامات التي تلتزم بها هذه الدولة قبل الدول المتعاقدة الأخرى، ومن ناحية أخرى فإن تضمين الاتفاقيات المذكورة مثل هذا النص قد يعد حافزاً أمام الدول غير المتعاقدة على الدخول والانضمام إليها⁽¹⁾.

ولكن ما المقصود بعبرة المعاملة بالمثل هنا؟

يتمثل في ضرورة صدور الحكم في دولة متعاقدة ثم يجب أن يتوفر أيضاً عامل شخصي مقتضاه صدور الحكم التحكيمي بين أشخاص خاضعة لقضاء إحدى الدول المتعاقدة، انظر: سامي، فوزي، مرجع سابق، ص 385-386.

(1) منسي، محمد، مرجع سابق، ص 358.

يرى البعض⁽¹⁾ أن هذا التحفظ يفهم منه أن الدولة (أ) تطبق الاتفاقية على حكم تحكيم صادر في الدولة (ب) لأن هذه الدولة الأخيرة عندما انضمت للاتفاقية قد أعلنت أنها ستطبق الاتفاقية على أحكام التحكيم الصادرة في الدولة (ب).

وقد ذهب جانب من الفقه⁽²⁾ إلى أن تطبيق هذا المعيار يحده حدين، أولهما: أن يكون الحكم صادراً في الدولة المراد تنفيذه فيها، وثانيهما: أن اعتبار حكم التحكيم أجنياً بالرغم من صدوره في إقليم هذه الدولة يعدّ أمراً متروكاً للمحكمة المطلوب الاعتراف بالحكم أو تنفيذه حسب تقديرها.

مفاد ذلك أن هذا المعيار يمثل طبقاً لحدّه الأول معياراً ثانياً مضافاً لسابقة أو بديلاً عنه وليس استثناء عليه، فإذا اتفق الأطراف على أن يتم التحكيم في الدولة (أ) طبقاً لقانون الدولة (ب)، فإن الدولة (أ) إذا كانت تسمح بالتحكيم طبقاً لقانون تحكيمي أجني فيكون لها إذا ما طلب التنفيذ على إقليمها أن تعتبر حكم التحكيم وبالرغم من صدوره على إقليمها أجنياً، وتطبق عليه اتفاقية نيويورك 1958م⁽³⁾.

المطلب الثاني: تنفيذ قرارات التحكيم الإلكتروني الأجنبية:

تنص القواعد العامة على أنه يشترط لتنفيذ حكم التحكيم الأجني أن لا تكون المسألة التي صدر فيها حكم التحكيم تدخل في الاختصاص الوجوبي لقضاء الدولة المراد التنفيذ على أراضيها، على سبيل المثال أن تكون المسألة متعلقة باتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي داخل

(1) القسبي، عصام الدين (1993)، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ص50.

(2) القسبي، عصام الدين، مرجع سابق، ص51.

(3) منسي، محمد، مرجع سابق، ص358.

أراضي الدولة، ويخرج عن ولاية هيئة التحكيم، حيث ينفرد القضاء وحده بالتصدي لهذه المسألة التي تعتبر من قوانين البوليس⁽¹⁾.

أما في حال كانت هذه المسألة التي تم حسمها من خلال حكم التحكيم تدخل في الاختصاص المشترك بين القضاء والتحكيم، فالأصل أنه يجوز تنفيذ حكم التحكيم الصادر في شأنها متى توافرت سائر الشروط الأخرى⁽²⁾.

وسيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، أتناول في الأول رفض تنفيذ القرار التحكيمي، وأتناول في الثاني الطعن في القرار التحكيمي.

الفرع الأول: رفض تنفيذ القرار التحكيمي الإلكتروني:

أوردت بعض التشريعات ومنها التشريع الكويتي الأسباب التي تؤدي إلى رفض تنفيذ القرار التحكيمي منها: عدم وجود اتفاق تحكيم صحيح طبقاً للقانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، أو أن يكون تشكيل الهيئة مخالفاً للقواعد واجبة التطبيق، أو أن هيئة التحكيم لم تقم بدورها بشكل صحيح، أو أن القرار قد تم إبطاله من قبل جهة مختصة في البلد الذي صدر فيه، حيث إن القرار الخاص برفض تنفيذ القرار التحكيمي يصدر من السلطة المختصة في البلد المراد فيه التنفيذ وفي الغالب المحكمة المختصة بنظر النزاع في ذلك البلد⁽³⁾، وقد بينت اتفاقية نيويورك لعام 1958م حول الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية الأسباب التي يمكن بموجبها رفض التنفيذ إذا تمكن طالب الرفض من إثبات وجودها، وهذه الأسباب هي:

1. نقص أهلية أحد الأطراف أو عدم صحة اتفاق التحكيم، عدم احترام حق الدفاع للخصم وعدم إبلاغه بإجراءات التحكيم، تجاوز هيئة التحكيم لاختصاصها في النظر بالنزاع

(1) عبد المجيد، منير، مرجع سابق، ص 290.

(2) سامي، فوزي، مرجع سابق، ص 402.

(3) انظر: المادة (44) من قانون التحكيم الكويتي.

المعروض عليها، عدم سلامة الإجراءات التحكيمية، حالة عدم اكتساب القرار صفة الإلزام.

2. للسلطة المختصة أن ترفض تنفيذ القرار التحكيمي من تلقاء نفسها في حال مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام بالإضافة إلى أن يكون موضوع النزاع لا يجوز تسويته بالتحكيم طبقاً لقانون البلد المراد تنفيذ القرار فيه.

3. إن رفض تنفيذ القرار التحكيمي في إحدى الدول لا يؤدي إلى رفضه من قبل الدول الأخرى، ويترك لكل دولة أن تقرر سلطتها المختصة، كما أنه في المقابل فإن تنفيذ القرار التحكيمي في إحدى البلدان لا يعني إلزام الدول الأخرى بالتنفيذ في إقليمها.

أيضاً إبطال القرار التحكيمي أو وقف العمل به تقررره السلطة في البلد الذي صدر فيه القرار التحكيمي أو البلد الذي صدر القرار التحكيمي بموجب قانونه، وإبطال القرار التحكيمي من قبل السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه القرار هو البلد الذي صدر فيه القرار بموجب قانونه يعتبر سبباً كافياً لرفض التنفيذ في البلد المراد تنفيذ القرار فيه⁽¹⁾.

وإذا رفضت دعوى بطلان أو وقف تنفيذ القرار التحكيمي في بلد إصدار القرار أو البلد الذي صدر القرار بموجب قانونه، فإن ذلك قد يكون مبرراً لتأجيل النظر في طلب تنفيذ ذلك القرار من قبل السلطة المختصة في البلد المراد تنفيذ القرار فيه لحين البت في الدعوى⁽²⁾.

وهناك أسباب يمكن للسلطة المختصة في البلد المراد تنفيذ القرار التحكيمي فيه أن ترفض تنفيذه من تلقاء نفسها، وهذا ما نصت عليه اتفاقية نيويورك حيث جاء فيها أن موضوع

(1) انظر: سامي، فوزي، مرجع سابق، ص 388.

(2) منسي، محمد، مرجع سابق، ص 358.

النزاع الذي صدر بشأنه القرار التحكيمي لا يمكن تسويته بالتحكيم طبقاً لقانون ذلك البلد بالإضافة إلى أن تنفيذ القرار المذكور يشكل خرقاً لقواعد النظام العام في ذلك البلد أو قواعد النظام العام الدولي بالنسبة لتشريعات بعض البلدان⁽¹⁾.

إن الأسباب آنفة الذكر تطبق بشأن التحكيم الإلكتروني.

الفرع الثاني: الطعن في القرار التحكيمي الإلكتروني:

القرار التحكيمي الإلكتروني يكون عادة محلاً للطعن مباشرة أمام الهيئة التي أصدرته أو أمام هيئة أخرى، وعلى الأغلب يكون الطعن أمام القاضي، وفي حال كان هذا القاضي هو قاض في الدولة التي صدر فيها القرار التحكيمي، فهنا إن تحقق سبب من أسباب البطلان يحكم بإبطال قرار التحكيم أو إلغائه وأحياناً تعديله، أما الطعن بالقرار التحكيمي أمام قاضي دولة أخرى ففي هذه الحالة إذا تأكد القاضي من توافر بعض الأسباب فهنا يأمر بعدم الاعتراف ورفض التنفيذ للقرار التحكيمي⁽²⁾.

لقد أجاز قانون المرافعات الكويتي رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً لأسباب محددة تحديداً حصرياً، لكن أسباب البطلان لا تشمل على كل ما يلحق بحكم التحكيم من عيوب تؤدي إلى بطلانه كحالة صدور الحكم مبنياً على غش أو ورقة ثبت تزويرها بعد الحكم، لذلك يجب تفسير هذه الأسباب باعتبارها الطريق الوحيد للطعن في حكم التحكيم تفسيراً لا يدع مجالاً للقياس على طرق الطعن في الأحكام القضائية⁽³⁾.

(1) حسن، علي عوض (2001)، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص200.

(2) العنزي، ممدوح عبد العزيز (2010)، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الأسباب والنتائج دراسة مقارنة، مكتبة الفلاح، الكويت، ص293.

(3) العنزي، ممدوح، مرجع سابق، ص294.

فالأصل في التحكيم أن للطرفين المتنازعين الحرية التامة في الاتفاق على الجهة التي يصار إليها تقديم طلب الطعن في القرار التحكيمي، وبالتالي يعني هذا أنهما يستطيعان الاتفاق على إمكانية الطعن في قرار التحكيم أمام هيئة أخرى تعين من قبلها غير تلك التي أصدرت القرار، وفي حال عدم اتفاقهما فالأمر في هذه الحالة يترك إلى إحكام القواعد التحكيمية التي اختارها لسير عملية التحكيم بموجبها على الرغم من أن بعض القواعد التحكيمية الدولية المعروفة لا تنص على تعيين جهة معينة يصار أمامها إلى الطعن بالقرار التحكيمي⁽¹⁾.

ومثال ذلك ما جاء في الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري حيث أجازت لأحد الطرفين أن يطلب من رئيس مركز التحكيم إبطال القرار إذا توافرت فيه أحد الأسباب الواردة في هذا القانون⁽²⁾، ويتم تنظيم المدة التي يجب خلالها تقديم طلب الإبطال من قبل المشرع الذي يضع مدة محددة.

على الرغم من أن بعض القواعد التحكيمية الدولية تعتبر القرار عند صدوره باتاً ونهائياً ولا يجوز الطعن فيه، ويبرر ذلك أن قبول الطرفين حسم النزاع عن طريق التحكيم يعتبر قبولاً للقرار الذي يصدر حول النزاع المذكور.

أما فيما يتعلق بأسباب الطعن في قرار التحكيم الإلكتروني، فإن القوانين الوطنية تختلف في تعداد الأسباب التي يجوز بموجبها الطعن في قرار التحكيم، وإجمالاً يمكن تصنيف الأسباب التي بموجبها يتم الطعن في قرار التحكيم إلى أربعة أقسام⁽³⁾:

(1) من الأمثلة على ذلك قواعد التحكيم التي أصدرتها لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة، وفي هذه الحالة يصار الطعن أمام المحاكم المختصة، وفي المقابل فإن هناك قواعد تحكيمية دولية تحدد الجهة التي يقدم إليها الطعن بالقرار، انظر: رضوان، أبو زيد، مرجع سابق، ص 388.

(2) المادة (34) من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري.

(3) سامي، فوزي، مرجع سابق، ص 404-410.

أولاً: الأسباب التي تتعلق بمحتوى القرار، فالطرف الذي يقدم طلب الطعن يستند إلى أن قرار التحكيم لا يتفق مع ما يطلبه قانون البلد الذي صدر فيه أو قانون الإجراءات واجب التطبيق.

ثانياً: الأسباب التي تتعلق باختصاص هيئة التحكيم، فهذه الهيئة هي التي تملك سلطة النظر في النزاع، وبالتالي إصدار القرار الخاص بذلك، وفي حال أن النزاع ليس من الأمور الداخلة في سلطة الهيئة وفقاً لقانون بلد التحكيم والقانون واجب التطبيق، فهنا يمكن الطعن في القرار الذي تصدره الهيئة.

ثالثاً: الأسباب التي تتصل بإجراءات التحكيم، ففي هذه الحالة يكون الطعن بقرار التحكيم مبنياً على أن هيئة التحكيم لم تحترم القواعد الإجرائية للتحكيم، وهذه القواعد التي تضمن صحة تشكيل هيئة التحكيم وتضمن الحفاظ على حقوق الطرفين المتنازعين أثناء إجراء الموافقة، ومن الأمور الإجرائية التي يمكن الاستناد إليها للطعن في القرار التحكيمي عدم إجراء التبليغات الأصولية للأطراف أو عدم معاملة الطرفين على قدم المساواة، في المرافعة أو في التبليغات أو عدم ضمان حق الدفاع لأحد الطرفين، وذلك بإعطائه الفرصة الكافية لتقديم طلباته ودفعه، وهذا أمر يكاد يكون مجعماً عليها في كافة الاتفاقيات الدولية باعتباره من الحالات التي يمكن الاستناد إليها للطعن بقرار التحكيم⁽¹⁾.

رابعاً: الأسباب التي تستند إلى مخالفة قواعد النظام العام حيث تجمع القواعد الدولية والتشريعات الوطنية على أن مخالفة القرار لقاعدة من قواعد النظام العام يعتبر سبباً من

(1) فيما يتعلق باتفاقية نيويورك لعام 1958م فقد جاء في المادة الخامسة منها إمكانية إبطال القرار التحكيمي من قبل محاكم الدولة التي صدر فيها القرار ومن قبل الدولة التي صدر القرار بموجب قانونها، وهذا ما يفهم من الفقرة (هـ) من المادة المذكورة حيث نصت على حالة أن القرار لم يصبح بعد إلزامياً بالنسبة للأطراف أو أنه كان قد تم إبطاله أو إيقافه من قبل السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه أو من قبل سلطة البلد الذي كان القرار قد صدر بموجب قانونه.

أسباب بطلانه أو عدم الاعتراف به وعدم تنفيذه، حيث يحق للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان الحكم إذا كان مخالفاً للنظام العام، بمعنى يجوز للمحكمة الحكم بهذا البطلان استناداً إلى مخالفة النظام العام وحده حتى لو استند مدعي البطلان إلى سبب آخر غير هذا السبب الذي استند إليه هذا المدعي غير متحقق فعلاً⁽¹⁾.

وأخيراً تفرق بعض القوانين الحديثة بين قواعد النظام الدولي وقواعد النظام الداخلي حيث يصار إلى الإبطال أو عدم الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم الدولي إذا كان مخالفاً لقواعد النظام العام الدولي، أما غالبية القوانين فلا تذهب إلى الأخذ بمثل هذه التفرقة ولا يمكن للدولة المصادقة عليها الاعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي وإن كان دولياً إذا كان يتضمن مخالفة لقواعد النظام العام بالشكل الذي تعرفه قوانين تلك الدول⁽²⁾.

(1) منسي، محمد، مرجع سابق، ص 403.

(2) سامي، فوزي، مرجع سابق، ص 405.

الفصل الخامس

الخاتمة والنتائج والتوصيات

أولاً: الخاتمة:

لقد تناولت في هذه الدراسة أحد مظاهر التطور التي أفرزتها الثورة المعلوماتية في الوقت الحاضر، ألا وهو التحكيم الإلكتروني، وذلك من خلال بيان القانون واجب التطبيق سواء في اتفاق التحكيم وموضوعه، أو في إجراءاته والقرار التحكيمي، وقد بحثت مجموعة من الموضوعات التي فرضت نفسها في هذا الشأن، منها ما يدور حول دواعي ظهور هذا النوع من التحكيم، ومنها ما يدور حول المقومات التي تكفل له الانتشار، وهل من الممكن أن يحل محل التحكيم التقليدي ويستبدل به، أم هناك من العقبات ما يحول دون ذلك.

ثانياً: النتائج:

توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج، هي:

1. إن موضوع تنازع القوانين الذي يصطدم به التحكيم الإلكتروني يشكل عائقاً أمام اللجوء للتحكيم وذلك من ناحيتين؛ الأولى: المساس بالسيادة التشريعية للدولة التي يجري التحكيم الإلكتروني على إقليمها ومدى تنظيم موضوع التحكيم الإلكتروني ضمن النصوص التشريعية لهذه الدولة، والثانية: التنازع في القوانين التي ستنطبق على اتفاق التحكيم ابتداء من النص عليه وانتهاء بالقرار التحكيمي.
2. عدم ملائمة القواعد القانونية التقليدية الحالية في التشريع الكويتي للتطبيق على التحكيم الإلكتروني، سواء تلك الواردة في قانون التحكيم أم في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

3. إن اتفاقية نيويورك لسنة 1958م لا تتلاءم أحكامها الحالية مع الأخذ بنظام التحكيم الإلكتروني.

4. يعدّ اللجوء للتحكيم الإلكتروني طريقاً يمتاز باليسر والسرعة والمساهمة في حل النزاعات التي تثور بصدد العلاقات التجارية الدولية.

5. لم تعد المعايير التقليدية للهروب من مشكل تنازع القوانين ذات جدوى في ظل تطور التشريعات وأحكام التحكيم التي أصبحت تفسح المجال أمام هيئة التحكيم لتطبيق القواعد القانونية بشكل مباشر دون تلك المتعلقة بتنازع القوانين.

ثالثاً: التوصيات:

1. لا بدّ من وضع نظام قانوني مناسب ومتكامل للتحكيم الإلكتروني في التشريع الكويتي، بحيث تستطيع الأطراف المعنية بالتحكيم أن تلم بكافة تفاصيل هذا النظام قبل أن تقرر ما إذا كانت ترغب في تبنيه، وبحيث يراعي هذا النظام التوازنات المختلفة لمصالح هذه الأطراف ولحق قيام المشرّع الكويتي بوضع مثل هكذا نظام، فإن الباحث يوصي المشرع الكويتي في الوقت الحاضر بتعديل نص المادة (179) من قانون المرافعات المدنية والتجارية بإضافة عبارة "وكل وسيلة للاتصال يثبت حدوثه" مما يسمح باستخدام الوسائل الإلكترونية في التحكيم.

2. لا بدّ أن تقوم الجهات الدولية المعنية بإعادة النظر في اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958م وذلك بحيث يتم تعديل بعض نصوصها لتسمح بالتحكيم الإلكتروني بشكل صريح وواضح.

3. أوصي الجهات المختصة في دولة الكويت ضرورة خلق قنوات اتصال مع مراكز التحكيم

الإلكتروني في الدول المختلفة للاستفادة من تجاربها والمشاركة في المؤتمرات التي تتناول

موضوعاته.

4. أتمنى توحيد التشريعات واجبة التطبيق على التحكيم الإلكتروني وذلك من خلال المنظمات

ومراكز التحكيم التي تتبنى حل المنازعات عن طريق التحكيم الإلكتروني على أسس

ومعايير موضوعية تتوافق مع إرادة الأطراف ومتطلبات التجارة الدولية وما تحتاجه أيضاً

التجارة الإلكترونية من مرونة وسرعة.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب القانونية:

1. إبراهيم، أحمد إبراهيم (2002). القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1.
2. إبراهيم، خالد ممدوح (2009). التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط2.
3. أبو الهيجاء، محمد إبراهيم (2002). التحكيم بواسطة الإنترنت، دار الثقافة، عمان، ط1.
4. أبو الوفا، أحمد (1987). التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط5.
5. أبو الوفا، أحمد (2004). عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف، الإسكندرية.
6. بريري، محمود مختار (1999). التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2.
7. بطاينة، عامر (2008). دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1.
8. تحيوي، محمود السيد عمر (2003). العنصر الشخصي لمحل التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
9. جمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد (1998). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج1، ط1.

10. جميعي، حسن عبد الباسط (2000). إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة.
11. جنيهي، منير محمد وممدوح محمد (2006). التحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1.
12. حداد، حفيظة السيد (2004). الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات دار الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1.
13. حداد، حفيظة السيد (دون سنة نشر). الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
14. حداد، حفيظة السيد (دون سنة نشر). الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
15. حداد، حمزة أحمد (2010). التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة، عمان، ط1.
16. خالدي، إيناس (دون سنة نشر). التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة.
17. راشد، سامية (1984). التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة.
18. رومي، محمد أمين (2006). النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
19. سامي، فوزي محمد (2012). التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، الإصدار الثالث.
20. سليمان، محمد (2011). التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1.

21. سنهوري، عبد الرزاق (1988). الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
22. شرايري، أحمد بشير (2011). بطلان حكم التحكيم - دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1.
23. شرعة، حازم محمد (2008). التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، ط1.
24. شفيق، محسن (1997). التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة.
25. عشعوش، أحمد عبد الحميد (1990). التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.
26. قاضي، خالد (2002). موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، الطبعة الأولى، القاهرة، ط1.
27. كردي، جمال محمود (2003). القانون واجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2.
28. مجاهد، أسامة أبو الحسن (2000). خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1.
29. مقابلة، نبيل زيد (2007). التحكيم الإلكتروني، الجمعية العربية لقانون الإنترنت، مصر، ط1.
30. منسي، محمد عبد العزيز (2011). اتفاق التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، ط1.

ثانياً: الأبحاث والرسائل العلمية:

1. أبو مغلي، مهذب عزمي، والجهني، أمجد حمدان (2009). رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 38.
2. جبران، محمد محمود محمد (2009). التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط.
3. خريشا، تمارا محمود (2008). الرقابة القضائية على قرارات التحكيم الوطنية والدولية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.
4. طراونة، مصلح والحجايا، نور (2005). التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد 22، العدد 1.
5. عداسين، محمد (2009). التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن.
6. علوان، رامي (2002). التعبير عن الإرادة عبر الإنترنت، مجلة الحقوق، الكويت، السنة 26.

ثالثاً: أحكام محكمة التمييز الكويتية، مجلة القضاء والقانون، وزارة العدل، الكويت، أعداد مختلفة مشار إليها في الدراسة.

رابعاً: التشريعات:

1. القانون المدني الكويتي رقم (97) لسنة 1980م.
2. قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (38) لسنة 1980م.

3. قانون التحكيم القضائي الكويتي رقم (11) لسنة 1995م.
4. قانون رقم (5) لسنة 1961م الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي في الكويت.
5. قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م.
6. قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

خامساً: اتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958م.