جامـــعة عبد الحميد بن باديس – مستغانـــم–
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القـانون الخاص

أطـروحـة لنيـل شهـادة دكتـوراه الطور الثالث في الحقوق
تخصص قـانون مدني معمق

اتفاق التحكيم في منازعات عقود التجارة الإلكترونية
–دراسة مقارنة–

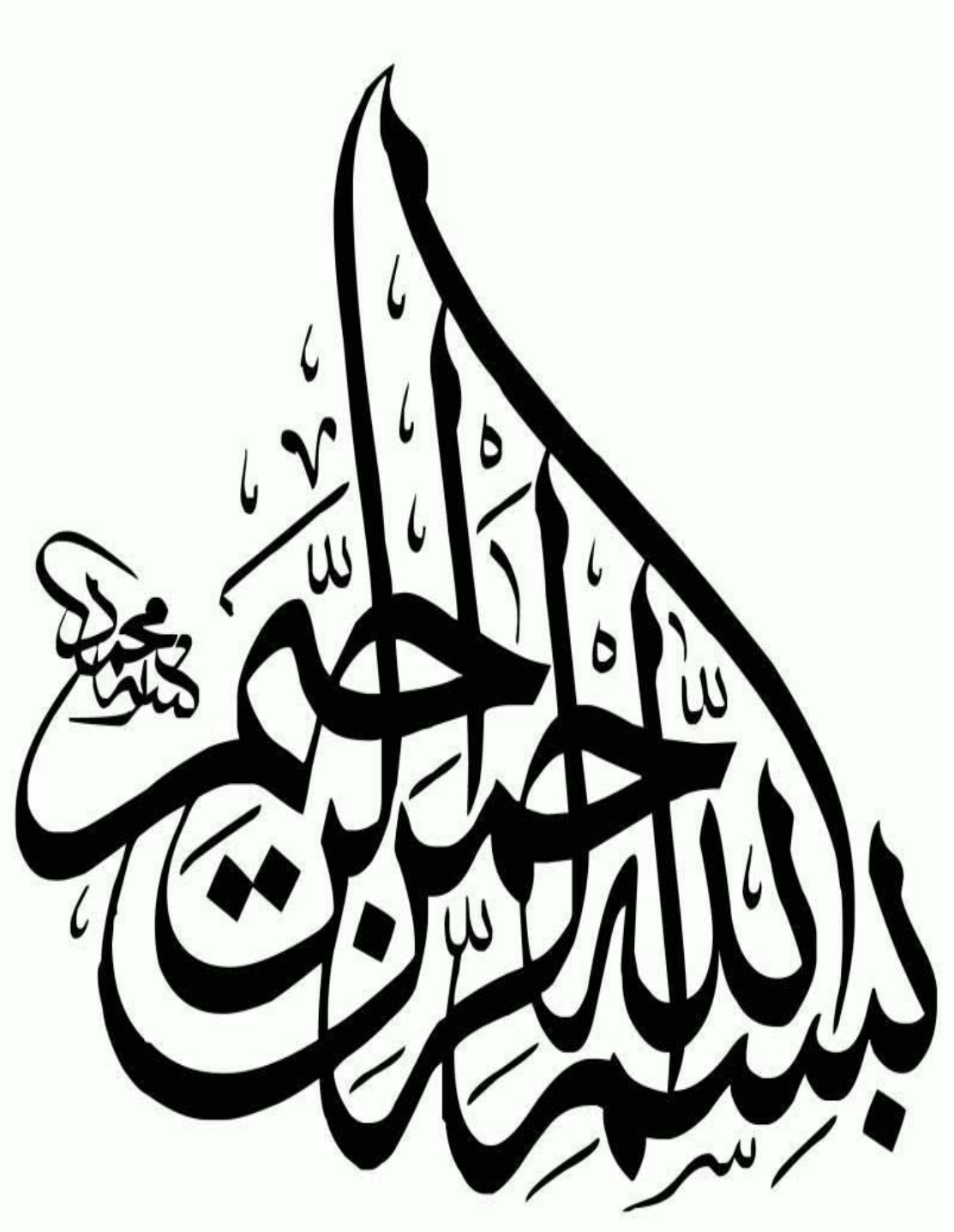
من إعداد الطالب:
بوقـرط أحمد

تحت إشـراف:
الأستاذة الدكتورة: قماري نضرة بن ددوش

تم تقديمها ومنـاقشتها علنا أمام لجنـة المناقشـة

مزيان محمد الأمين	أستاذ	جامعة مستغانم	رئيسا
قماري نضرة بن ددوش	أستاذة	جامعة مستغانم	مشرفة مقررة
حميدة نادية	أستاذة محاضرة أ	جامعة مستغانم	عضوا مناقشا
عيساني رفيقة	أستاذة محاضرة أ	جامعة مستغانم	عضوا مناقشا
غالي كحلة	أستاذة محاضرة أ	جامعة وهران 2	عضوا مناقشا
سكيل رقية	أستاذة محاضرة أ	جامعة الشلف	عضوا مناقشا

السنـــةالجـامعيـــة :2018–2019


بسم الله الرحمن الرحيم
محمد رسول الله

إهداء

أهدي ثمرة جهدي

إلى من قال الله فيهما رب ارحمهما كما ربياني صغيرا

إلى روح والدي الطاهرة، طيب الله ثراه وأسكنه فسيح جناته

إلى من حملتني وهنا على وهن أمي

إلى من أشد بهم أزري إخوتي وأخواتي

إلى شريكتي في الحياة ورفيقة دربي زوجتي

إلى أملي وسندي في الحياة أولادي وقرة عيني

سامي، أيمن، لينا

إلى جميع أساتذتي

إلى جميع الأصدقاء وزملائي وزميلاتي سواء في مهنة المحاماة أو مشواري الدراسي

إلى من يساعدني في إدارة مكتبي

إلى كل موظفي مكتبة الحقوق والعلوم السياسية بمستغانم

شكر وعرفان

أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذتي المشرفة الأستاذة قماري نضرة التي كان لها الفضل بعد الله سبحانه وتعالى في إعداد وإتمام هذا العمل بفضل توجيهاتها ونصائحها القيمة

كما يشرفني أن أتقدم بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة التي قبلت مناقشة هذا العمل المتواضع

قائمة أهم المختصرات

1-المختصرات باللغة العربية

ج ر جريدة رسمية

ص صفحة

ط طبعة

2- المختصرات باللغة الاجنبية

AAA American Arbitration Association
ADR Alternative Dispute Resolution
ale alinéa
ARPA Advanced Research Projet Agency.
ART Article
B2B Business To Business
B2C Business To Customer
Bull.Civ Bulletin Civil
C2C Customer To Customer
Cass.Civ Arrêt de la chambre civil de la Cour de cassation
CCI Chambre de Commerce International
CJCE Cour de justice des Communautés européennes
CNUDCI Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial
éd édition
EDI Echange de données informatisé
ICANN Internt Corporation for Assigned Names and Numbers
J.O Journal officiel
L.G.D.J Librairie général de droit et de jurisprudence
Litec Librairies techniques
MARC Mode Alternatifs de Règlement des Conflits
ODR Online Dispute Resolution
OMPI Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
Op.Cit Ouvrage précité
P page
UDRP Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy
UNCITRAL United Nation Commission On International Trade Law
WIPO World Intellectual Proprety Organization
WWW World Wide Web

المقدمة

أدى التفاعل مابين تكنولوجيا الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات إلى ظهور ثورة معلوماتية إلكترونية، ألقت بظلالها على كافة ميادين الحياة الاقتصادية والعلمية والاجتماعية والقانونية فتحت أمام الإنسانية آفاق لا يستطيع أيا كان التنبؤ بها، وتشكل شبكة الإنترنت قمة ما أنتجته هذه الثورة فظهر ما يسمى بالاقتصاد الرقمي *Digital Economy* الذي يعتمد أساسا على المعلومة وتقنية الاتصال، فانتقلت تلك التكنولوجيا من مجرد وسائط للاتصال والربط لتصبح عالما افتراضيا *Espace Virtuel*.

تعرف شبكة الإنترنت على أنها ارتباط ملايين من نظم الحاسوب وشبكاته المنتشرة حول العالم وفقا لبرتوكول *TCP/IP*، بواسطة خطوط هاتفية أو ألياف بصرية فائقة السرعة أو عبر الأقمار الصناعية، لتشكل شبكة عملاقة لتبادل المعلومات بحيث تصبح كشبكة واحدة، أين يكون الحاسوب مزود بجهاز يسمى مودم.

تتكون كلمة الإنترنت من كلمتين، *Inter* و *Net* وهي إنجليزية الأصل، يقصد بالأولى البينية أو الاتصال، أما الثانية يقصد بها الشبكة، والمحصلة هي الشبكة المتصلة أو البينية بدأت فكرة إنشائها عقب الحرب الباردة، كان هدفها الوقاية من احتمالات أي هجوم نووي قد تتعرض له مراكز المعلومات الأمريكية، وضمان استمرار عملها بالرغم من أية عملية تدمير لها.

أوكلت وزارة الدفاع الأمريكية *Pentagon* عام 1964 إلى وكالة مشاريع الأبحاث المتقدمة *ARPA* عملية بناء شبكة للربط بين مراكز أجهزة الحاسوب المختلفة وأنظمة الراديو والأقمار الصناعية الخاصة بأمريكا، تكون لديها القدرة على مواجهة الكوارث والاستمرار في العمل حتى لو تعرضت إلى هجوم نووي.

لتقوم وزارة الدفاع الأمريكية بفصل الشق العسكري للشبكة والمسمى *Milnet* عن الشق العلمي، وتم توصيل خمسة أجهزة حاسوب ضخمة في عدد من الجامعات الأمريكية تعمل لحساب مركز الأبحاث الأمريكية، ليشمل الاتصال خارج أمريكا، وفي سنة 1987 سمح للأفراد العاديين باستعمال الشبكة، ثم ظهرت شبكة جديدة تسمى *BIT Net*، ليتم فتح استخدام الإنترنت للأغراض التجارية سنة 1991 عندما ظهرت الشبكة العنكبوتية العالمية *World Wide Web* ويشار إليها اختصارا *www*.

نظرا لغزو التكنولوجيا والعالم الرقمي مختلف مجالات الحياة، كان من المنطقي أن تتأثر الحياة التجارية بهذا التطور العلمي، أين ساهمت شبكة الإنترنت في عولمة السوق التجاري فظهرت وذاع صيت التجارة الإلكترونية *E-Commerce* التي فرضت نفسها وبقوة خلال الحقبة الأخيرة، لدرجة أنها أصبحت واقعا يفرض نفسه على صعيد التجارة والتعاملات اليومية، أين تلاشت جميع القيود والحدود الجغرافية والسياسية التي كانت تعيق إبرام الصفقات التجارية.

تعرف التجارة الإلكترونية على أنه «تنفيذ وإدارة الأنشطة التجارية المتعلقة بالبضاعة والخدمات بواسطة تحويل المعطيات عبر شبكة الإنترنت أو الأنظمة التقنية الشبيهة».

لقد انقسم الفقه حين تعريفه لعقود التجارة الإلكترونية إلى اتجاهين، الاتجاه الأول مضيق يعتمد في تعريفه لهذا النوع من العقود على عنصر من عناصرها مثل أطراف العقد أو محله أو الوسيلة المستعملة لإبرامه، فهناك من عرفها بأنها «الاتفاق الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد».

أما الاتجاه الموسع فيتجه إلى وضع تعريف عام لذلك النوع من العقود تندرج تحته جميع المعاملات التي تتم عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية.

كما أنه من أهم خصائص عقود التجارة الإلكترونية أنها تتم دون استخدام الدعائم الورقية بل تتم بوسائل إلكترونية، وفي غياب العلاقة المباشرة بين الأطراف المتعاقدة، فلا وجود لمجلس عقد بالمعنى التقليدي أين تدور المساومات والمفاوضات في مجلس عقد افتراضي لا يلتقي الطرفان في مكان واحد، كما قد يختلف التوقيت الزمني.

إن عقود التجارة الإلكترونية وبالنظر إلى الوسائل الإلكترونية التي تتم من خلالها خصوصا عبر شبكة الإنترنت، تجعلها تتعدى الحدود الجغرافية والمكانية التي كانت تعتبر قيدا يقيد التجارة التقليدية، ذلك يجعلها تتصف بالصفة الدولية.

إذا كانت التجارة الإلكترونية هي تأسيس وإدارة النشاط التجاري سواء كان متعلقا بتوريد بضائع أو تقديم خدمات باستعمال الوسائل الإلكترونية الحديثة، فإن الواقع التطبيقي لهذه التجارة يتخذ أنماطا متنوعة، وهي لا تخرج عن أربع تطبيقات عامة، تتمثل في تجارة بين وحدة أعمال ووحدة أعمال أخرى *B2B*، وتجارة بين وحدة أعمال ومستهلكين*B2C*، وتجارة بين وحدة أعمال والإدارة الحكومية *B2C*، وتجارة بين مستهلكين فيما بينهم *C2C* .

من مزايا التجارة الإلكترونية أنها توفر فرص الوصول إلى المعلومات عن الأسواق وإلى العملاء الجدد، فتمكن الشركات الصغرى من توسيع مداها الجغرافي وضمان الوصول إلى عملاء جدد بأساليب كانت حكرا على الشركات الكبرى، كما تسمح بخفض تكاليف الشركات واختفاء الوسطاء، كما يستفيد منها المستهلك أين تفتح أمامه أسواق طوال الوقت، فلا يحتاج إلى بذل مجهود للتنقل إليها.

إلا أن ما يعوق نمو وتطور التجارة الإلكترونية هو تخلف الآليات القانونية التقليدية في التعامل معها، بحكم أنها وضعت لتنظيم تجارة تقليدية تعتمد على السلع المادية والنقود العادية والتعامل بالأوراق والسندات الورقية، في حين أن التجارة الإلكترونية لا تعتمد على هذه الوسائل أين يتم تسليم السلع والخدمات إلكترونيا، كما يتم الوفاء بنوع جديد من النقود تسمى النقود الرقمية *Digital Money*.

أهم ما يميز منازعات عقود التجارة الإلكترونية أنها عابرة للحدود كونها تضم متعاقدين من دول وثقافات مختلفة، وهو ما يفرض عليهم دفع مصاريف وتكاليف باهظة للتنقل في حالة اللجوء إلى القضاء الوطني، فأصبح ذلك النظام عاجز عن حسمها بشكل سهل ومرن، إضافة إلى المشاكل المتعلقة بتحديد الجهة القضائية المنوط بها الفصل في تلك المنازعات، وكذا القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليها.

من ثم كان من الضروري إيجاد وسائل حديثة لحل تلك المنازعات تأخذ بعين الاعتبار خصوصيات الطريقة التي أبرمت بمقتضاها عقود التجارة الإلكترونية.

لقد كان للتطور الهائل في وسائل إبرام عقود التجارة الإلكترونية أثر كبير على طرق فض المنازعات الناتجة عن تلك العقود، أين أصبح القضاء الوطني بما يتميز به من بطئ في الإجراءات وارتفاع التكلفة وكذا البعد المكاني لأطراف تلك العقود وما يسببه ذلك من مشقة الانتقال، فإن كل ذلك أوجد عدة إشكاليات.

أين تصطدم ضوابط الاختصاص القضائي التي من شأنها تحديد الجهة القضائية المختصة بالعديد من المشاكل عند تطبيقها على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، بسبب تغيير المفاهيم المادية التقليدية التي تقوم عليها تلك الضوابط، كمفهوم الموطن ومفهوم محل الالتزام

وتنفيذه، وهي ضوابط ليس لها مكان في العالم الافتراضي الذي تتم في كنفه عقود التجارة الإلكترونية.

هذا إلى جانب إشكاليات أخرى توجد عندما يختص قضاء دولة معينة بالنزاع المتعلق بإحدى عقود التجارة الإلكترونية، عندما يطبق القاضي الوطني القواعد القانونية المنصوص عليها بقانون دولته، فيجد نفسه أمام صعوبات تتعلق بالتراضي اللازم لإبرام تلك العقود الذي يتحقق بتلاقي الإيجاب والقبول عبر وسائل اتصال إلكترونية، وكذا صعوبات تتعلق بتحديد الحالة أهلية أطراف تلك العقود، وصعوبات تتعلق بالنطاق المكاني والزماني لها، كل ذلك يجعل من القضاء الوطني غير متلائم مع طبيعة عقود التجارة الإلكترونية.

إن محاولة فض منازعات عقود التجارة الإلكترونية عن طريق القضاء الوطني أوجدت مشاكل ناتجة عن تطبيق منهج قواعد التنازع القضائي والقانوني، مما أدى إلى البحث عن أساليب أخرى أكثر مرونة وسرعة لحسم تلك المنازعات، من خلال أخذ بعين الاعتبار خصوصية المنازعات الناتجة عن تلك العقود التي تتم في عالم افتراضي.

لقد حرص العاملين في الحقل القانوني على إيجاد وسائل بديلة لحل المنازعات الخاصة بعقود التجارة الإلكترونية، نظرا لاختناق المحاكم الوطنية بعدد القضايا، وتزايد تكلفة حل تلك المنازعات، وكان من البديهي كذلك إيجاد قواعد قانونية جديدة أو تطوير القواعد القائمة التي تنظم حسم المنازعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية، وهذا تفاديا للعراقيل والصعوبات التي يمكن أن ينطوي عليها الرجوع إلى المحاكم الوطنية لحل تلك المنازعات.

تشكل الوسائل البديلة لحل المنازعات *Alternatives Dispute Résolution (ADR)* الموجة الأولى من آليات حل المنازعات بعيدا عن القضاء الوطني، والتي تتمثل في التفاوض والوساطة والتحكيم، وفي بداية عام 1991 ظهرت الموجة الثانية من آليات حل المنازعات تعتمد على نفس الوسيلة التي تبرم بمقتضاها عقود التجارة الإلكترونية أي من خلال البريد الإلكتروني والمواقع الإلكترونية *Sites Web* وكذا المحادثة عبر الشاشة *Vidéo conférence*، وهو ما يطلق عليه العالم الافتراضي *Cyberspace* .

إن ظهور الموجة الثانية من آليات حل المنازعات كضرورة حتمية نظرا لخصوصيات التجارة الإلكترونية التي تتم في عالم افتراضي، مما يستوجب استعمال الوسائل التكنولوجية

الحديثة لحل ما قد ينشأ عنها من منازعات، وقد ناد الأستاذ *Henry PERRIT* عام 1992 بفكرة حل المنازعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية بنفس الطريقة التي تبرمها، أي بطريقة إلكترونية كما وضع الأستاذ *David JOHNSON* الاحتمالات والتصورات لإمكانية حل منازعات التجارة الإلكترونية بطريقة تتفق مع خصائص الشبكة المعلوماتية التي تجري من خلالها تلك التجارة.

من ثم تم الانتقال من الوسائل البديلة لحل المنازعات *ADR* إلى حل المنازعات بطريقة إلكترونية*(Online Dispute Résolution (ODR*، إن مصطلح *ODR* يطلق للدلالة على استخدام وسائل الاتصال الحديثة لحل المنازعات الخاصة بعقود التجارة الإلكترونية، مما أستدعى الأمر إلى تطوير نظام قانوني ملائم وموازي يحكم هذه العملية، فأصبح اللجوء إلى القضاء الوطني وسيلة غير مقبولة لفض منازعات ناتجة عن عقود أبرمت بطريقة إلكترونية، والتي من أهمها التحكيم الإلكتروني.

مع ازدياد حجم التجارة الإلكترونية، فإن المنازعات بين أطرافها أضحت أمرا لا مفر منه أين قامت مواقع البيع الإلكترونية بالتعاقد مع مراكز تحكيم غير تقليدية لحل ما قد ينشأ بينها وبين المتعاملين معها من منازعات، فظهرت فكرة التحكيم على الخط *L'arbitrage en ligne* أو ما يسمى بالتحكيم الإلكتروني *L'arbitrage électronique*، أين تتولى تلك المراكز المتخصصة تسوية المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية استنادا إلى قواعد معينة يضعها كل مركز لتحديد مجرى العملية التحكيمية.

إن التحكيم الإلكتروني يقوم على فكرة إتمام إجراءات التحكيم بالوسائل الإلكترونية، بداية من اتفاق الأطراف على إحالة النزاع إلى التحكيم، حتى صدور حكم التحكيم وتنفيذه، ويتميز التحكيم الإلكتروني أنه طريقة حديثة ومتطورة لفض المنازعات يحقق مزايا إضافية مقارنة بالتحكيم التقليدي من أهمها سرعة البت في المنازعات وتوفير الوقت والجهد، لعدم اضطرار الأطراف إلى الانتقال لحضور جلسات التحكيم وتبادل المستندات والوثائق بطريقة إلكترونية وهو ما يتلاءم مع طبيعة التجارة الإلكترونية.

لقد لعب التحكيم الإلكتروني دورا مهما في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية، بما يتميز به من سرعة ويسر ومرونة لا تتوفر للقضاء الوطني ولا للتحكيم في صورته التقليدية كونه نظام يتسم بالبطء والتعقيد وارتفاع التكلفة.

إن التحكيم الإلكتروني ما هو إلا مزيج من القواعد المتعلقة بالتحكيم بمفهومه التقليدي وبالتقنيات الإلكترونية، فهو لا يخرج عن كونه تحكيما وفقا للقواعد الأساسية للتحكيم، لكنه يمتاز بتطبيق تقنيات العالم الإلكتروني، ومن ثم فإن أي دراسة للتحكيم الإلكتروني لا يمكن أن تستغني لا عن قواعد التحكيم التقليدية الأساسية ولا عن التقنيات ووسائل الاتصال الحديثة التي يقوم عليها العالم الإلكتروني.

إن التحكيم الإلكتروني في حقيقة الأمر ما هو إلا الصورة المطورة والحديثة للتحكيم التقليدي فالأساس الذي بني عليه كل منهم واحد، قوامه اتفاق الأطراف على إخراج النزاع من سلطة القضاء وطرحه على قضاة يتفقون على تعيينهم، لإتباع إجراءات تحكيمية يتفقون عليها كمبدأ عام، إلا أن التحكيم الإلكتروني يتميز عن التحكيم التقليدي في الوسيلة الإلكترونية التي تباشر بمقتضاها العملية التحكيمية.

إن التحكيم الإلكتروني هو نظام قضائي اتفاقي يختار بموجبه الأطراف المتنازعة قضاتهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاقهم مهمة تسوية المنازعات التي نشأت أو سوف تنشأ بينهم بمناسبة إبرام أو تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية المبرمة بينهم، والتي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم الإلكتروني.

إن نظام التحكيم الإلكتروني يقوم على اتفاق الأطراف المتنازعة بدءا من الاتفاق على اللجوء إليه كوسيلة بديلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، مرورا بإجراءاته وصولا إلى إصدار حكم إلكتروني وتنفيذه، فاتفاق التحكيم الإلكتروني هو دستور نظام التحكيم الإلكتروني ومصدر سلطة هيئة التحكيم.

يعتبر اتفاق التحكيم الإلكتروني الحلقة الأساسية في عملية التحكيم الإلكتروني، إذ بدونه لا يمكن إخراج المنازعة المثارة بين الأطراف المتعلقة بعقد من عقود التجارة الإلكترونية من ولاية القضاء المختص أصلا للفصل فيها وإخضاعها للتحكيم الإلكتروني، ذلك أن التحكيم الإلكتروني نظام اتفاقي قوامه إرادة من يرغبون فيه.

إن التحكيم الإلكتروني يتميز عن التحكيم التقليدي بطبيعة وخصوصية الوسط الذي يتم عبره وهو الوسط الإلكتروني، من ثم فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني يتميز بنفس خصوصية التحكيم الإلكتروني أين يتم بطريقة إلكترونية من خلال استخدام وسائل الاتصال الحديثة.

تعود أسباب اختيار هذا الموضوع إلى عدة اعتبارات أهمها نظرا لحداثة نظام التحكيم الإلكتروني كوسيلة فعالة لفض نوع جديد من منازعات تبرم في عالم افتراضي باستخدام وسائل تقنية حديثة، وبالنتيجة فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني الذي يعتبر هيكل وأساس نظام التحكيم الإلكتروني يعتبر من المواضيع الحديثة، وبالتالي يحتاج إلى تخصيص الدراسة بشأنه لتبيان إطاره القانوني.

كما أن الجزائر وكغيرها من الدول، قامت بتطوير تشريعها الوطني وتكيفيه مع القواعد والمعايير الدولية في مجال التجارة الإلكترونية من خلال إصدار القانون 18-05 المؤرخ في 10-05-2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية[1]، وهذا يعني ظهور نوع جديد من المنازعات متعلقة بتلك التجارة الإلكترونية التي تتم من خلال وسائل غير تقليدية مما ستدعي البحث عن وسائل بديلة غير القضاء الوطني للفصل في تلك المنازعات من خلال استعمال وسائل اتصال حديثة أي بنفس الوسائل التي تم بمقتضاها إبرام عقود التجارة الإلكترونية.

تبرز أهمية الموضوع محل الدراسة في أنه يقدم فائدة قانونية وعملية، تتجلى في إظهار الدور الكبير الذي يناط للتحكيم الإلكتروني باعتباره أفضل طريق لفض منازعات التجارة الإلكترونية التي أصبحت تفرض نفسها وبقوة في التعاملات التجارية التي أصبحت تتم في عالم افتراضي دون التلاقي المادي للأطراف في مجلس عقد حقيقي.

أين أفرزت تلك التجارة الإلكترونية التي تتم بوسائل اتصال إلكترونية العديد من المنازعات بين أطرافها، مما يستوجب البحث عن طريقة فعالة لفضها، من خلال استعمال وسائل تتلاءم وطبيعة التجارة الإلكترونية.

إلا أن التحكيم الإلكتروني لا يتم إلا من خلال إبرام اتفاق تحكيم إلكتروني، الذي يعد أساس نظام التحكيم الإلكتروني بأكمله، من خلاله ينعقد اتفاق الأطراف المتنازعة على إخراج سلطة الفصل في النزاع من سلطة القضاء الوطني المختص أصلا للفصل فيه وإسنادها إلى هيئة تحكيمية يتفقون غالبا على تعيينها.

---

[1]- القانون 18-05، المؤرخ في 10-05-2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر المؤرخة في 16-05-2018، عدد 28.

من ثم يكون من الضروري تحليل الإطار القانوني لذلك الاتفاق من خلال تبيان مفهومه وطبيعته القانونية والوسائل المستعملة لإبرامه وشروط صحته وكذا الآثار المترتبة عنه خصوصا أنه يتم إبرامه من خلال وسائل اتصال إلكترونية تأخذ بعين الاعتبار خصوصية التجارة الإلكترونية.

كما أن تظهر أهمية الدراسة من خلال تبيان موقف المشرع الجزائري ومقارنته بالتشريعات الوطنية والدولية المقارنة في جميع النقاط القانونية التي من شأن أن يثيرها إبرام اتفاق تحكيم من خلال وسائل إلكترونية، خصوصا بعد دخول القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية حيز التنفيذ وهذا معناه احتمال ظهور منازعات من جراء إبرام عقود التجارة الإلكترونية لا تتناسب طبيعتها أن يتم فضها عن طريق القضاء الوطني العادي.

مما يتعين البحث عن طرق بديلة لفضها، وهنا تظهر الحاجة للبحث عن موقف المشرع الجزائري من إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني، خصوصا أنه لم ينظم إلا اتفاق التحكيم الذي يجري بطريقة تقليدية، كما أن التشريع الجزائري أصلا حديث العهد بإقرار الكتابة والتوقيع الإلكتروني الذي بمقتضاها يتم إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني.

تهدف الدراسة إلى تبيان القصور التشريعي الذي يعوق تطور التحكيم الإلكتروني وبالنتيجة إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني، مع البحث عن السبل الناجعة المنتهجة من قبل مختلف التشريعات الوطنية والدولية لأجل إزالة هذا القصور من خلال الاعتراف بالطبيعة الإلكترونية لاتفاق التحكيم وهذا يؤدي إلى الاعتراف الواسع باتفاق التحكيم الإلكتروني، مما يؤدي إلى الاعتراف بحجية نظام التحكيم الإلكتروني كطريق فعال لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية وبالنتيجة سهولة تنفيذ أحكام التحكيم الإلكترونية.

كما تهدف هذه الدراسة إلى وضع مقاربة قانونية انطلاقا من القواعد القانونية المنظمة لاتفاق التحكيم بمفهومه التقليدي المنصوص عليها عبر مختلف التشريعات الوطنية والدولية مع مراعاة الطريقة الإلكترونية لإبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني سواء من حيث كتابته أو توقيعه وصولا إلى إمكانية تطبيقها على اتفاق التحكيم الإلكتروني.

أما عن الصعوبات التي واجهت إتمام هذه الدراسة فهي متعددة نذكر منها أنه وبالرغم من تعدد التشريعات الوطنية والدولية المنظمة لكيفية إبرام اتفاق التحكيم وجوانبه القانونية إلا أنها

تنظم أحكام إبرام ذلك الاتفاق بمفهومه التقليدي أي المدون على دعامة ورقية من خلال الحضور المادي للأطراف في مجلس عقد واحد أو من يمثلهم.

مما تعين على الباحث بذل مجهود لأجل محاولة إجراء إسقاطات انطلاقا من الأحكام المنظمة لاتفاق التحكيم بمفهومه التقليدي مع الاستعانة بالأحكام المنظمة للعقد المبرم بطريقة إلكترونية، ومحاولة تطبيقها على اتفاق التحكيم الإلكتروني.

كما أن موضوع الدراسة استوجب التطرق إلى أكثر من فرع قانوني من أفرع الدراسات القانونية، وكذا التجوال بين أكثر من نظام قانوني بغية التعرف والوقوف على موقف التشريعات الوطنية المختلفة وحتى الدولية والإقليمية والقوانين النموذجية من النقاط القانونية المحورية في هذه الدراسة.

إلى جانب غياب الاجتهادات والأحكام الصادرة عن الهيئات التحكيمية الإلكترونية على الرغم من تعددها، وهذا راجع إل الطبيعة السرية التي تجري في كنفها عملية التحكيم الإلكتروني.

أما بخصوص المنهج المعتمد في إعداد هذه الدراسة، فإنه تم اعتماد المنهج التحليلي والمنهج المقارن، أين تم الاستناد على المنهج التحليلي القائم على رد الفروع إلى أصولها من خلال التفصيل في كل جزئية من جزئيات الدراسة، سواء من الجانب الفقهي من خلال عرض الآراء الفقهية والنظريات المتباينة حول المسائل الخلافية، وكذا من الجانب التشريعي من خلال تحليل المواد القانونية سواء تلك التي تضمنتها القوانين والتشريعات الوطنية أو حتى الاتفاقيات الدولية والإقليمية.

كما تم اعتماد المنهج المقارن المبني على إجراء مقارنة حول المسألة المراد بحثها بين التشريعات الوطنية والدولية المختلفة، وبالأخص معرفة موقف المشرع الجزائري منها وكذا موقف التشريعات المقارنة خاصة منها المشرع الفرنسي والمصري، وكذا موقف الاتفاقيات الدولية وعلى الأخص لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال UNCITRAL، وكذا الاتفاقيات الإقليمية كالتوجيه الأوروبي وكذا القوانين النموذجية المختلفة.

إن موضوع الدراسة يواجه مشكلة أساسية تتمثل في الصعوبات القانونية التي تواجه إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الإلكترونية على التحكيم الإلكتروني.

من ثم فإن إشكالية هذه الدراسة تتمثل في: **ما مدى كفاية القواعد القانونية المطبقة على اتفاق التحكيم بمفهومه التقليدي على حل منازعات عقود التجارة الإلكترونية؟**

إن الإجابة على هذه الإشكالية تتطلب تقسيم هذه الدراسة إلى بابين، نتعرض في الباب الأول إلى الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، والذي ينقسم إلى فصلين، الفصل نتطرق في الفصل الأول إلى ماهية التحكيم الإلكتروني ، أما الفصل الثاني فنخصصه إلى دراسة إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني وضوابطه.

بينما نعالج في الباب الثاني مضمون اتفاق التحكيم الإلكتروني وآثاره، والذي بدوره ينقسم إلى فصلين، نعالج في الفصل الأول العناصر الجوهرية لاتفاق التحكيم الإلكتروني، بينما نخصص الفصل الثاني لدراسة آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني وانقضائه.

كما تم تكليل هذه الدراسة بخاتمة تضمنت أهم نتائج الدراسة مع تقديم جملة من التوصيات.

الباب الأول

الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني

مع ازدياد حجم عقود التجارة الإلكترونية، ازداد بالضرورة حجم المنازعات الناجمة عنها إلا أن محاولة حسم تلك المنازعات عن طريق القضاء الوطني نتج عنه عدة إشكالات بسبب تطبيق منهج قواعد التنازع القانوني والقضائي على تلك العقود من جهة، وبالنظر إلى البيئة الافتراضية التي تتم في كنفها تلك العقود.

كما أن استخدام التحكيم التقليدي لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية عرف بعض العقبات، مما أدت الضرورة إلى تطوير التحكيم التقليدي ليتناسب مع متطلبات التجارة الإلكترونية القائمة على استخدام وسائل إلكترونية، فظهرت فكرة مراكز التحكيم الإلكترونية لتواكب إيقاع التجارة الإلكترونية[1].

إلا أن اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني وكما هو الشأن بالنسبة للتحكيم التقليدي لا يتم إلا من خلال آلية معينة وهي اتفاق التحكيم الإلكتروني، أين يتم الاتفاق على أسلوب التحكيم الإلكتروني لحل أي نزاع نشأ أو سينشأ والمتعلق بعقد من عقود التجارة الإلكترونية، ومن ثم يعتبر اتفاق التحكيم الإلكتروني العمود الفقري الذي يقوم عليه نظام التحكيم الإلكتروني[2].

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني ما هو إلا تصرف قانوني بالمعنى الفني، يشترط فيه ما يشترط في أي عقد لكن مع مراعاة الوسط الإلكتروني الذي أبرم فيه، وهذا يعني أنه يشترط لصحته ووجوده أركانا وضوابط جوهرية.

إن دراسة الإطار التنظيمي لاتفاق التحكيم الإلكتروني تقتضي بداية دراسة ماهية التحكيم

---

[1]– صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، 2016، ص 326، محمود محمد الشيخ، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص 19.

[2]– مصطفى ناطق صالح مطلوب، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري، مجلة الرافدين للحقوق جامعة الموصل المجلد 12، العدد 43، السنة 2010، ص 113، على الموقع الإلكتروني:
https://www.iasj.net/iasj?func=issueTOC&isId=2049&uiLanguage=ar
تم الإطلاع عليه بتاريخ 15-11-2016، على الساعة 20:04.

الإلكتروني في الفصل الأول، بينما نخصص الفصل الثاني لدراسة إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني وضوابطه.

الفصل الأول

ماهية التحكيم الإلكتروني

يعتبر التحكيم الإلكتروني أكثر ملائمة مع طبيعة منازعات التجارة الإلكترونية، بحكم أن أطراف هذه المنازعات غالبا ما يكونوا من مناطق بعيدة، فتقوم وسائل الاتصال الحديثة كشبكة الإنترنت بتقريب المسافات وجعل الأطراف وكأنهم في مكان واحد من الناحية الافتراضية وهو الأمر الذي يحفز المتعاملين في حقل التجارة الإلكترونية اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني لفض المنازعات القائمة بينهم[1].

إلا أنه ونظرا لحداثة عهد نظام التحكيم الإلكتروني كان من الضروري البحث في مسألة تعريف ذلك النظام وتحديد صوره، كما لم يتوصل الفقهاء إلى اتفاق حول طبيعته القانونية، فثار خلافهم حول إذا كان نظاما قانونيا قائما بذاته، أم أنه مجرد نسخة متطورة للتحكيم التقليدي، لا يختلف عنه إلا من حيث الوسيلة.

إن التحكيم الإلكتروني باعتباره وسيلة لفض المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الإلكترونية على الخط *ODR*، وإن كان يوفر لأطرافه عدة مزايا تفرقه عن نظام القضاء الوطني وحتى عن التحكيم بمفهومه التقليدي، إلا أنه وكأي نظام يؤخذ عليه بعض العيوب.

من ثم سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم التحكيم الإلكتروني، بينما نتطرق في المبحث الثاني إلى مشروعية التحكيم الإلكتروني وطبيعته القانونية.

---

[1]– جعفر ذيب المعاني، التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2014، ص 29، محمود السيد عمر التحيوى، حكم التحكيم الإلكتروني، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية،2011، ص 94، محمد مأمون سليمان، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2011، ص 63.

المبحث الأول

مفهوم التحكيم الإلكتروني

إن الاختلاف بين الكيفية التي تبرم وتنفذ بمقتضاها الصفقات والعقود التجارية التقليدية عن تنفيذ وإبرام الصفقات والعقود التجارية الإلكترونية، أدى إلى ضرورة تبني قواعد قانونية جديدة تتلاءم مع هذا النوع الجديد من التجارة، مما يستوجب بالضرورة البحث عن آليات ووسائل جديدة لحل المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الإلكترونية.

بالرغم من أن التحكيم الإلكتروني قد يبدوا من الوهلة الأولى أنه ظهر حديثا على شكل كيان قائم بذاته دون أية مقدمات[1]، إلا أن بعض الفقه يرى أن التحكيم الإلكتروني ما هو إلا صورة حديثة ومتطورة للتحكيم التقليدي الذي يعتبر وسيلة بديلة لفض المنازعات، ومن ثم فإن تعريف التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا من خلال الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي[2].

من ثم سوف نتعرض إلى تعريف التحكيم الإلكتروني ومقارنته بالتحكيم التقليدي في المطلب الأول، بينما سوف نتطرق إلى أهمية التحكيم الإلكتروني في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تعريف التحكيم الإلكتروني ومقارنته بالتحكيم التقليدي

طالما أن التحكيم الإلكتروني ما هو إلا نسخة مطورة للتحكيم بمفهومه التقليدي، فإن محاولة إيجاد تعريف للتحكيم الإلكتروني تقتضي بالضرورة تعريف التحكيم بمفهومه التقليدي، من ثم سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتطرق في الفرع الأول إلى تعريف التحكيم التقليدي، بينما نتطرق في الفرع الثاني إلى تعريف التحكيم الإلكتروني.

---

[1]– أحمد محمد فتحي الخولي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل المنازعات المدنية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2017، ص 105، أسعد فاضل منديل، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، المجلد الرابع، كانون الأول 2011، ص 03.

[2]– مصطفى ناطق صالح الناصري، التطورات الحديثة في التحكيم التجاري، دار الكتب القانونية، مصر 2015، ص16، نبيل زيد المقابلة، التحكيم الإلكتروني، على الوقع الإلكتروني:
http://www.f-law.net/law/threads/21066
تم الإطلاع عليه بتاريخ 14-06-2016، على الساعة 18:02.

الفرع الأول

تعريف التحكيم التقليدي

يعد التحكيم بمفهومه التقليدي نظاما قانونيا مستقلا عن بقية الأنظمة القانونية الأخرى مثله مثل النظام القانوني للقضاء، وهو يمر بمراحل متعددة تختلف الواحدة عن الأخرى، ففي مرحلته الأولى يكون التحكيم عقدا يخضع إلى القانون المدني من حيث التكوين والنفاذ، ثم يكون على شكل إجراءات، ليصبح حكما يخضع لما تخضع له الأحكام القضائية من مراقبة القضاء[1].

إن التحكيم ليس بظاهرة قانونية حديثة وإنما هو نظام قديم يضرب بجذوره في بطون التاريخ، كان سابقا عن ظهور القضاء[2].

إن تعريف التحكيم من المسائل التي يقتضي أن نبين معناه لغة واصطلاحا وقانونا.

أولا- المفهوم اللغوي للتحكيم

يعرف التحكيم لغة على أنه «*تفويض الحكم لشخص*»، وعلى هذا يقال حكمت الرجل أي فوضت إليه الحكم، فيقصد به التفويض في الحكم، أو طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه[3].

إن التحكيم في اللغة الفرنسية يعني تسوية نزاع أو خلاف، أو هو حكم يصدره شخص أو عدة أشخاص تم تعيينهم من قبل الأطراف المتنازعة بمقتضى اتفاق، أما المحكم فهو الشخص الذي يتم تعيينه من طرف الأطراف للفصل في النزاع[4].

ثانيا- المفهوم الاصطلاحي للتحكيم

إن مصطلح التحكيم يثير في الذهن أحد المعنيين، أولهما اختيار الأطراف المتنازعة طرفا محايدا للفصل فيما ثار بينهما من خلاف، أما المعنى الثاني هو تولي الطرف المحايد الذي

---

[1]- أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، العراق، 2011 ص 11.

[2]- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 11، فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 31.

[3]- الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع، دار الفكر، بيروت، 1978، ص 98.

[4] - «Règlement d'un différend ou sentence arbitrale rendue par une ou plusieurs personnes au quelles les parties ont décidé d'un commun accord de s'en remettre», Petit Robert 1, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, paris,1988.

حكمه المتنازعين الحكم في النزاع الذي طرح عليه، ومن ثم فإن التعريفات المختلفة للتحكيم تضم بين دفتيها هذين المعنيين معا[1].

من ثم يعرف التحكيم، كما جاء في مقدمة ابن خلدون، وبمجلة الأحكام العدلية العثمانية بأنه «*اتخاذ الخصمين حكما برضائهما للفصل في خصومتهما ودعواهما*»[2].

ثالثا- المفهوم القانوني للتحكيم

على الرغم من تبني الكثير من الدول نظام التحكيم، إلا أن غالبية الأنظمة القانونية لم تجازف بوضع تعريفا محددا للتحكيم[3]، والسبب في ذلك يرجع إلى أن دور المشرع ينحصر في تحديد المبادئ والأحكام العامة التي يجب أن يتناولها القانون، أما المسائل الجزئية ومنها التعاريف أو تبيان الخصائص، فهي من اختصاص الشراح والفقهاء ورجال القانون.

انطلاقا من ذلك تصدى الفقه القانوني لوضع عدة تعاريف للنظام القانوني للتحكيم تختلف بحسب الزاوية التي ينظر بها الفقه لذلك النظام[4]، أين يعرف بعض الفقه التحكيم بأنه «*النظام* الذي بمقتضاه يخول أطراف النزاع مهمة *الفصل فيه إلى محكمين يعينونهم بمحض مشيئتهم للفصل في النزاعات المتعلقة بهم*»[5].

إلا أن هذا التعريف لا يحيط بحقيقة التحكيم كاملة، لأن التحكيم قد لا يتولد من اتفاق

---

[1]- محسن جميل جريح، التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية لبنان، 2016، ص 25، أسامة إدريس بيد الله، التحكيم الإلكتروني، ماهيته وإجراءاته، ص 03، على الموقع الإلكتروني:

http://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2010/04/%

تم الإطلاع عليه بتاريخ: 16-06-2016، على الساعة 15:03.

[2]- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 وتعديلاته، مستقبل التحكيم، التحكيم الإلكتروني واتفاقه، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 43.

[3] -Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHEIDT, Droit de l'arbitrage Interne et International Montchrestien-Lextenso éditions, Paris cedex 02, 2013, p 14.

[4]- أسعد فاضل منديل، حماية عقود التجارة الإلكترونية في القانون المغربي، دراسة مقارنة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2010، ص17.

[5]- حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر 2006 ص 03.

M. DE BOISSESON, Le droit français de l'arbitrage, Gide Loyrette Novel, Joly, Paris, 1990, p 05.

التحكيم بل قد يتولد من نص قانوني يوجب على الأطراف اللجوء إلى التحكيم، وهو ما يعرف بالتحكيم الإجباري[1]، وفي نفس المعنى هناك من عرف التحكيم على أنه «*الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين Arbitres ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلا للنظر في النزاع، والفصل في موضوعه*»[2].

عرف جانب من الفقه الفرنسي التحكيم بالقول «*أنه نوع من العدالة الخاصة يتم بمقتضاه إخراج المنازعات عن ولاية القضاء العام ليتم الفصل فيها بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة*»[3].

إن الفكرة الجوهرية التي يقوم على أساسها التحكيم هي مبدأ سلطان الإرادة، فأطراف النزاع هم الذين يختارون قضائهم وكذا القانون الذي يحكم العقد المثار المنازعة بشأنه، بدلا من الاحتكام إلى النظام القانوني للبلد الذي يقيمون فيه، فتعلو رغبتهم على كل نظام قانوني محدد من طرف الدولة[4].

---

[1]– أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، منشأة المعارف، ط5، الإسكندرية، 1988، ص 15.

[2]– محمد شعبان إمام السيد، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، دار المناهج للنشر والتوزيع الأردن، 20014، ص 19، خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر العربي الإسكندرية، 2008، ص 13، أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف، الإسكندرية 1974 ص 15، أحمد السيد الصاوي التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم العربية، بدون دار نشر، ط 2، 2004، ص 12.

[3]- «On entend par arbitrage l'institution d'une justice privée grâce a laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger», Jean ROBERT, L'arbitrage, Droit interne, Droit international Privé, Dalloz 6éme éd, Paris, 1993, P 26, Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, Edition litec, paris,1996, p 12, Ch. JARROSSON, La Notion d'arbitrage, LGDJ, 1987, p 372, Bertrand MOREAU et Thierry BERNARD, Droit Interne et Droit International de L'arbitrage, 2éme éd, Delmas, Paris,1985, p 15.

[4]– عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، ماهيته، إجراءاته، وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 38 بكلي نور الدين، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2007–2008، ص 12.

بذلك يصبح التحكيم نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب مهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية التي يجوز حسمها عن طريق التحكيم[1].

الفرع الثاني

تعريف التحكيم الإلكتروني

لتعريف التحكيم الإلكتروني يجب تقسيم هذا المصطلح إلى مقطعين، المقطع الأول هو *التحكيم* بمعناه التقليدي، وهو «*نظام تسوية المنازعات يخول بمقتضاه أطراف النزاع مهمة الفصل إلى محكمين يختارونهم بمحض إرادتهم بدلا من الطريق القضائي*»[2].

أما المقطع الثاني وهو *الإلكتروني*، فهو يعني الاعتماد على تقنيات تحتوي على ما هو كهربائي أو رقمي أو مغناطيسي أو لا سلكي أو بصري أو كهرومغناطيسي أو غيرها من الوسائل المشابهة ويقصد بذلك إجراء عملية التحكيم باستخدام الوسائل والأساليب والوسائط والشبكات الإلكترونية، التي من بينها شبكة الإنترنت[3].

هناك من التشريعات الوطنية من وضعت تعريفا لمصطلح «إلكتروني»، فعلى سبيل المثال أورد المشرع الكندي بمقتضى قانون التجارة الإلكترونية الموحد[4] تعريف مفاده «*يقصد بمصطلح الإلكتروني كل عملية إنشاء أو تسجيل أو نقل أو تخزين في صيغة رقمية أو أي صيغة أخرى*

---

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظير وتطبيق مقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 19، عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 25.

[2]– يسعد حورية، التحكيم التجاري الدولي طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 01، 2010، ص 314، بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، تاريخ المناقشة 20-06-2012، ص 09.

[3]– رضوان هاشم حمدون الشريفي، نحو نظام قانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2013، ص 21، عصام أحمد البهجي، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2017 ، ص 88.

[4]– صدر قانون التجارة الإلكترونية الكندي الموحد سنة 1999.

ملموسة بواسطة وسائل إلكترونية أو بأية وسائل أخرى مشابهة، لديها القدرة على الإنشاء أو التسجيل أو النقل أو التخزين إلكترونيا »[1]

نظرا لحداثة ظهور التحكيم الإلكتروني فإنه لا يوجد تعريف موحد له، وقد اختلف الفقه في تعريفه، فمنهم من عرفه بأنه «*التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الإنترنت، وفق قواعد خاصة دون الحاجة إلى التقاء أطراف النزاع والمحكمين في مكان معين*»[2].

كما عرف على أنه «وسيلة اختيارية لحسم المنازعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية عن طريق اختيار محكم أو محكمين يقومون بالفصل في تلك المنازعات من خلال وبواسطة الإنترنت بقرار ملزم للخصوم»[3].

هناك من الفقه من عرف التحكيم الإلكتروني بأنه «*طريق بديل لحل المنازعات الناشئة غالبا عن المبادلات المبرمة بطرق إلكترونية، من خلال إنشاء محكمة تحكيمية إلكترونية مشكلة من طرف شخص أو عدة أشخاص طبيعية، يستمدون سلطتهم التحكيمية من اتفاق الأطراف لا من سلطة وطنية أو دولية* »[4].

---

[1]– عرف قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 مصطلح إلكتروني بأنه «تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو إلكترومغناطيسية أو وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها»، هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة 2012 ص 24.

[2]– شادي رمضان طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016، ص 424، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 42.

[3]– مصلح أحمد الطروانة، نور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق بجامعة البحرين المجلد الثاني العدد الأول، يناير 2005.

[4]– محمد عبد العزيز منسي، موسوعة اتفاق التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، 2011، ص 24، معتصم نصير، مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الإلكتروني، بحث مقدم بالمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة، أكاديمية شرطة دبي، 26–28 أبريل 2003، ص 370. .

Eric A.CAPRIOLI, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, Edition du Juris-classeur, Paris, 2002, p 85.

لقد ثار خلاف فقهي حول مسألة وصف التحكيم على أنه إلكتروني، وانقسم بهذا الصدد إلى اتجاهين، فيرى أنصار الاتجاه الأول أن التحكيم يعتبر إلكترونيا سواء تم بأكمله باستخدام الوسائل الإلكترونية، كالبريد الإلكتروني أو الفيديو كونفرانس، أم اقتصر استعمالها على بعض مراحله فقط، كمرحلة إبرام اتفاق التحكيم أو مرحلة الخصومة التحكيمية، في حين تتم المراحل الأخرى بالطرق التقليدية[1]، فالوسيلة المستخدمة في إجراءات التحكيم هي ما تضفي عليه صفة الإلكترونية[2].

أما الاتجاه الثاني فيرى أنصاره أن التحكيم لا يكون إلكترونيا إلا إذا أستخدم في كافة مراحله وإجراءاته وسائل الاتصال الحديثة وعلى رأسها الإنترنت، بدءا من اتفاق التحكيم مرورا بإجراءات تحكيمية إلكترونية لا تحتاج لحضور مادي للأطراف المتنازعة ولا للمحكمين، وينتهي بإصدار حكم إلكتروني[3].

يرجح أغلب الفقه الرأي الأول، على اعتبار أن التحكيم الإلكتروني وسيلة تحكيمية حلت فيها الوسائل التقنية كبديل لحضور أطراف النزاع واجتماع المحكمين في مكان واحد، وهذا ما يميزه عن التحكيم التقليدي، أين يتم دراسة موضوع النزاع من خلال تلك الوسائل الإلكترونية[4].

---

[1]– سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 20 محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 25، يتوجي سامية، أهمية التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، ص 159، على الموقع الإلكتروني:
http://dspace.univ-bouira.dz:8080/jspui/bitstream/123456789/1075/1/doc8.pdf
تم الإطلاع عليه بتاريخ 17-12-2016، على الساعة 19:45.

[2]– عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، مكتبة القانون والاقتصاد الرياض 2013، ص 25، عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 97.

[3]– خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، دار النهضة العربية، ط 2، القاهرة، 2012، ص 20، رجاء نظام حافظ بني شمسه، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص 11.
Ahmed EL SHAKANKIRY, Les litiges du commerce international et l'arbitrage électronique Editions universitaires Européennes, Saarbrucken, Allemagne, 2012, p 18.

[4]– محمد حته، التحكيم الإلكتروني أحدث النزاعات وأحدث طرق الحل، على الموقع الإلكتروني:
http://kenanaonline.com/users/hetta11/posts/81160
تم الإطلاع عليه بتاريخ 09-01-2017، على الساعة 00:15.

إن استعمال وسائل الاتصال الحديثة في إحدى مراحل التحكيم لا يجعل منه تحكيما إلكترونيا، كتبليغ الطرف الآخر عن طريق البريد الإلكتروني، فمثل هذه التقنيات الحديثة أضحت لا غنى عنها، وإن استعمالها في إحدى مراحل التحكيم دون باقي المراحل لا يجعل منه تحكيما إلكترونيا[1].

إن خير دليل على ذلك أن مراكز التحكيم الدولية لها مواقع إلكترونية على شبكة الإنترنت يمكن التواصل معها من خلالها دون أن يأخذ التحكيم الذي تشرف عليه وصف التحكيم الإلكتروني، مثال ذلك استعمال غرفة التجارة الدولية بباريس *CCI* نظام *Net Case* الذي يتيح لأطراف التحكيم الذي يجري وفقا لقواعد هذه الغرفة أن يتواصلوا فيما بينهم عبر الإنترنت في مجال آمن وخاص بهم، أين تكون المعلومات المتبادلة مشفرة، كما يساعد هذا النظام على تنظيم ملفات القضايا كلا على حدا[2].

المطلب الثاني

أهمية التحكيم الإلكتروني

لكل نظام قانوني مزايا تدفع الأطراف المتنازعة إلى اللجوء إليه وتبنيه كآلية لحل منازعاتهم، كما يتضمن عيوب ومعوقات تدفع المتعاملين إلى الإحجام عن اتخاذه كوسيلة لفض منازعاتهم، والتحكيم الإلكتروني شأنه شأن أي نظام قانوني يتضمن من المزايا التي تدعو للأخذ به كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، إلا أن تلك المزايا لا تخفي المعوقات والمخاطر التي تصاحب العمل بذلك النظام[3].

---

[1]– ألاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية المجلد السادس، العدد الثاني، 2009، ص 206، على الموقع الإلكتروني:
http://iefpedia.com/arab/wp.
تم الإطلاع عليه بتاريخ 07-09-2016، على الساعة 23:30.

[2]– صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 338، عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 98.

[3]– حيدر مهدي نزال، التحكيم الإلكتروني والقانون العراقي، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين المجلد 17 الإصدار 02، لسنة 2015، ص 318، على الموقع الإلكتروني:
http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=109151
تم الإطلاع عليه بتاريخ 08-09-2016، على الساعة 21:11.

من ثم سوف نتعرض لمزايا التحكيم الإلكتروني ومعوقاته في الفرع الأول، ونخصص الفرع الثاني لتمييز التحكيم الإلكتروني عن غيره من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإلكترونية.

الفرع الأول

مزايا التحكيم الإلكتروني ومعوقاته

يستمد التحكيم الإلكتروني أهميته من المزايا التي يحققها كأسلوب لحل منازعات التجارة الإلكترونية، فمنها مزايا يشترك فيها مع التحكيم التقليدين ومنها مزايا مستمدة من الوسيلة الإلكترونية التي تتم بمقتضاها عملية التحكيم الإلكتروني، كما أن للتحكيم الإلكتروني مساوئ ومعوقات.

أولا- مزايا التحكيم الإلكتروني

للتحكيم الإلكتروني عدة مزايا يمكن الوقوف عليها من خلال المكاسب التي يحققها والتي تشكل سببا يجعل الأطراف يفضلونه كوسيلة فعالة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، وهي المزايا التي تميزه عن القضاء الوطني بل حتى عن التحكيم التقليدي.

إذا كان التحكيم التقليدي باعتباره من الوسائل البديلة لفض المنازعات يتميز بالعديد من المزايا بمقارنته بالقضاء، فإن التحكيم الإلكتروني وفضلا عن مزايا التحكيم التقليدي فإنه يضاف له مزايا أخرى[1].

من أهم مزايا التحكيم الإلكتروني نذكر ما يلي:

1- السرعة في فض المنازعات

من أهم مزايا التحكيم الإلكتروني على الإطلاق التي تجعل أطراف النزاع وبشكل قوي يتركون أي طريق آخر لفض منازعات التجارة الإلكترونية هو سرعة الفصل في النزاع[2].

ذلك أن التحكيم الإلكتروني يعد أكثر سرعة وتوفيرا للوقت من التحكيم التقليدي أو من إخضاع النزاع لإحدى المحاكم في دولة ما، بالنظر لما تعرفه المحاكم الوطنية من بطء وتكدس

---

[1]- رضوان هاشم حمدون الشريفي، نحو نظام قانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2013، ص 29، ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 979.

[2]- أميرة حسن الرافعي، التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونية في ظل الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2012، ص 448.

للقضايا، خاصة مع انتشار عقود التجارة الإلكترونية[1]، والمدة الزمنية التي يتطلبها التحكيم التقليدي للفصل في النزاعات[2].

إن السبب في توفير الوقت يرجع إلى أنه لا يكلف في التحكيم الإلكتروني الأطراف تحمل مشقة الانتقال إلى محكمة التحكيم التي قد تبعد عن المكان أو الدولة التي يتواجدون بها، كما أنه يمكن تبادل المستندات والأدلة فيما بين أطراف الخصومة في ذات الوقت عن طريق البريد الإلكتروني أو بأية وسيلة إلكترونية أخرى، فحتى سماع المتخاصمين وشهودهم يتم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية[3].

لتحقيق السرعة المطلوبة في التحكيم الإلكتروني فإن شبكة الإنترنت توفر من الإمكانيات بما يؤدي إلى الفصل السريع في النزاع، كما أن بعض من لوائح هيئات التحكيم الإلكتروني تضع للمحكم سقفا زمنيا للفصل في النزاع، مثالها اللائحة الموحدة لهيئة الإيكان *ICCAN* الخاصة بالتحكيم في المنازعات الناشئة عن تسجيل المواقع الإلكترونية، التي تلزم المحكم بإصدار حكمه خلال 60 يوما من تاريخ تقديم طلب التحكيم[4].

---

[1]- Eric A. CAPRIOLI, Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, sur le site internet : http://www.caprioli-avocats.com/pages/publications/cap04_edocs_presentation.htm

تم الإطلاع عليه بتاريخ 17-01-2017، على الساعة 19:33.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2011، ص 250، أسامة إدريس بيد الله المرجع السابق، ص 08.

Eric LOQUIN L'arbitrage du commerce international, Joly éditions, Lextenso éditions, Issy les moulineaux, 2015, p 27.

[3]- سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 370، محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 93

عمر فارس، التحكيم في عقود التجارة الإلكترونية، منتدى محامي سوريا على الموقع الإلكتروني:

http://www.damascusbar.org/AlMuntada/showthread.php?t=15689

تم الإطلاع عليه بتاريخ 17-01-2017، على الساعة 21:07.

[4] - إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، ماهيته وإجراءاته وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 40، ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 69، عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 121.

«L'ICCAN a développé une procédure dénommée Uniform Dispute Résolution Policy UDRP, qui est centralisée, rapide», Thomas SCHULTZ, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, Une approche critique, Brulant Bruxelles, LGDJ, Paris, 2005, p 189.

2- التقليل من النفقات

إن استخدام الوسائل الإلكترونية في التحكيم يؤدي بالضرورة إلى التقليل من نفقات التحكيم مثلما يؤدي إلى السرعة في الفصل في النزاع[1]، وهذا يتناسب مع حجم عقود التجارة الإلكترونية المبرمة التي لا تكون في الغالب متواضعة وذات قيمة مالية بسيطة لا تستوجب اللجوء إلى القضاء لحلها[2]، لما تكلفه تلك العملية من مصاريف التقاضي ورسوم قضائية وأتعاب محامين ومصاريف خبراء تفوق أحيانا قيمة العقود المبرمة، إذ أنه غالبا ما تكون قيمة المنازعات في التجارة الإلكترونية الخاضعة للتحكيم منخفضة القيمة[3].

إن انخفاض تكلفة التحكيم الإلكتروني يعود سببه إلى كون أن ذلك النوع من التحكيم لا يستلزم انتقال أطراف التحكيم من دولة إلى أخرى، كذلك الحال بالنسبة للشهود، فاستعمال الوسائل الإلكترونية في التحكيم لا تستلزم الحضور المادي لأطراف النزاع، وهذا يوفر نفقات الانتقال إلى مكان التحكيم، كما أن الكثير من الهيئات التحكيمية في نظام التحكيم الإلكتروني تعمل بنظام تحكيم معجل[4].

هذا بالإضافة إلى ما يوفره الإنترنت من خدمات اتصال يتم من خلالها تبادل المستندات والمذكرات الخاصة بالنزاع إلكترونيا أو من خلال الاتصال المباشر بالخبراء على عنوانهم الإلكتروني، مما تنعدم معه نفقات إرسال المستندات بالوسائل التقليدية.

---

[1]- ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 981.

[2]- سيد أحمد محمود، نحو إلكترونية التحكيم والتحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010 ص 19، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 54.

[3]- «La politique de l'ICANN, doublée d'un règlement d'application, met en place une procédure de résolution rapide de litiges pour les noms de domaine Cette procédure permet de régler un litige relié à un nom de domaine à un coût moindre (environ 1250 $US3)», Emmanuelle LETOURNEAU, Nom de Domaine, La résolution des conflits sous la politique de règlement uniforme de l'ICCAN, Disponible sur le site internet :
http://www.barreau.qc.ca/pdf/congres/2001/27-letourneau.pdf
تم الإطلاع عليه بتاريخ 16-01-2017، على الساعة 23:12.

[4]- سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 36، صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 358 جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 42.

كما أن المحكم الذي يتولى الفصل في نزاع التحكيم الإلكتروني يكون ذو خبرة فنية خاصة بالوسائل الإلكترونية ومنازعات التجارة الإلكترونية، وهذا ما يقلل من النفقات اللازمة للاستعانة بالخبراء المختصين في موضوع النزاع[1].

3- السرية

من أهم المزايا التي ينفرد بها التحكيم الإلكتروني والتحكيم التقليدي على السواء هو المحافظة على سرية النزاع، والتي تعتبر ضمانة هامة في مجال علاقات التجارة الدولية، لما للمحافظة على الأسرار المهنية أو الاقتصادية أو التكنولوجية من أثر على استمرارية النشاط لدرجة أن بعض الشركات تفضل خسارة حقها على كشف أسرارها الفنية أمام القضاء[2].

إن التحكيم يجنب التعرض لعلانية القضاء، سواء فيما يتعلق بسير إجراءات التقاضي أو تلاوة الحكم علنا، فالتحكيم يضمن السرية، وحكم التحكيم لا يجوز نشره إلا بموافقة الأطراف وفي هذا محافظة على سرية ما بينهم من تعاملات[3].

يلتزم الأطراف والمحكمين وكذا الهيئات التحكيمية بسرية التحكيم، إلا أن الالتزام بسرية التحكيم أصبح يعرف تراجعا نظرا لظهور اتجاه يطالب بضرورة ضمان شفافية التحكيم[4].

4- توافر الكفاءة والخبرة المعلوماتية لدى المحكمين

إن التحكيم بشكل عام والتحكيم الإلكتروني بشكل خاص يتيح للأطراف فرصة اختيار شخص له خبرة قانونية متميزة أو خبرة خاصة في نوع التجارة أو في الموضوع الذي نشب بشأنه النزاع، وهي الخبرة التي قد يفتقدها القاضي الوطني[5]، فيكون للأطراف مطلق الحرية في اختيار المحكم القادر على فهم النزاع والفصل فيه بعدالة شبه كاملة، ففي مجال عقود التجارة

---

[1]- عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 146، ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 981.

[2]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 58، خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص 24.

[3]- شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 434، لزهر بن سعيد المرجع السابق، ص 37.

[4] -Jean- Baptiste RACINE, Droit de l'arbitrage, Editions point Delta, Liban 2017, p 81, Eric LOQUIN op.cit, p 29.

[5]- فتحي والي، المرجع السابق، ص 14.

Ch. SERAGLINI, J.ORTSCHEIDT, op.cit, p 33.

الإلكترونية يكون بإمكان الأطراف تعيين محكم ذو خبرة ودراية بمجال التجارة الإلكترونية[1].

إن أنظمة التحكيم الإلكتروني لا تشترط في المحكم المعين للفصل في النزاع أن يكون قانونيا، بل يكفي أن يكون ممن تتوافر لديهم الخبرة الواسعة والإلمام بالنزاع المطروح عليه، وهذا ما يضمن مواكبة أحكام التحكيم تطور التجارة الإلكترونية[2].

5- تجاوز مشكلة الاختصاص القضائي و تنازع القوانين

أدى الانتشار الواسع في حجم عقود التجارة الإلكترونية إلى زيادة عدد النزاعات الناجمة عنها، والتي تخضع إلى نظم قانونية مختلفة نظرا للطبيعة الدولية لشبكة الإنترنت، مما يصعب معه توطين العلاقات القانونية التي تجري في إطارها ضمن اختصاص مكاني معين، الأمر الذي يترتب عليه وقوع تنازع القوانين والاختصاص والذي يعتبر من الصعوبة بمكان حله، نظرا لاختلاف قواعد الإسناد من دولة إلى أخرى[3].

من ثم تبدو أهمية التحكيم الإلكتروني، إذ يكون اللجوء إليه أمرا مجديا لحل مشكلة تنازع القوانين والاختصاص القضائي، من خلال تمكين الأطراف من الاتفاق على القانون الواجب التطبيق سواء على موضوع النزاع أو الإجراءات سواء بطريقة صريحة أو بالإحالة إلى لائحة مركز تحكيم معين[4].

6- تيسير الاتصالات بين الأطراف والمحكمين

إن التحكيم الإلكتروني يوفر لأطراف الدعوى التحكيمية وكذا المحكمين والخبراء مشقة الانتقال من مكان إلى آخر لحضور الجلسات وتقديم الوثائق والمستندات، أين يتم تبادل وإرسال المستندات والوثائق بطريقة إلكترونية وفي أي وقت ومن دون أي قيد[5].

---

[1]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 38، أمينة خبابة، التحكيم الإلكتروني في التجارة الدولية، دراسة مقارنة دار الفكر والقانون، مصر 2010، ص 77.

[2]- سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 41، بوديسة كريم المرجع السابق، ص 22.
Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 21.

[3]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002 ص 35.

[4]- ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 983، محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 30، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 55.

[5]- صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 359.

ثانيا- معوقات التحكيم الإلكتروني

رغم المزايا التي يتميز بها التحكيم الإلكتروني عن القضاء الوطني وحتى عن التحكيم التقليدي، والتي تعود للوسيلة الإلكترونية التي يتم بها التحكيم، والتي تدفع الأطراف إلى اللجوء إليه لفض منازعاتهم فإنه ينطوي على جملة من العيوب والمخاطر التي تجعل المتعاملين في حقل التجارة الإلكترونية يحجمون عن تبنيه كوسيلة لحل منازعاتهم، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

1- عدم ضمان سرية عملية التحكيم

أكثر ما يعاب على التحكيم الإلكتروني هو إمكانية اختراق سرية عملية التحكيم من قبل قراصنة شبكة الإنترنت، وهذا ما يهدد سرية العملية التحكيمية برمتها على خلاف التحكيم التقليدي[1]، في حين أن السرية هي الدافع الأساسي في اتجاه التجار نحو التحكيم عموما دون القضاء من أجل الحفاظ على سمعتهم و أسرارهم التجارية[2].

مما يجعل من التحكيم الإلكتروني لا يحقق السرية المرجوة، والسبب في ذلك يعود إلى أن ذلك التحكيم يتم عبر الإنترنت، وهو الوسط الذي قد يشكل تهديدا لسرية التحكيم، فإجراءات التحكيم الإلكتروني تتطلب أن يكون لكل طرف رقم سري يسمح له وحده الدخول إلى الموقع الخاص بالقضية التي يجري التحكيم فيها، فيلتقي بالمحكم أو بالطرف الآخر ويتمكن من الحصول على الوثائق والمستندات المتعلقة بالنزاع[3].

إلا أن الحصول على الأرقام السرية يتطلب تدخل أشخاص فنيين لا علاقة لهم بالنزاع وهذا ما يجعل من معرفة تلك الأرقام السرية غير محصور على الخصوم وحدهم[4].

كما أن طبيعة الإنترنت تفرض تحديا آخر وهو خطر الاختراق من قبل المتطفلين *Hackers* وهم من اعتادوا اقتحام خصوصيات الآخرين لمجرد إشباع الفضول، والمخربين

---

[1]- أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 187، أسامة إدريس بيد الله، المرجع السابق، ص 09.

[2]- حيدر مهدي نزال، المرجع السابق، ص 320، بريش عبد القادر، حمدي معمر، المرجع السابق، ص 10.

[3]- حسين فريجه، المرجع السابق، ص 57.

[4]-Vincent TILMAN, Arbitrage et nouvelles technologies: Alternative cyber dispute résolution, Revue ubiquité, 1999, n2, p 05.

Crackers وهم من يجوبون الإنترنت بحثا عن ضحايا يوقعون بهم كسرقة أرقام بطاقات الائتمان[1]، ومن ثم فإن عدم ضمان السرية يشكل تهديدا للتحكيم الإلكتروني ودوره كوسيلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية[2].

2- عدم تطبيق المحكم للقواعد الآمرة

من بين مخاطر التحكيم بشكل عام هو خشية الأطراف خاصة الطرف الضعيف في العقد من اللجوء إليه خشية عدم تطبيق القواعد الآمرة المنصوص عليها في القانون الوطني والمقررة لمصلحة الطرف الضعيف خاصة إذا كان هذا الطرف مستهلكا والتي هي من النظام العام، مما يترتب عليه بطلان حكم التحكيم وعدم إمكانية تنفيذه[3].

إنه عند اختيار القانون الواجب التطبيق غير قانون المستهلك ليحكم النزاع، فإنه لا يمكن للمحكم تطبيق القواعد الحمائية المنصوص عليها في قانون المستهلك الوطني مادام أن المحكم لا يطبق إلا القانون المختار، وباعتباره ليس قاضيا فإنه غير ملزم بتطبيق القواعد الآمرة حتى في الدولة التي يوجد فيها مقر محكمة التحكيم.

لذا عارض الكثيرون اللجوء إلى التحكيم، لأن حماية الطرف الضعيف لا يكون إلا من خلال القواعد الآمرة المنصوص عليها في القوانين الوطنية [4].

3- عدم مواكبة النظم القانونية الداخلية لتطور التجارة الإلكترونية

إن غالبية النظم القانونية لا تواءم حتى الآن التطور المواكب للتجارة الإلكترونية، بل أن هناك من النظم من لا تشرع هذا النوع من التجارة أصلا في قوانينها[5].

---

[1]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 66، بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 24، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، المرجع السابق، ص 54.

[2]- ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 700، أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 138 عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 56.

[3]- رضوان هاشم حمدون الشريفي، المرجع السابق، ص 33.

[4]- فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 210، سامي عبد الباقي، المرجع السابق، ص 46.
Jean Baptiste RACINE, op.cit, p 87.

[5]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 254، عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق ص 38، أسامة إدريس بيد الله، المرجع السابق، ص 10.

إن تلك القوانين وضعت واستقرت لتحكم تعاملا تجاريا ماديا بدءا بإبرام العقد التجاري وصولا إلى تنفيذه بالتسليم المادي والوفاء النقدي للثمن[1]، فالقوانين التي تنظم التحكيم كأسلوب لفض المنازعات تشترط شكلية معينة لإبرام اتفاق التحكيم وإصدار حكم التحكيم وتنفيذه، والتي وضعت أساسا لتنظيم تحكيم تقليدي يتم بوسائل وإجراءات تقليدية[2]، وبالتالي يتعذر استيفاء تلك الشروط الشكلية في التحكيم الإلكتروني[3].

إضافة إلى جمود القواعد القانونية الموجودة في كثير من الدول المتعلقة بإجراءات التقاضي والتحكيم التقليدي من الاعتراف بحكم التحكيم الإلكتروني وقابليته للتنفيذ جبرا[4].

من ثم يكون من الضروري إقرار قواعد جديدة في التشريعات الوطنية أو تعديل القواعد القانونية النافذة بما ينسجم مع خصوصية التجارة الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني، ذلك أن التعامل عبر الإنترنت أصبح واقعا يستوجب وجود قواعد قانونية تواكبه، كما أن التحكيم الإلكتروني بدوره أصبح وسيلة لا غنى عنها لفض منازعات التجارة الإلكترونية، مما يستدعي وجود قواعد قانونية تنظمه وتلاؤمه[5].

4- مشكلة الأهلية

تشترك جميع أنظمة وتشريعات التحكيم في ضرورة توافر الأهلية القانونية في كل من أطراف النزاع والمحكمين، فأما عن مسألة بحث مدى توافر الأهلية في المحكمين فلا إشكال فيها مادام أن العملية التحكيمية الإلكترونية تتم عموما بواسطة مراكز تحكيم كبرى تحرص على الدقة في شتى الجوانب وخصوصا الأمور الأساسية فيها.

---

[1]- ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 986، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 437.

[2]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 68.

[3]- رضوان هاشم حمدون الشريفي، المرجع السابق، ص 32.

[4]- توجان فيصل الشريدة، ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، المجلد الثالث، ص 1108، على الموقع الإلكتروني:

http://slconf.uaeu.ac.ae/prev_conf/arabic_prev_conf2008.asp

تم الإطلاع عليه بتاريخ 02-02-2017، على الساعة 14:35.

[5]- عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 165، أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 138.

أما بالنسبة لأطراف النزاع فإنه قد يصعب على أحدهما التحقق من أهلية الطرف الآخر سواء من حيث ثبوت صفته الشخصية أو الوظيفية التي تعاقد على أساسها، أو ثبوت الأهلية بمعناها القانوني، فعلى افتراض عدم توافر الأهلية لطرفي النزاع يترتب على اتفاق التحكيم البطلان، وبالنتيجة بطلان حكم التحكيم[1].

5- الفجوة الرقمية

إن التفاوت بين الدول في مجال التكنولوجيا والاتصالات من شأنه إحداث فجوة رقمية[2] بل أن تلك الفجوة الرقمية تكون حتى داخل الدول المتقدمة ذاتها بين الأفراد الذين يعيشون في المدن وأولئك الذين يعيشون في مناطق ريفية، وهذا ما يحول دون استعمال الجميع لوسائل الاتصال الإلكترونية سواء لإبرام عقود التجارة الإلكترونية أو حل منازعاتها من خلال الوسائل الإلكترونية الحديثة[3].

من ثم تعتبر الفجوة الرقمية من أحد العوائق الرئيسة للتحكيم الإلكتروني، هذا بالإضافة إلى الحواجز اللغوية، ذلك أن معظم مراكز التحكيم الإلكتروني تعتمد اللغة الإنجليزية فقط، دون الأخذ بعين الاعتبار الاختلافات الثقافية واللغوية[4].

---

[1]- محمد محمود محمد جبران، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط 2009، ص 13، ص 29، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 56.

[2]- تعرف الفجوة الرقمية على أنها «التفاوت بين قُدرات الدول في الحصول على المعلومات والمعرِفة»، هالة رؤوف أحمد، الفجوة الرقمية، على الموقع الإلكتروني:

http://www.alukah.net/culture/0/62352/

تم الإطلاع عليه بتاريخ02-02-2017، على الساعة22:12.

[3]- محمد خالد الحضين، اتفاق التحكيم الإلكتروني دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والكويتي، رسالة ماجستير مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 25.

[4]- رجاء نظام حافظ بني شمسه، المرجع السابق، ص 21، صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 362.

الفرع الثاني

تمييز التحكيم الإلكتروني عن غيره من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإلكترونية

لقد أصبح الاتجاه الدولي يولي اهتماما متناميا نحو تطبيق وسائل التقاضي البديلة لحل منازعات التجارة الدولية *ADR* كالوساطة والتوفيق والتحكيم، وكذا التشجيع على اللجوء إليها إلا أن التطور التكنولوجي في إبرام وتنفيذ عقود التجارة بطريقة إلكترونية أدى إلى ظهور وسائل لحل المنازعات عن طريق الإنترنت *ODR*، فإلى جانب التحكيم الإلكتروني ظهرت المفاوضات الإلكترونية والوساطة الإلكترونية والتوفيق الإلكتروني[1].

أولا- المفاوضات الإلكترونية

تعتبر المفاوضات من أكثر الطرق البديلة لحل المنازعات انتشارا وأقلها تعقيدا، وهي نوعان فإما أن تكون المفاوضات آلية، وقد تكون بواسطة الحاسب الآلي[2].

1- المفاوضات الآلية

هي المفاوضات التي تتم من خلال البحث عن مصالحة غير قضائية دون تدخل الغير من خلال تقديم عروض من قبل كل طرف، مع الالتزام مسبقا بالحل الذي ستسفر عنه المفاوضات، وترسل العروض إلى الحاسب الآلي الموصول بشبكة الإنترنت مباشرة عبر موقع إلكتروني خاص بكل طرف، دون معرفة الطرف الآخر بذلك العرض[3].

لذا سميت بالعروض العمياء *Offres à l'aveugle*، أين يقوم الحاسب الآلي بإجراء مقارنة حسابية بين العروض، ثم يختار حلا توفيقيا يكون وسطا بين العروض، وبذلك يتم وضع حل آليا للنزاع، أما إذا كانت العروض متباعدة فإنه يتعين على الأطراف تقديم عروض جديدة[4].

---

[1]- مولاي حفيظ علوي قاديري، طرق فض المنازعات في التجارة الإلكترونية، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب المغرب، 2013، ص 137.

[2]- أمينة خبابة، المرجع السابق، ص 69، سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 22، خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص من 264 إلى310.

Thomas SCHULTZ, op.cit, p 183.

[3]- طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2016، ص 285.

[4]- Le nombre de rounds de négociation est en principe limité à trois, quoique certains centres ne prévoient pas de limites.

2- المفاوضات الإلكترونية بمساعدة حاسوب آلي

تتم المفاوضات بين الطرفي النزاع بمساعدة آلية اتصال معينة كالهاتف أو عن طريق البريد الإلكتروني، أين تتولى مراكز متخصصة بهذه المفاوضات وتنحصر وظيفتها في تسهيل استخدام برامج الاتصال أو المواقع الإلكترونية المؤمنة أو عن طريق برامج تدير الحوار بينهما أو طرح حلول نموذجية تم التوصل إليها من قبل في منازعات مماثلة[1].

إذا كانت المفاوضات الإلكترونية بنوعيها لا تختلف عن المفاوضات التقليدية إلا في أن الأولى تسير إجراءاتها عبر وسائل إلكترونية، فإنها تختلف مع التحكيم الإلكتروني في كونها تتم دون تدخل شخص ثالث، وغالبا ما يتم اللجوء فيها إلى حلول عرفية غير مستمدة من قواعد قانونية سواء كانت موضوعية أم إجرائية محددة، بل يتم الاعتماد على مقارنات حسابية بين طلبات كل طرف للتوصل إلى حل وسط فينتهي النزاع باتفاق يوقعه الطرفان[2].

على عكس التحكيم الإلكتروني الذي بموجبه يخضعون الأطراف منازعاتهم إلى شخص ثالث يكون له سلطة إصدار حكم تحكيمي يكون ملزما للطرفين، استنادا على تطبيق قواعد قانونية.

تشترك المفاوضات الإلكترونية مع التحكيم الإلكتروني في ضرورة التراضي والموافقة على اللجوء إلى هذه الوسيلة أو تلك من جانب طرفي النزاع، فالرضا عنصر مشترك في كلا من النظامين[3].

ثانيا- التوفيق والوساطة الإلكترونية

يعتبر كل من التوفيق والوساطة من الوسائل الودية لتسوية المنازعات، وهناك من يفرق بين الوساطة والتوفيق لكن الصحيح عدم وجود فرق بينهما لأن كل منهما لا سلطة لديه في فرض الحلول على الأطراف، فيتم استخدام المصطلحان في الغالب الأعم على أنهما مترادفان[4].

---

[1]- «Une quinzaine d'institutions d'ODR proposent de la négociation assistée, parmi les quels on nommera l'Association des Consommateurs d'Islande, Ecodir, Intersettle, Mars, médiation first Trust…», Thomas SCHULTZ, op.cit, p 185, Vincent TILMAN, Arbitrage et nouvelles technologies Alternative Cyber dispute Résolution, Revue Ubiquité, mai 1999, p 35.

[2]- سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 25.

[3]- حسين فريجه، المرجع السابق، ص 52، أمينة خبابة، المرجع السابق، ص 71.

[4]- Eric A.CAPRIOLI, op.cit, p 02.

هناك من عرف التوفيق على أنه «*نظام بمقتضاه شخص أو هيئة يتم اختياره من قبل الأطراف بمهمة بحث ودراسة موضوع النزاع بالتشاور المستمر مع الأطراف والتعرف على وجهات النظر المختلفة واقتراح أفضل الحلول الودية لتسوية الخلاف بما يكفل استمرار التعامل بينهم*»[1].

بينما تعرف الوساطة على أنها «*نوع من التوفيق أو شكل من الأشكال التي يتم بها التوفيق بين الخصوم، بموجبها يتدخل شخص يسمى الوسيط ليقرب بين وجهات نظر الخصوم بعد سماعهم ويقترح بعض الحلول ويعرضها عليهم، فإن وافقوا عليها حرروا بها محضرا رسميا ووقعوا عليه جميعا، وإن رفضوا ينتهي الأمر وتتجرد تلك الاقتراحات من كل قيمة*»[2].

أما الوساطة الإلكترونية فإنها لا تختلف كثيرا عن الوساطة التقليدية إلا من حيث الطريقة التي تقدم بها خدمة الوساطة[3]، أين يقوم شخص ثالث محايد لا يتمتع بسلطة قضائية بالتدخل لحل منازعة من خلال استعمال وسائل إلكترونية[4]، أين يقود الأطراف إلى الاتفاق لحل المنازعة استنادا لقواعد قانونية محددة أو قواعد العدالة التي تفرضها طبيعة العلاقة بين الطرفين المتنازعين[5].

من ثم يمكن القول أن الوساطة الإلكترونية تختلف عن التحكيم الإلكتروني من عدة جوانب، فالمهمة التي يقوم بها الوسيط أو الموفق تقتصر على تقريب وجهات النظر بين

---

[1]– خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 38.

[2]– تعرف المادة 1/3 من قانون اليونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الوساطة على أنها «عملية يتم من خلالها حل النزاع وديا، سواء بالوساطة أم بالتوفيق، مع محاولة الوسيط الوصول لحل ودي للنزاع العقدي أو القانوني دون أن يملك سلطة إجبار المتنازعين على قبول الحل»، قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوفيق التجاري الدولي لعام 2002، منشورات الأمم المتحدة على الموقع الإلكتروني:
https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-conc/04-90951_Ebook.pdf
تم الإطلاع عليه بتاريخ 02-01-2017، على الساعة 17:30.

[3]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 96.

[4] Thomas SCHULTZ op.cit, p 185.

[5]– يعتبر مركز *Square Trade* من أشهر وأول المراكز المتخصصة في مجال حل المنازعات عن طريق الوساطة الإلكترونية.

الأطراف المتنازعة واقتراح الحلول، بينما يتمتع المحكم بسلطة قضائية تمنحه القدرة على إصدار حكما ملزما للطرفين، فالمحكم يحكم بينما الوسيط يقترح[1].

إضافة إلى أنه يحق لأطراف النزاع في الوساطة الانسحاب في أي مرحلة كانت عليها الوساطة، في حين أنه لا يجوز لأطراف التحكيم الإلكتروني التنصل من هذا النظام[2].

المبحث الثاني

مشروعية نظام التحكيم الإلكتروني وطبيعته القانونية

رغم أن التحكيم الإلكتروني ما هو إلا نسخة مطورة للتحكيم التقليدي، لا يختلف عنه إلا من حيث الوسيلة، إلا أنه يستمد شرعيته من مجمل المرتكزات التي يقوم عليها التحكيم التقليدي إضافة إلى مرتكزات خاصة تمثل الشريعة العامة للبيئة الإلكترونية.

إلا أن الوسيلة التي يمارس بمقتضاها التحكيم الإلكتروني لا تجعله مختلفا عن التحكيم التقليدي من حيث طبيعته القانونية[3].

إن دراسة مشروعية نظام التحكيم الإلكتروني تقتضي دراسة المصادر التشريعية للتحكيم الإلكتروني في المطلب الأول، بينما نتعرض إلى البحث عن الطبيعة القانونية للتحكيم الإلكتروني في المطلب الثاني.

المطلب الأول

المصادر التشريعية للتحكيم الإلكتروني

يعتبر التحكيم الإلكتروني امتدادا للتحكيم التقليدي لا يختلف عنه إلا من حيث الوسيلة وبالتالي يكون من المنطقي أن يستمد التحكيم الإلكتروني شرعيته من نفس المصادر التشريعية للتحكيم التقليدي كالمعاهدات والاتفاقيات الدولية والإقليمية، خاصة بالنظر للطابع الدولي للتحكيم الإلكتروني[4].

---

[1]– حسين فريجه المرجع السابق، ص 53، خيري عبد الفتاح السيد البتانوني ، المرجع السابق، ص 55.

[2]– إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 46، أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 159، بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 18.

[3]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 65، جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 44.

[4]– صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 363، سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 48.

من ثم سوف نتطرق في الفرع الأول إلى المصادر التشريعية العامة، بينما نتطرق إلى المصادر التشريعية الخاصة في الفرع الثاني.

الفرع الأول

المصادر التشريعية العامة

لقد ساهمت المنظمات الدولية والمؤسسات المختصة بقواعد القانون التجاري الدولي في إيجاد قواعد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي، مما أستدعى الأمر إعداد اتفاقيات متعددة الأطراف لتنظيم التحكيم التجاري الدولي وكيفية الاعتراف بأحكام التحكيم[1].

من ثم سوف نتعرض لأهم الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي ساهمت في بلورة أحكام التحكيم التجاري، والتي تمثل الشريعة العامة لنظام التحكيم الإلكتروني.

أولا- اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية

بعد نهاية الحرب العالمية الثانية عرف التبادل التجاري الدولي ازدهارا واسعا، فظهرت الحاجة إلى إيجاد نظام للتحكيم أكثر ملائمة لمتطلبات العصر، خصوصا أن بروتوكول جنيف المؤرخ في 24-09-1923[2] وكذا اتفاقية جنيف المؤرخة في 26-09-1927[3] أصبحت غير مجدية لتسوية المنازعات التجارية الدولية، ذلك أن أحكامها لم تكن تتميز بسهولة التطبيق.

إلى جانب عدم المصادقة عليها من طرف دول لها تأثير على التجارة الدولية كالولايات المتحدة الأمريكية والإتحاد السوفيتي[4].

انطلاقا من ذلك قامت الغرفة التجارية الدولية بباريس *CCI* بإعداد مشروع قانون حول تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية قامت بإيداعه لدى هيئة الأمم المتحدة سنة 1953.

كما أن المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة *ECOSOC* تبنى هذا المشروع، وقرر عقد مؤتمر دولي للنظر في إقرار اتفاقية جديدة حول الاعتراف وتنفيذ أحكام

---

[1]- جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 45.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 138.

[2] - Protocole de Genève du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage.

[3] - Convention de Genève du 26 septembre 1927 sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

[4]- فوزي محمد سامي، فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2008، ص 34.

التحكيم، وانعقد المؤتمر في20-04-1958 في نيويورك، ليصدر بتاريخ 10-06-1958 اتفاقية خاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية[1]، هذه الاتفاقية أصبحت تشكل ميثاق أساسي للتحكيم التجاري الدولي[2].

بمقتضى تلك الاتفاقية يعتبر حكم التحكيم أجنبيا في حالتين، إما أن يكون قد صادرا في دولة ويراد تنفيذه في دولة أخرى، ويكون العبرة بمكان صدور الحكم حتى ولو تعددت الأماكن التي تنقل بينها المحكمون، ولا عبرة بجنسية الأفراد إطلاقا[3].

كما قد يكون الحكم قد صدر في الدولة المطروح أمامها الاعتراف أو التنفيذ ومع ذلك يعتبر الحكم أجنبيا، ذلك لأن تلك الدولة لا تعتبره من الأحكام الوطنية وفقا لقوانينها[4].

---

[1]- «انضمت الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بموجب المرسوم رقم 88-233، المؤرخ في 05-11-1988 الذي تضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية»، بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية منشورات بغداوي، الجزائر، 2009، ص 550.

[2]- «قام البروفسور SANDERS بوضع نص وروح اتفاقية نيويورك، كما قام تلميذه Albert Jan Van Den Berg بتأليف كتاب حولها»، خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، 2002 ص 133.

«Négocié dans le cadre de l'ONU, ce traité multilatéral à vocation universelle peut être considéré comme la charte fondamentale de l'arbitrage commercial international», Eric LOQUIN, op.cit, p 42.

[3]- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 38.

[4]- إن المشرع الجزائري كان يتبنى بمقتضى المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 25-04-1993 معيارين لتحديد دولية التحكيم وهما المعيار الاقتصادي أي أن يكون النزاع يتعلق بالمصلح التجارية الدولية والمعيار القانوني الذي يهتم بجنسية وموطن الأطراف، أين نصت المادة 458 مكرر على أنه «يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج»، إلا أنه بصدور القانون رقم 08-09 المؤرخ في 23-02-2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، لسنة 2008، عدد21، أخذ المشرع الجزائري بالمعيار الاقتصادي وحده لوصف التحكيم على أنه دوليا، أين تنص المادة 1039 على أنه «يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل»، عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، الجزائر 2005، ص 30، لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 28.

ثانيا- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961

أبرمت هذه الاتفاقية بتاريخ 21-04-1961 في جنيف[1]، وقد جرى التحضير لهذه الاتفاقية من خلال تشكيل فريق عمل خاص بالتحكيم تحت إشراف لجنة تنمية العلاقات التجارية التابعة للجنة الاقتصادية الأوربية في جنيف من أجل إيجاد صيغة أفضل للتحكيم بغية تسهيل التبادل التجاري بين الدول ذات النظام الاقتصادي الحر وبين الدول الاشتراكية داخل القارة الأوربية[2]، كما أنه في عام 1966 أصدرت اللجنة الاقتصادية الأوروبية التابعة للأمم المتحدة قواعد للتحكيم اعتبرت متممة للاتفاقية[3].

أوجبت الاتفاقية الأوروبية في المادة الأولى الفقرة الثانية أن يكون شرطا لتحكيم أو اتفاق التحكيم مكتوبا، إلا أن الاتفاقية أكدت على صحة اتفاق التحكيم الغير مكتوب إذا كان بين دول لا تشترط قوانينها الكتابة لصحة اتفاق التحكيم، كما أجازت الاتفاقية للأشخاص الطبيعية والمعنوية إمكانية إبرام اتفاقات تجيز حل منازعاتهم بالتحكيم[4].

ثالثا- اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965 *CIRDI*

أبرمت اتفاقية واشنطن عام 1965[5] بين الدول الأعضاء في البنك الدولي للإنشاء والتعمير لتسوية الخلافات بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول المتعاقدة الأخرى لتشجيع الاستثمارات في الدول النامية، وتطمين أصحاب رؤوس الأموال في الدول المتقدمة من أجل الحصول على ضمانات لحماية استثماراتهم من الإجراءات التي قد تتخذها حكومات الدول النامية، ولتجنب عرض النزاع على المحاكم الوطنية، فوجد الحل الأنسب بعرض النزاع على التحكيم[6].

---

[1]- La convention Européenne de Genève.

[2]- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 48.

[3]- خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 135.

Ph.FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 157, Eric LOQUIN, op.cit, p 45.

[4]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 50، جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 47.

[5]- La convention de Washington du 18 mars 1965.

[6]- خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 138، أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 169.

رابعا- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

نشأت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[1] بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2205 في دورتها الحادية والعشرين بتاريخ 17-12-1966، وكان الهدف من إنشاء هذه اللجنة هو تحقيق التعاون الدولي في مجال التجارة الدولية باعتبارها عاملا مهما في إرساء السلم والأمن الدوليين، وكذا توحيد قانون التجارة الدولية[2].

ينحصر تطبيق القانون النموذجي على التحكيم التجاري الدولي، أين حددت مادته الأولى متى يكون التحكيم دوليا، كما نصت المادة السابعة أن اتفاق التحكيم يمكن أن يرد في صورة شرط تحكيم سابق للنزاع أو صورة اتفاق لاحق للنزاع، ولا يشترط القانون النموذجي تسمية المحكمين في اتفاق التحكيم[3].

كما كرس القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، من خلال إعطاء السلطة للمحكم للفصل في موضوع اختصاصه، كما نصت المادة 35 من القانون النموذجي على حجية الحكم التحكيمي بغض النظر عن البلد الذي صدر فيه إلا للأسباب الواردة حصرا في القانون[4].

الفرع الثاني

المصادر التشريعية الخاصة

لقد كان لبعض التنظيمات الاقتصادية والإقليمية والاتحادات المهنية الفعالة المهتمة بمواكبة التطور الإلكتروني دورا كبيرا في تنظيم بيئة التجارة الإلكترونية، وبالنتيجة أصبحت

---

[1]- يطلق على لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي تسمية UNCITRAL وهي اختصار للتسمية باللغة الإنجليزية، كما يطلق عليها CNUDCI اختصارا باللغة الفرنسية، إلا أننا سوف نعتمد في هذه الدراسة تسمية UNCITRAL.

[2]- خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 141.

[3]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 53.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p .171

[4] - جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 50.

Jean Baptiste RACINE, op.cit, p 72.

مصدرا يستقي منه التحكيم الإلكتروني أحكامه، كما كان لبعض المشاريع التي أعدتها بعض المراكز المتخصصة في التحكيم الإلكتروني دورا فعالا في وضع أرضية لأحكام هذا النظام القانوني[1].

أولا- القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996

يقصد بالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية «*مجموعة من القواعد القانونية والمبادئ لتيسير استخدام التقنيات العصرية في مختلف الظروف لأغراض تدوين المعلومات والبيانات وإرسالها*»، يهدف إلى تقديم مجموعة من القواعد المقبولة دوليا التي تسمح بإزالة عدد من العقبات القانونية، وهو قانون غير ملزم[2].

تم إقرار هذا القانون بناء على التوصية الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي رقم 162/51 بتاريخ 16-12-1996، والغرض من إنشائه تقديم للمشرعين الوطنيين مجموعة من القواعد المقبولة دوليا بخصوص كيفية إزالة العقبات القانونية أمام التجارة الإلكترونية، وتهيئة بيئة قانونية أكثر أمانا لمعاملات التجارة الإلكترونية[3].

يعتبر هذا القانون اللبنة الأساسية للبنية التشريعية في مجال التجارة الإلكترونية، وقد وضع مبدأ هاما يؤدي إلى الاعتراف القانوني برسائل البيانات والمعلومات الإلكترونية وصحتها وقابليتها للإنفاذ وعدم إنكارها لكونها اتخذت شكلا إلكترونيا، إعمالا لمبدأ التناظر الوظيفي بمعنى التكافؤ بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية.

كما نص القانون على أن كل طرف من أطراف المعتملة الإلكترونية لا يستطيع أن ينكر رسالة البيانات لمجرد أنها في شكل إلكتروني[4].

ثانيا- القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني لسنة 2001

هو كذلك قانون صادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، تضمن هذا القانون اثنا عشرة مادة يسعى من ورائها إلى إيجاد إطار قانوني يحدد الأثر القانوني للتوقيع

---

[1]- نبيل زيد المقابلة، المرجع السابق، ص 04، عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 50.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 136.

[3]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 60، جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 52.

[4]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 137.

الإلكتروني، ومساعدة الدول على إقامة إطار تشريعي حديث للتصدي للمشاكل التي تقف عائقا أمام قبول التوقيعات الإلكترونية، على نحو يتفق مع مفهوم وشروط التوقيعات التقليدية[1].

كما يشكل هذا القانون إضافة كبيرة وهامة إلى القانون النموذجي بشان التجارة الالكترونية من خلال اعتماده نهجا يمكن بموجبه تحديد المفعول القانوني لأية تقنية توقيع الكتروني بشكل مسبق، وتقييم مدى صلاحيتها قبل استعمالها[2].

لم يقيد هذا القانون مفهوم التوقيع الإلكتروني بل أن النص يمكن أن يستوعب أية تقنية تظهر في المستقبل تعني بإنشاء التوقيع الإلكتروني، إذ اكتفى في المادة السابعة منه بتحديد الشروط الواجب توافرها في التوقيع[3].

ثالثا– اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005

تهدف هذه الاتفاقية التي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 23–11–2005 إلى تعزيز اليقين القانوني والتنبؤ التجاري عند استخدام الخطابات الإلكترونية فيما يتعلق بالعقود الدولية، لإزالة العقبات القائمة أمام استخدامها[4].

لقد أخذت الاتفاقية بمبدأ التناظر الوظيفي، أي التكافؤ بين الخطابات الإلكترونية والكتابات الإلكترونية والتواقيع الإلكترونية من جهة، وبين الكتابات العادية والتواقيع التقليدية من جهة أخرى، سواء من حيث القيمة أم من حيث الوظيفة[5].

---

[1]– نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999 ص 170.

[2]– أسامة بن غانم العبيدي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المجاد 28، العدد 56، نوفمبر–ديسمبر 2012، ص 172، على الموقع الإلكتروني التالي:

https://www.nauss.edu.sa/Ar/CollegesAndCenters/ResearchesCenter/

تم الإطلاع عليه بتاريخ 12–02–2017، على الساعة 15:52.

[3]– إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 60.

[4]– عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 80.

[5]– جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 53.

لقد اعترفت الاتفاقية بالخطابات الإلكترونية المتبادلة في العقود الدولية، وبذلك تخضع اتفاقيات ومعاهدات دولية سابقة لأحكامها خاصة اتفاقية نيويورك لسنة 1958، وبالتالي تحل مشكلة عدم نص تلك الاتفاقية على الكتابة الإلكترونية[1].

رابعا- التوجيه الصادر عن الإتحاد الأوروبي لسنة 2000

قام الإتحاد الأوروبي بتوجيه الدول الأعضاء في الإتحاد بعدم تضمين تشريعاتها الداخلية عقبات قانونية تحول دون استخدام آليات تسوية المنازعات إلكترونيا بعيدا عن القضاء، وهذا ما أكده التوجيه الأوروبي رقم 31 لسنة 2000 المسمى بتوجيه التجارة الإلكترونية[2].

أين نصت المادة 17 من التوجيه المذكور أعلاه على أنه يسمح للدول الأعضاء في حالة النزاع أو الخلاف بين موردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم باستخدام الآليات والوسائل الإلكترونية، بما يساعد على تطوير النظم الخاصة بتسوية المنازعات التي تنشأ بين مقدمي الخدمات والمتعاملين معهم[3].

خامسا- المراكز المتخصصة في التحكيم الإلكتروني

مع تزايد منازعات التجارة الإلكترونية، وعجز المحاكم الوطنية عن مسايرة التقدم في وسائل الاتصال الحديثة لحل تلك المنازعات، ظهرت مراكز وتنظيمات متخصصة في حل منازعات التجارة الإلكترونية عن طريق شبكة الإنترنت، من خلال تطبيقات فعلية و شاملة لمنازعات التجارة الإلكترونية، وذلك ضمن قواعد معينة يرسمها كل مركز في تحديد مجرى العملية التحكيمية[4]، والتي نذكر منها:

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 288.

[2]- نبيل زيد المقابلة، المرجع السابق، ص 04.

[3]- محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 47.

Art 17 de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, sur le site internet :
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031
تم الإطلاع عليه بتاريخ 05-02-2017، على الساعة 00:14.

[4]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 61.

1- نظام القاضي الافتراضي *Le Virtual Magistrature*

يعتبر برنامج القاضي الافتراضي من أولى التجارب العملية في مجال تسوية منازعات التجارة الإلكترونية باستخدام شبكة الإنترنت، نشأ في بيئة أمريكية بتضافر جهود متخصصين في مجال حل المنازعات بطريقة إلكترونية[1].

فهي فكرة أمريكية تم إرساء دعائمها في مارس 1996[2]، وقد كان ثمرة التعاون بين مركز القانون وأمن المعلومات في مجال القانون والسياسة بجامعة فيلانوفا *Villanova Centre for Information Law and Policy*، وبين معهد القانون المتخصص في مجال حل المنازعات بطريقة إلكترونية *Le Cyberspace Law Institue (CLI)*، والمركز الوطني لأبحاث المعلوماتية الأمريكي *Le national Centre for Automated Information Research (NCAIR)*، ودعم من جمعية المحكمين الأمريكيين *AAA*، التي تعد الجهة الأكثر تأثيرا في مجال التحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية، وفي عام 1999 انتقل المشروع إلى كلية *Kent Chicago* للحقوق بمعهد إلينوى للتكنولوجيا[3].

إن الهدف من إنشاء نظام القاضي الافتراضي هو إيجاد وسيلة سريعة ومحايدة وأقل تكلفة لتسوية المنازعات التي تنشأ بين مستخدمي شبكات المعلومات من خلال نظام التحكيم[4]، عن طريق وسيط معتمد من المركز تكون له خبرة قانونية في التحكيم والقوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية وعقودها وقانون الإنترنت ومنازعات العلامات التجارية والملكية الفكرية وغيرها من

---

[1]- أحمد شرف الدين، تسوية المنازعات إلكترونيا، بحث مقدم لمؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية والاتجاهات الحديثة في وسائل حسم المنازعات، جامعة الدول العربية بالقاهرة، 12-13 يناير 2002، ص 02 صالح المنزلاوي، تسوية النزاعات التجارية عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، مجلة المحامين العرب، العدد الثالث، على الموقع الإلكتروني:

http://www.mohamoon-montada.com/Default.aspx?

تم الإطلاع عليه بتاريخ 16-02-2017، على الساعة 19:32.

[2]- سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 53، صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 365.

[3]- « Il est intéressant de noter que les animateurs du projet, Henri PERRITT et David JOHNSON, sont tous deux membres du Cyberspace Law Institute», Karim BENYAKHLEF, Fabien GELINAS, Remy KHOUZAM, Le Règlement en Ligne des Conflits, Enjeux de la cyber justice, Edition Romillat, Paris 2003, p 115, Ahmed El SHAKANKIRY, op.cit, p 23.

[4]- صفاء فتوح جمعه، المرجع السابق، ص 365، توجان فيصل الشريده، المرجع السابق، ص 1094.

المواضيع ذات صلة بالتجارة الإلكترونية[1].

إن نظام القاضي الافتراضي لا ينظر إلا في المنازعات الناشئة عن تقديم الخدمات الإلكترونية والتي تنشب بين مستخدمي الشبكات المعلوماتية أو بينهم وبين القائمين على إدارة هذه الشبكات أو التي يطلب من خلالها أحد المستخدمين جبر الضرر الذي لحقه نتيجة رسائل أو معلومات لا تستوفي الشكل القانوني، مثل المنازعات الخاصة بالمصنفات المحمية بحق المؤلف أو بعلامة تجارية، المنازعات الناجمة عن الرسائل الإلكترونية، والمنازعات الناتجة عن اختلاس الأسرار التجارية أو التعدي عليها أو انتهاكها[2].

إن أول نزاع تم طرحه على نظام القاضي الافتراضي كان بين *Tierney vs Email America*، أين قام السيد *Tierney* بالاشتراك في خدمة America Online، أين تلقى رسالة إعلانات من نوع Spam كغيره من المشتركين في الخدمة، فقام برفع شكوى أمام نظام القاضي الافتراضي، أين كان يعمل مستشار أمام تلك الهيئة، وقامت *America Online* بالرد على الشكوى أين أقرت أن سياستها تحضر إرسال رسائل جماعية، وبتاريخ 21-05-1996 أصدر المحكم المعين قرار يلزم بمقتضاه *America Online* بسحب الرسالة موضوع الشكوى[3].

تتكون هيئة التحكيم وفقا لنظام القاضي الافتراضي من محكم واحد أو ثلاثة يتم تعيينهم بواسطة جمعية التحكيم الأمريكية *AAA* من ضمن قائمة معدة سلفا تضم خبراء متخصصين، أين تجري جميع إجراءات التحكيم وفقا لهذا النظام بطريقة إلكترونية من خلال موقع إلكتروني مؤمن

---

[1]- Emile LAMBERT OWENGA ODINGA, Vers l'émergence d'une justice on-line, ex Electronica vol 7, n°2, Printemps 2002, p 04, sur le site internet :
http://www.lex-electronica.org
Vincent TILMAN, Arbitrage et nouvelles technologies, alternative cyber dispute résolution, p 52, sur le site internet :
http://www.droit.fundp.ac.be/crid/eclip/default.htm
تم الإطلاع بتاريخ 15-03-2016، على الساعة 22:45.

[2]- سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 57، صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 366.

[3]- Alexia ROUSSOS, La résolution des différends, lex Electronica, vol 6, n°1, printemps 2000, p 10 sur le site internet :
http://www.lex-electronica.org/files/sites/103/6-1_roussos.pdf

ومشفر يتم إنشائه خصيصا للنزاع، يتم الولوج إليه بواسطة كلمة سر خاصة بكل طرف على أن يتم الفصل في النزاع خلال 72 ساعة من تاريخ إيداع الطلب المتضمن شكوى المدعي[1].

تبدأ إجراءات التحكيم الإلكتروني بقيام المدعي بإرسال عريضة دعواه وفقا للنموذج الإلكتروني المعد لطلب التحكيم، بواسطة البريد الإلكتروني يرسل إلى مركز فيلانوفا، موضحا فيه أطراف الدعوى وموضوع النزاع والخسائر التي وقعت، والطلبات والأدلة[2].

رغم المزايا السابقة ذكرها إلا أن مشروع القاضي الافتراضي لم يعرف نجاحا كبيرا ولم يفلح في استقطاب المحتكمين، نظرا لاشتراطه موافقة الطرفين على اللجوء إلى التحكيم، إضافة إلى أن الحكم الذي يصدره المحكم يكون مجرد من القيمة القانونية ما لم يقبل به أطراف النزاع فيصعب تنفيذ الحكم الصادر خاصة عند وجود طرف خاسر سيئ النية.

إضافة إلى أن أغلب النزاعات المعروضة تتعلق بالرسائل الإلكترونية الغير لائقة أو الصادمة والتي يكون أسهل حلها عن طريق الوساطة[3].

2- المحكمة الافتراضية *Cyber Tribunal*

تعتبر المحكمة الافتراضية من أهم التنظيمات لتسوية المنازعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية[4]، وهو عبارة عن مشروع تجريبي تم إطلاقه من طرف مركز أبحاث القانون العام التابع لجامعة مونتريال بكندا *(Le centre de recherche en droit public (CRD*، وتم طرحه في جوان 1996[5].

لقد سارعت العديد من الدول لتبني الفكرة من خلال إنشاء محاكم افتراضية، مثالها محكمة التحكيم الافتراضية بولاية *Michigan* بالولايات المتحدة الأمريكية بموجب قانون *Public Act* رقم

---

[1]-«La procédure arbitrale se déroulait entièrement en ligne et le service ne coutait que dix dollars» Ahmed MIKLALAH, La résolution Par L'arbitrage Electronique Des Litiges Relatifs A L'internet Faculté de droit et de sciences politiques et de gestion, Doctorat nouveau régime, Droit privé Université Robert SCHUMAN, Strasbourg 3, Thèse soutenue publiquement le 26 Aout 2004 , p 21.

[2]- سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 56، محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 50.

[3]- صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 366، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 176.

[4]-«Malgré son expérience limitée, le Virtual Magistrature a inspiré l'institution du Cyber tribunal» Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 22.

[5] -«Le projet était dirigé par le professeur Karim Benyekhlef avec la collaboration du professeur Pierre Trudel, tous deux rattachés au centre de recherche en droit public de la faculté de droit de l'université de Montréal», Karim BENYEKHLEF, Fabien GELINAS, Remy KHOUZAM, op.cit, p 119.

262 لسنة 2001، الذي دخل حيز التنفيذ في09-01-2002، والتي تختص بالنظر في نزاعات المعاملات التجارية، كما قامت ماليزيا بإعداد مشروع لمحكمة العدل الافتراضية[1].

الهدف من إنشاء المحكمة الافتراضية هو وضع نظام أو آلية لتجنب وحل المنازعات التي نشأ عن استخدام الفضاء المعلوماتي *Cyber Space*، وذلك من خلال تقديم خدمات التحكيم عبر قنوات ووسائط إلكترونية، ووضع قواعد سلوك تتلاءم مع طبيعة التجارة الإلكترونية ومنازعاتها بموجب نظام يكفل مصداقية الإجراءات الإلكترونية[2].

ينطبق نظام المحكمة الافتراضية سواء بالنسبة للتحكيم وكذا الوساطة الإلكترونية على حد سواء، فيكون بإمكان الأطراف طرح نزاعهم على الوساطة الإلكترونية وفي حالة فشلها يمكن اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني، وهذه الخدمة تقدمها المحكمة مجانية، وتضمن المحكمة سرية المعلومات الخاصة بالقضايا عن طريق تشفيرها[3].

تباشر المحكمة الافتراضية العملية التحكيمية باستخدام نظام تحكيم إلكتروني ووفقا لقواعد محددة سلفا في نظامها الداخلي والتي استمدتها من القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي *UNICTRAL* لسنة 1985، وكذا قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس *La Chambre du Commerce International (C.C.I)*، لكنها قامت بإدخال بعض التعديلات على هذه القوانين والقواعد قبل تطبيقها حتى تتلاءم مع الطبيعة الإلكترونية للتحكيم[4].

لقد حرصت المحكمة الافتراضية على تطبيق قانون المستهلك في المنازعات التي يكون أحد أطرافها من المستهلكين، ويستطيع المحكم أن يسعى لتقديم حماية أفضل للمستهلك[5].

---

[1]– صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2006، ص 164.

[2]– خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 265.

Vincent TILMAN, op.cit, p 52.

[3]– أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 187.

«Le Cyber Tribunal étant le seul centre de résolution de différends en ligne offrant le service de médiation et d'arbitrage», Alexia ROUSSOS, op.cit, p 12.

[4]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 318، صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 364.

Karim BENYEKHLEF, Fabien GELINAS, Remy KHOUZAM, op.cit, p 121.

[5]– سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 51.

تتميز المحكمة الافتراضية أنها تستعمل لغتين في تقديم خدماتها هما الفرنسية والإنجليزية ومرد ذلك أنها متواجدة بمقاطعة مونريال ذات الطبيعة اللغوية المختلطة بين هاتين اللغتين، كما أنها تجمع بين النظامين اللاتيني والانجلوسكسوني، مما يؤدي إلى توحيد القواعد القانونية بين أنظمة ذات ثقافات قانونية متباينة فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية ومنازعاتها[1].

تبدأ إجراءات التحكيم لدى المحكمة الافتراضية بإبلاغ الطالب طلبه إلى أمانة المحكمة من خلال ملئ نموذج إلكتروني يوضح فيه بيانات المدعي والمدعى عليه، طبيعة وموضوع النزاع وأسبابه، الحلول المراد الوصول إليها...الخ، وتقوم الأمانة خلال خمسة أيام من تلقي الطلب بتحديد مدى دخوله في اختصاص المحكمة، وإذا رأت الأمانة أن الوساطة هي الأنسب لتسوية النزاع تعرضها على الأطراف، وفي حالة فشل الوساطة يلجأ إلى التحكيم[2].

يتم إخطار المدعى عليه بالتحكيم وفي حالة قبوله تفتح للقضية ملفا على موقع إلكتروني يسمى *Site de l'affaire en cours*، ولا يسمح بالدخول إليه إلا باستخدام المفتاح السري الذي تعطيه الأمانة لأطراف وهيئة التحكيم الإلكتروني، ويتم الاتصال بين أطراف التحكيم وأمانة المحكمة بالبريد الإلكتروني ما لم يتم الاتفاق على وسيلة أخرى[3].

يكون الحكم الصادر عن المحكمة نهائيا، يتعهد الأطراف بتنفيذه دون تأخير، أين يتم وضعه على موقع المحكمة لمدة ستين يوما عقب إصداره ما لم يعترض احد الأطراف على ذلك كما أنه من مهام المحكمة الافتراضية إصدار شهادات تصديق لجلب ثقة المتعاملين مع الموقع على أن يتعهد طالب التصديق بالمشاركة في عمليات المحكمة الافتراضية[4].

على الرغم من النجاح الذي حققه نظام المحكمة الافتراضية ونجاحه في حل العديد من

---

[1]– عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 167، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 267.
Karim BENYEKHLEF, Fabien GELINAS, Remy KHOUZAM, op.cit, p 120.

[2]– خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص 73.
Alexia ROUSSOS, op.cit, p11,Vincent TILMAN, op.cit, p 53.

[3]– سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 52.

[4]– محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 56، محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 318 أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 186.
Ahmed El SHAKANKIRY, op.cit, p 24.

النزاعات، إلا أنه تم توقيف العمل به بشهر ديسمبر 1999، لكنه مهد لظهور نظام جديد حل محله هو *E- Résolution*[1].

3- مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية *WIPO*

نشأت المنظمة العالمية للملكية الفكرية بموجب اتفاقية ستوكهولم المؤرخة في 14-07-1967، وأعد لها مقر في جنيف، وأصبحت المنظمة إحدى وكالات الأمم المتحدة المتخصصة في مجال الملكية الفكرية.

مع ظهور التجارة الإلكترونية وتأثيرها على حقوق الملكية الفكرية والحقوق المجاورة تطلعت هذه المنظمة إلى أن يكون لها دورا في حسم منازعات التجارة الإلكترونية من خلال وسيلة تتميز بنفس طبيعة التجارة الإلكترونية[2].

فقامت المنظمة بإنشاء مركز التحكيم والوساطة سنة 1994، وألقت على عاتقه مهمة الفصل في منازعات الملكية الفكرية باستخدام شبكة الإنترنت، ويقع مقر المركز بجنيف يتضمن أسماء 800 محكما، تم اختيارهم من 67 دولة من المتميزين في مجال الملكية الفكرية[3].

يقوم مركز التحكيم الإلكتروني والوساطة بالمنظمة العالمية للملكية الفكرية بالتحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الإلكترونية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية وأسماء المواقع الإلكترونية، والعلامات التجارية التي تتم عبر الإنترنت[4].

يشرف مركز التحكيم على عملية التحكيم الإلكترونية وفقا للإجراءات التي يحددها لوائحه

---

[1]-Karim BENYEKHLEF, Fabien GELINAS, Remy KHOUZAM, op.cit, p 121, Ahmad MIKALALAH, op.cit, p 22.

[2]- مصطلح WIPO يشير إلى اسم المنظمة العالمية للملكية الفكرية باللغة الإنجليزية World Intellectual Property Organization وتسمى باللغة الفرنسية L'organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle ويرمز لها اختصارا ب OMPI، وسوف يتم استعمال في هذه الدراسة مصطلح WIPO.

الموقع الإلكتروني للمنظمة على الرابط الإلكتروني:

http://www.wipo.int/portal/ar/index.html

تم الإطلاع بتاريخ 14-02-2017، على الساعة 20:12.

[3]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 61.

[4]- جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 54، محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 322.

ونظامه الداخلي، ككيفية تقديم طلب التحكيم من خلال نموذج متاح على عنوان الموقع الإلكتروني، وكيفية تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني من ضمن قائمة معدة مسبقا تضم محكمين متخصصين، وتتم جميع الإجراءات بطريقة إلكترونية، ويتم الفصل في النزاع خلال مدة شهرين[1].

4- نظام التحكيم الخاص بمنظمة الإيكان *ICANN*

لقد احتكرت الولايات المتحدة الأمريكية من خلال مؤسسة *Américaine Network Solutions (NSI)* تسجيل أسماء المواقع الإلكترونية أو ما يطلق عليه بأسماء الدومين *Les noms de domaine*، إلا أنه تم وضع حد لهذا الاحتكار بعد تأسيس منظمة الإيكان هيئة الإنترنت للأرقام والأسماء المخصصة *Internet Corporation for Assigned and Numbers ICANN*[2] خلال شهر نوفمبر 1998 وكان مقرها بلوس أنجلس[3].

منظمة الإيكان هي هيئة أمريكية غير حكومية ولا تهدف إلى تحقيق ربح[4]، وهي تهدف إلى تنظيم وإدارة تسجيل عناوين المواقع الإلكترونية على شبكة الإنترنت وفقا لمبدأ «*الأسبق في التسجيل هو صاحب حق الأولوية*»[5].

بازدياد ظاهرة القرصنة للمواقع الإلكترونية وتزايد المنازعات المتعلقة باستعمال تلك المواقع، قامت الإيكان L'ICANN بالتعاون مع منظمة الويبو WIPO بإعداد لائحة موحدة

---

[1]- مصلح أحمد الطراونة، نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 226.

[2] -Société pour l'attribution des noms de domaine et des numéros sur internet.

الموقع الإلكتروني لمنظمة الإيكان على الرابط الإلكتروني التالي:

https://www.icann.org/ar

تم الإطلاع عليه بتاريخ 10-02-2017، على الساعة 23:14.

[3]- عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة لقواعد جمعية التحكيم الأمريكية وتنظيم المحكمة الفضاء في ضوء المبادئ العامة للتحكيم التقليدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 47.

[4]- Romain V.GOLA, Droit du commerce électronique, Guide pratique du e-commerce, Gualino éditeur Lextenso édition, Paris, 2013, p 58.

[5]- خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص 68، صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص367.

لتسوية المنازعات الناشئة بين أسماء العناوين الإلكترونية والعلامات التجارية عن طريق التحكيم الإلكتروني[1].

قامت منظمة الإيكان بالترخيص لبعض الجهات بإدارة نظام التسوية، ويطلق عليها اسم موردي خدمات تسوية المنازعات المعتمدين[2]، ومن أهم تلك الجهات مركز الويبو للتحكيم والوساطة في سويسرا، ومنبر التحكيم الوطني*National Arbitration Forum* في ميتسوتا بالولايات المتحدة الأمريكية، ومركز التسوية الإلكترونية في كندا، ومعهد تسوية المنازعات في نيويورك[3].

إن الهدف من نظام التحكيم الخاص بمنظمة الإيكان هو محاربة تسجيل أسماء أو عناوين المواقع الإلكترونية تتشابه أو تتطابق مع أسماء أو علامات تجارية مشهورة بهدف إعادة بيعها إلى مالكي هذه الأسماء أو العلامات، وهو ما يسمى ب *Cybersquatting*[4].

لا تخضع للتحكيم وفقا لهذا النظام المنازعات الخاصة بملكية الأسماء أو العلامات التجارية التي تكون خالية من الغش[5]، وهناك عدة منازعات تم فضها طبقا لذلك النظام[6].

---

[1]- Uniform Dispute Résolution Policy (UDRP), et en français, Le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine. Voir le site Internet :
https://www.icann.org/resources/pages/policy-01-2012-02-25-en
تم الإطلاع عليه بتاريخ 15-02-2017، على الساعة 20:50.

[2] - Accredited Dispute Resolution Service Providere.

[3] – محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 57.

[4]– خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 270، أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 192.
Vincent TILMAN, op.cit, p 54.

[5]– سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 68، صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، 367.

[6]– مثالها قضية Adidas أين تمسكت الشركة المدعية بأن اسم الموقع الإلكتروني المسجل من طرف المدعى عليه على نحو adidas.com تم استخدامه بسوء نية قصد البيع والتأجير لمنافسها نظير مقابل مادي، وأنه يثير اللبس مع العلامة المسجلة للمدعية، فقررت محكمة التحكيم نقل اسم الموقع محل النزاع إلى المدعية نظرا لتوافر سوء النية وأن استعماله من طرف المدعى عليه من شأنه أن يثير الخلط مع العلامة المسجلة، حكم مؤرخ في 14-05-2002، من محكم فرد Greet GLASS، قضية رقم 07/0-2002-b، و قضية Hermes وهي شركة متخصصة في تصميم السلع الجلدية والملابس والعطور، فقام المدعى عليه Deng Yuan من دولة الصين بإضافة مقطع Copy إلى موقع الشركة المدعية ليصبح Hermes copy.com، مما أحدث لبس لدى الجمهور

لقد تعرض نظام تسوية المنازعات المتعلقة بأسماء المواقع الإلكترونية *UDRP* الذي تم وضعه من طرف الإيكان إلى عدة انتقادات خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية على أساس ترجيحه المستمر كفة أصحاب العلامات التجارية على حساب أصحاب أسماء المواقع الإلكترونية[1].

إن التحكيم الإلكتروني الذي تشرف عليه منظمة الإيكان *L'ICANN* إجباري بالنسبة للمدعى عليه مستعمل الموقع الإلكتروني، لأنه وقع على اتفاقية التسجيل المبرمة مع أحد مسجلي المواقع الإلكترونية المعتمدة من مؤسسة الإيكان، والتي تتضمن شرط تحكيم.

يلتزم بموجبه حائز الموقع الإلكتروني بحل المنازعات التي قد تنشأ عن استخدام اسم أو عنوان الموقع عن طريق التحكيم وفقا للائحة الموحدة *UDRP* لهيئة الإيكان، إلا أنه تحكيم اختياري بالنسبة للمدعي صاحب إحدى العلامات التجارية المشهورة[2].

تبدأ إجراءات التحكيم الإلكتروني وفقا للائحة الموحدة *UDRP* لمنظمة الإيكان*L'ICANN* بأن يتصل صاحب الحق المعتدى عليه بإحدى المنظمات المعتمدة من طرف الإيكان، في مجال حل المنازعات الناشئة عن أسماء المواقع الإلكترونية لرفع شكوى ضد الطرف المعتدي مستعمل الموقع الإلكتروني.

على أن تتضمن الشكوى أوجه التشابه أو التطابق بين اسم الموقع الإلكتروني والعلامة التجارية وكذا غياب المصلحة المشروعة من استعمال اسم الموقع الإلكتروني ومكمن سوء نية المدعى عليه من خلال ذلك الاستعمال، وفي حالة عدم لجوء أحد الأطراف إلى إحدى المحاكم

=مع موقع الشركة المدعية، فأصدرت هيئة التحكيم رد اسم الموقع Hermes copy.com إلى المدعية، صدر الحكم في شهر مارس 2011، من محكم منفرد Jonathan AGMON، قضية رقم 0001-2011-D.

En 1994, Mc Donald's le géant de la restauration rapide, s'est retrouvé face à un obstacle imprévu lors de la création de son site Web, le nom de domaine www.mcdonalds.com avait déjà été déposé par un particulier, heureusement l'usurpateur en question était un journaliste de la revue informatique Wired Magazine, Joshua Quittner, dont la motivation était uniquement de révéler les dérives des modalités d'attribution de nom de domaine reposant sur la règle du premier arrivé, premier servi, le journaliste accepta de céder l'adresse en échange d'un modeste don de 3500 dollars en faveur d'une école de New York, Romain V. GOLA, op.cit, p 36.

[1] -Thomas SCHULTZ, op.cit, p 481.

[2]– أمينة خبابة، المرجع السابق، ص 85.

الوطنية في ظرف 6 أيام من تاريخ التبليغ، يتم تنفيذ الحكم من طرف مسجل الموقع الإلكتروني[1].

يعاب على إجراءات التسوية لدى هيئة الإيكان أنها لا تشكل تحكيما بالمعنى المتعارف عليه، بحكم أنها لا تمنع الأطراف من اللجوء إلى القضاء الوطني سواء قبل أو أثناء بدأ إجراءات التحكيم، أو حتى بعد صدور قرار عن الهيئة، وهو ما يسمى بغياب الأثر المانع لاتفاق التحكيم[2].

كما يعاب عليها تجاهل رضا المدعى عليه بالتحكيم، الذي يجد نفسه مضطرا لقبول الإحالة على التحكيم الأمر الذي يجعل من اتفاقية التسجيل اقرب إلى عقد الإذعان، هذا إلى جانب غياب الحيدة والاستقلالية التي ينبغي أن تتمتع بها هيئة التحكيم، نظرا لميلها لصالح المدعي بحكم أنه يتحمل رسوم التحكيم في أغلب الحالات[3].

إضافة إلى غياب الصفة الإلزامية للتحكيم الذي يتم وفقا للائحة الموحدة لهيئة الإيكان، إذ أن أحكام تلك اللائحة لا تمنع أحد الأطراف المتنازعة من مباشرة دعوى أمام القضاء الوطني كما أن الحكم الصادر يكون مجرد من الصفة الإلزامية بالنسبة للأطراف إلا إذا قبلوا به، وهذا ما يخالف القواعد العامة في التحكيم[4].

كما أنه وعلى خلاف أحكام التحكيم الذي تتميز إجراءاته بالسرية، فإن إجراءات التسوية وفقا للائحة الإيكان تجيز نشر أحكام هيئات التحكيم على موقعها الإلكتروني[5].

لا يخفف من تلك العيوب أن هيئة الإيكان تملك وسائل تنفيذ ذاتية، فهي إجراءات تسوية ذات طبيعة خاصة أقرب للإجراءات الإدارية، تجري عبر الإنترنت بمقتضى اللائحة الموحدة لهيئة الإيكان[6].

إلا أن كل تلك العيوب ليس من شأنها تقليل من أهمية اللائحة الوحدة للإيكان في تسوية

---

[1]- Thomas SCHULTZ, op.cit, p 190.

[2]– سامي عبد الباقي، المرجع السابق، ص 79، صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 370.

[3]- Ahmed El SHAKANKIRY, op.cit, p 30.

[4]– خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص 70.

[5]- Ahmad MIKLALAH, op.cit, p 26.

[6]– أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق 191.

المنازعات المتعلقة بأسماء المواقع، ويظهر ذلك من التزايد المستمر في اللجوء إلى طلب التسوية من قبل هيئة الإيكان، فقد تم النظر في أزيد من 11000 نزاع خلال 5 سنوات[1].

5- جمعية التحكيم الإلكترونية *AAA*

لقد ظهرت الحاجة في الولايات المتحدة الأمريكية بعد الحرب العالمية الأولى إلى وجود أجهزة قضائية خاصة إلى جانب المحاكم من أجل تلبية متطلبات التجارة الدولية، نظرا لعجز المحاكم الوطنية عن استيعاب العدد الهائل من القضايا، وقد تحقق ذلك سنة 1926 أين تم إنشاء جمعية التحكيم الأمريكية *American Arbitration Association (AAA)*، والتي تعتبر من أقدم المؤسسات التحكيمية في العالم[2].

تعتبر جمعية التحكيم الأمريكية منظمة غير حكومية لا تهدف إلى تحقيق الربح، تسعى إلى تقديم وسائل بديلة لفض النزاعات، يقع مركزها الرئيسي بنيويورك، ولها عدة فروع في مدن أخرى في الولايات المتحدة الأمريكية يبلغ عددها 31 فرع، كما يوجد للجمعية فرعان آخران في ايرلندا وفي دبي[3].

في سنة 1996 أنشأت جمعية التحكيم الأمريكية المركز الدولي لحل المنازعات *The International Centre for Dispute Resolution (ICDR)* كمركز مستقل عن الجمعية، أين يعرض المركز طرق بديلة مختلفة لفض المنازعات، ويتميز المركز عن الجمعية بهيكله الإداري المستقل، كما أنه يضم قائمة من المحكمين والوسطاء يمثلون 10 لغات من لغات العالم، وهو ما حقق له شهرة واسعة[4].

---

[1]- «En septembre 2004, plus de 6500 affaire avaient été soumise l'WIPO, et plus de 4400 au National Arbitration Forum, et environ 90 au CPR Institue, et prés de 50 à l'Asian Domaine Name Dispute Resolution, le centre e-Resolution avant sa fermeture avait eu environ 400 litiges», Ahmed El SHAKANKIRY, op.cit, p 29.

[2]- عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 35، كما يمكن الإطلاع على الموقع الإلكتروني لجمعية التحكيم الأمريكية على الرابط الإلكتروني:

https://www.adr.org/

تم الإطلاع عليه بتاريخ 17-02-2017، على الساعة 17:25

[3]- خيري عبد الفتاح البتانوني، المرجع السابق، ص 76.

[4] -Karim BENYEKHLEF, Fabien GELINAS, op.cit, p 41.

كان على جمعية التحكيم الأمريكية بصفتها أكبر هيئة تحكيمية في العالم أن تدلوا بدلوها في مجال التحكيم الإلكتروني، فأصدرت سنة 2001 الإجراءات التكميلية للتحكيم الإلكتروني[1] التي تتضمن 12 مادة كقواعد خاصة بالتحكيم الإلكتروني، تستكمل بقواعد التحكيم التجاري وإجراءات الوساطة أو أية قواعد أخرى تطبقها جمعية التحكيم الأمريكية في مجال المنازعات التجارية التقليدية في حالة عدم وجود نص خاص بالتحكيم الإلكتروني[2].

تتم إجراءات التحكيم الإلكتروني وفقا لجمعية التحكيم الأمريكية بتقديم المدعي شكوى من خلال إرسالها عن طريق البريد الإلكتروني أين تبلغ الشكوى إلى المدعى عليه بواسطة بريده الإلكتروني الذي يذكره المدعي بشكواه، ويتعين عليه الرد على الشكوى وإرسالها عبر نفس الوسيلة إلى هيئة التحكيم، التي تفصل في النزاع دون إجراء جلسة إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، فيتم إجرائها بواسطة الفديو كنفرانس أو أية وسيلة أخرى يتم الاتفاق عليها

يتم اختيار مكان التحكيم الإلكتروني من طرف المحكم، ويتم نشر الحكم على الموقع الإلكتروني للقضية، كما يتم تبليغ الأطراف به عن طريق البريد الإلكتروني[3].

6- غرفة التجارة الدولية بباريس *CCI*

تم إنشاء غرفة التجارة الدولية سنة 1919 مقرها بباريس، وهي مظلة نظامية لرجال الأعمال والتجار، تهتم بتطوير قانون التجارة الدولية[4].

من أجل مسايرة التطور الحاصل في مجال التجارة الإلكترونية، أنشئت غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 2005 نظام خاص بالتحكيم الإلكتروني يسمى Net Case يتضمن كيفية

---

[1] -Online Arbitration Supplementary Procedures.

[2]- «تعتبر قواعد التحكيم التقليدي في مجال منازعات التجارة الدولية المعتمدة من طرف جمعية التحكيم الأمريكية بمثابة الشريعة العامة للتحكيم الإلكتروني»، عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 42، خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص 77.

[3]- Ahmed El SHAKANKIRY, op.cit, p 25.

[4]- على مصطفى ناطق صالح مطلوب، أضواء على تطورات قواعد التحكيم التجاري لغرفة التجارة الدولية بباريس دراسة مقارنة، مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 5 العدد 18، سنة 2013، ص 02، عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 118.

Alexia ROUSSOS, op.cit, p 05.

إدارة التحكيم الإلكتروني ابتداءا من طلب التحكيم الذي يتم من خلال ملئ نموذج إلكتروني مرورا بالإجراءات، انتهاء بصدور الحكم وتقيده على موقع القضية.

يتم الدخول إلى موقع القضية باستخدام كلمة سر تمنح لأطراف وهيئة التحكيم الإلكتروني، ويتم تبادل المعلومات والمستندات إلكترونيا، كما يتم استخدام تقنيات التشفير لتحقيق الأمان والسرية[1].

7- مركز الوساطة والتحكيم للتقنيات المتقدمة *ATA online*

إن مركز الوساطة والتحكيم للتقنيات المتقدمة *Le Centre de Médiation et d'Arbitrage des Technique Avancées (ATA online)*[2] هو جمعية فرنسية هدفها الأساسي إيجاد حل للخلافات الناشئة بين مستعملي شبكة الإنترنت، من خلال إجراءات إلكترونية بسيطة وسريعة تتلاءم مع الفضاء الرقمي[3].

في حالة اختيار الأطراف المتنازعة حل نزاعهم بالاحتكام إلى إجراءات المركز، يتم في البداية حل النزاع من خلال الوساطة الإلكترونية، وفي حالة فشلها في حل النزاع خلال الأجل المتفق عليه من قبل الأطراف أو المحدد من طرف المركز في حالة غياب اتفاق الأطراف حول أجل محدد، فإنه يمكن إحالة النزاع على التحكيم الإلكتروني سواء بطلب من أحد أطراف النزاع أو من طرف لجنة التحكيم للمركز التي تسهر على حسن إدارة الإجراءات[4].

يتم التخاطب بين المحكم الإلكتروني والأطراف بواسطة قائمة محادثات مخصصة لكل قضية، يتم الدخول إليها بواسطة رقم سري، وتكون أحكام المحكم ملزمة وفقا لنظام التحكيم الإلكتروني للمركز[5].

---

[1]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 56، خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص 78.

[2]- Le Centre d'Arbitrage Techniques Avancées (ATA Online), disponible en ligne sur le site : https://www.legalis.net/ata

تم الإطلاع عليه بتاريخ: 17-02-2017، على الساعة: 20.14.

[3] - Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 26.

[4] -Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 23.

[5]-«L'arbitrage électronique aboutira non plus à une solution négociée mais à une décision contraignante adaptée selon les procédures fixées dans le règlement d'arbitrage ATA online», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 26.

8- الإتحاد العربي للتحكيم الإلكتروني

تم إطلاق مشروع الإتحاد العربي للتحكيم الإلكتروني بالقاهرة بتاريخ01-09-2007، أين تم الإعلان عن تأسيس أول اتحاد عربي للتحكيم الالكتروني*Arabic Federation for Electronic Arbitration (AFEA)*، تحت مظلة جامعة الدول العربية، وبمشاركة تسع دول عربية، هي المملكة الأردنية الهاشمية، الإمارات العربية المتحدة، جمهورية مصر العربية المملكة العربية السعودية، الجمهورية العربية السورية، سلطنة عُمان، الجمهورية اللبنانية، الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى، والمملكة المغربية.

أين تم انتخاب الإماراتية مريم بن ثنية، خبيرة تكنولوجيا المعلومات، لرئاسة الاتحاد لمدة عام واحد، يجري بعدها انتخاب رئيس آخر، من دولة عربية أخرى، بمقتضى ما ورد في اللائحة التنظيمية للاتحاد[1].

استلهمت فكرة الإتحاد من المؤتمرات الدولية التي توصي على أهمية تفعيل العمل بالوسائل البديلة لفض المنازعات لمواجهة منازعات التجارة الإلكترونية والملكية الفكرية باعتبارها تساهم في حل مشكلة الاختصاص والقانون الواجب التطبيق، أين تم تشكيل المجموعة التأسيسية من رجال قانون وقضاة وفقهاء وأساتذة هندسة واقتصاد وتقنية معلومات وإعلام[2].

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للتحكيم الإلكتروني

يكون لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم الإلكتروني أهمية بالغة، فلو تم اعتباره مجرد عملية مطورة للتحكيم التقليدي، فيكفي تعديل القوانين والمعاهدات الخاصة بالتحكيم لتتماشى مع التطور الحاصل، أما إذا تم اعتباره بديلا عن التحكيم بمفهومه التقليدي فيتعين صياغة قواعد جديدة خاصة به.

إلا أن أغلب الفقه يرى أن اختلاف التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي لا يكون إلا

---

[1]- الإتحاد العربي للتحكيم الإلكتروني، الموقع الإلكتروني لصحيفة صحفي، على الرابط الإلكتروني:
http://www.sahafi.jo/arc/art1
تم الإطلاع عليه بتاريخ:22-02-2017، على الساعة: 21.04.

[2]- عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 58.

من حيث الوسيلة، من ثم فإن الطبيعة القانونية لكل منهما واحدة، لا تتأثر بالوسيلة التي يتم التحكيم بموجبها[1].

لقد ثار خلافا فقهيا ولا يزال حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بصفة عامة[2]، ويرجع هذا الاختلاف إلى الأساس الاتفاقي الذي يقوم عليه التحكيم سواء كان تقليديا أو إلكترونيا من جهة وإلى النتيجة ذات الصفة القضائية التي ينتهي إليها المحكم والمتمثلة في الحكم التحكيمي[3].

إن التحكيم يضم عملين أحدهما يأتيه طرفا النزاع والمتمثل في إبرام اتفاق التحكيم، والآخر يأتيه المحكم والمتمثل في إصدار حكم في النزاع، فالتحكيم نظام تعاقدي في نشأته وقضائي في وظيفته، ومن ثم يأتي الخلاف، فأي العملين يستوعب الآخر حتى يتسنى اتخاذه مبدءا لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم[4].

إن التركيبة الوظيفية للتحكيم عموما والتحكيم الإلكتروني خصوصا، خلفت آراء متباينة حول طبيعته القانونية[5]، فهناك من الفقه من غلب الجانب التعاقدي، وهذا موضوع دراسة الفرع الأول.

كما أن هناك من غلب الجانب القضائي على التحكيم، وهذا ما سوف نتعرض له في الفرع الثاني، وبين الرأيين هناك من رأى أن للتحكيم طبيعة مختلطة، كما سوف يتم عرضه في

---

[1]– ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 691، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 443.

[2]– عبد الكريم أحمد الثلاياء، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 69، محمود السيد عمر التحيوى، حكم التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 98.

Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHEIDT, op.cit, p 21, Eric LOQUIN, op.cit, p 03

[3]– نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2004، ص 31.

[4]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 36

[5]– محمود السيد عمر التحيوى، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003 ص 257، مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر 2009، ص 35، خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 16.

الفرع الثالث، بينما نتطرق في الفرع الرابع على الاتجاه الذي ناد باستقلالية التحكيم بنظام قانوني خاص.

الفرع الأول

الطبيعة التعاقدية للتحكيم الإلكتروني

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم بصفة عامة والتحكيم الإلكتروني بصفة خاصة ذو طبيعة تعاقدية يقوم أساسا على إرادة الأطراف[1].

ذلك أن التحكيم عقدا رضائيا ملزما للجانبين[2]، ويعد مظهرا لمبدأ سلطان الإرادة الذي من نتائجه حرية الأفراد في إبرام ما يشاءون من العقود شريطة عدم مخالفتها للنظام العام أو الآداب العامة[3]، بحكم أن أساس وجوهر نظام التحكيم عموما هو اتفاق الأطراف على تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم[4].

إن التحكيم منذ البدء فيه وحتى إصدار حكم التحكيم يجد أساسه في اتفاق الأطراف فبمقتضى هذا الاتفاق يتم إخراج النزاع من سلطان القضاء وإسناده إلى سلطان المحكم، فيتم تعين المحكم ويحدد دائرة ولايته وأجل انتهاء مهمته، كما يحدد الإجراءات الواجب إتباعها والقانون الموضوعي الواجب تطبيقه من طرف المحكم[5].

من ثم فإن الحكم الذي يصل إليه المحكم في النهاية يكون كمحصلة لما تم الاتفاق عليه من قبل الأطراف، كما أن تنفيذ هذا الحكم ما هو إلا تنفيذ لاتفاق التحكيم، من ثم فإن اتفاق التحكيم يستوعب ويستغرق عملية التحكيم برمتها[6].

---

[1]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ص 19.

[2]– أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017، ص 25.

[3]– محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط 3، القاهرة، 2004 ص 08 عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسى، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 65.

[4]– ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 52، عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، المرجع السابق، ص 70.
Eric LOQUIN, op.cit, p 03.

[5]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 38.

[6]– السيد عمر التحيوى الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، المرجع السابق، ص 263.

وعليه يتعين عند تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم عدم إعطاء الأولوية إلى وظيفة المحكم بل البحث عن من كلفه بهذه المهمة والتي تكون بمقتضى اتفاق التحكيم[1].

إن التحكيم يختلف في هدفه عن القضاء، فإذا كان القضاء يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة هي تحقيق العدالة، فإن التحكيم يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة بأطراف التحكيم أين يستمد المحكم سلطته من إرادة الأطراف ورضائهم بالتحكيم[2].

إن الوظيفة القضائية لا يباشرها إلا قاضي وطني على خلاف المحكم، كما أن المحكم الذي لم يقم بواجبه فلا تطبق عليه قواعد إنكار العدالة، وإذا أخطأ فلا يخضع لقواعد المخاصمة كما لا يستوجب توافر في المحكم نفس الشروط الواجب توافرها في القاضي[3].

غير أن هذه النظرية وإن كان لها دور في إظهار أهمية اتفاق الأطراف في مجال التحكيم عموما والتحكيم الإلكتروني خصوصا، إلا أنه يعاب عليها تغييب دور المحكم[4]، وكذا مبالغتها في إعطاء الدور الأساسي لإرادة أطراف التحكيم في تكييف الطبيعة القانونية لعملية التحكيم فمهمة المحكم ليس الكشف عن إرادة أطراف التحكيم وإنما الكشف عن إرادة القانون الوضعي الذي اختار الأطراف تطبيقه، كما أن المحكم يصدر حكما وفقا إرادته المستقلة وليس وفقا لإرادة أطراف التحكيم[5].

إذا كانت عملية التحكيم تقليديا كان أو إلكترونيا تنطلق فعلا بمقتضى اتفاق التحكيم القائم على إرادة أطراف التحكيم، إلا أن هذه الإرادة لا تقوم في غالب الأحيان باختيار نظام التحكيم بأكمله، فقد يلجأ الأطراف إلى عرض نزاعهم على إحدى الهيئات التحكيمية الدائمة التي تتولى

---

[1]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 67، عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، المرجع السابق، ص 71.

[2]– أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 118، لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 20.

[3]– عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 45، عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، صر 102.
Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p.35

[4]– نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 32، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 447.

[5]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 51، محمود السيد عمر التحيوى، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، المرجع السابق، ص 300، مناني فراح، المرجع السابق، ص 38.

اختيار أعضاء هيئة التحكيم، وكذا القانون الواجب التطبيق والإجراءات المتبعة وفقا للوائحها الداخلية[1].

كما أن اللجوء إلى القضاء الوطني لا يكون إلا بمقتضى عمل إرادي هو المطالبة القضائية، كما تلعب إرادة الأطراف دورا في تعديل بعض قواعد الاختصاص المحلي، فيمكنهم عرض نزاعهم على محكمة دون أخرى، أو محاكم دولة معينة دون أخرى، وعلى الرغم من ذلك لا يمكن القول أن القضاء ذو طبيعة عقدية[2].

الفرع الثاني

الطبيعة القضائية للتحكيم الإلكتروني

يرى أنصار النظرية القضائية لنظام التحكيم أن مهمة المحكم ذات طبيعة قضائية خاصة[3]، وأن ما يصدر عن هيئة التحكيم يعتبر حكما بالمعنى الفني الدقيق، وأن حكم هيئة التحكيم يعتبر عملا قضائيا[4]، فأعطوا صبغة الطابع القضائي على التحكيم، فحكم المحكم هو عمل قضائي شأنه شأن الحكم الصادر عن القاضي، فالتحكيم هو قضاء إجباري ملزم للخصوم حتى ولو اتفقوا عليه[5].

عندما يتفق الأطراف على عرض نزاعهم على التحكيم فإنهم لا يتنازلون عن اللجوء إلى القضاء، بل يلتجئوا إلى قضاء أخر يختارون فيه قضاتهم، وتعترف الدولة بما يصدرونه من أحكام، وبالتالي فإن أحكام التحكيم تعد عملا قضائيا بالمعنى الصحيح شأنها شأن الأحكام

---

[1]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 67.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p.36

[2]– أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 120، عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 70.

[3]- «La mission juridictionnelle de l'arbitre est de caractère privé, et la justice arbitrale peut néanmoins être considérée comme une véritable forme de justice», Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHEIDT, op.cit, p 20.

[4]– أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 18.

«La mission juridictionnelle de l'arbitre s'accomplit par une sentence, par laquelle l'arbitre tranche le litige», Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 14

[5]– عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 110، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 451 ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 52، خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 113.

الصادرة عن قضاء الدولة، وشأن القضاء الأجنبي الذي يعترف القانون الداخلي بأحكامه[1].

على الرغم من شيوع النظرية القضائية وكثرة مؤيديها، إلا أنه كالنظرية العقدية لم تخلوا من الانتقادات، فطبيعة التحكيم بما فيه التحكيم الإلكتروني يختلف كل الاختلاف عن طبيعة القضاء، ذلك أن القضاء هو عبارة سلطة من سلطات الدولة يهدف إلى تطبيق حكم القانون بشكل مجرد على النزاع القائم، وتكون وظيفة القاضي بحتة تتمثل في حماية الحقوق والمراكز القانونية للأفراد والجماعات[2].

أما التحكيم يهدف إلى تحقيق عدالة تتسم بالكثير من المرونة فمهمة المحكم هي وظيفة اجتماعية واقتصادية بحتة، كما أنه يصعب القول بوجود تشابه بين أعضاء هيئة التحكيم والقضاء، بحكم أن القضاة يقومون بوظيفة عامة في الدولة، يتمتعون بالحصانة ولهم سلطة الأمر والإجبار، على خلاف المحكمين[3].

الفرع الثالث

الطبيعة المختلطة للتحكيم الإلكتروني

اتخذ أنصار هذه النظرية موقفا وسطا بين النظريتين السابقتين، فيرون أن التحكيم عموما له طبيعة مختلطة حيث تتعاقب عليه صفتان، الأولى هي الصفة التعاقدية وهو العمل الإرادي لأطراف التحكيم، إضافة إلى الصفة القضائية بالنظر إلى أن حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم يلزم أطراف التحكيم بقوة تختلف عن مجرد القوة الملزمة للعقد[4].

إن التحكيم وفقا لأصحاب هذا الاتجاه ليس إلا قالبا قانونيا يضم عملين في آن واحد الفاعل في أحدهما هو غير الفاعل في الآخر، وهما اتفاق التحكيم وقضاء المحكم، فالأول

---

[1]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 52، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ص 40، عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، المرجع السابق، ص 74.

Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHEIDT, op.cit, p 21.

[2] – أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 122.

[3]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 72.

[4]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ص 23، محمود السيد عمر التحيوى، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، المرجع السابق، ص 597.

يحدثه المتنازعان والثاني يحدثه المحكم[1].

على الرغم من أن هذه النظرية حاولت التقريب بين النظريتين السابقتين، إلا أنه جانبها الصواب لأنها وضعت حدا زمنيا فاصلا بين الطابع التعاقدي والطابع القضائي للتحكيم، بالرغم من أنهما يسيران مع ولا ينفصلان، فالتحكيم يبدأ باتفاق الأطراف ويكون نافذا بتعيين المحكم الذي يتولى مهمة الفصل في النزاع، وما أن يرفع النزاع إلى المحكم حتى تبدأ مهمته في حسم النزاع وفقا لمقتضيات الوظيفة القضائية[2].

الفرع الرابع

الطبيعة المستقلة للتحكيم الإلكتروني

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم عموما بما فيه التحكيم الإلكتروني له طبيعة خاصة وذاتيته المستقلة التي تميزه عن العقود وكذلك عن أحكام القضاء[3]، فالتحكيم أداة متميزة لحل المنازعات، فيه اتفاق وفيه قضاء وفيه ما يميزه عنهما، وبالتالي ليس من العدل نسبه لأنظمة قانونية قد يشترك معها في أمور لكن يختلف عنها في أمور أخرى[4].

فنظام التحكيم يتمتع باستقلالية وخصوصية تميزه عن غيره من النظم القانونية، باعتباره الوسيلة الأنسب لتسوية منازعات التجارة الدولية عموما ومنازعات التجارة الإلكترونية خصوصا الأمر الذي يصعب معه إسناده إلى أيا من النظريات السابقة ذكرها[5].

إن التحكيم وفقا لأنصار هذه النظرية هو أداة قانونية لحل المنازعات تختلف عن العقد والقضاء، وهو يرمي إلى تحقيق العدالة بطرق مختلفة عن القضاء، فإذا كان التحكيم لا يتم إلا باتفاق الأطراف إلا أن هذا لا يعني على الإطلاق اعتبار التحكيم عقدا أو ذو طبيعة تعاقدية لأن

---

[1]– عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 113، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 17.

[2]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 48، محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 73، مناني فراح، المرجع السابق، ص 45، محمود السيد عمر التحيوى، حكم التحكيم الإلكتروني المرجع السابق، 145.

[3]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 24.

[4]– شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 457، خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 115.

[5]– عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، المرجع السابق، ص 81.

أن هذا الاتفاق ليس هو جوهر التحكيم، بدليل أنه توجد حالات عديدة يتم فيها تشكيل هيئة التحكيم تقليدية كانت أم إلكترونية من قبل مراكز التحكيم الدائمة دون تدخل من أطراف التحكيم[1].

إضافة إلى افتقار المحكم لصفة القاضي مما ينفي عن حكمه صفة العمل القضائي، أما التزام الأطراف بالحكم الذي يصدره المحكم فهو نتيجة إرادتهم التصرفية وليس خضوعا لإرادة المشرع[2].

حسب رأي الباحث فأن النظرية القائلة باستقلال التحكيم عموما والتحكيم الإلكتروني خصوصا هي الأقرب إلى الصواب، ذلك أن التحكيم تقليديا كان أو إلكترونيا هو طريق استثنائي لفض المنازعات، ويعتبر خروجا على الأصل العام في التقاضي وهو قضاء الدولة، ذلك أن الهدف من التحكيم عموما هو تحقيق العدالة بعيدا عن القضاء، ومن جهة أخرى فإن اتفاق التحكيم ما هو إلا مرحلة من مراحل نظام التحكيم، وهذا ما يعزز الطبيعة المستقلة لنظام التحكيم الإلكتروني.

الفصل الثاني

إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني وضوابطه

إن التحكيم الإلكتروني شأنه شأن التحكيم التقليدي يبدأ باتفاق الأطراف لإخراج النزاع من ولاية القضاء الوطني لأجل عرضه على إحدى هيئات التحكيم الإلكترونية، فالاتفاق على التحكيم الإلكتروني هو الخطوة الأولى في عملية التحكيم الإلكتروني وانتفاء هذا الاتفاق معناه انتفاء العملية التحكمية من أساسها.

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني ما هو إلا عقد مبرم بطريقة إلكترونية، ومن ثم يخضع لما يخضع له العقد الإلكتروني ولا يخرج عن هذه القاعدة، فهو يتم بالاتفاق والتراضي بين طرفيه، إلا أنه يتميز بكونه يبرم عن بعد من خلال استعمال وسائل اتصال غير تقليدية لا تعتمد

---

[1]– مناني فراح، المرجع السابق، ص 46، محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 74، عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق ص 26، محمود السيد عمر التحيوى، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم المرجع السابق، ص 605.

[2]– عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، المرجع السابق، ص 82.

على الدعامة الورقية ولا الالتقاء المباشر للأطراف في مجلس عقد حقيقي، مما يجعله يتميز ببعض الخصوصية تخرج به عن القواعد العامة لنظرية العقد التي وضعت أصلا للتعاقد من خلال استعمال دعائم ورقية تقليدية[1].

من ثم فإن دراسة النظام القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني تقتضي بالضرورة التعريج بداية إلى دراسة ماهية اتفاق التحكيم الإلكتروني من خلال التطرق إلى مفهومه وصوره وطبيعته القانونية، وهذا ما سوف نتطرق له في المبحث الأول، بينما نخصص المبحث الثاني لدراسة ضوابط اتفاق التحكيم الإلكتروني من خلال التطرق إلى شروطه الشكلية والموضوعية.

المبحث الأول

ماهية اتفاق التحكيم الإلكتروني

يعتبر اتفاق التحكيم الإلكتروني جوهر نظام التحكيم الإلكتروني الذي يستمد أساسه من رضاء الأطراف لاختيار التحكيم الإلكتروني كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات الناشئة بينهم ويتجسد هذا الرضاء في الاتفاق على التحكيم الإلكتروني، وقد أقرت له القوانين شروطا موضوعية عامة وأخرى شكلية خاصة[2].

إن دراسة اتفاق التحكيم الإلكتروني تعتمد بالأساس على استخلاص المبادئ العامة المطبقة على اتفاق التحكيم بمفهومه التقليدي المنصوص عليها في مختلف التشريعات الوطنية وكذا الجهود الدولية في هذا المجال، مع مقارنتها بالأحكام التي يمكن تقريرها بشأن التحكيم الإلكتروني، مع أخذ بعين الاعتبار البيئة الإلكترونية التي ينعقد في فلكها اتفاق التحكيم الإلكتروني، للوصول إلى مدى اتفاق أو اختلاف هذه مع تلك.

إن تحليل النظام القانوني الذي يحكم اتفاق التحكيم الإلكتروني يقتضي بداية التعرف على مفهوم ذلك الاتفاق الذي يتم من خلال وسائل إلكترونية وصوره، وهذا موضوع الدراسة في المطلب الأول، بينما سوف نخصص المطلب الثاني إلى تبيان طبيعته القانونية.

---

[1]– أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 220، خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 72، مناني فراح، المرجع السابق، ص 37.

[2]– عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 171، ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 708.
Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 36.

المطلب الأول

مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني

إن التحكيم الإلكتروني أو حتى اتفاق التحكيم الإلكتروني لا يخرجان في جوهرهما عن مفهوم التحكيم التقليدي واتفاقه مع الاختلاف في الوسيلة المستعملة في كل نظام، وبالتالي فإن نظام التحكيم التقليدي يشكل في ماهيته مرجعا لنظام التحكيم الإلكتروني[1].

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني باعتباره عقد إلكتروني في الأساس، فإنه يخضع بالضرورة للقواعد العامة للعقود المدنية بشكل عام، بالإضافة إلى ما تفرضه ذاتية العقود الإلكترونية[2].

إن دراسة مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني تستوجب تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني، بينما نخصص الفرع الثاني إلى صور اتفاق التحكيم الإلكتروني.

الفرع الأول

تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني

إن تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني لا يتم إلا من خلال تعريف اتفاق التحكيم بمفهومه التقليدي، ذلك أنهما يشتركان في هدف واحد وهو الاتفاق بين الأطراف المتنازعة لحسم المنازعات القائمة بينهم بعيدا عن ساحات القضاء الوطني، فالتحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا من حيث الوسيلة المستخدمة في كل منهما[3].

عرف المشرع الجزائري اتفاق التحكيم بالقول «*هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه*

---

[1]– عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 53، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 297.

Thomas SCHULTZ, Gabrielle KAUFMAN, Koehler DRIKLANGER and Vincent BONNET, Online Dispute Resolution, The state of the art and the issues, Décembre 2001, p 13, sur le site internet : http://papers.ssrn.com/so13.papers.Cfm?

Richard HILL, E-Arbitration security, Pratical approach, 5 septembre 2003, sur le site internet : http://www.batnet.com/oikoumeme/E-Arbitration

تم الإطلاع عليها بتاريخ 25-09-2017، على الساعة 23:08.

[2]– عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 172.

[3]– ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، 2008، ص 65، محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 110.

عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم»[1].

عرف بعض الفقه اتفاق التحكيم بأنه «*ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف المتنازعة بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهما أو المحتمل نشوئها بينهما من خلال التحكيم*»، وهناك من عرفه بالقول أنه «*تراض أطراف نزاع معين أو عقد محدد على الفصل في هذا النزاع أو تلك المنازعات التي قد تنشأ بينهم بخصوص هدا العقد عن طريق هيئة تحكيم تختار لهذا الغرض دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه والفصل في موضوعه*»[2].

كما يعرفه جانب من الفقه عل أنه «*مصدر اتفاقي، يجعل محاكم الدولة غير مختصة بنظر النزاع وهو الذي يمنح المحكم سلطة الفصل فيه بقرار ملزم، بل أن هذا الاتفاق هو الذي يهيمن على مسيرة التحكيم ابتداءا من اختيار المحكم وانتهاء بمدى قابلية قراره للطعن مرورا بالقواعد التي يطبقها المحكم موضوعية كانت أم إجرائية*»[3].

كما عرف الفقه الفرنسي اتفاق التحكيم بالقول أنه «*الاتفاق الذي بموجبه يلتزم شخصين أو أكثر على حسم المنازعات التي يمكن أن تنشأ أو نشأة فعلا عن طريق محكم أو عدة محكمين*»[4].

أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي اليونسترال لسنة 1985 فقد عرف اتفاق التحكيم بأنه «*اتفاق الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت*

---

[1]– المادة 1011 من قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالف ذكره.
يظهر من فحوى المادة السالفة الذكر أن المشرع الجزائري قد وضع تعريفا لمشارطة التحكيم وليس لاتفاق التحكيم، لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 51

[2]– محمود السيد التحيوى، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003 ص 257.

[3]– أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص27، أشرف عبد العليم الرفاعي اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2003، ص 226، يوسف حسن يوسف، التحكيم الدولي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية 2011، ص 71.

[4]- «La convention d'arbitrage est la convention par laquelle deux ou plus s'engagent à faire trancher par un ou plusieurs arbitres les litiges susceptibles de s'élever entre elles ou ceux qui les opposent déjà», Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B.GOLDMAN, op.cit, p 209, Eric LOQUIN, op.cit,p 117 Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHEIDT, op.cit, p 79.

أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية أو غير تعاقدية»[1].

إن تعريف اتفاق التحكيم على أنه عقد، من شأنه أن يرسخ في الأذهان بضرورة أن يكون ذلك الاتفاق عقدا قائما بذاته، وهو قول غير صحيح في مجمله، فقد يكون ذلك الاتفاق مجرد شرط وارد في أحد بنود العقد الأصلي، كما قد يكون مجرد إحالة ترد في عقد من العقود إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم[2].

إذا كان التحكيم الإلكتروني نظاما حديث النشأة أساسه استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التحكيم بدلا من تبادل مستندات التحكيم بطريقة تقليدية[3]، من ثم يمكن تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني بأنه «*الاتفاق الذي يعني تسوية المنازعات والخلافات عبر شبكات الاتصال كالإنترنت دون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف عملية التحكيم في مكان واحد*»[4].

كما عرف اتفاق التحكيم الإلكتروني على أنه «*الاتفاق الذي بموجبه يتفق الأطراف على إحالة النزاع وبشكل اختياري إلى طرف ثالث محايد، مقدم خدمة التسوية الإلكترونية، لتعيين شخص أو عدة أشخاص، لتسوية النزاع باستخدام وسائل الاتصال الحديثة وفقا لقواعد تنظيمية ملائمة لموضوع النزاع أسلوب التسوية، وذلك لإصدار حكم ملزم للأطراف*».

من ثم يثبت أن جوهر اتفاق التحكيم الإلكتروني لم يخرج عن جوهر اتفاق التحكيم التقليدي، فاتفاق التحكيم الإلكتروني ما هو إلا اتفاق تحكيم بمفهومه التقليدي، وما يميزه عنه أن إبرامه وإجراءاته تتم عبر وسيلة إلكترونية، التي تضفي على ذلك الاتفاق صفة الإلكترونية[5].

---

[1]– المادة 07/1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر سنة 1985، وهو نفس التعريف الذي تبناه المشرع المصري من خلال المادة 10/1 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

[2]– حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 56، محمد طه سيد أحمد عاشور، اتفاق التحكيم وإجراءات الخصومة التحكيمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2017، ص 16 ناصر محمد جمعان، المرجع السابق، ص 96.

[3]– إلياس ناصيف، العقود الدولية، التحكيم الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص 53.

[4]– عبد المنعم زمزم، المرجع السابق ص 53، صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 372.

[5]– ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 710، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 57.

من ثم يمكن القول أن اتفاق التحكيم الإلكتروني يتميز بالمميزات التالية[1]:

- ✓ يهدف شأنه شأن اتفاق التحكيم التقليدي إلى إخراج النزاع من سلطة القضاء الوطني لأجل عرضه على التحكيم الإلكتروني.
- ✓ يتسم بالطابع الدولي بالنظر إلى طبيعة الوسائل الإلكترونية المستعملة لإبرامه.
- ✓ يتم إبرامه وتنفيذه دون التواجد المادي لأطرافه، أين يتم تبادل الإيجاب والقبول عبر وسائل اتصال إلكترونية عبر مجلس عقد حكمي افتراضي.
- ✓ يتم استخدام الوسائط الإلكترونية في إبرامه.
- ✓ يتم إثباته عبر المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني.

تجدر الإشارة إلى أنه مهما كان شكل اتفاق التحكيم الإلكتروني فإنه لا بد أن تسبقه مفاوضات بين أطراف النزاع، يتم فيها التفاوض حول نقاط الخلاف الرئيسية التي سوف يقوم المحكمون بمناقشتها في حالة قيامها أو الخلافات القائمة فعلا، فيتم الاتفاق على هيئة التحكيم المختصة للنظر في النزاع، والقانون الواجب التطبيق سواء على موضوع النزاع أو إجراءاته ونوع المسائل القابلة للتحكيم وعدد المحكمين، والزمن المحدد لإجراء عملية التحكيم، والمصاريف الإدارية ووسيلة الاتصال[2].

الفرع الثاني

صور اتفاق التحكيم الإلكتروني

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني يمكن أن يتخذ صور مختلفة، ولا يتصور وجوده بالضرورة قبل نشوب النزاع أو ضمن العقد الأصلي، فقد يكون في شكل شرط بالعقد الأصلي كبند من بنوده، أو في شكل اتفاق لاحق بعد قيام النزاع، أو في شكل شرط إحالة يرد في العقد الأصلي

---

[1]– إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 206، شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 124 بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 48.

«L'appellation contrat a distance vise tout contrat concernant des produits ou service conclu a distance qui pour ce contrat utilise exclusivement une ou plusieurs technique de communication a distance jusqu'à la conclusion du contrat», Thibault VERBIEST, Commerce électronique : Le nouveau cadre juridique, Edition Larcier, Bruxelles, Belgique, 2004, p 92.

[2]– خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 278، صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 375.

يحيل إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم[1].

أولا- شرط التحكيم الإلكتروني *La clause compromissoire*

يعرف شرط التحكيم عموما عل أنه «*الشرط الذي يرد ضمن بنود علاقة قانونية معينة أو بنود عقد معين، وبمقتضى هذا الشرط يتفق أطراف العلاقة الأصلية قبل نشوب أي نزاع على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم*»[2].

يرد شرط التحكيم عادة في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية، فيكون اتفاق التحكيم في هذه الحالة سابقا على قيام النزاع، فأطراف النزاع لا تنتظر نشوب النزاع لتحديد وسيلة حله، فشرط التحكيم يتم الاتفاق عليه كبند ضمن بنود العقد الأصلي، فهو يتعلق بنزاع مستقبلي غير محدد ومحتمل[3].

قد يرد شرط التحكيم عاما، أين يحيل إلى التحكيم كل النزاعات المتعلقة بتنفيذ أو تفسير العقد، كما قد يرد خاصا ببعض المسائل أو المنازعات دون غيرها، ولا يوجد مانع من ورود الشرط في اتفاق لاحق عن العقد لكن قبل نشوء النزاع، ويشترط في شرط التحكيم أن يكون واضحا لا يوجد به أي لبس أو غموض[4].

إن العبرة إذن بلحظة الاتفاق على التحكيم، فإذا جاءت هذه اللحظة قبل ظهور بوادر النزاع نكون بصدد شرط التحكيم، فشرط التحكيم هو نوع من الالتزام المعلق على شرط واقف وهو وقوع النزاع، وهذا النزاع إما أن يحدث أو لا يحدث، ولا يجوز لأحد طرفي هذا الاتفاق أن

---

[1]- محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 75.

[2]- خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فض المنازعات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011 ص 32، أحمد بلقاسم، التحكيم الدولي، دار هومه، ط 2، الجزائر، 2006، ص 45.

«La convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naitre relativement à ce contrat», Eric A. CAPRIOLI, op.cit, p 106.

[3]- عرف المشرع الجزائري شرط التحكيم بمقتضى المادة 1007 من القانون 09-08 السالف الذكر بالقول «هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم»، سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص 85، محمود مختاري أحمد بربري، المرجع السابق، ص 05.

[4]- وهذا ما أشارت إليه المادة 7/1 من القانون النموذجي لليونيسترال UNICTRAL للتحكيم التجاري لسنة 1985.

ينفرد بنقضه[1].

عادة ما يرد شرط التحكيم بصيغة مختصرة تفيد فقط الإحالة على فض النزاع بالتحكيم كالنص مثلا على أن أي نزاع بين طرفي العقد يحال على التحكيم، كما قد يتوسع الأطراف فيضيفون أحكاما خاصة بمكان التحكيم ولغة التحكيم والقانون الواجب التطبيق على النزاع[2]، كما قد يرد شرط التحكيم في صيغة إحدى الشروط النموذجية لإحدى هيئات التحكيم[3].

لقد جرى العمل أمام هيئات التحكيم الدولية أن يحرر الأطراف المتنازعة وثيقة تفويض*Acte de mission*، خاصة عندما لا يتم الاتفاق على موضوع النزاع أو أسماء المحكمين أو مكان التحكيم وغيرها من المسائل بمقتضى شرط التحكيم[4].

يمكن تصور شرط التحكيم في العالم الإلكتروني، إذ أن الكثير من الشركات التجارية تدرج في عقودها الإلكترونية التي تبرمها عبر شبكة الإنترنت شرط التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي يحتمل أن تنشأ بمناسبة تنفيذ تلك العقود عن طريق التحكيم الإلكتروني من خلال أحد المواقع التي تعرض خدمات التحكيم الإلكتروني[5].

إن شرط التحكيم الإلكتروني موضوعه اتفاق الأطراف على تسوية المنازعات التي تنشأ بينهما في المستقبل عن طريق التحكيم الإلكتروني، ويمكن إدراج كمثال عن تلك النماذج نموذج المحكمة الافتراضية «*يجري تسوية أي نزاع أو خلاف ينشأ بمناسبة هذا العقد عن طريق التحكيم في رحاب المحكمة الافتراضية، ووفقا للإجراءات التي تحددها، وتكون لغة التحكيم....، مع العلم*

---

[1]– إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 255، أحمد خليل، المرجع السابق، ص 44، جعفر ذيب المعاني المرجع السابق، ص 68، ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 991.

[2]– خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 275، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 70.

[3]– أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 328.

Thomas SCHULTZ, op.cit, p 399.

[4]– أحمد صالح علي مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2011، ص 38، نور الدين بكلي، المرجع السابق، ص 57.

[5]– صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 431، عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، 185.

بأن القرار الصادر في النزاع يكون نهائيا وغير قابل للاستئناف»[1].

في عقود التجارة الإلكترونية غالبا ما يدرج شرط التحكيم ضمن الشروط العامة التي تم عرضها وقبولها بإحدى وسائل الاتصال الإلكترونية بتوقيع مؤمن ومحصن إلكترونيا، يرد كبند في نهاية العقد الإلكتروني بعبارات أكثر عمومية دون تفاصيل، ونادرا ما يعيره الطرفان أهمية كبيرة[2].

يكون من الأفضل أن يتفق الأطراف في شرط التحكيم على إحالة جميع المنازعات التي سوف تنشأ بينهم على التحكيم دون حصر لتلك المنازعات، لأنه قد تحدث خلافات في حالة حدوث نزاعات لم يتم النص عليها في شرط التحكيم، مما يؤدي إلى اللجوء إلى القضاء لفض ذلك الخلاف، وبذلك لا يتحقق الغرض من اللجوء إلى التحكيم وهو حل النزاعات بعيدا عن ساحة القضاء[3].

غالبا ما يلجأ المتعاملون في حقل التجارة الإلكترونية إلى إدراج شرط التحكيم في عقودهم الإلكترونية، أين يفضل الفقه الأمريكي تعميم شرط التحكيم في كل العقود الإلكترونية وذلك بالرجوع إلى آلية *Third party beneficiary* التي تجيز بإدراج شرط التحكيم في كل عقود الاشتراك للحصول على خدمات الإنترنت، وهي الآلية التي تقابلها الاشتراط لمصلحة الغير في القوانين اللاتينية.

إلا أن الاعتماد على تلك الآلية لتعميم شرط التحكيم من شأنه الحد من انتشار تعميم الشرط لأنه معلق على قبول المستفيد، وهذا ما يحد من تعميم شرط التحكيم على كل العقود

---

[1]– عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 86، سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 90.

صياغة النص باللغة الفرنسية جاء كما يلي:

«Tout différend ou litige qui viendrait à se produire à la suite ou à l'occasion du présent contrat, sera tranché définitivement par voie d'arbitrage, sous l'égide du Cyber Tribunal, conformément à la procédure d'arbitrage de Cyber Tribunal, la langue de la procédure d'arbitrage sera…, la décision rendue est finale et sans appel», sur le site internet :
http://www.cybertribunal.org/html/clauses.asp

تم الاطلاع عليه بتاريخ 05-02-2016، على الساعة 15:55.

[2]– خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص 83.

[3]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 93، محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 118.

الإلكترونية[1].

جرى العمل في الولايات المتحدة الأمريكية على النص على شرط التحكيم الإلكتروني في مدونات السلوك المرتبطة بالشهادات الإلكترونية التي تسلم للدلالة على علامة الجودة أو الثقة للمواقع التجارية الإلكترونية، أين يشترط على صاحب الموقع الإلكتروني للحصول على تلك الشهادة أن تتضمن العقود المبرمة بين الموقع والعملاء شرط يتضمن حل المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ هذه العقود إلى أحد الطرق الإلكترونية البديلة لفض المنازعات[2].

يواجه شرط التحكيم الإلكتروني باعتباره شرطا كباقي الشروط التعاقدية الأخرى بعض الصعوبات في المعاملات الإلكترونية تعرقل الاعتراف به، إذ أنه يدرج ضمن شروط أخرى مفروضة من طرف أحد طرفي العقد الإلكتروني على الطرف الآخر الذي لا يكون له سوى قبول كل الشروط أو رفضها دون أن يكون له الحق في مناقشتها، خاصة إذا كان أحد طرفي العقد مستهلكا[3].

فقبول المستهلك لشرط التحكيم مرغما يلحق به ضررا بحكم أنه بذلك يتنازل عن تطبيق قانون دولته الذي يحقق له حماية أكبر، إضافة إلى احتمال ورود شرط التحكيم مبهما دون أن يستطيع الطرف المتعاقد الانتباه أنه وافق على شرط التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات[4].

ثانيا- مشارطة التحكيم الإلكتروني *Le compromis*

تعرف مشارطة التحكيم عموما على أنها «*الاتفاق الذي يتم بين الطرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرض هذا النزاع على التحكيم، ويسمى أحيانا وثيقة التحكيم الخاصة*»[5]، فقد يتفق

---

[1]- «يرى الأساذ Cachard ضرورة إخضاع أي منازعة تنشأ عن العقود الإلكترونية للتحكيم الإلكتروني مع منح للطرف الآخر وهو المستهلك حق قبول أو رفض الشرط، وهي ما تسمى بالشروط التخييرية Clause Optionnelles»، محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002 ص 418، محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 76.

[2]- سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 89.

[3]- حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 32.

Thomas SCHULTZ, op.cit, p 408.

[4]- صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 432.

[5]- فتحي والي، المرجع السابق، ص 103، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 474.

الأطراف بعد نشوب النزاع على عرضه على التحكيم طبقا لاتفاق مكتوب يحدد فيه الأطراف موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان التحكيم وإجراءات التحكيم[1].

يتضح من التعريف السابق أن مشارطة التحكيم هي عقد منفصل عن العقد الأصلي وينبغي أن يتوافر لها أركان العقد من أهلية ورضاء ومحل وسبب، وإذا تخلف أحد هذه الأركان أصبحت مشارطة التحكيم باطلة وجاز الطعن فيها بالبطلان[2].

من ثم يختلف شرط التحكيم عن مشارطة التحكيم في كون أن الأول يتعلق بنزاع مستقبلي محتمل يتم الاتفاق عليه قبل نشوء النزاع، في حين تتعلق مشارطة التحكيم بنزاع أكيد وقع فعلا فيتم الاتفاق عليها بعد نشوء النزاع في وقت لاحق وبمقتضى عقد مستقل عن العقد الأصلي[3].

إن الفرق الجوهري بين شرط ومشارطة التحكيم تتمثل في التوقيت أو اللحظة التي يتم فيها الاتفاق على التحكيم[4].

إذا كان شرط التحكيم يتم صياغته بعبارات عمومية دون اشتراط الاتفاق على الأمور التفصيلية، على اعتبار أنه مجرد بند من بنود العقد الأصلي يتم الاتفاق عليه قبل حدوث النزاع إلا أنه يشترط أن تتضمن مشارطة التحكيم المسائل التفصيلية التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا[5].

فقد تختلف صياغة نماذج مشارطة التحكيم لكنها يجب أن تتضمن في مجملها مجموعة من البيانات التي تساعد على تعيين النزاع بشكل تفصيلي وناف للجهالة عنه، كذكر اسم كل طرف وعنوانه ووسائل الاتصال به، وطبيعة العقد الأصلي، وطبيعة النزاع القائم بينهما وتعيين المحكمين أو تحديد الوسيلة المناسبة لتعيينهم، والقانون الواجب التطبيق، وتحديد لغة ومقر التحكيم، وتحديد مدة المهمة التحكيمية...الخ، فمشارطة التحكيم تعتبر بمثابة خارطة الطريق

---

[1]– أحمد صالح مخلوف، المرجع السابق، ص 37، أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 331 فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 212، خالد أبو غابة، المرجع السابق، ص 33.

[2]– سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص 59، محمد طه سيد أحمد عاشور، المرجع السابق، ص 24.

[3]– عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 71، جعفر ذيب المعاني المرجع السابق، ص 69.

[4]– ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 711، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 276.

[5]– إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 259.

التي سيسير عليها المحكم[1].

يجوز إبرام مشارطة التحكيم حتى ولو تم عرض النزاع على القضاء الوطني بشرط عدم صدور حكم نهائي في النزاع[2].

لقد أجاز القضاء الفرنسي الاتفاق على مشارطة التحكيم أمام هيئة التحكيم[3]، كما يمكن إبرام مشارطة التحكيم دون أن يسبقها شرط تحكيم، كما يمكن أن تبرم مسبوقة بهذا الشرط، وفي هذه الحالة لا يؤدي إبرامها إلى إلغاء شرط التحكيم إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك[4] والكتابة شرط جوهري لقيام مشارطة التحكيم[5].

قد يثار تساؤل حول إمكانية الجمع بين شرط ومشارطة التحكيم، والجواب على ذلك أنه يجوز للأطراف إبرام مشارطة التحكيم على الرغم من سبق إبرام شرط التحكيم، وذلك في حالة ما إذا كان شرط التحكيم لم يتضمن الفصل في منازعات معينة فيقوم الأطراف بالاتفاق في مشارطة التحكيم على إحالة هذه المنازعات إلى التحكيم.

على أن يكون ذلك بين نفس الأطراف وحول نفس العلاقة القانونية القائمة بينهم التي تضمنها العقد السابق إبرامه بينهم، إلا أن إبرام هذه المشارطة لا يؤدي إلى إلغاء شرط التحكيم المبرم مسبقا إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك[6].

تجدر الإشارة إلى أنه ليس لتحرير مشارطة التحكيم أي أثر على قطع التقادم، على اعتبار أنها مجرد اتفاق لعرض النزاع معين على التحكيم ولا تتضمن مطالبة بحق أو تكليفا

---

[1]– عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 82، ناصر ناجي جمعان، المرجع السابق، ص 73.

[2]– فنحي والي، المرجع السابق، ص 103، محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 118.

[3]– منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 96.

[4]– عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، المرجع السابق، ص 90، فتحي والي، المرجع السابق، ص 103.

[5]– محمد طه سيد أحمد عاشور، المرجع السابق، ص 26.

لقد نصت المادة 7/2 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي اليونيسترالUNCITRAL على اشتراط الكتابة لانعقاد مشارطة التحكيم وصحتها.

[6]– ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، 2008، ص 73.

بحضور الخصوم أمام هيئة التحكيم[1].

لا تختلف مشارطة التحكيم الإلكتروني عن مشارطة التحكيم التقليدي، أين تتجسد إرادة الأطراف في فض النزاع القائم بينهم عن طريق التحكيم لكن باستخدام شبكة الإنترنت، لذا يجب أن تتضمن مشارطة التحكيم الإلكتروني ما يشترط في مشارطة التحكيم التقليدي من ضرورة توافر البيانات الضرورية لرسم الإطار العام للفصل في النزاع[2].

قد يسند الأطراف فض النزاع إلى مركز تحكيم إلكتروني، فتتم مشارطة التحكيم بصورة إلكترونية من خلال إرسال أطراف النزاع إلى مركز تحكيم إلكتروني يتضمن اتفاقهما على عرض النزاع على هذا المركز[3].

يتم صياغة مشارطة التحكيم الإلكتروني في محرر أو مستند إلكتروني مستقل عن العقد الأصلي، مادام أنها تبرم بين الأطراف بعد نشوب النزاع، وطالما أن هذا المستند قد استوفى جميع شرط صحته الشكلية منها والموضوعية، ستصح مشارطة التحكيم الإلكتروني بغض النظر عن صحة أو عدم صحة العقد الأصلي، تطبيقا لمبدأ استقلالية شرط التحكيم.

من ثم فإن بطلان العقد الإلكتروني الأصلي لأي سبب من أسباب البطلان المطلق أو النسبي لا يؤدي إلى بطلان مشارطة التحكيم، وهو ما يسمى بالاستقلالية الكاملة لشرط التحكيم عن العقد الأصلي[4].

تعتبر مشارطة التحكيم الإلكتروني التي يقع الاتفاق عليها بعد نشوب النزاع أفضل بكثير من شرط التحكيم الإلكتروني، إذ أنه من خلالها يستطيع الأطراف تقدير مدى أهمية النزاع وكذا أهمية اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني لفض نزاعاتهم بعيدا عن ساحة القضاء، ويكون اختيارهم بعد إدراكهم لأمور منازعاتهم وتقديرها تقديرا جيدا بناءا على إرادة صحيحة، وهذا ما يتلاءم مع طبيعة التجارة الإلكترونية[5].

---

[1]– محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 83.

[2]– عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 87، عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 185.

[3]– خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص 86.

[4]– صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 431.

[5]– أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 332.

كما أنه بمقتضى مشارطة التحكيم يتفق الأطراف على جميع المسائل التي تتعلق بسير إجراءات التحكيم، وبالتالي تكون مشارطة التحكيم أكثر دقة في تحديد نظام التحكيم لأنها تتعلق بنزاع قائم بالفعل، على عكس شرط التحكيم[1].

ثالثا– شرط التحكيم الإلكتروني بالإحالة *Clause Arbitrale par référence*

يعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم، وتتحقق هذه الصورة في حالة إذا كان العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطا صريحا للتحكيم، أين يكتفي الأطراف بالإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق بينهم أو إلى عقد نموذجي[2]، وذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تشوب عقدهم[3]، وكان ذلك العقد المحال إليه من بين بنوده بندا يقضي بإحالة المنازعات التي تنشأ بين الأطراف بواسطة التحكيم[4].

في هذه الحالة ينسحب أثر هذا البند أو الشرط إلى العقد الأصلي ويلتزم به الأطراف، فيتم تسوية المنازعات الناشئة عن العقد الذي تضمن الإحالة عن طريق التحكيم [5].

إن الإحالة إما أن تكون خاصة، بمقتضاها يحيل الأطراف صراحة إلى شرط التحكيم الوارد بالشروط العامة مباشرة، وإما أن تكون الإحالة عامة إلى الشروط العامة دون تحديد شرط التحكيم[6].

إن شرط التحكيم بالإحالة لا يختلف عن شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم في قوته الإلزامية، فبمجرد أن تتضمنه الوثيقة المشار إليها في العقد الأصلي يصبح وكأنه منصوص

---

[1]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 119، أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص 465.

[2]– «يعرف العقد النموذجي على أنه عبارة عن صيغة مكتوبة أعدت سلفا من قبل المنظمات المهنية الدولية متضمنة مجموعة من الشروط العامة التي استقرت في عادات التجارة الدولية، وتستعمل كنماذج لعقود يتم إبرامها في المستقبل » الشنطي سهى نمر، التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية، رسالة ماجستير، جامعة بيرزت، 2008، ص 42.

[3]- Ph. FOUCHARD, E .GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 291.

[4] - «La clause arbitrale par référence est celle qui est contenue dans un document distinct du contrat principal, la convention des parties renvoyant a celui-là», Thomas SCHULTZ , op.cit, p 399.

[5]– آلاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 992، محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 84، أحمد صالح علي مخلوف، المرجع السابق، ص 44.

[6]– سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 119.

عليه في هذا العقد[1].

فكل إحالة ترد في العقد الأصلي إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم تعتبر اتفاق تحكيم عن طريق الإحالة، بشرط أن ترد الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد[2].

يشترط لإعمال شرط التحكيم بالإحالة الشروط التالية[3]:

- ✓ أن تكون الوثيقة أو العقد المحال إليه سابقا في وجوده على العقد المحيل.
- ✓ أن تكون الإحالة التي تضمنها الوثيقة أو العقد المحال إليها نصا صريحا بشرط التحكيم
- ✓ أن تكون الوثيقة أو العقد المحال إليه معروفا بالطرف الذي يتمسك في مواجهته بشرط التحكيم.
- ✓ أن تكون الإحالة واضحة باعتبار شرط التحكيم المحال إليه جزءا من العقد المبرم بين الطرفين، أما إذا كانت الإحالة عامة دون إشارة واضحة ومحددة بشرط التحكيم فإن ذلك لا يكفي لوجود اتفاق التحكيم.

لقد أجازت مختلف التشريعات المختلفة للتحكيم على شرط التحكيم بالإحالة سواء على الوطني أوالصعيد الدولي، كما استقر الاجتهاد القضائي المقارن بصحة شرط التحكيم بالإحالة أين يتلخص الاجتهاد القضائي الذي استقر عليه قضاء العديد من الدول على أن شرط التحكيم بالإحالة لا يختلف عن شرط أو مشارطة التحكيم العادي في قوته الإلزامية، فبمجرد أن تتضمنه الوثيقة المشار إليها في العقد الأساسي يصبح وكأنه منصوص عليه في هذا العقد[4].

---

[1]– إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 263.

[2]– ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 711.

[3]– عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 75، ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 299، عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 186.

[4]– نصت المادة 7/2 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه «تعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط تحكيم بمثابة اتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوبا وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد»، وهو ما نصت عليه المادة 10/3 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

أما إذا كانت الإحالة إلى وثيقة محل تنظيم خاص من أحد الأطراف أو إلى عقد سابق ليس محررا بينهما، فإنه يشترط معرفة الطرف الآخر بهذه الوثيقة وقبوله بما ورد فيها من أحكام حتى يحتج عليه بشرط التحكيم[1].

بذلك يتماشى شرط التحكيم بالإحالة مع خصوصيات التجارة الدولية التي تتطلب السرعة في إنجاز المعاملات من خلال استعمال الوسائل الحديثة في الاتصالات[2].

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية ففي بادئ الأمر قضي ببطلان شرط التحكيم بالإحالة بحجة أنه لا يتماشى مع الهدف من إقرار اتفاقية نيويورك لعام 1958 والخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية من حيث أنها تستوجب وجود اتفاق تحكيم مكتوب وموقع من الطرفين إلا أنه تم العدول عن ذلك وتم إقرار صحة شرط التحكيم بالإحالة إذا كان الطرف الذي يحتج عليه بشرط التحكيم بالإحالة على علم بمحتوى الوثيقة المحال إليها وقت انعقاد العقد[3].

يثار تساؤل في حالة تجديد العقد الأصلي الذي كان يتضمن شرط التحكيم دون أن يتضمن العقد الجديد مثل هذا الشرط أو الإحالة فهنا نكون أمام حالتان[4].

ففي الحالة الأولى يتم تجديد العقد الأصلي كتابة دون أن ينص في العقد الجديد على شرط التحكيم أو الإحالة على شرط التحكيم كما كان في العقد السابق، وهنا فإن أحكام القضاء من جهتها أجازت لذي المصلحة التمسك بشرط التحكيم في العقد الأصلي[5].

كما أجازت ذلك بعض أحكام هيئات التحكيم الدولية، إلا أن غالبية الفقه لا يجيزون استمرار نفاذ شرط التحكيم الوارد في العقد السابق إلى العقد الجديد ما لم يقم الدليل على اتجاه إرادة الطرفين إلى تطبيق شرط التحكيم المذكور في العقد السابق.

أما إذا كان العقد اللاحق مكملا للعقد السابق فإن شرط التحكيم الوارد في العقد السابق يسري على العقد الجديد، ويكفي أن ينص في العقد اللاحق على أن تطبق جميع الشروط الواردة

---

[1]– أحمد صالح علي مخلوف، المرجع السابق، ص 45، لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 56.

[2]– إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 263.

[3]– حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 31، أحمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 335.

[4]– عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، المرجع السابق، ص 98، عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 185.

[5]– مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص393.

في العقد السابق.

أما في الحالة الثانية فإذا قام الطرفان بالتجديد الضمني للعقد الأصلي دون تجديده كتابة ففي هذه الحالة نكون أمام عقد واحد يتضمن شرط التحكيم[1].

أما في مجال التجارة الإلكترونية فإن شرط التحكيم بالإحالة كان محل اختلاف[2]، ذلك أن شرط التحكيم الإلكتروني بالإحالة يتطلب بعض الشروط حتى يضمن قبول الأطراف له، وقد أقرت لجنة الأمم المتحدة من خلال القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية على صحة شرط التحكيم الإلكتروني بالإحالة من خلال المادة الخامسة منه[3].

كما أقرت بذلك هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية أين أعلنت عام 1996 أن القواعد المتعلقة بالتجارة الإلكترونية هي قواعد ذات طبيعة تعاقدية بحتة، ولا تعتبر عائقا لتنفيذ تقنية الانضمام أو الإلحاق عن طريق الإحالة في المعاملات الإلكترونية بشرط أن يعبر عن إرادة حقيقية تثبت من خلال توقيع إلكتروني يسمح بالتأكد من هوية الموقع[4].

يعتبر اتفاقا على التحكيم الإلكتروني كل إحالة ترد في العقد الإلكتروني الأصلي إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم الإلكتروني، إذا كانت الإحالة واضحة وصريحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد الأصلي[5].

لقد أقرت محكمة النقض الفرنسية في حكم *Prod export* بصحة شرط التحكيم بالإحالة أيا كانت الدعامة الموضوع فيها، بشرط قبول الأطراف الصريح لذلك الشرط[6]، وتختلف مسألة إثبات قبول شرط التحكيم بالإحالة الإلكتروني بين ما إذا كانت عقود التجارة الإلكترونية مبرمة بين مهنيين فيما بينهم *B2B* والعقود المبرمة بين مهنيين ومستهلكين *B2C*.

---

[1]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 100، عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، المرجع السابق، ص 101.

[2]– صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 434، رجاء نظام حافظ بني شمسه، المرجع السابق، ص 64.

[3]- Art 5 bis de la loi modèle CNUDCI prévoit que «L'information n'est pas privée des ses effets juridique, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'elle est incorporée par référence dans un message de données», Thomas SCHULTZ, op.cit, p 400.

[4]- J.M JAQUET, P. DELEBECQUE, Droit du commerce international, 3eme éd, Dalloz édition, Paris 2014, p 1123.

[5]– خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص 87، يتوجي سامية، المرجع السابق، ص 163.

[6] - Cass.civ,1erch, 3 juin 1997,société Prod Export c/ société FMF Productions.

في الحالة الأولى فإن رضا الأطراف في العقود المبرمة ما بين المهنيين أمر محقق نتيجة اعتياد التعامل فيما بينهم أما في حالة العقود المبرمة بين مستهلك ومهني فإن التشكيك في رضا الطرف المستهلك أمر وارد لأنه في الغالب لا يكون المستهلك على دراية بهذا الشرط[1].

من ثم فإنه لتطبيق شرط التحكيم بالإحالة في مجال التحكيم الإلكتروني يستوجب توافر شرطين:

– أن يتضمن العقد الإلكتروني الأصلي إشارة إلى شرط التحكيم الإلكتروني الموجود في ملف مستقل، بالإشارة إلى أحد الروابط في صفحة الموقع، فقبول المتعاقد إبرام العقد الأصلي يعتبر قبولا ضمنيا بشرط التحكيم الإلكتروني، بغض النظر إذا كان المتعاقد قد قام بفتح الرابط الخاص بشرط التحكيم وقراءته، إذ يكفي أن يعلم بالإحالة إليه، وأن تكون الإحالة واضحة.

– أن يكون بالإمكان الوصول الفعلي إلى الملف المتضمن شرط التحكيم الإلكتروني فيكون بالإمكان فتح الرابط الخاص بشرط التحكيم وقراءة المعلومات الواردة به المتضمنة الاتفاق على إحالة النزاع إلى التحكيم، ولا يكفي القول بالعلم بشرط التحكيم من خلال الإطلاع على الرابط الذي يشير إليها مرة واحدة، بل أن تكون قابلة لاسترجاعها وتخزينها[2].

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم الإلكتروني

إن لمسألة تحديد الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم بشكل عام واتفاق التحكيم الإلكتروني بشكل خاص أهمية كبرى لما يترتب عن ذلك من آثار، كتحديد النظام القانوني الذي يحكم هذا الاتفاق، وقد اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم تقليديا كان أم إلكترونيا فمنهم من يرى أنه ذو طبيعة إجرائية، وهذا موضوع دراسة الفرع الأول، بينما يرى البعض الآخر أنه ذو طبيعة تعاقدية وهذا ما سوف نتعرض له في الفرع الثاني.

---

[1]– صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 436.

Thomas SCHULTZ, op.cit, p 401.

[2]– محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 92، ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 299 عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 186.

الفرع الأول

الطبيعة الإجرائية لاتفاق التحكيم الإلكتروني

يرى أنصار هذا الاتجاه أن اتفاق التحكيم بصورة عامة ذو طبيعة إجرائية وليس عقدية فهم يجدون في اتفاق التحكيم مجرد عمل إجرائي لا يسموا إلى مرتبة العقد[1]، وهم يستندون في ذلك إلى الحجج التالية:

– إن اتفاق التحكيم تقليدي كان أو إلكتروني يعتبر أول عمل إجرائي في عمليات التحكيم ومن ثم يقصد بعقد التحكيم اختيار أو تعيين المحكم الذي يتولى الفصل في الخصومة[2].

– يتم تنظيم خصومة التحكيم بمقتضى اتفاق التحكيم في غالب الأحيان، أين يتفق الأطراف على الإجراءات الواجب إتباعها أمام هيئات التحكيم في كثير من التفاصيل التي تركتها الأنظمة القانونية الوضعية[3].

على الرغم من الأسانيد التي استند عليها أنصار هذا الاتجاه للقول أن اتفاق التحكيم ذو طبيعة إجرائية، إلا أنه لا يمكن اعتبار اتفاق التحكيم عملا إجرائيا على الرغم أنه يعد الخطوة الأولى في طرح النزاع على التحكيم، على اعتبار أن إبرام اتفاق التحكيم يتم قبل البدء في الخصومة فلا يمكن اعتباره عنصرا من عناصرها حتى يوصف أنه من قبيل الأعمال الإجرائيةذلك أن أطراف التحكيم إن اتفقوا على إجراءات التحكيم فهذا يعتبر عمل من طبيعة إرادية خالصة يسوده مبدأ سلطان الإرادة[4].

الفرع الثاني

الطبيعة العقدية لاتفاق التحكيم الإلكتروني

يرى أنصار هذا الاتجاه أن اتفاق التحكيم هو تصرف قانوني إرادي، أي أنه عقد يتم باتفاق أطراف التحكيم كسائر العقود المتداولة[5]، ويعتبر مظهرا لسلطان إرادة الأطراف وممارسة

---

[1]– أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 230.

[2]– أحمد صالح علي مخلوف، المرجع السابق، ص 53، بكلي نور الدين، المرجع السابق، ص 61.

[3]– محمود السيد التحيوي، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، المرجع السابق، ص 161.

[4]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 125، فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 116.

[5]– محمد طه سيد أحمد عاشور، المرجع السابق، ص 17.

منهم لحقهم في اللجوء إلى نظام التحكيم لحل نزاعاتهم كبديل عن القضاء[1]، ويخضع بالضرورة للقواعد العامة في العقد من حيث شروط انعقاده وآثاره وتفسيره، مع مراعاة القواعد الخاصة به[2].

كما يذهب بعض الفقه للقول أن اتفاق التحكيم يعتبر عقدا من نوع خاص لا يمكن إدراجه تحت أية طائفة من العقود، فهو تصرف قانوني يصدر عن إرادتين أو أكثر ولا يمكن اعتباره على الإطلاق عملا إجرائيا، مادام أنه يبرم قبل بدء الخصومة، فلا يمكن اعتباره عنصرا من عناصرها[3].

يترتب على انتفاء صفة الطابع الإجرائي عن اتفاق التحكيم أن القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق الحكيم ليس هو القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم[4].

إن اتفاق التحكيم وإن كان ذو طبيعة عقدية مستقلا عن خصومة التحكيم، إلا أن هذا لا ينفي وجود رابطة بينهما، فخصومة التحكيم لا تتحرك إلا إذا تم طرح النزاع على التحكيم بموجب اتفاق التحكيم، مما يثبت أن اتفاق التحكيم مرتبط بعلاقة قانونية أخرى تسبقه أو تعاصره في الوجود، فالهدف من اتفاق التحكيم هو تحديد الوسيلة التي يفض بها النزاع الذي ينشأ في إطار هذه العلاقة القانونية[5].

لا تختلف طبيعة اتفاق التحكيم الإلكتروني عن طبيعة اتفاق التحكيم التقليدي[6]، ذلك أن اتفاق التحكيم إذا كان ذا طبيعة عقدية فإنه يمكن إبرامه بكافة الطرق تقليدية كانت من خلال دعامات ورقية، أو من خلال الطرق الإلكترونية، ومن ثم فإن وصف العقد الإلكتروني ينطبق على عقد اتفاق التحكيم إذا تم إبرامه بطريقة إلكترونية[7].

---

[1]– محمود السيد التحيوي، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، ص 163.

[2]– حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010 ص 46 فتحي والي، المرجع السابق، ص 87.

[3]– أحمد صالح علي مخلوف، المرجع السابق، ص 56، جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 66.

[4]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 38.

[5]– ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 990.

[6]– جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 67، محمد خالد الحضين، المرجع السابق، ص 60.

[7]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 129، أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص231.

يرى الباحث أن اتفاق التحكيم بما فيه اتفاق التحكيم الإلكتروني هو عبارة عن عقد لكن ذو طبيعة إجرائية عامة، فبمقتضاه يلتزم الأطراف اللجوء إلى هيئة التحكيم المتفق عليها ويمنعهم من عرض النزاع على القضاء الوطني، ومن جهة أخر قد يتفق الأطراف إماعلى تنظيم إجراءات التحكيم وهو ما يعرف بنظام التحكيم الحر،أو يخولون لهيئة التحكيم المتفق عليها حرية تطبيق إجراءاتها التحكيمية الخاصة.

المبحث الثاني

ضوابط اتفاق التحكيم الإلكتروني

لا يخرج اتفاق التحكيم تقليديا كان أم إلكترونيا على أنه عقدا ملزما لجانبين، موضوعه هو اتفاق موقعيه على تسوية المنازعات التي تنشأ بينهم عن طريق التحكيم، وإن كان يرتبط ارتباطا واقعيا بعقد يسبقه أو يعاصره[1].

من ثم فإنه يسري على اتفاق التحكيم القواعد العامة في العقود، التي تعرفها النظرية العامة للعقد من حيث شروط صحته[2].

أما فيما يتعلق باتفاق التحكيم الإلكتروني، وباعتبار أنه عقد يبرم بطريقة إلكترونية[3]، فإن ذلك يضفي خصوصية معينة في مسألة التعبير عن الإرادة إلكترونيا، وكيفية التحقق من هوية وأهلية المتعاقدين[4]، أين أجازت القوانين المختلفة المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية التعبير عن الإرادة إلكترونيا متى تحققت شروط صحة الإرادة والتعبير عنها[5].

---

[1]– عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 53، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 88.

[2]– نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 37، هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، المرجع السابق ص 61، رضوان هاشم حمدون الشريفي، المرجع السابق، ص 39.

[3]– يعرف العقد الإلكتروني على أنه «اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة الاتصال عن بعد يفصل التفاعل بين الموجب والقابل»، أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 39.

[4]– جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 74، أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 239.

[5]– سمير دنون، العقود الإلكترونية في إطار تنظيم التجارة الإلكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان 2012 ص 116.

من ثم لا يخرج اتفاق التحكيم الإلكتروني من حيث شروط صحته عن القواعد العامة سوى من حيث أنه يتم إبرامه عبر وسائل اتصال إلكترونية، من ثم يستوجب أن تتوافر لصحته الشروط المتطلبة لصحة العقد سواء الموضوعية منها أو الشكلية[1].

عليه سوف نسعى إلى دراسة الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم الإلكتروني في المطلب الأول، بينما نخصص المطلب الثاني إلى دراسة الشروط الموضوعية لذلك الاتفاق.

المطلب الأول

الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم الإلكتروني

تعتبر الرضائية مبدءا أساسيا في إبرام العقود بصفة عامة، بما فيها اتفاق التحكيم الإلكتروني، ذلك أنه بمجرد التقاء الإرادتين الحرتين من إيجاب وقبول، يتم إبرام العقد، إلا أن القانون قد يتطلب كتابة العقد وتوقيعه[2].

يتحقق اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم التقليدي بوجود محرر موقعا عليه من الطرفين سواء كان الاتفاق في صورة مشارطة تحكيم أو شرط ضمن العقد الأصلي، ويكفي للالتزام بشرط التحكيم التوقيع على العقد الأصلي، ولو كان الشرط واردا في مرفق لهذا العقد[3].

إلا أن التطور في وسائل الاتصال الحديثة أتاح نوعا جديدا من الكتابة والتوقيع، أين تم التحول من الدعامة المادية إلى الدعامة الإلكترونية، وكان لذلك التطور أثر على إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني[4]، إلا أن الواقع العملي قد أثبت وجود عدة ملابسات قانونية متعلقة بطريقة إبرام العقود الإلكترونية[5].

---

[1]– إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 212.

[2]– نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 19، أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق ص 134.

[3]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 135، منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 93.

[4]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 180، محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 180.

«En effet, avec le mouvement mondial d'intégration de l'écrit et de la signature électronique, il semble que la convention d'arbitrage ne doit pas être tenue à l'écart, sous réserve qu'elle respecte les fonctions juridiques essentielles de la convention d'arbitrage conclue par voie électronique doit être juridiquement admise», Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 37.

[5]– شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 66.

من ثم يكون من الضروري التطرق إلى مفهوم الكتابة والتوقيع في العالم الرقمي، أين سيتم دراسة الكتابة الإلكترونية لاتفاق التحكيم الإلكتروني في الفرع الأول، بينما سيتم دراسة توقيع اتفاق التحكيم الإلكتروني في الفرع الثاني.

الفرع الأول

الكتابة الإلكترونية لاتفاق التحكيم الإلكتروني

لقد أجمعت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على ضرورة إحاطة اتفاق التحكيم بمفهومه التقليدي بضمانات معينة، من بينها إخراجه من دائرة التصرفات الرضائية، وضمه إلى دائرة التصرفات الشكلية، بهدف التحقق من إرادة الأطراف، فاشترطت في معظمها أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا[1].

لكن اختلفت تلك التشريعات في تحديد دور شكلية الكتابة في اتفاق التحكيم، هل تعتبر شرطا لصحته، أم أنها مجرد وسيلة لإثباته[2].

إن اشتراط الكتابة لانعقاد اتفاق التحكيم يعتبر لازما ليس فقط لصحة شرط أو مشارطة التحكيم، بل لصحة أي تعديل لاحق لأي بند في اتفاق التحكيم، ولا يقوم مقام الكتابة مجرد حضور الطرفين أمام المحكم دون إثبات اتفاقهم في محضر جلسة[3].

إذا كانت الكتابة بمعناها التقليدي تكون محررة على دعائم ورقية، إلا أن التطور في وسائل الاتصال أدى إلى ضرورة التوسع في هذا المفهوم التقليدي للكتابة، من ثم تطور مفهوم

---

[1]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 372.

[2]– مثال عن الأنظمة التي اعتبرت الكتابة شرطا لانعقاد اتفاق التحكيم، المادة 02 من قانون التحكيم المصري المادة 1443 من قانون المرافعات الفرنسي، المادة 107 من قانون المرافعات الإيطالي، وكمثال عن الأنظمة التي اعتبرت الكتابة شرطا لإثبات اتفاق التحكيم، المادة 203/2 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي المادة 173 من قانون المرافعات الكويتي، المادة 307 من المسطرة المدنية المغربية.

[3]– «إن المشرع الجزائري اعتبر الكتابة شرطا لوجود شرط التحكيم، وإلا كان باطلا، سواء وردت الكتابة في العقد الأصلي أو في الوثيقة التي يحيل إليها، أين نصت المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر، على أنه "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها"، كما اشترط إثبات مشارطة التحكيم عن طريق الكتابة، طبقا لنص المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر»، لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 67.

الكتابة لتصل إلى مفهوم الكتابة الإلكترونية، وهو أمر ساعد على إبرام الكثير من العقود التي تعرف بالعقود الإلكترونية، والتي من بينها اتفاق التحكيم الإلكتروني[1].

أولا- مفهوم الكتابة الإلكترونية وحجيتها

ارتبطت فكرة الكتابة بالدعامة الورقية المحررة بخط اليد أو الآلة، لفترة طويلة من الزمن،إلا أنه لا يوجد في القانون ما يلزم أن تكون الكتابة على الورق فحسب، فالكتابة رموز تعبر عن الفكر والقول مهما كانت نوع الدعامة[2].

لقد كان للكتابة مفهوم تقليدي يحصرها في طابع مادي بحت، على اعتبار أن الورق هو المحرر الشائع للكتابة، في ظل هذا المفهوم التقليدي، فإنه يصعب مساواة الكتابة الإلكترونية بالكتابة التقليدية[3].

إلا أن التطور التكنولوجي في وسائل الاتصال كالفاكس والتلكس، والمصغرات الفيلمية ومخرجات الكمبيوتر والشرائط الممغنطة، أدى إلى ضرورة تبني مفهوم واسع للكتابة، حتى تستوعب ذلك التطور، فلا يوجد ما يمنع أن تكون الكتابة محررة على دعامة إلكترونية طالما أنها تحقق نفس الهدف، بشرط أن يتم حفظ البيانات المتداولة إلكترونيا، بحيث يمكن الاحتفاظ بها والرجوع إليها[4].

إن المشرع الجزائري لم يذكر أي تعريف للكتابة، كما لم يهتم بتحديد دعامة الكتابة، أين

---

[1]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 247، رضوان هاشم حمدون الشريفي، المرجع السابق، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 294.

[2]- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2، الجزائر 2014، ص 141، عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني بين التطور القانوني والأمن التقني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 32.

«Depuis l'ordonnance de Moulin de 1566, le papier présente en effet, l'avantage de ne se dégrade que relativement peu et de n'exiger aucuns frais, il permet aussi de détecter aisément les altérations de son contenu et limite les fraudes», M.FONTAINE, le processus de formation du contrat, LGDJ, Bruxelles Bryant, 2002, p 605, Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 46.

[3]- عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 58، بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 178.

[4]- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 294.

نصت المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري على أنه «*ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها*»[1].

من ثم فإن المشرع الجزائري يعتد لإثبات التصرفات القانونية بأية دعامة كانت عليها سواء كانت على الورق أو أية وسيلة إلكترونية وبذلك يتسع المفهوم إلى كل الدعائم التي يمكن أن تفرزها التطورات التكنولوجية في المستقبل[2].

يعتد المشرع الجزائري في مفهوم الكتابة بأية وسيلة من وسائل نقلها، بشرط أن تكون الكتابة مفهومة *Signification Intelligible*، فلو كان تتابع العلامات أو الرموز في الشكل الإلكتروني مشفرا لا يمكن إدراك معاينته من قبل الإنسان بل من قبل الحاسوب فقط[3].

إن المشرع الجزائري وعلى غرار الكثير من التشريعات اعتمد مبدأ التعادل الوظيفي *L'équivalent Fonctionnel* بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الدعامة الورقية وهذا ما يثبت من خلال نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري[4].

عرف القانون النموذجي لـ *UNCITRAL* الخاص بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996 المحرر الإلكتروني من خلال المادة 2/أ بالقول «*تعرف رسالة البيانات بأنها المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية، أو بوسائل مشابهة*»[5].

---

[1]– تقابل المادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري، المادة 1-1316 من القانون المدني الفرنسي.

[2]– لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص144.

[3]– تم تعريف المحررات الإلكترونية كذلك بالمادة الأولى من القانون المصري رقم 15 لسنة 2004، والمادة 2/5 من قانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2000 بشأن المعاملات الإلكترونية، المادة 2 من قانون المعاملات الأردني رقم 85 لسنة 2001، مناني فراح، المرجع السابق، ص 174.

[4]– تنص المادة 323 مكرر1 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر على أنه «يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق ...».

[5]– القانون النموذجي لـUNICTRAL الخاص بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996، على الرابط الإلكتروني:
http://www.unictral.org/fr-index-htm
تم الإطلاع عليه بتاريخ 12-05-2017، على الساعة 23:05.
Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 42.

كما أن بعض التشريعات الوطنية الحديثة أنزلت الكتابة الإلكترونية منزلة الكتابة الورقية أين ساير على سبيل المثال المشرع الفرنسي التطور الذي أحدثته وسائل الاتصال الحديثة من خلال القانون 230-2000 المؤرخ في 13-03-2000 المتعلق بالإثبات الإلكتروني[1].

أين تم تعديل المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي والتي أصبحت المادة 1-1316 والتي نصت على أن «*الإثبات الخطي أو الإثبات بالكتابة ينتج عن تتابع الحروف، للخصائص للأرقام ولكل رمز أو إشارة مخصصة لعلامة مفهومة واضحة، أيا كان دعامتها وشكل إرسالها*»[2].

كما تم إصدار القانون رقم 475-2000 المؤرخ في 21-06-2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي، أين تم إدراج المادة 25/1 ضمن المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي لتصبح المادة رقم 1-1108[3]، والتي نصت على أنه «*حينما يشترط الكتابة من أجل نفاذ تصرف قانوني فإنه يمكن إعداده وحفظه في شكل إلكتروني، بالشروط المنصوص عليها بالمواد 1-1316 و 4- 1316 ...*».

على الصعيد الأوروبي صدرت التوجيه الأوروبي رقم 2000/31/CE المؤرخ في 08-06-2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية والذي يلزم الدول الأعضاء بتوفير إمكانية إبرام العقود بطريقة إلكترونية، وإعطائها حجية قانونية، والحرص على وضع نظام قانوني خاص بالتعاملات العقدية دون وضع عراقيل لاستعمال العقود الإلكترونية[4].

---

[1]– خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 295.

[2]- «La preuve littérale ou par écrit résulte d'une suite de lettres, de caractères, des chiffres ou de tous autres ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission», loi n° 2000-230, du mars 2000, art 1316», Ahmed MIKLALAH, op.cit p 44.

[3]- Art 1108-1 du code civile français annonce «Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 …».

[4]- Art 9/1 de la directive européenne 2000/31/ce du juin 2000 sur le commerce électronique «chaque membre devait ajuster sa législation qui contient des exigences, notamment de forme susceptibles de gêner le recours à des contrats par vois électronique, et les états membres doivent veiller à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique …», disponible sur le site internet :
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr

تم الإطلاع عليه بتاريخ 15-05-2017، على الساعة 15:35.

يتضح مما سبق شرحه أن التشريعات الحديثة تبنت مفهوما موسعا للكتابة، أين أصبح لا يهتم بنوع الوسيط الحامل للبيانات المكتوبة، ولا يتطلب ارتباطا قانونيا أو لغويا بين السند ووجوب تدوينه على دعامة ورقية أو أي شكل كتابي معين، ذلك أن المقصود بالكتابة يتم بناءا على ضوء الوظيفة والغرض منها، وليس على أساس نوع الوسيط المستخدم أو شكل الرموز[1].

ثانيا- شروط الكتابة الإلكترونية

أجمع الفقه على جملة من الشروط الواجب توافرها في الكتابة حتى يتمكن الاعتداد بها قانونا، فمتى توافرت تلك الشروط في الكتابة الإلكترونية، فإنها تقوم بنفس الدور الذي تقوم به الكتابة التقليدية، فيتحقق ما يسمى بالتعادل الوظيفي بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية وتتمثل تلك الشروط في ما يلي:

1- أن تكون الكتابة مقروءة *LISIBLE*

يشترط في الكتابة حتى تكون دليل إثبات أن تكون مقروءة وواضحة حتى يمكن فهمها وإدراك محتواها، من طرف الشخص الذي يراد الاحتجاج عليه بهذا المحرر، ويستوي في ذلك أن تكون على دعامة ورقية أو إلكترونية[2].

إلا أن الكتابة الإلكترونية تتم بصورة إلكترونية باستعمال الرموز والإشارات والأرقام، غالبا لا يفهمها الرجل العادي، بل تقرأ بواسطة الحاسوب، فيحولها من كتابة الإشارات لكونها مشفرة إلى كتابة تقليدية تظهر على الشاشة وتسهل قراءتها[3].

---

[1]- أيسر صبري إبراهيم المرجع السابق، ص 138.

[2]- محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 98، محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 205.

[3]- يمينة حوحو، المرجع السابق، ص174، عابد فايد عبد الله فايد، المرجع السابق، ص 47.

Eric A. CAPRIOLI, le juge et la preuve électronique, Réflexions sur le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique, disponible sur le site internet :
http://www.caprioli-avocats.com/publication/76-commerce-électronique-et-internet/23-jugeetpreuve-électronique

EAboudramane OUATTARA, la preuve électronique, étude de droit comparé Afrique, Canada, sur le site internet:
http://www.presses-universitaires.univ-amu.fr

تم الإطلاع عليها بتاريخ 15-05-2017، على الساعة 18:02.

2- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها

إن التعاقد الإلكتروني عن طريق الإنترنت يثير إشكالية إمكانية تأكد المتعاقد من هوية المتعاقد مع، فحاول المتخصصين في مجال التكنولوجيات إيجاد بعض الحلول التقنية لهذه الإشكالية من أجل ضمان تأكيد الاتصال وكذا إثبات هوية الشخص الذي أصدر الوثيقة الإلكترونية، ومن أهم هذه التقنيات استحداث سلطات الموثوقية *Autorités de Certification* وهي عبارة عن شركات ناشطة في ميدان الخدمات التقنية، تقدم شهادة تضمن أن الوثيقة صادرة من الموقع المعني[1].

لقد أنشأ المشرع الجزائري هيئة تسمى *بالسلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني* بمقتضى القانون رقم 15-04، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين[2].

كما أن المادة 13 من القانون النموذجي لـ UNCITRAL للتجارة الإلكترونية لعام 1996 نصت على ذلك الشرط[3].

3- استمرارية الكتابة ودوامها *DURABILITE*

لكي تحقق الكتابة وظيفتها في الإثبات، لابد أن يتم تدوينها على دعامة تحفظها لفترة طويلة من الزمن، بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة.

---

[1]- إن هذا الشرط تضمنته المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر، والتي نصت على أنه «يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها ...».

[2]- القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01-02-2015، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصدق الإلكترونيين، ج ر، عدد 06، مؤرخة في 10-02-2015.

[3]- تنص المادة 13 من القانون النموذجي لليونسترال الخاص بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996 للتجارة الإلكترونية، على أن «رسالة المعلومات قد صدرت عن المنشئ في حالتين: 1- إذا كانت الرسالة الإلكترونية قد صدرت عن المنشئ ولحسابه، وإذا كانت قد صدرت بواسطته. 2- إذا كانت الرسالة قد صدرت بواسطة وسيط إلكتروني معد للعمل بشكل تلقائي أو أوتوماتيكي بواسطة المنشئ أو بالنيابة عنه»، يمكن الإطلاع على القانون من خلال الموقع الإلكتروني

https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-ecomm-a_ebook.pdf

تم الإطلاع عليه بتاريخ 15-05-2017، على الساعة 19:01.

يمكن أن تأخذ تلك الدعامة عدة أشكال، فقد تكون ورقية وقد تكون إلكترونية كذاكرة الحاسوب أو الأقراص الممغنطة أو البريد الإلكتروني[1].

هذا الشرط أكدته المادة 6 و10/1/أ من القانون النموذجي لـ *UNCITRAL* المتعلق بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996، وتأثرت به العديد من التشريعات الحديثة، مثالها المادة 1316-1 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري[2].

4- عدم قابلية الكتابة للتعديل *IRREVERSIBILITE*

تتميز الكتابة الإلكترونية بإمكانية تغييرها وتعديلها دون ترك أي أثر عليها، عكس الورقة الخطية، ومن ذلك المنطلق أقر المشرع الجزائري وكذا معظم التشريعات الحديثة أن الكتابة الإلكترونية التي يعتد بها، هي الكتابة المؤمنة التي من شأنها أن تكشف أي تعديل أو تغيير في بياناتها[3].

إلا أن التطور التكنولوجي ساهم في حل هذه المشكلة عن طريق استخدام برامج حاسب آلي تسمح بتحويل النص إلى صورة ثابتة لا يمكن التعديل فيها *Document image Processing* كما أن الاستعانة بجهات التصديق الإلكتروني يمكن أن تحل هذه المشكلة[4].

---

[1]- «هناك صعوبات فنية تواجه حفظ الكتابة والمستندات الإلكترونية، ذلك أن الأدوات والبرامج المعلوماتية في تطور مستمر على خلاف نظم تخزين المعلومات التي لم تساير ذلك التطور، مثال ذلك قراءة ديسكات 5.25 بوصة والتي تم استبدالها بصيغة أخرى هي 3.5»، سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2007، ص 202، شادي رمضان طنطاوي المرجع السابق، ص 84.

Thibault VERBIIEST, La protection juridique du cyber consommateur, Litec, Paris, 2002, p 80.

[2]- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 186.

[3]- يمينة حوحو، المرجع السابق، ص177.

[4]- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 148، عابد فايد، المرجع السابق، ص 658.

Eric A. CAPRIOLI, le juge et la preuve électronique, Réflexions sur le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique, disponible sur le site internet :
http://www.caprioli-avocats.com/publication/76-commerce-électronique-et-internet/23
تم الإطلاع عليه بتاريخ 15-05-2017، على الساعة 18:02.

لقد تم النص على هذا الشرط بمقتضى المادة 10/1/أ من القانون النموذجي لليونسترال *UNCITRAL* الخاص بالتجارة الإلكترونية لعام 1996 وكذا المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري[1].

ثالثا- مدى صحة الكتابة الإلكترونية في اتفاق التحكيم الإلكتروني

تعتبر إشكالية الكتابة الإلكترونية لإنفاق التحكيم من أهم المشكلات التي تعترض طريق التحكيم الإلكتروني، ذلك أنه يترتب على عدم الاعتراف بهذه الكتابة من طرف الأطراف أو الدول بطلان هذا الاتفاق[2].

إذا كان شرط الكتابة يتسم بالسهولة إذا تعلق الأمر باتفاق التحكيم التقليدي، إلا أن الأمر لا يكون بنفس السهولة في مجال اتفاق التحكيم الإلكتروني، مادام أن صياغته والاتفاق عليه يكون باستعمال وسائل إلكترونية، وبين أطراف غير متواجدين في نفس المكان وإن كانوا متواجدين من حيث الزمان[3].

نظرا لغياب نصوص قانونية ينفرد بها التحكيم الإلكتروني، فإنه يتعين إخضاعه أولا للأحكام التي تسري على التحكيم التقليدي بشكل عام، استنادا إلى نظرة وموقف الاتفاقيات الدولية من اشتراط كتابة اتفاق التحكيم، وثانيا إلى مبدأ التكافؤ الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية[4].

1- موقف الاتفاقيات والقوانين الدولية

على اعتبار أن التحكيم أصبح أمر واقع فرضته متطلبات التجارة الدولية، فتم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية لتنظيمه، إضافة إلى ظهور مراكز متخصصة في التحكيم، سواء على المستوى الدولي أو الإقليمي، من ثم سوف نتعرض لأهم تلك الاتفاقيات وموقفها من اشتراط

---

[1]- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 186.

[2]- محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 195، بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 57.

[3]- Alain BENSOUSSAN, op.cit, p 33.

[4]- سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 107، مناني فراح، المرجع السابق، ص 175.

Thomas SCHULTZ, op.cit, p 395, Aldine CALVEYARC, op.cit, sur le site internet:
http://www.lescpi.ca/files/sies/66/cpi-27-1-317-calveyrac.pdf

تم الإطلاع عليه بتاريخ 15-05-2017، على الساعة 17:04.

الكتابة بشكل عام في اتفاق التحكيم ونظرتها إلى الكتابة الإلكترونية.

أ- اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام 1958

تشترط اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم[1]، أين نصت المادة 2/2 منها على أنه «*يقصد باتفاق مكتوب أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين أو وارد في وسائل أو برقيات متبادلة*»[2].

ثار خلاف فقهي حول مدى الاعتداد بالكتابة الإلكترونية في اتفاق التحكيم، فيرى فريق أنه يتعين تفسير المادة 2/2 من الاتفاقية تفسيرا مرنا لإقرار صحة الكتابة الإلكترونية في اتفاق التحكيم، ذلك أن المادة تركت الباب مفتوحا لكل الطرق التي تتممن خلالها المراسلات والخطابات[3].

بينما يرى اتجاه آخر أنه لابد من عدم التوسع في مفهوم شرط الكتابة الوارد في اتفاقية نيويورك، لأنه يقتصر على الكتابة التقليدية[4].

لقد أدى الاختلاف الفقهي حول اتفاقية نيويورك إلى قيام لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي اليونسترال*UNCITRAL* بتكليف فريق مختص بشؤون التحكيم سمي الفريق الثاني

---

[1]- يمكن الإطلاع على أحكام اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام 1958 على الموقع الإلكتروني:

http://www.uncitral.org/pds/arabic/textes/arabitration/nl-arb-a-pbf

تم الإطلاع عليه بتاريخ 16-05-2017، على الساعة 17:12.

[2]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 248، صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 390، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 378.

«L'article 2/2 de cette convention pose une règle matérielle exigeant une convention écrite, autrement dit une convention signée pas les parties ou contenue dans un échange des lettres ou de télégrammes» Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 54.

[3]- آلاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 1014، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 100.

Thomas SCHULTZ, op.cit, p 396.

[4]- حسام الدين فتحي ناصيف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية القاهرة، 2005، ص 22.

المعني بالتحكيم والتوفيق، خلال دورتها 32 المنعقدة في فيينا سنة 1999، للبحث عن مدى الحاجة إلى تحديث اتفاقية نيويورك لعام 1958[1].

ساد رأي غالب في فريق العمل مفاده أنه لا يوجد ضرورة لتعديل اتفاقية نيويورك، ذلك أن أي تعديل على بنود الاتفاقية يؤدي إلى حدوث فوضى فيما يتعلق باتفاقيات التحكيم التي يدور الشك حول استيفاءها شرط الكتابة، كما أن تعديل الاتفاقية سوف يؤدي إلى استغراق وقت طويل للانضمام إليها من طرف الدول، ومن ثم اقترحوا مشروع إعلان يدعو فيها المحاكم والسلطات إلى تفسير اتفاقية نيويورك تفسيرا مرنا[2].

ب- اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961

لقد تم إعادة صياغة المادة 2/2 من اتفاقية نيويورك السالفة الذكر بمقتضى المادة 2/أ من اتفاقية جنيف[3]، إلا أنها أضافت أنه «*في العلاقات بين الدول التي لا تفرض قوانينها توافر شكلية الكتابة في اتفاق التحكيم يكون صحيحا، كل اتفاق يعقد في الشكل المقرر في تلك القوانين*»[4].

ج- قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985

لقد نصت المادة 7/2 من القانون النموذجي لـ UNCITRAL للتحكيم التجاري الدولي على أنه «*يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، ويعتبر الاتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي بها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر، وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط*

---

[1]- بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 66.

[2]- محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 199، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 252.

Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 53.

[3]- الاتفاقية الأوروبية لجنيف المؤرخة في 21-04-1961، المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي على الرابط الإلكتروني

http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/service_showrest.aspx?fid=7&pubid=6173

تم الإطلاع عليه بتاريخ 16-05-2017، على الساعة 22:35.

«La convention de Genève contient une règle matérielle bien exprimée, analogue à celle que consacre l'article 2/2 de la convention de New York», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 55.

[4]- حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 23، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 100.

تحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوبا، أو تكون الإشارة واردة بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد»[1].

إن القانون النموذجي لـ *UNCITRAL* أقر بصحة كتابة اتفاق التحكيم بواسطة الرسائل بكافة أنواعها[2]، أين تم تبني مفهوم واسعا للكتابة، فعلى الرغم أنه لم يتم الإشارة إلى الإنترنت كوسيلة لتبادل المعلومات وإبرام اتفاق التحكيم، إلا أن ذلك لا يعني أنها غير مشمولة بالنص أين تم الإشارة على سبيل المثال للوسائل الأكثر استعمالا والشائعة في وقت وضع القانون[3].

د- قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996

قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي *UNCITRAL* بإجراء تعديل على القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، خلال دورتها 39 سنة 2006 أين تم تعديل المواد 2/1 و 7 و35/2، وذلك ليتوافق الشرط المتعلق بالشكل في صيغة المادة 7 لكي يوافق ممارسات العقود الدولية على نحو أفضل[4].

نصت المادة 2/1 على أنه «*يراد بمصطلح رسالة بيانات، المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها أو استلامها وتخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال الحصر، تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي*».

كما تنص المادة 7/3 على أنه «*يستوفي اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا بواسطة*

---

[1]- القانون النموذجي لليونسترال UNCITRAL للتحكيم التجاري الدولي المؤرخ في21-06-1985على الموقع الإلكتروني

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ny-conv/new-york-convention

تم الإطلاع عليه بتاريخ 17-05-2017 على الساعة 15:04.

[2]- محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 293، محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 200.

[3]- آلاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 1015، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 249.

Thomas SCHULTZ, op.cit, p 396.

[4]- بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 68.

Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 50.

خطاب إلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقا...» [1].

إن لجنة الأمم المتحدة أكدت أن التصرفات المبرمة عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية لا يمكن الطعن في صحتها لمجرد أنها تمت عبر تلك الوسيلة، فللكتابة الإلكترونية حجيتها طالما أنه من الممكن الوصول إلى هذه الوثيقة والرجوع إليها فيما بعد، ومن ثم فإن شروط صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني يحكمها نفس المبدأ الذي يحكم العقد الإلكتروني، ألا وهو مبدأ حرية الاختيار المعهودة إلى الأفراد في اختيار الشكل الذي تحرر بمقتضاه عقودهم[2].

2- مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية في اتفاق التحكيم الإلكتروني

يقصد بمبدأ التكافؤ الوظيفي المساواة في الحجية بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية وفي الحجية المستمدة منها، طالما استطاعت أن تؤدي الوظيفة أو المهمة التي يتطلبها المشرع[3].

تم اعتماد مبدأ التعادل الوظيفي من لدن العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية *Le principe l'équivalence fonctionnelle* بين التجارة التقليدية والتجارة الإلكترونية[4]، فعندما

---

[1]- القانون النموذجي ل- UNCITRAL للتجارة الإلكترونية لعام 2006، على الموقع الإلكتروني
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/07-86996-ebook.pd.f
تم الإطلاع عليه بتاريخ 17-05-2017، على الساعة 15:35.

[2]- صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 398.

[3]- شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 88.
Aldine CALVYARC, Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels, théorie critique sur le site internet:
http://www.lescpi.ca/files/sites/66/cpi-27-1317-calveyrac.pdf.
تم الإطلاع عليه بتاريخ 15-05-2017، على الساعة 16:30.

[4]-«Le principe de l'équivalence fonctionnelle trouve son origine dans le droit du commerce électronique, la neutralité technologique des législations si tant est que les nouvelles technologies peuvent remplir les mêmes fonctions que les technologies traditionnelles», Thomas SCHULTZ op.cit, p 395, Vincent GAUTRAIS, Neutralité technologique, rédaction et interprétation des lois face aux technologies, disponible sur le site internet :
http://www.gautrais.com/publications/neutralite-technologique/
Mistral GOUDREAU, le principe de neutralité technologique, consécration jurisprudentielle et ambigüité conceptuelle, sur le site internet:
http://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/2016/07/2015
تم الإطلاع عليها بتاريخ 17-05-2017، على الساعة 17:50.

تقرر القواعد القانونية المخصصة أصلا للتجارة التقليدية ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وموقعا عليه، فإن هذا التقرير يشمل كذلك النظائر الإلكترونية، فيتم التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية في اتفاق التحكيم[1].

يشترط لتطبيق مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية في اتفاق التحكيم شرطين، أولهما إمكانية حفظ وتسجيل المعلومات التي تم تبادلها إلكترونيا بين الأطراف والتي تحتوي تبادل الإيجاب والقبول وتحديد هوية الأطراف في اتفاق التحكيم، بحيث يمكن الإطلاع على اتفاقية التحكيم وتسجيلها على قرص *CD-ROM* أو *DVD* على سبيل المثال[2] وهذا ما يستفاد من نص المادة 6/1 من القانون النموذجي لـ *UNCITRAL* لعام 1996[3].

كما يشترط إمكانية الدخول إلى هذه المعلومات المتضمنة اتفاق التحكيم خلال مدة معقولة، إلا أنه وبسبب عدم تحديد هذه المدة بمقتضى نص تشريعي أو نص إنفاقي، فيمكن جعلها مساوية لمدة تقادم الدعوى الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزامات الواردة في العقد الأصلي الذي يحتوي شرط التحكيم[4].

يستفاد من مما سبق شرحه أنه يمكن إبرام اتفاق التحكيم عن طريق وسائل إلكترونية إذ أن الكتابة المشترطة لإبرام اتفاق التحكيم لا تقتصر على الكتابة بمعناها التقليدي الضيق، بل لابد من اعتماد المفهوم الواسع تماشيا مع التطور في المعاملات الإلكترونية، إلا أن الكتابة الإلكترونية لاتفاق التحكيم تستوجب توافر شروط معينة للاعتداد بها[5].

إلا أن كتابة اتفاق التحكيم بطريقة إلكترونية من شأنها إثارة إشكالية فيما يتعلق بحمايتها من التحريف والتغيير، لكن تلك المشكلة يمكن حلها من خلال حماية البيانات الواردة في اتفاق

---

[1]– سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 108، مناني فراح، المرجع السابق، ص 175.

[2]- Thomas SCHULTZ, op.cit, p 398.

[3]– تنص المادة 6/1 من القانون النموذجي لليونسترال للتجارة الإلكترونية لعام 1996، على أنه «عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الوارد فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا».

[4]– ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 1016.

Thomas SCHULTZ, op.cit p 398.

[5]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 202.

التحكيم بوسائل تتناسب مع طبيعتها[1].

الفرع الثاني

التوقيع الإلكتروني لاتفاق التحكيم الإلكتروني

تلزم النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم بوجه عام أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، إضافة إلى اشتراط أن يكون موقعا من الطرفين، فيكون التوقيع وفقا لذلك إثبات على إطلاع الطرفين على بنود اتفاق التحكيم وموافقتهما عليه[2].

لكن نظرا لتأثر التجارة العالمية بوسائل الاتصال الحديثة، ظهر نوع جديد من العقود تسمى عقود التجارة الإلكترونية، وهذا ما أثر على طريقة كتابة العقود أين ظهرت الكتابة الإلكترونية، بل أيضا على طريقة توقيع تلك العقود، فظهر ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني، وقد تأثر اتفاق التحكيم بذلك التطور سواء من حيث كتابته أو حتى التوقيع عليه[3].

أولا- مفهوم التوقيع الإلكتروني وصوره

يرتبط التوقيع بالكتابة كدليل للإثبات، فلا تعتبر الكتابة دليلا كاملا في الإثبات ما لم تكن موقعة، من ثم يعتبر التوقيع شرطا أساسيا لصحة المحرر بشكل عام، لأنه يتضمن قبول الموقع لما هو مدون في الورقة، فتنسب إليه، ويجب أن يتضمن التوقيع اسم الموقع ولقبه، ويمكن أن يكون بالختم أو ببصمة الأصبع[4].

إلا أنه مع ظهور الكتابة الإلكترونية اتجه الواقع العملي إلى إدخال طرق ووسائل حديثة في التعامل لا تتفق تماما مع فكرة التوقيع التقليدي، وهنا ظهرت الحاجة إلى ضرورة إيجاد بديل

---

[1]- ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 1017.

[2]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 103، صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 403.

[3]- محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 213، يمينة حوحو، الرجع السابق، ص 164.

Alain BENSOUSSAN, op.cit, p 33.

[4]- «يعرف التوقيع بأنه إشارة خطية متميزة خاصة بالشخص الذي صدرت عنه أو علامة مخطوطة مختصة بشخص معين اعتاد أن يستعملها للإعلان عن اسمه والتعبير عن موافقته، وهو يشمل عادة اسم الموقع الشخصي والعائلي أو لقبه، وقد يقتصر أحيانا على أحدهما، أو على رمز معين يشير إلى اسمه»، مناني فراح المرجع السابق، ص 188، أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 319.

إلكتروني يحل محل التوقيع الخطي، ويؤدي نفس وظائفه فظهر التوقيع الإلكتروني[1].

لقد تباينت التعريفات التي أعطيت للتوقيع الإلكتروني على حسب الزاوية التي ينظر منها إلى هذا المصطلح، فهناك من يعرفه استنادا إلى الوسيلة التي يتم بها هذا التوقيع، وهناك من يعرفه بالنظر إلى الوظيفة التي يقوم بها[2].

عرف المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني بمقتضى المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162، التي نصت على أن «*التوقيع الإلكتروني هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر1*»[3].

بينما عرفت الفقرة 2 من المادة 3 من ذات المرسوم التوقيع المزمن بأنه «*هو توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات الآتية: 1- يكون خاصا بالموقع، 2- يتم إنشائه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت رقابته الحصرية، 3- يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون أي تعديل لاحق للفعل قابل للكشف*»، ومنه يظهر أن المشرع الجزائري تبنى التوقيع الإلكتروني العام أو البسيط، والتوقيع الإلكتروني المؤمن[4].

أما على مستوى القوانين المقارنة، فقد عرف القانون الفيدرالي الأمريكي التوقيع الإلكتروني على أنه «*أي رمز أو وسيلة بصرف النظر عن التقنية المستخدمة إذا ما تم نسبته إلى شخص يرغب في توقيع مستند*»[5]، كما عرفة القانون الفيدرالي السويسري لعام 2004 بأنه «*المعطيات الإلكترونية مجتمعة أو مرتبطة بمعطيات إلكترونية أخرى، وتستخدم في التحقق من مصداقيته*».

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 244.

[2]- عبير ميخائيل الصفدي، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، رسالة لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا أيار 2009، ص 34، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 246.

[3]- المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30-05-2007، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 01-123 المؤرخ في 09-05-2001، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر، المؤرخة في 07-06-2007.

[4]- يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 169، بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 211.

[5]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 245.

أما المشرع الفرنسي لم يصدر تشريعا خاصا بالمستند الإلكتروني أو التوقيعات الإلكترونية وإنما عدل قواعد الإثبات في القانون المدني وقانون المرافعات بما يتلاءم مع الأخذ بهذه الوسائل الحديثة، وقد أشار إلى التوقيع الإلكتروني بمقتضى المادة 1316-4 المضافة بالقانون رقم 230-2000 التي نصت على أنه «*إذا كان التوقيع إلكترونيا فيتمثل في استخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الشخص وتضمن صلته بالتعرف الملحق به، وتفترض موثوقية تلك الوسيلة إلا أن يثبت العكس، وعند إنشاء التوقيع الإلكتروني فإن التأكد من هوية الموقع وضمان سلامة التوقيع يتحدان وفقا لشروط تصدر بمرسوم من مجلس الدولة*».

تجدر الإشارة إلى أن معظم الدول الأوروبية قامت بنقل التعريف الوارد بالتوجيه الأوروبي رقم 93-1999 في تعريفها للتوقيع الإلكتروني[1].

أما على مستوى التشريعات العربية، فإن جميع التعريفات التي جاءت بها قوانين الدول العربية للتوقيع الإلكتروني لم تحدد أنواع التوقيع الإلكتروني على سبيل الحصر بل ذكرتها على سبيل المثال، وذلك حتى تستوعب التطورات التكنولوجية[2].

على صعيد الاتفاقيات الدولية فإنه لم يرد في قانون النموذجي ل *UNCITRAL* بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 تعريفا للتوقيع الإلكتروني، إلا أن المادة السابعة منه اكتفت بتحديد الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني[3].

---

[1]- أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص 178، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 106.
Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 81.

[2]- عرف قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2014 التوقيع الإلكتروني على أنه «ما يوضع على محرر إلكتروني، ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إرشادات أو غيرها، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع وتمييزه عن غيره».

[3]- تنص المادة 7 من قانون UNCITRAL النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996، على أنه «عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيان إذ: 1- استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص، والتدليل على موافقته على المعلومات الواردة في رسالة البيانات، 2- كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات...»، على الموقع الإلكتروني:
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/07-86996-ebook.pd.f
تم الإطلاع عليه بتاريخ 18-05-2017، على الساعة 15:41.

أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية عام 2001، يهدف هذا القانون إلى زيادة الثقة القانونية بشأن استخدام التوقيعات الإلكترونية، وليضع معايير للتكافؤ التقني بين التوقيعات الإلكترونية والتوقيعات بخط اليد[1].

عرفت المادة 2/1 من هذا القانون التوقيع الإلكتروني، على أنه «*بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها، أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات*»[2].

يتضح أن القانون النموذجي السالف الذكر اهتم بمسألتين هما، تعيين هوية الشخص الموقع وبيان موافقته على المعلومات الواردة في المستند، كما أن القانون النموذجي قد وضح المقصود بالتوقيع الإلكتروني، وحدد الشروط الواجب توافرها فيه، على نحو يتفق مع مفهوم أو شروط التوقيع التقليدي[3].

كما قدمت اللجنة الأوربية في 16-06-1998 اقتراح توجيه يتعلق بالإطار العام للتوقيع الإلكتروني، وتم إقراره بتاريخ 13-12-1999، أين نص في مادته الثانية على تعريف التوقيع الإلكتروني على أنه «*عبارة عن بيانات في شكل إلكتروني متصلة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى وتخدم طريقة التوثيق*»[4].

---

[1]– القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001 على الموقع الإلكتروني:
https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/électom/ml-elecsig-a-pdf
تم الإطلاع عليه بتاريخ 18-05-2017، على الساعة 18:02.

[2]– عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 105، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 274.

[3]– أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص 176، بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 210.

[4]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 217، محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 403.
l'art 2 de la directive 1999/93/ce, du 13-12-1999, prévoit que «La Signature électronique, une donné sous forme électronique, qui est joint ou liée logiquement à d'autres données électronique et sert de méthode d'authentiquassions».
للإطلاع على مواد التوجيه الأوروبي السالف الذكر يرجى تصفح الرابط الإلكتروني:
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/txt
تم الإطلاع عليه بتاريخ 18-05-2017، على الساعة 20:03.

لقد ميز هذا التوجيه بين نوعين من التوقيع الإلكتروني، النوع الأول التوقيع الإلكتروني البسيط[1] *Les signatures électronique simples*، والذي يتم بأية طريقة أو إجراء إلكتروني والثاني هو التوقيع الإلكتروني المتقدم أو المعزز *Les signatures électronique avancées* والذي يكون محررا بشكل يجعل من أي تعديلات لاحقة عليه يمكن تبينها[2]، أي التوقيع المعتمد من احد مقدمي خدمات التوثيق[3].

للتوقيع الإلكتروني عدة صور أوجدتها التقنيات الحديثة، وتتمثل فيما يلي:

1- التوقيع الإلكتروني البيومتري *La Signature Biométrique*

يتم التوقيع البيومتري باستخدام خصائص ذاتية للشخص الموقع، أين تكون العلامات الشخصية للموقع محل اعتبار في إنشاء التوقيع الإلكتروني، ويعتمد هذا التوقيع على حقيقة علمية هي أن لكل شخص صفات ذاتية خاصة به تختلف من شخص إلى آخر، تتميز بالثبات النسبي، أهمها البصمة الشخصية، بصمة شبكية العين، بصمة الصوت، خواص اليد البشرية ...إلخ[4].

يتم التأكد من شخصية المتعامل عن طريق إدخال معلومات للحاسب الآلي مثل التقاط صورة دقيقة لعين المستخدم أو صوته أو يده، ويتم تخزينها بصورة مشفرة في ذاكرة الحاسوب ليقوم بذلك بالمطابقة[5].

إلا أن استعمال الخصائص البيومترية للإنسان كوسيلة للتوقيع يواجه عدة صعوبات أهمها تآكل بصمات الأصابع مثلا، وتطابق وجه التوائم، إضافة إلى سهولة تحريفها أو نسخها بواسطة

---

[1]- المادة 5 من التوجيه الأوروبي رقم 93-1999 المؤرخ في 13-12-1999 بشأن التوقيع الإلكتروني.

[2]- طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 03-11-2011، ص 47.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 248.

Eric A. CAPRIOLI, Aspects légaux et réglementaires de la signature électronique, sur le site internet: .http://www.caprioli-avocuts.com/publications/50-securite-de-information

تم الإطلاع عليه بتاريخ 18-05-2017، على الساعة 20:32.

[4]- منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 52.

[5]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 114، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 128.

الطرق المستخدمة في القرصنة[1].

2- التوقيع بالقلم الإلكتروني *Pen Op*

تطورت طرق التوقيع البيومتري لتأخذ طريقة حديثة تسمى التوقيع بالقلم الإلكتروني *Pen-Op*، أين يقوم مرسل الرسالة بالتوقيع على شاشة جهاز الحاسب الآلي باستخدام قلم إلكتروني خاص، عن طريق برنامج معين، ويقوم هذا البرنامج بالتقاط التوقيع والتحقق من صحته[2].

يتم نقل التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي *Scanner*، ثم تنقل هذه الصورة إلى الرسالة الإلكترونية المراد إضافة التوقيع إليها[3].

إن هذه الطريقة من طرف التوقيع الإلكتروني وإن كانت توفر مزايا لا يمكن إنكارها، أين يتم من خلالها تحويل التوقيع التقليدي إلى الشكل الإلكتروني، إلا أنه يعاب على هذا الأسلوب أنه يحتاج إلى جهاز حاسوب آلي ذو مواصفات خاصة[4]، كما أن لا تتمتع بدرجة من الأمان، إذ أنه يمكن للمرسل إليه الاحتفاظ بصورة من التوقيع، ثم يعيد وضعها على وثيقة أخرى وينسبها لصاحب التوقيع[5].

3- التوقيع الرقمي *La* Signature numérique

تعتبر تقنية التوقيع الرقمي من أكثر صور التوقيع الإلكتروني شيوعا ومن أهمها على الإطلاق، لما تتمتع به هذه التقنية من مستوى عال من الثقة والأمان[6].

---

[1]- محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 196.

[2]- محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 414.

[3]- شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 312، خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 255.

[4]- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 159، إلياس ناصيف المرجع السابق، ص 129.

[5]- منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، المرجع السابق، ص 52.

[6]- عبير مخائيل الصفدي، المرجع السابق، ص 43.

التوقيع الرقمي هو عبارة عن مجموعة أرقام أو حروف يختارها صاحب التوقيع، ويتم تركيبها أو ترتيبها في شكل كودي معين[1]، هذا باستعمال علم التشفير القائم أساسا على المفتاح العام والمفتاح الخاص، قصد تضمين سرية البيانات والمعطيات وسلامتها وتحديد مصدر مرسلها[2].

إن استخدام تقنية شفرة المفتاحين العام والخاص، تسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي بأن يكون له مفتاحين منفردين أحدهما مفتاح عام متاحة للكافة ينشأ بواسطة عملية حسابية خاصة لوغارتمية، تسمح لكل من يهتم بقراءة الرسالة أن يقرأها دون أن يستطيع تعديلها، أما المفتاح الخاص فهي خاصة بصاحبها تنشأ بعملية خاصة، تستخدم في وضع التوقيع الإلكتروني على المستندات الإلكترونية، يتم الاحتفاظ بها على بطاقة ذكية مؤمنة[3].

تعتمد تقنية التشفير على نظامين، الأول هو النظام المتماثل *Symétrique* يقوم على أساس وجود مفتاحين لدى المرسل والمرسل إليه، أين يكون لكليهما مفتاح يحمل رقما سريا يكون معلوم لديهما، أين يقوم المرسل بعد تجهيزه لرسالة المعلومات باستخدام هذا المفتاح لتتحول الرسالة إلى مجموعة من الأرقام والمعادلات الرياضية الغير مفهومة، وعند وصول الرسالة إلى المرسل إليه يقوم باستخدام نفس المفتاح لفك الشفرة، فتعود الرسالة إلى صورتها المقروءة[4].

من مزايا هذا النظام أنه لا يحتاج إلى حسابات ذات قوة كبيرة، كما أن فك الشفرة لا تستغرق وقتا طويلا، إلا أنه يعاب عليه استعمال عدة مفاتيح تكون معلومة لدى العديد من

---

[1]– لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 159، محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 419.

[2]– يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 185.

Lionel BOCHURBERG, Internet et commerce électronique, 2éd, DELMAS, 2001, p 155

[3]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص128، خالد حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 132، محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 199، خالد ممدوح إبراهيم المرجع السابق، ص 253.

[4]– يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 187.

Houda FERRADI, Introduction à la cryptographie, chiffrement par bloc, sur le site internet : https://www.di.ens.fr/ferradi/coursdes.pdf

Pierre Louis CAYREL, chiffrement par blocs, sur le site internet: https://www.cayrel.net

تم الإطلاع عليها بتاريخ 18-05-2017، على الساعة 21:09.

الأشخاص، وهذا ما يتعارض مع الهدف من التشفير.

أما التشفير اللامتماثل *Asymétrique* فيتم استخدام مفتاحين لتشفير الرسالة وفك التشفير أحدهما مفتاح عام يكون لدى الجميع، أما الثاني فهو مفتاح خاص بصاحبه، ويتم الحصول على المفتاحين من قبل جهات مختصة[1].

يتم الحصول على شهادة تصديق أو توثيق التوقيع الإلكتروني عن طريق التقدم إلى الهيئة المتخصصة في إصدار هذه الشهادات وهي مؤدي خدمات التصديق، مقابل مبلغ مالي معين ويكون الطلب مرفقا بالأوراق والمستندات الثبوتية لأجل التأكد من هوية الطالب، كما يمكن للمعني بإرسال طلبه وأوراقه الثبوتية عبر الفاكس أو البريد الإلكتروني إلى جهة التصديق إن سمحت بذلك[2].

ثم يتم إتباع الإجراءات التالية:

– يتم التقدم إلى الهيئة المختصة بإصدار الشهادات، أين يتم إصدار الشهادة ومعها المفتاح العام والخاص للمستخدم.

– يتم تشفير[3] الرسالة الإلكترونية المراد إرسالها باستخدام المفتاح العام للمرسل إليه أو المفتاح الخاص للمرسل، مع إرفاق التوقيع الإلكتروني داخل الرسالة.

---

[1]– عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 110.

[2]– هلا الحسن، تصديق التوقيع الإلكتروني، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الأول 2010، ص 533، على الموقع الإلكتروني:

http://dannasuniverçity.edu.sy/mag/law/images

تم الإطلاع عليه بتاريخ 19-05-2017، على الساعة 15:32.

[3]– يعرف التشفير على أنه «عبارة عن مجموعة من التقنيات التي تسمح بحماية المعلومات من أي تعديل غير مرغوب فيه، أو الحفاظ على خصوصيتها من أي اختراق بفضل الاستعانة برموز يطلق عليها تسمية مفاتيح التشفير»، وقد سار في ذات الاتجاه قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، أين عرفه بأنه «فرع الرياضيات التطبيقية الذي يعني بتحويل الرسالة إلى أشكال تبدو غير مفهومة، ثم إعادتها إلى أشكالها الأصلية»، رضوان هاشم حمدون الشريفي، المرجع السابق، ص 156، عامر الشابي، علم التشفير وأساليبه وتطبيق خوارزمية RSA على الرابط الإلكتروني:

https://www.isecur1ty.org

تم الإطلاع عليها بتاريخ: 23-05-2017، على الساعة 23:17.

– يقوم البرنامج الخاص بالمرسل إليه بإرسال نسخة من التوقيع الإلكتروني إلى الهيئة التي أصدرت الشهادة للتأكد من صحة التوقيع.

– تقوم أجهزة الكمبيوتر المتخصصة في الهيئة بمراجعة قاعدة البيانات الخاصة بها ويتم التأكد من صحة التوقيع، وتعاد النتيجة إلى المرسل إليه[1].

ثانيا– توثيق التوقيع الإلكتروني

لإضفاء المصداقية على المعاملات الإلكترونية لابد من التوقيع عليها إلكترونيا، ويحتاج التوقيع الإلكتروني أن يكون موثقا من خلال استصدار شهادة تصديق خاصة به من قبل جهة معينة تتولى تلك المهمة[2]، وهو الدور الذي يحققه جهات التصديق الإلكتروني[3]، بصفتها جهة موثوق بها لربط شخص أو كيان يعينه بالتوقيع الإلكتروني[4].

تعرف جهة التصديق الإلكتروني أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني *Prestataire de services de certification* ويرمز لها اختصارا *PSC*، على أنها جهة أو منظمة عامة أو خاصة مستقلة ومحايدة تعمل تحت إشراف السلطة التنفيذية، تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية بإصدار شهادات إلكترونية، كما تقوم بالعديد من المهام منه على سبيل المثال إصدار المفاتيح الإلكترونية[5].

---

[1]– عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 117، عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص 68.

[2]– هلا الحسن، المرجع السابق، ص 531، محمد عبد العزيز المنسي، المرجع السابق، ص 440.

[3]– «تختلف المصطلحات بشأن الجهات المختصة في التصديق الإلكتروني، فمن التشريعات من تسميها بجهات التصديق الإلكتروني، مثل ما فعل المشرع الجزائري، وهناك من يسميها بجهات التوثيق الإلكتروني، وهناك من سماها مقدم أو مزود خدمات التصديق»، يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 189.

[4]– إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 418، فادي عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 154.

Michael FROOMKIN, The essential role of trusted third parties in electronic commerce, sur le site internet :
http://www.law.miami.Edu/Froomkin/articles/tusted.Html
تم الإطلاع عليه بتاريخ 14-05-2017، على الساعة 23:22.

[5]– عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية القاهرة، 2004، ص 196، محمد أمين الرومي، المستند الإلكتروني، المستند الإلكتروني، دار الكتب القانونية مصر، 2008، ص 163.

تتكون جهة التصديق الإلكتروني غالبا من ثلاثة مستويات، تأتي في المرتبة العليا السلطة الرئيسية التي تختص بالتصديق على تكنولوجيا وممارسات جميع الأطراف المرخص لهم بإصدار أزواج مفاتيح التشفير أو شهادات تتعلق باستخدام تلك المفاتيح، وتليها سلطة التصديق، التي تختص بعملية التصديق على أن المفتاح العام لأحد المستخدمين يناظر بالفعل المفتاح الخاص لذلك المستخدم.

أما في مستوى أدنى تأتي سلطة تسجيل محلية، مهمتها تلقي الطلبات من الراغبين في الحصول على أزواج مفاتيح التشفير، وتأكد من هوية هؤلاء المستخدمين ومنح شهادات تصديق تفيد صحة التوقيع[1].

عرف المشرع الجزائري ما سماه مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني طبقا للمادة 3/10 من المرسوم التنفيذي 07-162، السالف الذكر التي نصت على أنه «*مؤدي خدمات التصديق هو كل شخص في مفهوم المادة 8/8 من القانون رقم 03-2000، يسلم شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني*».

كما عرف المشرع الجزائري شهادة التصديق الإلكتروني بمقتضى المادة 2/7 من القانون 04/15 السالف الذكر على أنها «*وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع*»، كما عرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بمقتضى المادة 2/12 من نفس القانون التي نصت على أنه «*شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني*»[2].

عرف قانون اليونسترال *UNCITRAL* النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني لعام 2001 مقدم خدمات التصديق بأنه «*شخصا يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة*

---

[1]– خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 250، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 418.

[2]– يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 190، لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 173.

Thierry PIETTE COUDOL, Certification électronique, pratique et modélisation, sur le site internt : http://www.e-betobe.com/texteece.htm

Eric BARBEY, Alain BENSOUSSAN, Le contrat de certification de sites internet, sur le site internet : http://www.journaldunet.com/juridique/juridiquel8certification.shtml

تم الإطلاع عليها بتاريخ 18-05-2017، على الساعة 19:22.

بالتوقيعات الإلكترونية»[1]، كما عرفها التوجيه الأوروبي رقم 93-199 على أنها «كل شخص قانوني طبيعي أو معنوي يصدر شهادات توثيق التوقيع الإلكتروني، أو يتولى خدمات أخرى مرتبطة بالتوقيع الإلكتروني[2].

ثالثا- مدى اشتراط التوقيع الإلكتروني في اتفاق التحكيم الإلكتروني

لقد أجمعت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية كقانون اليونسترال *UNCITRAL* النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام1996، والتوجيه الأوروبي رقم 93-199، وقانون اليونسترال *UNCITRAL* النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام2001، ومختلف القوانين الوطنية، اتفقوا على مبدأ مشترك هو جوازية التوقيع الإلكتروني على العقود الإلكترونية[3]، ولم يتم استثناء أي نوع من العقود، وعليه فإن عقد اتفاق التحكيم الإلكتروني باعتباره عقدا إلكترونيا فإنه يجوز التوقيع عليه بطريقة إلكترونية[4].

بالإضافة إلى القوانين الدولية والوطنية المتعلقة بالتحكيم التي ألزمت ضرورة توقيع الأطراف على عقد اتفاق التحكيم، أين يعتبر التوقيع في حالة حصوله تعبيرا واضحا عن إرادة الطرفين وأنهما اطلعا على بنود الاتفاق وافقا عليه[5].

بما أن تلك القوانين الدولية والوطنية لم تشترط التوقيع اليدوي على اتفاق التحكيم مهما كان نوعه، فإنه لا يوجد ما يمنع الأطراف من التوقيع عليه إلكترونيا، حتى يساير البيئة الخاصة بنظام التحكيم الإلكتروني[6]، بل أن ذلك يعتبر قيدا لصحة ذلك الاتفاق، إذ أن التوقيع الإلكتروني من شأنه رفع مستوى الأمن والأمان لأطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني[7].

---

[1]- المادة E/2 من قانون UNCITRAL النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني، السالف ذكره.

[2]- المادة 11/2 من التوجيه الأوروبي رقم 93-199، السالف الذكر.

[3]- فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 145.

Eric A. CAPRIOLI, la loi type la CNUDCI sur lés signatures électronique, op.cit, p 05.

[4]- محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 226.

[5]- صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 403.

[6]- سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 114 عبد الفتاح حجازي، المرجع السابق ص 183.

[7]- Alain BENSOUSSAN, op.cit, p 41.

إلا أنه للأخذ بحجية التوقيع الإلكتروني في اتفاق التحكيم لابد من ارتباط التوقيع بالموقع دون غيره، وسيطرة الموقع على الوسيط الإلكتروني، وكذا قابلية اكتشاف أي تعديل أو تبديل في البيانات المحررة أو التوقيع الإلكتروني بعد وضعه على المحرر[1].

مثل ما هو مقرر في باقي العقود الإلكترونية فإنه يتعين التصديق أو توثيق التوقيع الإلكتروني لاتفاق التحكيم الإلكتروني من قبل جهة مختصة وفقا للشروط والإجراءات السابق شرحها، وأحسن طريقة للتوقيع الإلكتروني هي طريقة التوقيع الرقمي التي تتم من خلال إدخال عدد من الرموز ما بين 8 إلى 25 تتكون من أرقام وحروف[2].

بذلك يعتبر التوقيع الإلكتروني على اتفاق التحكيم الإلكتروني وسيلة حديثة لتحديد هوية أطرافه *Identification* والوقوف على حقيقة قبولهم بمضمون الاتفاق للجوء إلى التحكيم لفض منازعاتهم *Manifestation du consentement*، إلا أنه يشترط أن يتم بطريقة آمنة تحت إشراف جهات مختصة مخولة بتوثيق ذلك التوقيع[3].

المطلب الثاني

الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني هو عقد إلكتروني بطبيعته، وكغيره من العقود يرتب التزامات على طرفيه، لذلك وجب أن تتوافر فيه الشروط اللازمة لصحة الالتزام[4]، تتمثل في ضرورة توافر الأهلية في الأطراف الموقعة على الاتفاق، وتوافر رضا الأطراف باختيار التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بينهم، وأن يرد اتفاق التحكيم الإلكتروني على نزاع قابل للتسوية بالتحكيم، وأن يكون سبب الأطراف للجوء للتحكيم الإلكتروني مشروع[5].

---

[1]– أحمد مصطفى الدبوسي السيد، المرجع السابق، ص 17.

[2]- «La convention d'arbitrage conclue par voie électronique doit alors être reconnue valable des lors que son intégrité et l'imputabilité du contenu à son auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 81.

[3]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 228.

Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 80.

[4]– محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات مصر، 2008، ص 103، رضوان هاشم حمدون الشريفي، المرجع السابق، ص 39.

[5]– سامي عبد الباقي، أبو صالح، المرجع السابق، ص 90، يتوجي سامية، المرجع السابق، ص 164.

على أن يتم مراعاة أن اتفاق التحكيم الإلكتروني يتم عبر وسيلة إلكترونية عوضا من الدعامة الورقية التقليدية، وعليه ونظرا لعدم الالتقاء الحقيقي بين أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني، تثور إشكالية تحديد هوية الأطراف المتعاقدة و طرق تعبيرهم عن إرادتهم في اختيار التحكيم الإلكتروني لفض منازعاتهم[1].

من ثم سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع، نتطرق في الفرع الأول إلى الأهلية في اتفاق التحكيم الإلكتروني، ونتطرق في الفرع الثاني إلى التراضي في اتفاق التحكيم الإلكتروني، بينما نعالج في الفرع الثالث محل اتفاق التحكيم الإلكتروني وسببه، على أن نخصص الفرع الرابع إلى تحديد زمان ومكان اتفاق التحكيم الإلكتروني.

الفرع الأول

الأهلية في اتفاق التحكيم الإلكتروني

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن القواعد العامة في سائر العقود فيما يتعلق بالشروط الواجبة توافرها لصحته، فلا يصح اتفاق التحكيم الإلكتروني إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه.

ذلك أن اتفاق التحكيم الإلكتروني يعتبر تصرفا قانونيا، تتجه إرادة أطرافه إلى أحداث أثر قانوني معين، هو سلب الاختصاص بتسوية النزاع بعيدا عن قضاء الدولة، وتخويله لقضاء التحكيم الإلكتروني.

لذا يجب أن تتوافر لدى كل من طرفيه الأهلية اللازمة لصدوره، والأهلية المتطلبة في هذا الشأن هي أهلية الأداء المتمثلة في قدرة الشخص مباشرة التصرفات القانونية ولا يشترط للاتفاق على التحكيم أهلية التبرع أو التعاقد لأنه ليس من قبيل التبرع بالحق[2].

---

[1]– يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 35، عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 208.

«La convention d'arbitrage électronique présente certaines spécificités dues d'une part au fait que son support est différent du papier qui est classiquement la norme, et d'autre part au fait de la distance des parties», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 37.

[2]– محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الإنترنت، المرجع السابق، 64، محمد طه سيد أحمد عاشور المرجع السابق، ص 42، رضوان هاشم حمدوني الشريفي، المرجع السابق، ص 47.

يشترط لانعقاد اتفاق التحكيم الإلكتروني صحيحا أن يكون صادرا عن أطراف تتوافر فيهم أهلية التعاقد، إلا أن مسألة التحقق من أهلية الأطراف تثير إشكالية، فقد يصعب على أحد الأطراف التحقق من أهلية الطرف الآخر، إذ قد يدعي أحدهما كمال الأهلية في حين أنه على غير ذلك، فظهرت بعض المحاولات لاقتراح حلول فنية للتأكد من هوية الأطراف[1].

أولا- إشكالية التحقق من الأهلية لإبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني

إن البحث عن الأهلية لا ضرورة له إذا ما تمت عملية التحكيم الإلكتروني بواسطة مراكز أو هيئات تحكيمية كبرى تحرص على الدقة في شتى الجوانب خصوصا الأمور الأساسية فيها كأهلية المحكمين ، بينما يبقى مجال البحث عن أهلية فريقي النزاع[2].

إن الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم هي أهلية التصرف *La capacité de disposition* التي يجب توافرها في الأطراف المحتكمة أيا كانت صورة الاتفاق على التحكيم شرطا كان أم مشارطة[3].

إذا تم إبرام عقد من عقود التجارة الإلكترونية، وتم اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني لتسوية المنازعات الناشئة عن ذلك العقد، فإن طرفي اتفاق التحكيم الإلكتروني هما التاجر والمستهلك ويستوجب أن تتوافر في كل منهما أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه، فأما عن التاجر فلا خلاف في توافر فيه الأهلية اللازمة، إذ أن ممارسته للنشاط التجاري على وجه الاحتراف، ووجود قيد له في السجل التجاري في دولته يؤكد تمتعه بالأهلية اللازمة[4].

إلا أن الأمر ليس بذات السهولة بالنسبة للمستهلك، ذلك أن التحقق من أهليته لدى إبرامه عقدا من عقود التجارة الإلكترونية بما فيها اتفاق التحكيم الإلكتروني يستوجب الإطلاع على

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 173، صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق ص 214، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 482.

[2]- محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 104، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 226.

[3]- جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 89، محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروطه، المرجع السابق، ص 267.

[4]- هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، المرجع السابق، ص 65.

بيانات ومعلومات عن شخصيته لتحديد هويته[1].

إلا أنه من الصعب التحقق من دقة المعلومات التي يقدمها، فكثيرا ما يتعمد زائر الموقع إلى تقديم معلومات غير صحيحة عن هويته لحماية خصوصيته، وخشية لاستعمال هذه المعلومات خلافا لإرادته، فيكون اتفاق التحكيم الإلكتروني في هذه الحالة معرضا للبطلان[2].

قد تثار إشكالية أن يكون أحد أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني كامل الأهلية حسب قانون دولته، لكنه ناقص الأهلية حسب قانون دولة الطرف الآخر[3].

تتفق القوانين العربية عموما على أنه تخضع قواعد الأهلية لقانون الدولة التي ينتمي إليها الأطراف بجنسيتهم[4]، فإذا كان لكل طرف من أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني جنسية تختلف عن جنسية الآخرين، يطبق على كل منهم قانون دولته، والعبرة في تحديد أهلية أطراف التحكيم وقت إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني و ليس قبله أو بعده[5].

لم تتعرض اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية إلى مسألة القانون الواجب التطبيق على الأهلية، وتركت الأمر لتقدير محاكم الدول المختلفة ولعل السبب في ذلك يرجع إلى تخوف واضعي الاتفاقية من الدخول في مسألة تنازع التكييف

---

[1] - Lionel THOUMYRE, L'échange des consentements dans le commerce électronique, p 09, sur le site internet :
https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/9538/articles_169.htm
تم الإطلاع عليه بتاريخ 08-03-2018، على الساعة 19:14.

[2]- « من أخطار الهوية الإلكترونية أنها سريعة الاختفاء، فالبيئة الرقمية تسهل تغيير الهوية الإلكترونية في أي لحظة سواء بالحذف أو التغيير، كما أنها معرضة للسرقة أو الفقدان بسبب أخطار الاختراق والقرصنة»، يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 37، ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق ص 1002.

[3]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 380.

[4]- محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2011 ص 70، محسن جميل جريح، المرجع السابق، ص 64.

[5]- «إن مسألة أهلية الشخص قد تتأثر من وقت لأخر، فالشخص قد يكون ناقص الأهلية قبل إبرام الاتفاق ولكنه عند إبرامه يكون كامل الأهلية، ثم يصبح بعدها عديم الأهلية أو ناقصها، ففي هذه الحالة يكون الاتفاق صحيحا»، حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص 73.

فتركوا مسألة تقدير أهلية أطراف اتفاق التحكيم للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع في قانون الدولة المطلوب إليها تنفيذه[1].

يرى بعض الفقه أنه إذا كان أحد أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني كامل الأهلية وفقا لقانون دولته بينما يكون الطرف الآخر ناقص الأهلية، دون أن يكون الطرف الأول عالما بذلك فينبغي ترجيح مصلحة كامل الأهلية وخاصة المهنيين، إعمالا لنظرية الوضع الظاهر[2].

تطبيقا لذلك إذا قام قاصر بسرقة بطاقة الائتمان المصرفية الخاصة بأحد والديه واستخدمها في إبرام عقد من عقود التجارة الإلكترونية مع أحد التجار، فإنه يتعين ترجيح مصلحة التاجر متى كان حسن النية، وله أن يتمسك بأن القاصر باستخدامه هذه البطاقة قد توافر به مظهر صاحبها[3].

لقد أجاز القانون الأمريكي للقاصر الرجوع عن العقد الذي أبرمه عبر الانترنت، إلا أنه حمله مسؤولية تقصيرية وليس عقدية أساسها الأضرار التي سببها للطرف الآخر نتيجة رجوعه عن العقد[4].

إن الفقه وإن أجمع على بطلان اتفاق التحكيم الإلكتروني في حالة انعدام الأهلية، إلا أنه ثار خلاف حول طبيعة البطلان في حالة نقص الأهلية، ولو أن الرأي الغالب يميل إلى البطلان الناشئ عن نقص الأهلية هو بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام مادام أنه يتعلق بمصلحة خاصة، من ثم لا يجوز إلا لصاحب تلك المصلحة وهو ناقص الأهلية أو من يمثله التمسك بالبطلان[5].

---

[1]– خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 292.

[2]– أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 112، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 382.

[3]– صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 217، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 224.

[4]– ميكائيل رشيد علي الزيباري، العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 493، محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 72.

[5]– أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 57، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 422.

ثانيا- الوسائل التقنية للتحقق من الأهلية في التعاقد الإلكتروني

يكون من السهل التحقق من أهلية التعاقد في العقد التقليدي عموما، لأنه تعاقد بين حاضرين في مجلس عقد حقيقي، أين يستطيع كل طرف التأكد من شخصية وأهلية الطرف الآخر من خلال الإطلاع على وثائق ثبوت شخصيته، أو من خلال الإطلاع على السجل التجاري للشخص المعنوي[1].

إلا أنه في التعاقد الإلكتروني فيكون من العسير التأكد من هوية وأهلية الطرف الآخر، إذ يكون من السهل لأي شخص الدخول في شبكة الإنترنت، فيدعي أحد المتعاقدين أنه ذو أهلية في حين أنه على غير ذلك[2].

من ثم يستوجب الوضع البحث عن وسيلة لضمان التحقق من أهلية المتعاقد الإلكتروني من خلال إجراءات فنية تتيح التغلب على هذا الإشكال، حتى ولو تحمل التاجر فيها العبء الأكبر، سواء كانت إجرائية أو مالية باعتباره المستفيد الأول[3].

تعتبر مسألة التحقق من أهلية المتعاقد في العقود الإلكترونية مسألة فنية دقيقة، تحتاج إلى تكاثف علماء التقنية المتخصصة وفقهاء القانون، وعلى الرغم أنه لا توجد وسائل تقنية حاسمة إلا أنه توجد وسائل تحذيرية يمكن استخدامها والمتمثلة في[4]:

1- بطاقات الدفع الإلكترونية

هي بطاقات ذكية، تتمثل في رقائق إلكترونية، يتم تصنيعها من لدائن السيلكون، مزودة بذاكرة تسمح بتخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها، مثل اسمه وسنه ومحل إقامته والبنك المتعامل معه، وجميع المعاملات الخاصة بهذه البطاقات[5].

---

[1]- صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 215.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 215.

[3]- بسمان نواف الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014 ص 115.

[4]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 225.

[5]- محمد أمين الرومي، المستند الإلكتروني، المرجع السابق، ص 69، ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق، ص 495، سمير دنون، المرجع السابق، ص 159.

تعتبر هذه البطاقات بمثابة حاسوب متنقل، لكونها تحتوي على سجل كامل من المعلومات والرقم السري الخاص بها، تتيح لحاملها إجراء معاملاته المالية بسهولة، وهذه البطاقات محمية من التزييف والتزوير وسوء الاستعمال في حالة سرقتها، بحكم أنها مزودة برقم سري لا يعرفه إلا صاحبها[1].

تخول بطاقة الدفع الإلكتروني لصاحبها إمكانية سحب مبالغ مالية من حسابه بحد معين متفق عليه مسبقا بينه وبين البنك من أجهزة الصرف الإلكتروني، أين يحصل على شريط ورقي يدون فيه المبلغ المسحوب وتاريخ وساعة السحب[2].

تعد بطاقة الدفع الإلكترونية أهم وسيلة لتحديد هوية المشتري عبر الإنترنت أين يتم تخزين فيها جميع البيانات والمعلومات الخاصة به، وتكون مزودة بتقنية لحماية تلك البيانات، فيتمكن التاجر من تحديد هوية المشتري المستهلك بما في ذلك سنه[3].

2- شهادة التصديق الإلكتروني

تعرف شهادة التصديق الإلكتروني على أنها «*مستند في شكل إلكتروني تثبت توافر الرابطة بين بيانات التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني*»، كما عرفت على أنها «*الشهادات التي يصدرها مقدمو خدمات التصديق المرخص لهم من قبل الجهات المسئولة في الدولة لتشهد بأن التوقيع الإلكتروني هو توقيع صحيح ينسب إلى من أصدره، حتى يمكن الاعتماد عليها كدليل إثبات*»[4].

---

[1]- «أراد أحد البنوك السويسرية إنشاء تقنية الشراء الإلكتروني عبر الإنترنت، وحشد من أجل ذلك مهارات فنية كبيرة متخصصة في برمجيات الإعلام الآلي واستخدام الإنترنت، وأعلن مدير مجلس الإدارة عن مؤتمر صحفي لعرض تلك التقنية، وأثناء المؤتمر الصحفي قام رئيس مجلس الإدارة بإجراء تجربة شراء إلكتروني بالبطاقة الخاصة به، إلا أنه لم يتمكن من إجراء العملية نظرا لقيام مجموعة من القراصنة أثناء تجربة النظام باختراق خط الأمن وأجروا معاملة تجارية واحدة بكل ما تحتويه البطاقة من نقود والمقدرة بـ 80.000 دولار أمريكي»، أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن طريق الإلكتروني وإثباته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص 102.

[2]- عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 200.

[3]- يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 43.

[4]- صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 221.

إن شهادة التصديق الإلكتروني تعتبر كوسيط إلكتروني وطرف ثالث محايد يسند إليه مهمة تنظيم العلاقة بين أطراف العقد الإلكتروني، ويلجأ إليه للتحقق من هوية الأطراف المتعاقدة وأهليتهم القانونية[1].

يشترط في شهادة التصديق الإلكتروني عدة شروط أهمها أن تكون الشهادة صالحة للاستخدام في التوقيع الإلكتروني من خلال تضمنها ما يفيد أنها صادرة بوصفها شهادة تصديق إلكتروني معتمد، وأن تتضمن الإشارة إلى تاريخ بدء صلاحية الشهادة وتاريخ انتهائها، كما يستوجب أن تتضمن شروط استخدامها وخاصة الحد الأقصى لقيمة المعاملات التي يمكن استخدامها، كما يتعين أن تتضمن رقما تسلسليا لها، وأن تتضمن عنوان الموقع الإلكتروني المخصص لقائمة الشهادات الموقوفة أو الملغاة[2].

يتعين على مقدم خدمة التصديق الإلكتروني التحقق من صحة البيانات المقدمة من خلال وسائل مختلفة، فقد يطلب من الشخص المعني تقديم وثائق ومستندات معينة لإثبات هويته كجواز السفر أو بطاقة التعريف، يتم إرسالها بواسطة البريد أو الفاكس.

كما يمكن في حالات طلب الحضور الشخصي للمعني بالأمر، ويملك مقدم خدمة التصديق الإلكتروني الحق في التدقيق في هذه الوثائق للتأكد من صحتها بالرجوع إلى الجهة التي أصدرتها، ويعود الأمر في اختيار طريق التحقق من البيانات لمقدم خدمة التصديق الإلكتروني، حسب ظروف كل حالة[3].

إلا أن البعض يرى أن الأخذ بهذه الآلية في تحديد هوية المتعاقدين والتأكد من أهليتهم يشكل عبئا إضافيا على طرفي النزاع، ذلك أن جهات التصديق الإلكتروني تأخذ مقابلا ماديا لقاء عملها، مما ينجم عنه النزوح عن استعمال التحكيم الإلكتروني لفض المنازعات[4].

---

[1]– شحاته غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2008، ص 81، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 225.

[2]– أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص 103، صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 226.

[3]– ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 1004، محمد أمين الرومي، المستند الإلكتروني، المرجع السابق ص 69.

[4]– محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الإنترنيت، المرجع السابق، ص 66.

3- الوسائل التحذيرية

إن بعض المواقع الإلكترونية مزودة بعبارات تحذيرية، تخطر بعدم الدخول إلى الموقع إلى من شخص تتوافر فيه الأهلية القانونية، أين يلتزم هذا الشخص قبل الدخول إلى الموقع بالكشف عن هويته أو الإفصاح عن عمره، وذلك من خلال ملء نموذج معلومات، فإذا توافرت فيه الأهلية القانونية، فإنه يستطيع الدخول إلى الموقع وإبرام العقود، وفي حالة عدم ملء الاستمارة أو اتضح أنه لا يملك الأهلية القانونية، لا يسمح له بالدخول إلى الموقع، وبالتالي إبرام العقود بما فيها اتفاق التحكيم الإلكتروني[1].

كما يقترح البعض تصميم المواقع الإلكترونية بشكل تلزم الطرف الذي يريد إبرام اتفاق تحكيم إلكتروني من الكشف عن هويته والإفصاح عن عمره، وفي حالة امتناعه أو إغفاله ذلك لا يسمح له بالمضي في اتفاقه[2].

تعتبر هذه الوسائل التحذيرية من أكثر الوسائل استخداما في الوقت الحالي، غير أنها محفوفة بالمخاطر، فقد يقدم المستخدم بالإدلاء ببيانات تخالف الحقيقة فيما يتعلق بأهليته[3].

الفرع الثاني

التراضي في اتفاق التحكيم الإلكتروني

لقد أدى تطور وانتشار شبكات الاتصال العالمية إلى إبرام العقود والصفقات بطريقة إلكترونية، مما دفع بالعديد من مشرعي الدول والمنظمات الإقليمية والدولية إلى إقرار هذا الواقع ومن ثم إجازة التعبير عن الإرادة العقدية عبر وسائل إلكترونية[4].

---

[1]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 382، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 226.

Thibault VERBIEST, op.cit, p 100.

[2]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الإنترنت، المرجع السابق، ص 65.

[3]- أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص 104، ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 1002.

[4]- مناني فراح، المرجع السابق، ص 73، سمير دنون، المرجع السابق، ص 115.

Monique BANDRAC, Frédéric GUENIN, Contrats sous forme électronique, Sur le site internet : http://www.doctrine-juridique.com/contrat-sous-forme-electronique.php

تم الإطلاع عليه بتاريخ 09-10-2017، على الساعة 02:13.

لا يختلف التراضي الإلكتروني عن التراضي التقليدي، فلا ينعقد العقد الإلكتروني إلا بتوافر رضا طرفيه، وأن تكون إرادتهما متطابقة، وصور التعبير عن الإرادة هما الإيجاب والقبول وتطابقهما[1].

لما كان اتفاق التحكيم الإلكتروني مجرد عقد إلكتروني بطبيعته، فإن التعبير عن الإرادة فيه بدوره يتم عبر وسيلة إلكترونية، أين يتم توجيه وتلقي الإيجاب والقبول من خلالها[2].

أولا- التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم الإلكتروني

يعتبر التحكيم عموما نظام قضائي اتفاقي قوامه توافق وتراضي أطرافه على قبوله كأداة لتسوية منازعاتهم، واتفاق التحكيم باعتباره تصرفا قانونيا من جانبين فهو لا يخرج عن كونه عقدا من العقود، يكون قوامه الإرادة، فإذا انتفت هذه الإرادة انعدم اتفاق التحكيم[3]، أما إذا كانت هذه الإرادة صادرة عن من يملكها ولكنها معيبة، فإن اتفاق التحكيم يكون باطلا وفقا لقواعد القانون المدني[4].

يتجلى مضمون اتفاق التحكيم في وجود إرادة مشتركة لأطراف عملية التحكيم بإخضاع المنازعات الناشبة بينهم أو التي سوف تنشب إلى محكمين متخصصين[5].

إلا أن مسألة البحث عن إرادة الأطراف تختلف بحسب الصورة التي يتخذها اتفاق التحكيم

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 178، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، عين مليلة، الجزائر، 2007،ص 102، وتنص المادة 59 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 31، المؤرخة في 31-05-2007، على أنه «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية».

[2]- محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 157، ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 997.

[3]- محمد طه سيد أحمد عاشور، المرجع السابق، ص 46، ناصر ناجي جمعان، المرجع السابق، ص 135.

«L'acceptation vient en principe conclure la convention d'arbitrage, à l'instant et au lieu même ou elle se joint à l'offre», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 111.

[4]- محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 78.

[5]- عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، دار المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 118.

فإذا كان على شكل شرط تحكيمي، فإن البحث عن إرادة الأطراف ينصب على هذا الشرط من بين الشروط العقدية نظرا لاستقلال شرط التحكيم، أما إذا كان على شكل مشارطة تحكيم فإن البحث ينصب على العقد المتضمن مشارطة التحكيم بأكمله[1].

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن اتفاق التحكيم التقليدي، مفاده اتفاق الأطراف على تسوية ما هو قائم من منازعات أو التي سوف تنشأ بواسطة التحكيم الإلكتروني، أين يتم تراضي الأطراف على هذا الاتفاق.

من ثم فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني لا يفترض، بل يجب أن يعبر الاتفاق عن انصراف إرادة طرفي التحكيم على إتباع طريق التحكيم الإلكتروني سواء في صيغة شرط أو مشارطة تحكيم إلكتروني، ولا يكفي مجرد الاتفاق على عدم اللجوء إلى القضاء[2].

إلا أن اتفاق التحكيم الإلكتروني يختلف من حيث كيفية إبرامه، أين يتم عبر وسيلة إلكترونية بدلا من الدعامة الورقية، وهذا معناه أن التعبير عن الإرادة يكون من خلال هذه الوسيلة الإلكترونية، أين يتم توجيه الإيجاب من خلالها وتلقي القبول عبرها[3].

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني على اعتباره عقدا إلكترونيا فإنه ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد، مما يتعين البحث عن آليات قانونية تتفق مع بيئة وطبيعة هذه المعاملات[4].

إن مسألة التأكد من رضا الأطراف بالتحكيم الإلكتروني سواء في شرط أو مشارطة التحكيم الإلكتروني يكون لحظة إبرام ذلك الاتفاق عن طريق هيئة التحكيم، أين تقوم بتكييف

---

[1]– صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 406.

[2]– «لوجود الرضا بالتحكيم يلزم أن توجد إرادة اللجوء إليه كبديل للقضاء العام في الدولة، بشرط أن تكون الإرادة جادة غير هازلة، حقيقية وليست صورية»، فتحي والي المرجع السابق، ص 105، سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 91، محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته المرجع السابق، ص 137.

Penda NDIAYE, Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique, Mémoire présenté a la faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de maitrise en droit, Faculté de droit , Université de Montréal, Décembre 2006, p 144.

[3]– هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، المرجع السابق، ص 63،

Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 111.

[4]– شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص 133.

مبدئي للتأكد من حقيقة وجود رضا حقيقي باتفاق التحكيم الإلكتروني[1]، استنادا إلى مبدأ اختصاص المحكم للنظر باختصاصه، كما ينعقد ذلك للقضاة حين بسط رقابتهم على اتفاق التحكيم الإلكتروني لاحقا[2].

إن الشرط الجوهري لإبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني هو اتفاق أطرافه على تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم الإلكتروني على أساس أن الرضا هو قوام العقد وأساسه، في أي عقد ولو كان إلكتروني[3].

على الرغم أن أساس اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني هو رضا الأطراف به، إلا أن بعض الأنظمة الخاصة بالتحكيم الإلكتروني تجعل من اللجوء إليه إجباريا، مثالها اللائحة الموحدة لمنظمة الإيكان، أين تجبر الأشخاص الذين يريدون تسجيل أسماء أو عناوين لمواقع إلكترونية قبول شرط التحكيم دون أن يمتد القبول إلى صاحب العلامة أو الاسم التجاري، استنادا إلى مبدأ نسبية آثار العقد.

بذلك ينعدم رضا راغب تسجيل اسم الموقع لقبول أو رفض شرط التحكيم الإلكتروني[4].

ينعقد العقد بما فيه اتفاق التحكيم الإلكتروني، بمجرد تبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين ويقصد بالتعبير عن الإرادة، الوسائل التي تتم من خلالها إخراج النية من عالم المشاعر والأفكار إلى حيز الوجود الخارجي، ولم تشترط أغلب التشريعات طريقة معينة للتعبير عن الإرادة، أين يمكن الإفصاح عنها بأي طريقة كانت[5].

---

[1]– محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، المرجع السابق، ص 164.

[2]– صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 406.

[3]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 140، أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص 57، خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 311.

[4]– سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 91.

Emmanuelle LETOURNEAU, nome de domaine, la résolution des conflits sous la politique de règlement uniforme de L'ICANN, disponible sur le site internet:
http://WWW.JURISCON.NET/pro/2/ndm

تم الإطلاع عليه بتاريخ 25-04-2017، على الساعة 22:30.

[5]– تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر، على أن «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا...».

لما كان اتفاق التحكيم الإلكتروني يتم عبر الوسائط الإلكترونية، فإن تطابق إرادتي طرفي الاتفاق لاختيار التحكيم الإلكتروني طريقا لحل المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية لابد أن تتم بذات الطريقة الإلكترونية، مع التقاء الإيجاب مع قبول مطابق له، للجوء إلى التحكيم كوسيلة لحزم النزاع، سواء كان النزاع حالا أم محتملا[1].

لا يختلف الإيجاب والقبول الإلكتروني عن الإيجاب والقبول التقليدي إلا في الخصوصية التي يتمتع بها الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني، من ثم يكون من الضروري التطرق إلى كل من الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني[2].

1- الإيجاب الإلكتروني

يعرف الإيجاب عموما على أنه «*تعبير نهائي جازم، قاطع الدلالة على اتجاه إرادة من صدر منه إلى قبول التعاقد وفقا لشروط معينة*»[3]، ويعتبر الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود فلإتمام عقد معين يلزم أن يبدأ أحد الأطراف بعرضه على الطرف الآخر[4].

لا يخرج تعريف الإيجاب الإلكتروني في مضمونه عن تعريف الإيجاب التقليدي من حيث المبدأ إلا من حيث مراعاته لخصوصية العقد الإلكتروني في الانعقاد عن بعد، فلفظ الإلكتروني إذا ما أضيف إلى الإيجاب لا ينال من أصله أو من المعنى المراد منه، فهو مجرد وصف لا أكثر، فوصف الإيجاب بالإلكتروني لا يغير من ذاتية الإيجاب لمجرد أنه تم عبر شبكة اتصالات إلكترونية[5].

---

[1]- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008 ص 58، محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 127.

[2]- محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 188.

[3]- محمود جمال الدين ذكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، بدون ناشر، 1978، ص 77، نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، مصادر الالتزام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 46.
Jacques GHESTIN, Traité de droit civil, La formation du contrat, 3éme éd, LGDJ, Paris, 1993, p 260.

[4]- عمرو محمد المارية، عقد البيع الإلكتروني، أحكامه وأثاره، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 232، أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص 59.

[5]- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ص 178.

لا يوجد تعريف خاص للإيجاب الإلكتروني يختلف في مضمونه عن تعريف الإيجاب التقليدي، إلا في الوسيلة المستخدمة للتعبير عنه[1]، أين يتم بوسائل إلكترونية، ذلك أنه يتم التعبير عن الإيجاب بأية وسيلة تروق الموجب ولا تثير شكا في دلالتها على التراضي ولو بصيغة رقمية[2].

لقد عرفت الغرفة التجارية والصناعية لباريس *CCI* الإيجاب الإلكتروني على أنه «*كل اتصال عن بعد يحتوي على كل العناصر اللازمة التي تمكن المرسل إليه من الموافقة مباشرة على الدخول في العقد*»[3].

كما تم تعريفه بمقتضى التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين رقم 97-7[4] بأنه «*كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة و يستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان*»[5].

كما أن البند 3/2 من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية والملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي نص على أنه «*تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمنت إيجابا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ما داموا معرفين على نحو كاف وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة إلكترونيا بوجه عام، ما لم يشر إلى غير ذلك*»[6].

---

[1]– «يختلف الإيجاب الإلكتروني عن التقليدي في أنه يتم باستخدام وسيط إلكتروني ومن خلال شبكة الإنترنت وهذا الاختلاف جعله يتمتع بخصوصية تثير جملة من المشكلات النوعية بسبب خطورة الآثار المترتبة عليه، إذ أن مجرد النقر CLICK على الفأرة بقبول مطابق يعني موافقة القابل على إبرام العقد»، فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 73.

[2]– بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 148.

[3]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 144.

[4]- Directive N°1997/7 EC, du 20-05-1997.

[5]– أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 69، نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية دار الثقافة، عمان، 2005، ص 35.

[6]– أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 249، عمرو محمد المارية، المرجع السابق، ص 237.

أما الفقه فقد عرف الإيجاب الإلكتروني بالقول أنه «*تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة*»[1].

يشترط في الإيجاب الإلكتروني أن يكون واضحا وباتا، لا يحتمل التأويل أو الغموض، ولا يتضمن تحفظا[2]، وأن يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، فإذا لم يتضمن الإيجاب أو العرض تحديدا واضحا لعناصر العقد، فإنه لا يعتبر إيجابا، بل مجرد دعوة للتعاقد[3].

كما يتعين أن يتضمن الإيجاب الإلكتروني البيانات التي تدل على هوية الموجب، وجميع ما يفيد تحقيق قناعة القبول للطرف الآخر، مما يؤدي إلى العلم الكافي للمستهلك[4]، كما يشترط أن يكون الإيجاب واضحا تاما ومحددا، لا يشوبه غموض، وأن يكون باتا لا رجعة فيه من جانب الموجب[5].

كما أن الإيجاب الإلكتروني قد يكون إيجابا خاص موجه إلى أشخاص محددين، وهو يتم في الغالب في عروض التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني، أو برنامج المحادثة، وقد يكون موجه إلى العالم الطليق، أي إيجابا موجه عاما، وهو ما يتم في حالة التعاقد عبر مواقع الويب التجارية[6].

---

[1]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 259، محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 144.

[2]– أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص 62.

[3]– «إن الإيجاب الذي يعتد به لكي يكون مقبولا عبر شبكة الإنترنت يجب أن يتجاوز كل مراحل المفاوضات أو الدعوة للتعاقد ليكون في شكل جازم وبات»، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق ص 167، سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 138.
Monique BANDRAC, Frédéric GUENIN, op.cit, p 04.

[4]– طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص 126، جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 76.
Thibault VERBIEST, op.cit, p 95.

[5]– محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 131، نصار محمد الحلالمة، المرجع السابق ص 218.

[6]– ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق، ص 203، محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 42.

إن الإيجاب الذي يتم التعبير عنه بطريقة إلكترونية يكون ملزما لصاحبه، فإذا اقترن به قبول انعقد العقد، وإن إبرامه بطريقة إلكترونية ليست حجة للتنصل منه[1].

للموجب في الإيجاب الإلكتروني كما في الإيجاب التقليدي الرجوع عن إيجابه، ويكون ذلك بسحبه من موقع عرضه على شبكة الإنترنت، بشرط أن يعلن عن رغبته في الرجوع عن الإيجاب، فيعدم بذلك أثره القانوني، إلا إذا كان الإيجاب مقترنا بأجل للقبول، ففي هذه الحالة يكون ملزما، إلا أن العدول لا يكون له أي أثر قانوني إلا إذا علم به الموجب له، ويقع عبئ الإثبات على الموجب[2].

أما إذا ما تم سحب الإيجاب من شبكة الإنترنت، فهذا يعتبر إنهاء له، لأن الوسيط الإلكتروني لم يتيح للمتعاقدين إمكانية الإطلاع عليه، إلا أن اختفاء الإيجاب لأسباب تقنية أو فنية في الشبكة أو جهاز الحاسوب، فهذه أسباب لا علاقة لها بالموجب، ولا تعتبر عدولا أو سحبا للإيجاب، وإنما يبقى قائما، ما دام أن الحدث ليس إنهاء للإيجاب[3].

إلا أن البعض يرى أنه إذا كان الإيجاب وفقا للقواعد العامة لا يكون ملزما إلا باقترانه بميعاد صريح أو ضمني، إلا أن الوضع يختلف في الإيجاب الإلكتروني، ذلك أنه يتعين على الموجب تحديد ميعاد معين لصلاحية إيجابه، مع إعلام الموجب له بهذا الوقت[4].

أما الإيجاب المقصود في اتفاق التحكيم الإلكتروني هو ذلك العرض الذي تتحد فيه العناصر الجوهرية لإنفاق التحكيم الإلكتروني، والذي يكون باتا في دلالته على إرادة التعاقد من صاحبه، والمتمثلة في تنحية سلطة الفصل في النزاع القائم بشأن عقود التجارة الإلكترونية عن ولاية القضاء وإسناد مهمة الفصل فيه إلى هيئة تحكيم إلكترونية، مع تحديد هذا النزاع[5].

---

[1]– عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 231 سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 144.

[2] -Lionel BOCHURBPERG, internet et commerce électronique, Delmas, 1999, p114.

تنص المادة 63 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر على أنه «إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة» .

[3]– عمرو محمد المارية، المرجع السابق، ص 248، محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 63.

[4]– خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 321.

[5]– عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 212، ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 718.

أما غير ذلك من العناصر كتشكيل هيئة التحكيم أو الإجراءات أو القواعد الموضوعية التي تطبقها، فلا تعد من المسائل الجوهرية لتكوين الإيجاب، ذلك أنه وضعت حلولا لها في حالة عدم الاتفاق عليها، لكن إذا تضمنت المراسلة الإلكترونية اشتراط الاتفاق على هذه المسائل كلها أو بعضها فإن هذه الرسالة تكون مجرد دعوة للاتفاق على التحكيم الإلكتروني، وليس إيجابا له[1].

قد يتم توجيه الإيجاب في اتفاق التحكيم الإلكتروني، كبند أو شرط في العقد الإلكتروني الأصلي، فإن الراغب في التعاقد بضغطه على أيقونة أوافق، فإنه يقبل جميع شروط العقد بما فيه الشرط المتضمن الإيجاب لعرض النزاع على التحكيم الإلكتروني، إلا أن إدراج شرط التحكيم في هذه الحالة يعني انصرافه في المنازعة الناشئة عن هذا العقد دون غيرها[2].

2- القبول الإلكتروني

وفقا للقواعد العامة لا يكفي لانعقاد العقد توافر الإيجاب لوحده، بل يجب أن تقابله إرادة عقدية أخرى تتضمن قبولا لهذا الإيجاب، فالقبول هو الإرادة الثانية في العقد الصادرة ممن وجه إليه الإيجاب[3]، ويشترط أن يتضمن القبول النية القاطعة في التعاقد دون قيد أو شرط، وتوافر الشروط المتعلقة بوجود الإرادة واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني، فإذا صدر قبول من المتعاقد يزيد أو ينقص أو يعدل من الإيجاب، فإنه يعتبر إيجابا جديدا[4].

يجب أن يصدر القبول مطابقا للإيجاب، والمقصود بتطابق الإيجاب والقبول في هذا المعنى ليس تطابقها في كل المسائل التي تدخل في العقد، بل تطابقهما بشأن المسائل الجوهرية وعدم اختلافهما في شأن المسائل التفصيلية[5].

---

[1]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 396.

[2]- محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 190، ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 997.

[3]- محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 192، درار نسيمة، واقع المسؤولية المدنية في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2011، 2012 ص 40.

[4]- تنص المادة 66 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر، على أنه «يعد القبول الذي يغير من الإيجاب إيجابا جديدا».

[5]- مناني فراح، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 88.

يعرف القبول بأنه «*التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بارتضائه العرض الذي تقدم به الموجب*»[1].

إن القبول الإلكتروني لا يخرج عن مضمون تعريف القبول التقليدي، إلا أنه يتم عبر وسائط إلكترونية[2] من خلال شبكة الإنترنت، فهو قبول عن بعد، يخضع لنفس القواعد والأحكام التي تنظم القبول التقليدي، وإن كان يتميز ببعض الخصوصية التي تعود لطبيعته الإلكترونية[3].

لقد نص القانون التجاري الأمريكي الموحد على شرط تقديم القبول بنفس طريقة وصول الإيجاب كما يشترط أن يكون القبول نهائيا يعكس رغبة جادة حقيقية في إحداث الأثر القانوني الناشئ عن تلاقيها مع الإيجاب[4].

إذا كان السكوت وفقا للقواعد العامة لا يصلح تعبيرا عن إيجاب، فإنه على العكس من ذلك قد يصلح أن يكون قبولا[5]، إلا أن السكوت واتخاذ موقف سلبي لا يدل على إرادة معينة، ولا يعتبر قبولا إلا إذا لا بسته ظروف معينة تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر ردا على إيجابه[6].

---

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 109، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 178.
Jacques GHESTIN, op.cit, p 273, Patrick THIEFFRY, Commerce électronique international et européen, Litec, Paris, 2002, p 188.

[2]– درار نسيمة، المرجع السابق، ص 40.

[3]– تنص المادة 3/206 من القانون الأمريكي المسمى UCC Uniform Computeur Information Transactions Act 2000, USA على أن «التعبير عن الإرادة في القبول يتم بالطريقة ذاتها في عرض الإيجاب وبالتالي إذا أرسل الإيجاب عن طريق البريد الإلكتروني، أو عبر موقع الويب، فيجب على القابل أن يعبر عن قبوله بالطريقة ذاتها»، هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص 200.

[4]– شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 189، هبة تامر محمود عبد الله، المرجع السابق، ص 178
Jill POOLE, op.cit, p 41, Benjamin WRIGHT, Jane WINN, op.cit, p 817.

[5]– تنص المادة 68 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر، على أنه «إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب، ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه».

[6]– فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 93، عمرو محمد المارية، المرجع السابق، ص 260.

اقترح أغلبية الفقه اعتماد نظام تأكيد القبول *Double clic*، والمقصود به أن يتم القبول على مرحلتين، أين تظهر بداية الصفحة التي تتضمن شروط العقد فيتم الضغط على أيقونة القبول، ثم تظهر رسالة على شكل سؤال لتأكيد قبول العقد، فبمجرد الضغط على أيقونة القبول ينعقد العقد[1] .

أما فيما يتعلق باتفاق التحكيم الإلكتروني، فإن القبول يتم بنفس الطريقة التي يتم بها القبول في العقود الإلكترونية، وينطبق عليه نفس الأحكام، إذ أن اتفاق التحكيم الإلكتروني يتم إبرامه إذا صادف الإيجاب المتضمن ذلك الاتفاق قبولا من الطرف الثاني بنفس الطريقة التي تم بها الإيجاب[2].

كما هو الحال بالنسبة للقبول عموما، فإن قبول اتفاق التحكيم الإلكتروني يجب أن يكون مطابقا للإيجاب مطابقة تامة في كل ما تناوله من مسائل سواء كانت جوهرية أو ثانوية وأن يتم القبول في الميعاد المحدد لذلك[3].

أما إذا عرض أحد الطرفين من خلال إحدى وسائل الاتصال الحديثة على آخر تسوية النزاع القائم بشأن عقد التجارة الإلكتروني المبرم بينهم عن طريق التحكيم الإلكتروني، فرد الطرف الآخر موافقا على أن تضاف مسألة أخرى، فإن رده لا يعتبر قبولا ولا ينعقد به اتفاق التحكيم الإلكتروني، بل يعتبر إيجابا جديدا معدلا للإيجاب الأول يستوجب قبوله من الطرف الآخر[4].

يتحقق التراضي في اتفاق التحكيم الإلكتروني بالتعبير عن إرادة طرفي التحكيم، أين يدرج التاجر في عقود التجارة الإلكترونية شروط التعاقد على موقعه الإلكتروني، والتي من بينها شرط

---

[1] – سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 177.

Monique BANDRAC, Frédéric GUENIN, op.cit, p 04.

[2]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق ص 148.

[3]– عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 212، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 88.

[4]– «إذا صدر الإيجاب متضمنا مبدأ التحكيم وموضوعه، محتفظا بالمسائل الأخرى التفصيلية، كاختيار هيئة التحكيم أو تحديد الإجراءات والقواعد الموضوعية، لاتفاق لاحق، ووافق الطرف الموجه إليه الإيجاب مع تحديد هذه المسائل على نحو معين، فإن هذه الحالة لا تعتبر قبولا، وإنما إيجابا جديدا نظرا لعدم مطابقتها للإيجاب الأول»، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 398.

التحكيم الإلكتروني، فإذا أراد الطرف الآخر إبرام العقد، فإنه يقوم بالضغط على أيقونة تتضمن عبارة تفيد القبول مثل «*أنا أقبل*» أو «*أضف إلى السلة*»، وهذا عمل إيجابي يفيد القبول بالعقد وشرط التحكيم الإلكتروني في آن واحد[1].

لكي يعتد بالضغط على الأيقونة التي تفيد القبول ينبغي أن يكون الزائر قد إطلاع على جميع شروط العقد بما فيها شرط التحكيم الإلكتروني، مع الإشارة باعتماد أغلب الفقه بطريقة القبول المزدوج[2].

ثانيا– وسائل التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم الإلكتروني

تتعد صور التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم الإلكتروني شأنه شأن سائر العقود الإلكترونية الأخرى، سواء من قبل الموجب أو القابل، فقد يتم التعبير عن الإرادة عن طريق البريد الإلكتروني، أو عن طريق موقع الشبكة، أو عن طريق المحادثة أو التنزيل[3].

1– التعبير عن الإرادة عبر شبكة الموقع الإلكتروني *Le Site Web*

تعتبر الشبكة العنكبوتية العالمية *Word Wide Web* والتي يرمز لها اختصارا بـ *WWW* من أهم الخدمات التي يقدمها الإنترنت على الإطلاق[4]، وهي أغنى المصادر المعلوماتية بما تحتويه من معلومات، وتعرف الشبكة العالمية على أنها «طريقة الوصول لتبادل المعلومات عبر

---

[1]– بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 44، محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 157.

[2]– ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 998، شادي رمضان طنطاوي،المرجع السابق، ص 191.
Penda NDIAYE, op.cit, p 145.

[3]– إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 218.
Lionel THOUMYRE, op.cit, p 14.

[4]– محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 29، لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 65.
«Le nom de domaine est constitué d'un préfixe, un radical. Et un suffixe, le préfixe se présent sous la forme http://www au plus simplement "www" le préfixe hyper test transfert Protocol http, désigne un protocole de communication fondé sur l'hypertexte, l'adresse est en suite constituée d'un radical au SLD (Second Level Domain) véritable identifiant du nom de domaine et qui est à l'origine des conflits il est formé d'une suite de lettre, et le cas échéant, intégrer des chiffres, l'adresse est ensuite constituée d'un suffixe, qui caractérise le site dans son activité au dans la zone géographique de son lieu d'hébergent », Romain V. GOLA, op.cit, p 38.

استخدام الإنترنت ومحركات البحث»[1].

غالبا ما يخلط البعض بين مفهوم الموقع والإنترنت، فالموقع ليس بمرادف للإنترنت، لكنه وسيلة من ضمن وسائل الاتصال التي تقدم عبر شبكة الإنترنت، وقد يحتاج المستخدم من أجل الوصول للموقع الذي يريده إلى استخدام برنامج تصفح *Browser*، ومن أهم هذه البرامج *Microsoft Office Live, Google Reader, Alta Vista, Internet Explorer*، ومن ثم فإن معنى الإنترنت أوسع من معنى موقع الويب[2].

يتميز التعاقد من خلال الموقع الإلكتروني بالإيجاب الدائم من قبل صاحب الموقع[3]، أين يتم عرض الشروط العامة للتعاقد على المستهلكين بصورة آلية من خلال البرنامج الذي يقوم بإدارة الموقع أين يقوم البرنامج بالتعاقد مع المستهلك دون الحاجة لتواجد صاحب الموقع بنفسه[4].

إن التعبير الإلكتروني عن الإرادة عبر مواقع الويب قد تتم بالكتابة أو بالنقر على أيقونة الموافقة الموجودة في لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر الشخصي، أو بالضغط على الفأرة في الخانة المخصصة لذلك في صفحة الويب[5].

إن طريقة التعاقد عبر مواقع الويب تسمى *OK BOX*، فبمجرد اختيار المستهلك السلعة المعروضة على الموقع، والضغط على أيقونة الموافقة، تظهر تلقائيا صفحة أخرى تتضمن عقد نموذجي غير قابل للمناقشة أو التفاوض بشأنه، وهو عبارة عن شروط وبنود التعاقد، والتي من

---

[1]– عرف المشرع الجزائري خدمة الويب الواسعة النطاق بمقتضى المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 98–257 المؤرخ في 25–08–1998، المتضمن ضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها، بالقول «هي خدمة تفاعلية للإطلاع أو احتواء صفحات متعددة الوسائط، نصوص، رسوم بيانية، صوت أو صورة موصولة بينها عن طريق صلات تسمى نصوص متعددة».

[2]– محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 30،

[3]– سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 70.

[4] - Yves POLLET, La conclusion du contrat par agent électronique, Chiers du CRID, n°17, p 132, sur le site internet :
http://www.crid.be/pdf/public/4657.pdf

تم الإطلاع عليه بتاريخ 23–03–2018، على الساعة 18:26.

[5]– بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 44، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 219.

بينها شرط يبين كيفية تسوية النزاع الذي قد يقوم بشأن العقد، والقانون الواجب التطبيق[1].

يتعين على المتعاقد الإطلاع على العرض وبياناته وشروطه[2]، والتي من بينها شرط التحكيم الإلكتروني قبل إبداء موافقته من خلال الضغط على أيقونة الموافق، ويجب أن يكون الموقع مصمم بطريقة تظهر العقد النموذجي بصورة واضحة مقروءة، وأن تكون أيقونة القبول مرتبطة بالعقد النموذجي، ويستوي أن يكون شرط التحكيم الإلكتروني ضمن الشروط العامة للعقد النموذجي، أو أن يرد بشكل بارز ومتميز عنها، طالما أنه لم يتم إخفاؤه[3].

كانت عملية الموافقة على العقد الإلكتروني بما فيها شرط التحكيم الإلكتروني تتم من خلال الضغط مرة واحدة على الأيقونة المخصصة للقبول، إلا أنه قد يتم الضغط على هذه الأيقونة سهوا أو خطأ أو عن غير قصد[4].

من ثم أصبحت أغلب المواقع الإلكترونية للشركات التجارية مزودة ببرنامج معلوماتي يعبر عن الرغبة الجادة في إبرام العقد من خلال الضغط مرتين على أيقونة القبول[5] *Double Click* وليس بلمسة واحدة، ويطلق على هذه اللمسة «اللمسة الأخيرة للقبول»[6]، *Clic final d'acceptation*.

كما قد يتم تأكيد القبول عن طريق رسالة عبر البريد الإلكتروني، أو أن يتخذ الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول، كالإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل مثل تحديد محل إقامته، أو كتابة بعض البيانات الخاصة التي تظهر على شاشة الكمبيوتر كرقم ونوع بطاقته الائتمانية.

---

[1]– محمد عبد العزيز المنسي، المرجع السابق، ص 172، شادي رمضان إبراهيم، المرجع السابق، ص 195.

[2]– إن أغلب المواقع الإلكترونية تضع الشروط العامة للتعاقد من خلال عقد نموذجي، مثل موقع أمازون الشهير.

[3]– ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 1000، محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 150.

[4]– «لا ترتب النقرة الأولى أي أثر قانوني، فلا تعتبر قبولا من المستهلك، ولا يمكن اعتبارها تعبيرا عن إرادته وإنما هي مجرد مرحلة وقائية»، أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق ص 82 .

[5]– درار نسيمة، المرجع السابق، ص 41، حسين منصور، المرجع السابق، ص 58.

[6] -Murielle CAHIN, le consentement sur internet, disponible sur le site intrnet: http://www.droit-intic.con

تم الإطلاع عليه بتاريخ 03-05-2017 على الساعة 02:07.

يمكن أن يتم التعبير عن الموافقة باستخدام بعض الإشارات والرموز التي أصبحت متعارفا عليها بين مستخدمي شبكة الإنترنت، كالوجه المبتسم للدلالة على الموافقة، والوجه الغاضب للدلالة على الرفض[1].

تعتبر شبكة الويب من أكثر الطرق استعمالا من قبل مراكز التحكيم التي تدير أعمالها بطريقة إلكترونية، أين تعرض خدماتها من خلال موقعها[2].

2- التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني *E-mail*

يقصد بالبريد الإلكتروني تبادل الرسائل بين الأطراف لكن بطريقة إلكترونية، وقد تم تعريفه بالقول أنه «*المستندات التي يتم إرسالها أو استلامها بواسطة نظام اتصال بريدي إلكتروني وتتضمن ملحوظات مختصرة ذات طابع شكلي حقيقي*»[3].

لقد أصبح البريد الإلكتروني من الوسائل الشائعة في إبرام العديد من عقود التجارة الإلكترونية، أين يشترك البريد الإلكتروني مع البريد العادي في كون أن المرسل يفقد السيطرة على الرسالة بمجرد إرسالها، فتفقد السيطرة عليها ولا يمكن استردادها[4].

تتم عملية إرسال البريد الإلكتروني إلى ظرف آخر من خلال عنوان بريده الإلكتروني الذي يتكون من ثلاثة أجزاء، الجزء الأول هو اسم الدخول *Login name*، والثاني علامة @ والثالث اسم الحقل لذلك الشخص *Domain Name*.

تتم عملية التعبير عن الإرادة بواسطة البريد الإلكتروني من خلال قيام الشخص بالدخول إلى أي عنوان يرغب في إرسال رسالة إلكترونية إليه، أين يقوم بكتابة عنوان المرسل إليه على

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 171.

[2]- رضوان هاشم حمدون الشريفي، المرجع السابق، ص 43، أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص 83.

[3]- عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2005 ص 54.

[4]- عمر محمد بن يوسف، أشهر المبادئ المتعلقة بالإنترنت في القضاء الأمريكي، موسوعة التشريعات العربية دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 395.

Maxence ABDELLI, Courier électronique et contrat en ligne, Sur le site internet : http://www.journaldunet.com/juridique/juridique050621.shtml

تم الإطلاع عليه بتاريخ 07-10-2017، على الساعة 01:25.

الشبكة، تم الضغط على مفتاح الإرسال، فيقوم برنامج البريد الإلكتروني الخاص به بإرسال الرسالة إلى الخادم *Mail server* الذي يقوم بتوصيل الرسالة إلى جهاز المرسل إليه، ليتم تخزينها في صندوق بريده الذي يسمى الوارد *Inbox* ، فيستطيع المرسل إليه قراءة الرسالة بمجرد فتحه لصندوق بريده، وكذا الرد عليها[1].

نظرا لاختلاف مكان تواجد الأطراف المتراسلة عبر البريد الإلكتروني، كان لابد من اعتماد نظام زمني موحد لتجنب احتمال أي لبس حول وقت وزمان إبرام العقد الإلكتروني، لذلك تم اعتماد نظام عالمي زمني يسمى توقيت جرينتش يرمز له بالرمز *GMT*[2].

انطلاقا من ذلك فإنه إذا أراد شخصا إبرام اتفاق تحكيم إلكتروني، فإنه يرسل رسالة إلكترونية عبر البريد الإلكتروني إلى الطرف الأخر، فإذا وافق الطرف الأخر وعبر عن مرافقته بنفس الطريقة تحقق الرضا بقبول التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية النزاع الناشب بين الطرفين[3].

3- التعبير عن الإرادة عبر المحادثة أو المشاهدة *Vidéo – Conférence*

يمكن التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة الكتابية، أين يتم تبادل الكتابة بين الطرفين بطريقة مباشرة، أين يرسل مل منهما للآخر رسالة ويستقبل منه الرد مباشرة، وهو ما يسمى بنظام المحادثة.

يشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان متصلين بأحد أجهزة خدمة *"IRC" Internet Replay Chat*، فيقوم البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية إلى جزأين، أين يقوم الطرف الأول بالكتابة على جزء من الثالثة، ليرى في نفس الوقت ما يكتبه الطرف الآخر في الجزء الثاني[4].

لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية المرجع السابق، ص 63.

Lillian EDWARDS, Charlotte WAELDE, Law and internet framework of electronic commerce HARF publishing Oxford, Second edition, 2000, p 05.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 170.

[3]- جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق،ص 79، رضوان هاشم حمدون الشريفي، المرجع السابق، ص 42.

[4]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 219، محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 175.

كما أن هناك من البرامج التي تتيح للأطراف بتبادل الحديث عن طريق المحادثة والمشاهدة معا، بشرط أن يكون جهاز الكمبيوتر مجهز بكاميرا رقمية، وهو ما يسمى بغرف المحادثة بالصورة والصوت *Vidéo - Conférence* ، ويمكن التعبير عن الإرادة في هذه الحالة باستخدام الإشارة المتداولة عرفا[1].

تعتبر هذه الوسيلة فعالة في التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم الإلكتروني بل تلعب دورا مهما في إدارة جلسات التحكيم الإلكتروني، أين تسمح بتبادل المستندات والرسائل[2].

4- التعبير عن الإرادة عن التنزيل عن بعد *Téléchargement*

يقصد بمصطلح التنزيل عن بعد *Téléchargement*[3]، نقل أو استقبال أو تنزيل أحد الرسائل أو البرامج أو البيانات عبر الإنترنت إلى الكمبيوتر الخاص بالعميل، وهو ما يسمى في التجارة الإلكترونية بالتسليم المعنوي، كتحميل الكتب أو الأغاني، وهو عكس التحميل عن بعد *Upload*، الذي يقصد به إرسال ملف أو برنامج إلى جهاز كمبيوتر آخر[4].

ثالثا- عيوب الإرادة في اتفاق التحكيم الإلكتروني

يخضع اتفاق التحكيم الإلكتروني فيما يتعلق بعيوب الإرادة، للقواعد العامة، سواء فيما يتعلق بمقومات وجودها أو بالنسبة للآثار المترتبة عليها، فلا يكفي لصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني تمتع أطرافه بالأهلية القانونية، بل يجب أن تكون إرادتهم سليمة خالية من عيوب الرضا[5].

---

[1]- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 79.

[2]- أحمد صدقي محمود، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 45.

[3]- مصطلح Téléchargement بالفرنسية يقابله Downloding بالإنجليزية .

[4]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 219، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 195.
« التعبير عن الإرادة بواسطة التنزيل عن بعد يعبر عنه باتخاذ موقف لا تدع الظروف شكا في دلالته، أين يقوم الموجب بعرض نسخة من فيلم سينمائي أو أغنية أو كتاب، فيقوم الموجب إليه بإدخال رقم بطاقته الائتمانية في المكان المخصص له في الشاشة، ليقوم الموجب بعد تحويل الأموال إلى رصيده بنقل المبيع إلى جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب إليه عبر الإنترنت»، خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 172.

[5]- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 292.

1- الغلط

يعرف الفقه الغلط[1]على أنه «*حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها*»[2].

إن الغلط الذي يعيب إرادة التعاقد، هو ذلك الغلط الذي يحدث عند تكوين الإرادة في ذهن صاحبها، ذلك أن يتوهم أمرا على خلاف الواقع، ويقع هذا الغلط في صفة جوهرية في الشيء محل الالتزام، أو في ذات المتعاقد، أو صفة جوهرية من صفاته[3]، وأن يتصل ذلك الغلط بعلم المتعاقد الآخر[4].

لا يختلف عيب الغلط في العقود الإلكترونية عن ما هو الحال في العقود التقليدية، فهو أمر متصور حدوثه مهما كان طبيعة العقد، فالغلط في العقود الإلكترونية قد يقع على ماهية العقد، كما يقع في محل العقد أو على سببه، وهناك الغلط الذي يصيب الرضا، فيعيب الإرادة وهو غلط جوهري بحيث لا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل بالمتعاقد الآخر[5].

غالبا ما يرجع وقوع المتعاقد في العقود الإلكترونية في الغلط بسبب البعد المكاني بين الأطراف، إلا أنه لا يمكن حصر أنماط أو صور الوقوع في الغلط، شأن ذلك شأن ما يحدث في

---

[1]- لم يعرف المشرع الجزائري الغلط كعيب من عيوب الإرادة، بل ترك ذلك للفقه والقضاء.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، المرجع السابق، ص 251، محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص 162، ميكائيل رشيد علي الزيباري المرجع السابق، ص 510.

[3]- نصت المادة 82 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر، على أنه «يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، على أن الغلط يعتبر جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية، إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد».

[4]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 185.

[5]- خالد حمدي عبد الرحمن، التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005 ص 138، ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق، ص 514.

العقود التقليدية، وكمثال عن ذلك أن يرتكب المستخدم خطأ بشأن الخانة التي يضغط عليها فيجد نفسه عن طريق الخطأ قد ضغط على أيقونة الموافقة دون أن تكون له نية التعاقد[1].

كما تعتبر صفة عدم الخبرة أو عدم الاحتراف في المعاملات الإلكترونية عنصرا جوهريا في قبول إدعاء المتعاقد بالوقوع في غلط جوهري، إلا أنه لا يقبل التمسك بذلك من طرف متعاقد متخصص في ذلك المجال[2]، أو ثبت أن المعلومات كانت كافية لتفادي الوقوع في الغلط، أو أن مدعي الغلط لم يقم بالاستعلام أو التعاون للوصول إلى الغاية المرجوة[3].

كثيرا ما يقع الغلط في مجال العقود الإلكترونية بسبب العرض الناقص للمنتجات أو الغلط في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته، مثالها الغلط في اسم الموقع المراد التعامل معه الذي قد يختلط في ذهن المتعاقد مع موقع آخر[4].

أما الغلط في إبلاغ الرسالة الإلكترونية أو الإعلان عبر شبكة الإنترنت، فيرى البعض أنه وإن كان يبدو مجرد غلط مادي، إلا أنه لا يكون له دور في تكوين الإرادة، أين طرح بعد تكوينها، فلا يؤثر في تكوين العقد، بل يلتزم تصحيح هذا الغلط المادي، وأن هذا الغلط وإن نتج عنه غلط آخر حال دون تطابق الإرادتين.

إلا أن ذلك لا يمنع المتعاقد من الرجوع على مقدم الخدمة الإلكترونية بالتعويض، إذا كان الغلط في نقل الإرادة راجع إلى خطأ منه، أو لعيب في أجهزة الربط[5].

أما فيما يتعلق باتفاق التحكيم الإلكتروني، فلا مجال للحديث من الأصل عن الغلط في محل التعاقد، وهو إخراج النزاع من سلطان القضاء للفصل فيه عن طريق التحكيم الإلكتروني

---

[1]– فادي عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 99، نخالد حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 137.

[2]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 61.

[3]– «تم ظهور أنماط جديدة من الغلط قد يقع فيها المتعاقد الإلكتروني، وهي أكثرها أغلاط تقنية أو غير مقصودة كأن يباشر السير في إجراءات غير المطلوبة، أو أن اسم الموقع الذي تعامل معه هو غير المقصود» طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص 160.

[4]– لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية المرجع السابق، ص 101.

[5]– خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 187، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 239.

لأن ذلك المحل واحد لا يختلف من حالة إلى أخرى، كما أنه لا محل للغلط في القيمة، لأن محل اتفاق التحكيم الإلكتروني ليس قيمة مالية تقبل الزيادة أو النقصان[1].

إن أكثر الحالات وقوعا في مسائل التحكيم عموما بما في ذلك التحكيم الإلكتروني، هو الغلط في شخص المحكم أو في صفة من صفاته، فعيب الغلط كثير الوقوع حول مركز التحكيم المختار من جانب الأطراف أو تحقق حياد وكفاءة المحكمين[2].

لقد أكدت محكمة النقض الفرنسية بأن عدم علم طرف من أطراف اتفاق التحكيم بالعلاقة القائمة بين محكم متفق عليه وبين الطرف الآخر يشكل غلطا، ويمكن أن يشكل غشا في حالة اتصاله بوسائل احتيالية لإخفاء هذه الروابط عن الطرف الآخر[3].

قد يتصور أن الغلط في صفة المحكم أو علاقته بالطرف الآخر يصعب تصوره في التحكيم الذي تشرف عليه مراكز التحكيم الإلكترونية، إلا أن هذه المراكز تتولى العملية التحكيمية عن طريق هيئة تحكيم تختار من قوائمها بواسطة طرفي التحكيم أو مركز التحكيم نفسه، وهذا لا يمنع من اكتشاف أحد طرفي التحكيم وجود علاقة بين الطرف الآخر وأحد المحكمين.

تجدر الإشارة أن الغلط الذي يعتد به لإبطال اتفاق التحكيم الإلكتروني هو الغلط الذي يعاصر إبرام الاتفاق ولم يكن لاحقا عليه، وأن يكون الغلط حاسما مؤثرا وجوهريا.

من ثم فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني إذا اقترن بغلط جوهري، واتصل به علم المتعاقد الآخر، يكون اتفاق التحكيم الإلكتروني قابلا للإبطال من الطرف الذي وقع في الغلط[4].

2- التدليس

التدليس هو «*إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد*»[5]، ويقترب التدليس من الغلط فإذا كان الأخير وهما تلقائي، فإن التدليس وهم بفعل شخص آخر، وللتدليس عناصر هي استعمال

---

[1]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 403.

[2]- أحمد بلقاسم، المرجع السابق، ص 142، نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 45.

[3]- صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 411.

[4]- جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 83.

[5]- تنص المادة 86 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر، على أنه «يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد» .

طرق احتيالية، وأن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد، وضرورة اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر[1].

إن التدليس في العقد الإلكتروني لا يختلف عن التدليس في العقد التقليدي، بل أنه متصور أكثر في العقود الإلكترونية نتيجة الكذب في الإعلانات والدعايات الإلكترونية طالما تجاوزت الحد المألوف، وكان مؤثرا في إرادة المدلس عليه ودافعا إلى التعاقد، فيعطي للمدلس عليه الحق في طلب إبطال العقد لتعيب إرادته[2].

يحتل التدليس مكانة هامة في مجال العقود الإلكترونية، نظرا لقدرة بعض المحتالين والمحترفين في المجال الإلكتروني على اختراق النظام المعلوماتي لشبكة الإنترنت، وإساءة استعمالها[3].

إن طرق الغش والتدليس في عقود التجارة الإلكترونية كثيرة ومتنوعة، ومن أهمها إنشاء موقع وهمي، إلا أنه يمكن الحد من ظاهرة الغش والتدليس في التعاقد الإلكتروني عن طريق دور جهات التوثيق الإلكتروني أو مقدم خدمة التوثيق، فدورها لا يقتصر على مجرد التأكد من صحة صدور الإرادة العقدية الإلكترونية إلى منشئها، بل التأكد من جدية هذه الإرادة وبعدها عن وسائل الغش والتدليس[4].

يكون ذلك من خلال تتبع تلك الجهات للمواقع الإلكترونية والتحري عنها، فإذا تبين لها أنه موقع وهمي أو عدم توافر الثقة والأمان في إحدى المواقع، تقدم بإرسال رسائل تحذيرية للمتعاملين بذلك الغرض، أو أن ذلك الموقع غير مسجل لدى المنظمة العالمية للملكية الفكرية *WIPO*، أو غير مقيد لدى إحدى شركات الإنترنت المكلفة بتسجيل أسماء المواقع *ICANN*[5].

---

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 176، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 273.

[2]– خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 182، خالد حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 140، لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 103، أحمد بلقاسم، المرجع السابق، ص 156.

[3]– أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 111، أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص 108.

[4]– ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق، ص 519.

[5]– فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 103.

3- الإكراه

يعرف الإكراه على أنه «*ضغط تتأثر به إرادة الشخص، فيندفع إلى التعاقد*»، والإكراه نوعان الأول مادي يعدم الإرادة تماما، وثاني معنوي لا يعدم الإرادة لكنه ينال منها، كما أن للإكراه ثلاثة شروط هي أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة، وأن تكون الرهبة هي الدافعة إلى التعاقد، واتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر[1].

أما الإكراه في التعاقد الإلكتروني فإنه يصعب تصوره، لأن التعاقد الإلكتروني يتم بين غائبين وبواسطة وسائل إلكترونية، يفصل بينهما مكان، إلا أنه قد يمكن حدوثه بسبب التبعية الاقتصادية، أين يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط العوز الاقتصادي، إلا أنه لا يوجد ما يمنع وقوع الإكراه في العقود الإلكترونية، فقد يقع المتعاقد فريسة العديد من الفرضيات التي تنزع إرادته رهبة[2].

من ثم فإن الإكراه الذي يبطل العقد التجارة الإلكتروني الأصلي تؤدي بالضرورة إلى إبطال اتفاق التحكيم الإلكتروني، على نحو يخرج معه الأمر من نطاق تطبيق مبدأ استقلال شرط التحكيم الإلكتروني، إلا إذا تم إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني بعد إبرام العقد الأصلي وزوال حالة الإكراه[3].

4- الاستغلال والغبن

يعرف الغبن بأنه «عدم التعادل بين ما يأخذه العاقد وما يعطيه»، أما الاستغلال فيعرف على أنه «*انتهاز ضعف المتعاقد الآخر والحصول منه على عقد معاوضة فيه غبن أو على عقد تبرع*»[4].

---

[1]- تنص المادة 88 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر، على أنه «يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق».

[2]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 239، جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 86.

[3]- أحمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 292، فادي عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 106، أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص 108.

[4]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 211، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 196.

أما في اتفاق التحكيم الإلكتروني فإنه قد يتصور استغلال ضعف في المتعاقد الآخر، إلا أنه لا يمكن تصور عدم وجود تعادل بين ما يأخذه أحد الأطراف وما يعطيه، ذلك أن شرط التحكيم الإلكتروني محله نزع الاختصاص عن قضاء الدولة للفصل في النزاع وعرضه على التحكيم الإلكتروني.

من ثم فإنه ينشئ التزامات متعادلة في مواجهة كل من الطرفين، إذ أن كل منها لا يلتزم بأكثر من عدم اللجوء إلى القضاء عند قيام النزاع، واللجوء إلى التحكيم الإلكتروني[1].

رابعا- تحديد زمان ومكان اتفاق التحكيم الإلكتروني

تعتبر مسألة تحديد زمان ومكان إبرام العقود الإلكترونية من أهم وأدق المسائل القانونية التي يثيرها التعاقد الإلكتروني، نظرا لما يترتب على ذلك من نتائج قانونية هامة[2].

إن تحديد لحظة انعقاد العقد ينبني عليها معرفة أهلية المتعاقدين لحظة الانعقاد، وهي اللحظة التي يصبح فيها العقد ملزما للجانبين، فلا يستطيع للموجب مثلا أن يسحب إيجابه أو أن يعدله، وهي اللحظة التي يرتب فيها العقد آثاره[3].

كما أن لتحديد مكان إبرام العقد أهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق، وتحديد المحكمة المختصة في حالة حدوث منازعة[4].

تكمن أهمية تحديد زمان وإبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني إضافة إلى ما سبق ذكره في تحديد نقطة بداية ترتيب اتفاق التحكيم لآثاره، والتي تتمثل في التزام الأطراف باللجوء لنظام

---

[1]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 407.

[2]- شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص 116، أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 257 محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 54، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 146.

[3]- «إن تحديد زمان إبرام العقد يترتب عليه معرفة الوقت الذي يحق فيه للمستهلك العدول عن التعاقد، وكذلك تحديد وقت انتقال الملكية، وتحمل تبعية الهلاك، وحساب بداية مواعيد التقادم وكذلك بالنسبة للعقود التي يبررها التاجر الذي يشهر إفلاسه»، صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 271، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 214.

Alain BEN SOUSSAN, op.cit, p 11.

[4]- بشار محمود دودين، محمد يحي المحاسنة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2006، ص 45، لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 110.

التحكيم الإلكتروني لفض منازعاتهم بدلا عن القضاء، كما أن تحديد مكان انعقاد اتفاق التحكيم الإلكتروني يكون ضروري لتحديد القانون الواجب التطبيق على الاتفاق في حالة حدوث نزاع حول إبرامه أو تنفيذه[1].

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، وبالتالي يمكن لإرادة الأطراف تحديد الحل الأمثل في تحديد زمان ومكان إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني عن طريق الاتفاق، إلا أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك يثير مشكلة[2].

1- زمان إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني

تكمن صعوبة تحديد وقت إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني في تحديد زمان وصول القبول والإيجاب إلى الطرف الآخر، ذلك أن الإرادة تنتقل عبر ترددات كهربائية يتم تشفيرها إلى ومضات تصل إلى جهاز الكمبيوتر لدى الطرف الآخر، فيصعب تحديد وقت وصول تلك الومضات[3].

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني قد يوصف أحيانا على أنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وتعاقد بين غائبين من حيث المكان، أين تعد برامج *chat* و *vidéo conférence* من أهم الأنظمة المتوفرة على الشبكة التي تمكن الطرفين المتعاقدين من التحدث وسماع كل منهما الطرف الآخر في آن واحد[4]، فنكون أمام مجلس عقد وتطبق قواعد التعاقد بين حاضرين زمانا[5].

أما بالنسبة للتعاقد عبر مواقع الويب، فقد يتم التعاقد في اللحظة التي يوافق فيها القابل

---

[1]-Thomas SCHULTZ, op.cit, p 70.

[2]- محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 162، محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 55، أحمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 259.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 375، فادي محمد عماد الدين توكل المرجع السابق، ص 116.

[4]- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 99، بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 180.

[5]- «بالنسبة للتعاقد عن طريق التفاعل المباشر، فإن الموجب يعلم بالقبول فور صدوره، دون أن تفصل فترة زمنية بين صدور القبول والعلم فنكون أمام تعاقد بين حاضرين»، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق ص 249.

بالضغط على أيقونة القبول، أو كتابة عبارة تفيد الموافقة، فهنا نكون أمام تعاقد بين حاضرين[1].

كما يمكن أن يتأخر علم الموجب بالقبول، فالعبرة بعلم الموجب نفسه، وليس علم البرنامج الذي يتولى إدارة الموقع وتلقي القبول[2]، ففي هذه الحالة نكون أمام تعاقد بين غائبين[3].

كما أن هناك حالات لا يتحقق فيها التزامن في التبادل الإلكتروني للتعبير عن الإرادة كما هو الحال بالنسبة للتعاقد من خلال البريد الإلكتروني، فقد يتأخر المرسل إليه في فتح صندوق بريده الإلكتروني، على الرغم من وصول رسالة البيانات المتضمنة للقبول الإلكتروني ففي هذه الحالة يوجد فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، فإن التعاقد يتم بين غائبين في الزمان والمكان[4].

لقد تبنى الفقه القانوني عدة نظريات تقليدية يحدد بموجبها وقت انعقاد العقد بين غائبين وتستند هذه النظريات إلى لحظة اقتران القبول بالإيجاب[5]، كما تبنى المشرع الفرنسي نظرية حديثة عندما يتعلق الأمر بالتعاقد عبر الواب *WEB* وهي نظرية الاستلام المؤكد[6].

من ثم سوف نتعرض إلى النظريات التقليدية المطبقة على التعاقد بين غائبين، وكذا النظرية الحديثة الخاصة بالتعاقد عبر الويب.

---

[1]– خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 389.

[2]– صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 274.

[3]– «إذا دخل شخص إلى أحد المواقع الإلكترونية و أرسل إيجابه، وانتظر فترة من الزمن لتلقي القبول، نكون أمام تعاقد بين غائبين، أما إذا تلقى القبول فورا، نكون أمام تعاقد بين حاضرين»، مناني فراح، المرجع السابق ص 100، يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 107، لزهر بن سعيد، المرجع السابق ص 111.

[4]– بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 181، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 248.

[5]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 205، محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 163 شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص 120.

Ahmed ELSHAKANKIRY, op.cit, p 111.

[6]– يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 108.

Ahmed MIKLALAH, op.cit , p113.

أ- النظريات التقليدية

لقد أوجد فقهاء القانون المدني أربعة نظريات حددوا من خلال مضمون كل واحدة الزمن الذي ينشأ في العقد المبرم ما بين غائبين، وهي نظرية إعلان أو صدور القبول، نظرية تصدير القبول، نظرية استلام القبول، ونظرية العلم بالقبول، ويرى البعض أن هذه النظريات يمكن دمجها في نظريتين رئيسيتين هما نظرية إعلان القبول ونظرية العلم به، أما نظريتا تصدير واستلام القبول، فهما إما تزيد على النظرية الأولى، أو بتر من النظرية الثانية[1].

1- نظرية إعلان القبول *Système de déclaration*

يذهب أنصار هذه النظرية إلى القول أن العقد ينعقد بمجرد صدور القبول ممن وجه الإيجاب إليه، بغض النظر عن علم الموجب به من عدمه[2]، أي أنه ينعقد في الزمان والمكان اللذين يعلن فيهما القابل قبوله للإيجاب[3].

من ثم فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني والعقد الإلكتروني بشكل عام يتم إبرامه في اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالة إلكترونية تتضمن القبول دون تصديرها، أو قيامه بالضغط على الأيقونة المخصصة للقبول، ولو قام بالضغط على مفتاح التوقف الموجود في أعلى صفحة البريد الإلكتروني، فالقبول لن يخرج عن سلطة القابل[4].

إلا أنه يؤخذ على هذه النظرية أنها تجاهلت إرادة الموجب، الذي يكون من حقه العدول عن إيجابه إذا لم يكن محدد المدة، كما أنها تجعل من انعقاد اتفاق التحكيم الإلكتروني في يد القابل وحده، فيكون بإمكان ذلك الأخير أن يعلن قبوله ولا يرسله، كما يكون من الصعب على الموجب أن يثبت هذا القبول الذي لا يكون ثابتا إلا في جهاز القابل[5].

---

[1]- بشار محمود دودين، محمد يحي المحاسنة، المرجع السابق، ص 45.

[2]- شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص 120، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 205، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص113.

[3] - شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 217، محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص07.

[4]- أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 262، محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق ص 215، محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 166.

[5]- محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 165.

2- نظرية تصدير القبول *Système d'expédition*

مقتضى هذه النظرية أن اتفاق التحكيم الإلكتروني يتم بتحقق واقعة مادية هي تصدير القبول زيادة على إعلانه حتى يكون نهائيا لا يمكن الرجوع فيه[1]، بمجرد الضغط على أيقونة الإرسال لا يمتلك القابل السيطرة على رسالته أو استرداد قبوله[2].

إلا أنه يعاب على هذه النظرية أن مجرد صدور البيانات المتضمنة لإرادة القبول، لا يعني وصولها إلى نظام المعلومات المرسل إليه أو لمورد خدمات الاتصال، فقد تتعرض الرسالة إلى تلف لأسباب تقنية أو فنية[3]، كما أنه يمكن للقابل التلاعب في تاريخ الإرسال على جهاز إرساله[4].

3- نظرية استلام القبول *Système de réception*

وفقا لهذه النظرية فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني يتعقد في اللحظة التي يرسل فيها القابل قبوله، سواء عن طريق إرسال رسالته الإلكترونية المتضمنة قبوله عن طريق البريد الإلكتروني أو إرسال موافقته سواء بكتابة عبارة القبول أو الضغط على أيقونة القبول[5]، بمعنى السيطرة الفعلية للموجب على الرسالة المتضمنة القبول، ولو لم يطلع عليها، فينعقد اتفاق التحكيم الإلكتروني بغض النظر عن علم الموجب له[6].

يعاب على هذه النظرية أنها لا تزيد على النظريتين السابقتين شيئا، إذ أن تسليم القبول لا يكون له قيمة قانونية ما لم يعلم به الموجب[7].

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 377، بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 185.

[2]- مناني فراح، المرجع السابق، ص 101، بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 45، هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص 240.

[3]- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 103.

[4]- محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 167.

[5]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 113.

[6]- أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 266، مناني فراح، المرجع السابق، ص 102، محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 71، أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 93.

[7]- محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 168.

إلا أن البعض يرى أن هذه الانتقادات لا ترد على هذه النظرية في حالة المواقع الإلكترونية التجارية التي توجه عروضها إلى الجمهور، وتنتظر الرد عليها عبر رسائل البريد الإلكترونية، أو الضغط على أيقونة القبول في نماذج المطروحة على موقعها.

إذ تستعمل لذلك الغرض وسائط إلكترونية مؤتمتة تكون مبرمجة للتعامل على هذه الرسائل ومعالجتها بمجرد استلامها، ولا يكون للعنصر البشري سوى دور التوجيه والإشراف، من ثم فإن وصول القبول إلى تلك الوسائط الإلكترونية يؤدي مباشرة إلى العلم بمضمونها[1].

لقد تبنت هذه النظرية العديد من الاتفاقيات والمنظمات الدولية، نذكر منها اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980، اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع لسنة 1990 الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات، اتفاقية التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوربا.

إضافة إلى قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996[2]، والتوجيه الأوروبي لسنة 2000 الخاص بالتجارة الإلكترونية، وكذا الاتفاق النموذجي الأوروبي للبيانات *"E.D.L Echange de données informatisée"*[3].

4- نظرية العلم بالقبول *Système d'information*

وفقا لهذي النظرية فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني شأنه شأن سائر العقود الإلكترونية ينعقد

---

[1]- أحمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 267.

[2]- تنص المادة 15/1 من قانون UNCITRAL لعام 1996 على أنه «ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ، ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي:

1/ إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات، يقع الاستلام: أ- وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين. ب- وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه، ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه.

2/ أما إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه».

[3]- محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 168، محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 219.

في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بقبول القابل، بأن يطلع على الرسالة الإلكترونية المتضمنة قبوله، أو إطلاعه على القبول في صفحة الويب، أي باسترجاع المعلومات الموجودة في رسالة البيانات[1]، فلا يكفي الضغط على أيقونة القبول على موقع الويب بل يجب أن يصل هذا القبول إلى علم الموجب[2].

إلا أنه يعاب على هذه النظرية أنها لا تصلح كمعيار لتحديد لحظة إبرام العقود الإلكترونية بما فيها اتفاق التحكيم الإلكتروني، لأن القابل لا يملك دليل لإثبات علم الموجب بالقبول، مما يعطي الفرصة للموجب بإدعاء عدم علمه بالقبول، أو العبث بتاريخ العلم وفقا لما يحقق مصلحته[3].

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظرية العلم بالقبول[4]، من ثم وعن طريق الإسقاط يمكن القول أن العقود الإلكترونية بما فيها اتفاق التحكيم الإلكتروني ينعقد في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول سواء من خلال فتح بريده الإلكتروني، أو إطلاعه على قبول القابل[5].

إلا أنه يعاب على المشرع الجزائري عدم مواكبته للتطور الهائل في إبرام العقود من خلال وسائل الاتصال الحديثة، أين لم يحدد أي نظرية تطبق على مسألة تحديد زمان إبرام العقود الإلكترونية، مكتفيا بالنص على نظرية العلم بالوصول الواردة في القواعد العامة[6].

---

[1]– هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص 241، يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 114.

[2]– محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 171، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 221، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 378.

[3]– بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 189.

[4]– لقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول، ويتضح ذلك من نص المادة 61 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه «ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقع الدليل على عكس ذلك».

[5]– مناني فراح، المرجع السابق، ص 104، يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 114.

[6]– بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 117.

نظرا لخصوصية العقود الإلكترونية وتباين النظريات التقليدية المعمول بها في تحديد توقيت إبرام العقد، أدى بالمشرع الفرنسي إلى تبني نظرية جديدة تسمى "نظرية الاستلام المؤكد".

ب- النظرية الحديثة (نظرية الاستلام المؤكد)

قبل صدور القانون الفرنسي الخاص بالمعاملات الرقمية، لم يتضمن القانون المدني الفرنسي أي نص يتعلق بتحديد وقت انعقاد العقد، فكان القضاء يتردد ما بين تطبيق نظرية إعلان القبول ونظرية العلم بالقبول[1]، إلا أن محكمة النقض الفرنسية وبتاريخ 17-01-1981 تبنت نظرية تصدير القبول[2].

بتاريخ 21-06-2004 صدر القانون رقم 575-2004 الخاص بالثقة في الاقتصاد الرقمي، المدرج في القانون المدني، بإدراج مادة جديدة ذات رقم 1369-2، مسترشدا بالمادة 5 من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الخاص بالتجارة الإلكترونية، وتنص المادة على أنه «*يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يستلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل قبوله*»[3].

من ثم فإن المشرع الفرنسي قد تبنى نظرية جديدة هي نظرية "تأكيد القبول" *confirmation de l'acceptation*، ومفادها أن العقد ينعقد في الزمان والمكان الذي يستلم فيه الموجب القبول بوسيلة تشير إلى تأكيد استلامه القبول، حيث يصبح القبول نهائيا لا يمكن للقابل الرجوع فيه وذلك بعد تمكينه من مراجعة طلبه والثمن كاملا وتصحيح الأخطاء المحتملة[4].

إلا أنه ونظرا لاختلاف التشريعات في تطبيق النظريات المختلفة لتحديد زمان إبرام العقد

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 382، عمرو محمد المارية، المرجع السابق، ص 278.

[2]- Christophe BUFFET, Réforme du droit des contrats et les délégations, sur le site internet : http://www.reforme-droites-contrats.fr/2016/05

تم الإطلاع عليه بتاريخ 02-05-2017، على الساعة 14:05.

«La cour de cassation à consacré la théorie de l'expédition de l'acceptation, elle a en effet affirmé que " faute de stipulation contraire" l'offre était destinée à devenir parfaite non par la réception de l'acceptation, mais par l'émission par son destinataire de cette acceptation», Cass. Com, 07-01-1981 R.T.D. civ. 1981, Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 113.

[3]- أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 277.

Ahmed EL SHAKANKIRY, op. cit, p 114.

[4]- يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 108.

الإلكتروني، فإن تطبيق هذه النظرية لا يخلو من الأخطار.

مثالها مستهلك فرنسي يقوم بزيارة موقع إلكتروني لتاجر أوروبي ويقوم بالضغط مرتين على أيقونة القبول، فإن المستهلك الفرنسي يعتبر نفسه لم يبرم أي عقد ما دام أنه لم يضغط على أيقونة تأكيد القبول، بينما بالنسبة للتاجر فإن الضغط مرتين على الأيقونة كافي لإبرام العقد[1].

نظرا لعدم وجود قواعد متفق عليها في تحديد لحظة إبرام العقود الإلكترونية، يكون من الأفضل تطبيق ما ذهب إليه القانون النموذجي لليونسترال *UNCITRAL* الخاص بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996 في تحديد لحظة إبرام العقود الإلكترونية بما فيها اتفاق التحكيم الإلكتروني[2].

غير أن ذلك القانون لم يحدد مباشرة زمان إبرام العقد الإلكتروني، لكنه قام بتحديد زمان إرسال واستلام رسالة البيانات، مادام أن القبول يتم إرساله إلكترونيا في صورة رسالة بيانات يمكن تطبيقها على القبول لتحديد لحظة انعقاد اتفاق التحكيم الإلكتروني[3].

رجوعا إلى المادة 15/1 من القانون النموذجي المشار إليه، فإنه يعتبر الأفضل لأنه لم يأخذ بنظرية واحدة، بل بنظريتي العلم بالقبول واستلام القبول[4]، أين يجب التفريق بين حالتين[5].

الحالة الأولى أن يقوم المرسل إليه أي الموجب بتعين نظام معلومات[6] لاستلام رسائل البيانات، فإن العقد الإلكتروني بما في ذلك اتفاق التحكيم الإلكتروني، ينعقد العقد في الوقت الذي تدخل فيه الرسالة الإلكترونية نظام المعلومات المعين، وهنا تم الأخذ بنظرية استلام القبول[7].

---

[1]- Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 114.

[2]– محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 219، بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 191.

[3]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 171.

[4]– أحمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 281.

[5]– محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 176.

[6]– نظام المعلومات هو النظام الذي يستخدم لإنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو استعمالها أو تخزينها، مثالها نظام GMAIL- YAHOO- HOT.MAIL.

[7]– خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 386، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 222.

أما إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه أي الموجب، لكنه ليس هو الذي تم تعيينه، فإن لحظة القبول هي من وقت استخراج المرسل إليه للرسالة الإلكترونية وهنا تم الأخذ بنظرية العلم بالقبول[1].

أما الحالة الثانية أن لا يقوم المرسل إليه الموجب بتعيين نظام معلومات محدد لاستلام رسائل البيانات، فإن لحظة القبول هي اللحظة التي تدخل فيها رسالة البيانات إلى أي نظام معلومات تابع للمرسل إليه، وهنا تم الأخذ كذلك بنظرية استلام القبول[2].

2- مكان إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني

إن مسألة تحديد مكان إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني شأنه شأن سائر العقود الإلكترونية يثير صعوبة خاصة، تتعلق في الأصل بصعوبة تحديد المكان الذي أرسلت منه الرسائل الإلكترونية ومكان استلامها، ذلك أن كليهما يتم في فضاء افتراضي صعب التحديد[3].

إن محاولة تحديد مكان إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني تكون غاية في الصعوبة، لأن ذلك الاتفاق يتم عبر فضاء إلكتروني، يكون أطرافه غير متواجدين ماديا في مكان واحد[4].

إلا أن اتفاق الأطراف على تحديد مكان إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني من شأنه إزالة كل العقبات والصعوبات[5].

لقد تبنت العديد من التشريعات الوطنية بما يسمى «بنظرية التلازم بين زمان ومكان انعقاد العقد»، ومؤدي هذه النظرية أن لحظة انعقاد العقد هي ذاتها التي تحدد مكان الانعقاد[6].

إلا أنه يصعب الأخذ بهذا التلازم في العقود الإلكترونية التي تبرم عبر الإنترنت، ذلك أن المتعاقد يمكن الولوج إلى موقعه الإلكتروني أو بريده الإلكتروني في أي مكان في العالم، مما

---

[1]- محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 182.

[2]- محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 220.

Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 112.

[3]- عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق، ص 253.

[4]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 390.

[5]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 421.

[6]- شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص 141، أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 282.

يتسبب معه في تشابك العلاقات القانونية، وخضوع المتعاقد إلى قانون دولة غير التي ينتمي إليها[1].

أما بالنسبة للقانون النموذجي لليونسترال *UNCITRAL* للتجارة الإلكترونية لعام 1996 فإنه لم يحدد مكان إبرام العقد الإلكتروني، وذلك بهدف إعطاء الحرية للقوانين الوطنية لتحديد ذلك، إلا أن ذلك القانون قام بتحديد مكان استلام رسالة البيانات من خلال المادة 15/4[2].

من ثم فإنه فيما يتعلق باتفاق التحكيم الإلكتروني إن لم يتم الاتفاق على مكان انعقاده فإنه تطبيقا للقانون النموذجي لليونسترال فإنه يبرم بمقر عمل الموجب، وإذا كان للموجب أكثر من مقر عمل، فإن الاتفاق يكون قد أبرم بالمكان الأوثق علاقة باتفاق التحكيم الإلكتروني، أو مكان مقر العمل الرئيسي إن لم توجد تلك العلاقة، أما إذا لم يكن للموجب مقر عمل، فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني كون قد أبرم في محل إقامته المعتاد[3].

تجدر الإشارة إلى أن الكثير من التشريعات العربية استلهمت الحل المطبق بمقتضى القانون النموذجي السالف الذكر، ومنها القانون الإماراتي للمعاملات و التجارة الإلكترونية لسنة 2002، قانون المعاملات الإلكتروني الأردني رقم 58 لسنة 2001 وقانون المعاملات الإلكتروني لمملكة البحرين لسنة 2002[4].

---

[1]– بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 206، بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 119.

لقد نص المشرع الجزائري على مبدأ التلازم وفقا لنص المادة 68 من القانون المدني، التي تنص على أنه «إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب، ويعتبر السكوت في الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه».

[2]– تنص المادة 15/4 من القانون النموذجي UNCITRAL لعام 1996 على أنه «ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل، و يعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وإذا كان للمرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة، وإذا لم يكن للمرسل إليه مقر عمل يشار من ثم إلى محل إقامته المعتادة.

[3]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 178، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 254.

[4]– شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 234، شحاتة غريب الشلقامي المرجع السابق، ص 145.

خامسا- التعبير عن الإرادة عن طريق الوكيل الإلكتروني

لقد أفرز التطور الهائل في مجال إبرام العقود الإلكترونية إلى ظهور الوكيل الإلكتروني المؤتمت، أو ما يسمى بالوسيط الإلكتروني، فأصبح بالإمكان إبرام عقود إلكترونية بما فيها اتفاق التحكيم الإلكتروني حتى دون تدخل مباشر من الإنسان[1].

إذا كان المتعاقد في المعاملات التقليدية قد يحتاج إلى وكيل يقوم مقامه في إبرام العقود وتنفيذها، فالأمر ينطلق كذلك في عالم المعاملات الإلكترونية، فتم استحداث ما يسمى بالوكيل الإلكتروني، فيشترك الوكيل الإلكتروني مع الوكيل التقليدي في الفكرة التي يقومان عليها[2].

وفقا لهذا النظام يتم وضع أجهزة تمت برمجتها وإعدادها لتتولى إجراء المعاملات التجارية إلكترونية، ومنها اتفاق التحكيم الإلكتروني تلقائيا أو بشكل آلي[3]، فيصبح الكمبيوتر وكيلا إلكترونيا يبرم العقود سواء على كمبيوتر آخر أو مع إنسان، وهذا يعني أن الإيجاب والقبول يحدثان بصورة أوتوماتيكية أو تلقائية، اعتمادا على عناصر ومعلومات مبرمجة تنتقل عبر شبكة الإنترنت[4].

إن الوكيل الإلكتروني لا يعدو أن يكون برنامجا من البرامج الإلكترونية مصمم لمساعدة المتعامل عبر الإنترنت في إنجاز معاملاته الإلكترونية، وعلى خلافا لجهاز الكمبيوتر، فإن

---

[1]- محمد عبيد الكعبي، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 308

خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 201.

[2]- ألاء يعقوب النعيمي، الوكيل الإلكتروني، مفهومه وطبيعته القانونية، مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانوني المجلد 7، العدد 2، يونيو 2010، ص 01، على الموقع الإلكتروني:

http://www.google.co.uk/ur?sa

تم الإطلاع عليه بتاريخ 06-05-2017 على الساعة 18:32.

[3]- «يعتبر مصطلح وسيط مؤتمت مصطلح جديد في اللغة العربية يقصد به الوسيط أو الوكيل الإلكتروني في المعاملات الإلكترونية، وقد أستخدم المصطلح لأول مرة في وثائق لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITRAL الصادرة باللغة العربية» محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 183.

[4]- غني ريسان جادر الساعدي، النظام القانوني للوكيل الإلكتروني دراسة مقارنة، على الموقع الإلكتروني:

http://www.ahlubaitonline.com/karbala/new/html

تم الإطلاع عليه بتاريخ 06-05-2017 على الساعة 19:04.

برامج الوكيل الإلكتروني تتميز بقدرتها على التصرف الذاتي، لا تحتاج للتدخل المباشر من الشخص الطبيعي لتنجز الأعمال الموكلة إليها إنجازها[1].

1- تعريف الوكيل الإلكتروني

لقد اختلفت التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية في تعريف الوكيل الإلكتروني[2]، فقد عرفته المادة الرابعة من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2005 على أنه «*يقصد بمصطلح وكيل إلكتروني برنامج حاسوبي أو وسيلة إلكترونية أو وسيلة مؤتمتة أخرى تستخدم للبدء في إجراء ما أو للاستجابة كليا أو جزئيا لرسائل بيانات أو لعمليات تنفذها دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يبدأ فيها النظام إجراء ما أو ينشئ استجابة ما* »[3].

2- طريقة عمل الوكيل الإلكتروني

طالما أن الوكيل الإلكتروني له صلاحية إبرام العقود الإلكترونية بما فيها اتفاق التحكيم الإلكتروني، فإن تلك العملية تتم من خلال إعداد برنامج إلكتروني يتميز بالاستقلالية والقدرة على التعامل مع غيره من البرامج أو الأشخاص، وكذا القدرة على رد الفعل والمبادرة، ثم يتم برمجة جهاز الكمبيوتر بذلك البرنامج للعمل وفقا للمعلومات التي يتم تزويده بها[4].

إن التعاقد عن طريق الوكيل الإلكتروني يأخذ ثلاثة أشكال، فإما أن يتم التعاقد بين إنسان ووكيل إلكتروني أو العكس، بشرط أن يكون الشخص على علم أو من المفترض أن يعلم أنه يتعاقد مع وكيل إلكتروني، كما يمكن أن يتم التعاقد بين كمبيوتر مجهز ببرنامج وكيل إلكتروني

---

[1]- محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 179.

[2]- ألاء يعقوب النعيمي، الوكيل الإلكتروني، المرجع السابق، ص 02.

[3]- «وهو نفس التعريف الذي اعتمده القانون التجاري الأمريكي الموحد UCC في مادته الثانية، والقانون الأمريكي الموحد للمعاملات الأمريكية UETA ، وكذا القانون الكندي الموحد للتجارة الإلكترونية لعام 1999، كما تبنت بعض التشريعات العربية نفس التعريف منها قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، وقانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية»، غني ريسان جادر الساعدي، المرجع السابق ص 02، بسمان نواف الراشدي، المرجع السابق، ص 68.

[4]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 242، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 206.

وبين كمبيوتر آخر مزود بنفس الخدمة دون تدخل عنصر بشري سواء كان هناك اتفاق مسبق أو دون وجوده[1].

3- الأساس القانوني للتعاقد عبر الوكيل الإلكتروني

إن التعاقد عبر الوكيل الإلكتروني بأخذ حكم الوكالة في التعاقد التقليدي، والتي عرفها فقهاء القانون المدني على أنها «*حلول إرادة النائب أو الوكيل محل إرادة الأصيل، مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو*»[2].

يشترط في الوكالة أن تحل إرادة الوكيل محل إرادة الأصيل، إجراء الوكيل التصرف باسم الأصيل ولحسابه، وعدم تجاوز الوكيل لحدود نيابته[3].

من ثم فإنه يترتب على المعاملات الإلكترونية التي تتم بواسطة الوكيل الإلكتروني، بما فيها اتفاق التحكيم الإلكتروني، كافة الآثار القانونية المترتبة على العقد الذي يبرمه الأفراد بالطرق التقليدية، فتنصرف آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني إلى الموكل وكأنه طرف في الاتفاق[4].

إذا كانت الوكالة في التعاقد التقليدي قد تكون صريحة أو ضمنية، فإنها بالنسبة للوكيل الإلكتروني لا يمكن تصورها إلا أن تكون صريحة، لأن الوكيل في آخر المطاف ما هو إلا برنامج على جهاز كمبيوتر[5].

4- مسؤولية الوكيل الإلكتروني

إن الأطراف الذين يدخلون في معاملات إلكترونية يكونوا ملتزمين ومسئولين عن الأعمال التي تتم عن طريق الوكيل الإلكتروني الذي يكون تحت سيطرتهم، ولا يستطيعوا إنكار هذه

---

[1]- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 85.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 155.

لقد عرف المشرع الجزائري الوكالة طبقا لنص المادة 571 من القانون المدني السالف الذكر، على أنها «الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه».

[3]- إسماعيل عبد النبي شاهين، مدى مسؤولية الوكيل في عقد الوكالة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2014. ص 95.

[4]- هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص 213.

[5]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 206.

المسؤولية بحجة أن النظام الإلكتروني يعمل بدون توجيه بشري.

إن برنامج الكمبيوتر ما هو إلا أداة في يد الشخص الذي يقوم باستعماله، وفي حالة حدوث خطأ عند التعاقد فالمسؤولية تكون على الشخص صاحب جهاز الكمبيوتر طالما ليس للبرنامج إرادة مستقلة عن إرادة صاحب الجهاز[1].

الفرع الثالث

محل اتفاق التحكيم الإلكتروني وسببه

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني شأنه شأن سائر العقود الإلكترونية، يتميز بخصوصية نظرا لطبيعته وكيفية انعقاده وتنفيذه، فيثير صعوبات لا تجدها في العقد التقليدي، وأهمها مشروعة محل اتفاق التحكيم الإلكتروني وسببه[2].

إلا أن اتفاق التحكيم الإلكتروني وعلى اعتباره عقدا، يشترط لانعقاده توافر شرعية المحل والسبب انسجاما مع ما تقرره القواعد العامة للعقد، فليس لمجرد انعقاده عبر وسائل الاتصال الحديثة يكون سببا للتغاضي عن وجوب مشروعية المحل المتعاقد عليه، أو صحة سبب وجوده[3].

أولا- محل اتفاق التحكيم الإلكتروني

لا يخرج اتفاق التحكيم الإلكتروني باعتباره عقدا عن القواعد العامة[4] التي تقتضي أن لكل عقد محل يضاف إلي، فالمحل الذي يضاف إلى اتفاق التحكيم الإلكتروني يتمثل بالنزاع الذي يراد فضه عبر الاتفاق على التحكيم الإلكتروني، وينبغي أن يتوافر فيه شروط القابلية لحكم العقد[5].

يقصد بالمحل في اتفاق التحكيم الإلكتروني ما ينعقد رضا الطرفين عليه، شريطة أن يجوز

---

[1]- جمال عبد الباقي، الإنترنت والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 115.

[2]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 147.

[3]- فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 108.

[4]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 322، محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 123، هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، المرجع السابق، ص 66.

[5]- محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 102، جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 91.

تسويته عن طريق التحكيم[1]، إذ أن نظام التحكيم تقليديا كان أو إلكترونيا هو استثناء على الأصل العام، الذي مفاده اختصاص قضاء الدولة بالفصل في كافة المنازعات، باعتباره صاحب الولاية العامة في تحقق الحماية للحقوق والمراكز القانونية[2]، فالتحكيم يتحدد نطاقه بمنازعة معينة لا يتعداها، وهي تلك التي لا يجوز فيها الصلح[3].

إن محل التحكيم الإلكتروني هو موضوع المنازعات التي يشملها اتفاق التحكيم الإلكتروني، والتي تنص على حلها عن طريق التحكيم الإلكتروني[4]، فمحل اتفاق التحكيم هو النزاع أو الخلاف الذي نشأ أو يمكن أن ينشأ بين الأطراف، ويقصد بالنزاع تعارض بين مصلحتين قانونيتين أو أكثر، بسبب تعارض وجهات النظر القانونية حول وقائع النزاع أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق بين شخصين أو أكثر[5].

1- شروط المحل في اتفاق التحكيم الإلكتروني

للمحل بصورة عامة في كل العقود شروط يجب توافرها، وهي أن يكون موجودا أو قابلا للوجود، وأن يكون معينا أو قابل للتعيين، وأن يكون مشروعا[6].

بتطبيق شروط محل العقد على اتفاق التحكيم الإلكتروني، فإنه يشترط تحديد المنازعة الناشئة عن إحدى عقود التجارة الإلكترونية ، وأن تكون تلك المنازعة مما يجوز التحكيم فيها[7].

العلة من تحديد المنازعة في اتفاق التحكيم الإلكتروني أو المنازعات المراد عرضها على التحكيم الإلكتروني، هو عدم خروج الأطراف المحتكمون عن ولاية القضاء في الدولة إلا في

---

[1]- جمال أحمد هيكل، الاتفاق على التحكيم بين الإجراء والموضوع، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2010، ص 28.

[2]- محمد طه أحمد عاشور، المرجع السابق، ص 48، سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق ص 100.

[3]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 90.

[4]- خيري عبد الفتاح البتانوني، المرجع السابق، ص 92.

[5]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 127.

[6]- تنص المادة 96 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر، على أنه «إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب كان العقد باطلا»

[7]- عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 63، محسن جميل جريح، المرجع السابق، ص 71.
Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 328.

مسألة أو مسائل محددة، ويؤدي تحديد المسألة محل المنازعة إلى تحديد ولاية المحكم أو المحكمين[1].

إذا كان اتفاق التحكيم الإلكتروني قد تم بموجب مشارطة تحكيم، هذا يعني أن الاتفاق كان بمناسبة نزاعا قائما ومحققا بالفعل لحظة انعقاد الاتفاق، وفي هذه الحالة يكون موضوع النزاع معروفا، ويمكن تحديده بدقة، كما يسهل تحديد المهمة الموكول بها إلى المحكم أو المحكمين وتحديد البيانات اللازمة لحسم النزاع[2]، أين يتم تحديد موضوع النزاع في مشارطة التحكيم الإلكترونية بمعرفة الطرفين المحتكمين معا، كما يمكن الاكتفاء بتحديد النزاع بشكل عام دون تفصيل أوجه النزاع[3].

أما إذا كان اتفاق التحكيم الإلكتروني على شكل شرط تحكيم إلكتروني، فهذا يعني أن إبرامه كان قبل حدوث أو نشوء النزاع بين الأطراف، ويتم صياغة هذا الشرط في شكل نص عام لا يحدد فيه النزاع بصورة كافية، كأن يقال «*أن جميع المنازعات التي ستنشأ عن تنفيذ العقد يتم حلها عن طريق التحكيم الإلكتروني*»[4].

لقد تم وضع عدد من الصيغ النموذجية من طرف مؤسسات مهتمة بشؤون التحكيم، مثالها الشرط النموذجي الذي وضعته الغرفة التجارية الدولية *CCI*، وكذا لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لهيئة الأمم المتحدة *UNCITRAL*، وقد تضع هيئات التحكيم في شروطها النموذجية عبارة مفادها أن يتم التحكيم وفقا لقواعدها، إلا أن ذلك غير ملزم للطرفين المحتكمين الذين اختارا الشرط النموذجي لإدراجه في عقدهما[5].

---

[1]– محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 123.
Thomas SCHULTZ, op.cit, p 406.

[2]– محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 88، عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق ص 182.

[3]– «تنص بعض القوانين على ضرورة تحديد موضوع النزاع الذي يتم حسمه بالتحكيم بموجب مشارطة التحكيم وإلا أعتبر الاتفاق باطلا، مثالها قانون المرافعات المصري المادة 501، والقانون البحريني المادة 233، والقانون الإجراءات المدنية الفرنسي المادة 1448»، فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 125.

[4]– نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 74، محسن جميل جريح، المرجع السابق، ص 71.

[5]– فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 126.

إذا لم يتم تحديد محل اتفاق التحكيم الإلكتروني في شرط التحكيم، فإنه يتم تحديد محل التحكيم الإلكتروني أو موضوعه في طلب التحكيم أو بيان الدعوى، كما لا يشترط تحديد المنازعة في نفس العقد الذي يتضمن شرط التحكيم الإلكتروني، فقد يتم الإحالة إلى عقد آخر[1].

إن المحكم أو المحكمين ملزمين بالفصل في المنازعة موضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني والالتزام بحدود تلك الولاية الاستثنائية، فإن خرجوا عليها، كان حكمهم في هذا الصدد باطلا[2].

كما يشترط أن يكون النزاع موضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني ناشئ عن علاقة قانونية محددة سواء كانت عقدية أو غير عقدية، وسواء كان الاتفاق في صورة شرط أو مشارطة، وهذا لا يتنافى مع إمكانية شمول اتفاق التحكيم الإلكتروني لعدة عقود قائمة بالفعل، وتغطي في مجموعها عملية متكاملة[3].

كما يشترط في محل اتفاق التحكيم الإلكتروني أن يكون مشروعا، مما يجوز التحكيم فيه وتتفق معظم التشريعات الوطنية على استبعاد المسائل المتعلقة بالنظام من نطاق التحكيم[4].

يعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والنفقة ...الخ، وقد قصدت تلك التشريعات عدم إجازة التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام حتى تخضع لرقابة فإشراف السلطة العامة التي يهمها أن تسري عليها قواعد عامة وموحدة[5].

تختلف فكرة النظام العام من دولة إلى دولة، ويختلف مفهوم النظام العام الداخلي عن مفهوم النظام العام الدولي، فبينما يهتم النظام العام الداخلي بحماية المصالح العليا للمجتمع

---

[1]– فتحي والي، المرجع السابق، ص127، نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 74.

[2]– محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 124.

[3]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 130، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمدعبد العال، المرجع السابق، ص 390.

[4]– سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 100، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق ص 485، أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 52.

[5]– محسن جميل جريح، المرجع السابق، ص 73، لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ص 63، نصت الفقرة الثانية من المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالف ذكره على أنه «لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم».

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 346.

الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، إلا أن النظام العام الدولي يتعلق بالتجارة الدولية[1].

من ثم يدخل في نطاق مجال التحكيم الإلكتروني ويكون محلا لاتفاق التحكيم الإلكتروني شرطا كان أم مشارطة كثير من المنازعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية الدولية التي تقبل الصلح، منها منازعات التجارة الإلكترونية، منازعات عقود الملكية الفكرية التي اعتمدتها منظمة الويبو *WIPO* لتسوية منازعاتها، والمنازعات المتعلقة بأسماء المواقع الإلكترونية التي اعتمدتها منظمة *ICANN* لتسوية المنازعات الناشئة عن أسماء المواقع مع العلامات التجارية[2].

2- قابلية عقود الاستهلاك للتحكيم الإلكتروني

الأصل أن للمتعاقد في عقود التجارة الإلكترونية كامل الحرية في تحديد في المسائل التي تخضع للتحكيم الإلكتروني، إلا أن بعض التشريعات تفرض قيودا على حرية الأطراف في إخضاع النزاع للتحكيم[3].

لقد ثار خلاف حول قابلية المنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك للتسوية عن طريق التحكيم عموما، خاصة فيما يتعلق بشرط التحكيم الذي يأتي ضمن بنود عقد الاستهلاك، إذ أنه نتيجة غياب التكافؤ بين المستهلك والمهني يجعل من هذا الشرط موصوفا بالتعسفية، نتيجة عدم خبرة المستهلك وعدم معرفته بالقوانين المعمول بها[4].

إن أساس حماية المستهلك يكمن في حالة الضعف المسيطرة عليه، واختلاف التوازن بينه وبين المهني أو المحترف باعتباره الطرف الأقوى اقتصاديا، وهو الذي يفرض شروطه على

---

[1]- سمير برهان، اتفاق التحكيم في التجارة الإلكترونية مداخلة مقدمة بندوة صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية، 25-29 ديسمبر 2007، ص 11، على الموقع الإلكتروني:
http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/arado/unpan029771.pdf
تم الإطلاع عليه بتاريخ 20-04-2017، على الساعة 17:27.

[2]- خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص 94، صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 377.

[3]- محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 102.
«Le droit de la consommation n'interdit généralement pas le recours à l'arbitrage, mais il prévoit d'autres mécanismes destinés a protéger le consommateur», Thomas SCHULTZ, op.cit, p 406.

[4]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 231.
«Le consentement du consommateur risque en effet d'être incertain du fait de son in expérience et de l'ignorance des droits subjectifs», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 119.

المستهلك، مما يستوجب فرض قوانين حمائية لحماية المستهلك، ولأجل إعادة التوازن في العلاقات الاستهلاكية[1].

لأجل ذلك اهتمت العديد من التشريعات بحماية المستهلك، من ثم منع أي اتفاق بين الطرفين لتحديد القانون الواجب التطبيق، إذا كان أحدهم مستهلكا، خشية من عدم تطبيق القانون الوطني للمستهلك، وبما أن التحكيم يتيح الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، فإن الخوف من عدم تطبيق القانون الوطني للمستهلك وارد[2].

يختلف الوضع في مدى قابلية عقود الاستهلاك الإلكترونية للتحكيم في شرط التحكيم عنه في مشارطة التحكيم الإلكتروني، ففي شرط التحكيم الإلكتروني يتنازل المستهلك مقدما عن الحماية المقررة له في قانونه الوطني، أما في مشارطة التحكيم الإلكتروني يكون للمستهلك الخيار بين اللجوء إلى قضاء دولته للاستفادة من الحماية المقررة له في قانونه الوطني، وبين أن يسلك طريق التحكيم الإلكتروني[3].

إلا أن القول بعدم تحقيق التحكيم الإلكتروني حماية للمستهلك خلافا للقضاء الوطني غير صحيح في مجمله، فقد يكون المهني في بلد غير بلد المستهلك، فإذا ثار نزاع وأقام ذلك الأخير دعوى أمام محكمة دولته، فهذا يتطلب منه مصاريف قضائية مرتفعة، إضافة لتعقيد إجراءات التبليغ، وبالمقابل فإن إجراءات ومصاريف التحكيم الإلكتروني تكون أقل تكلفة[4].

هذا ما أدى إلى ظهور مراكز متخصصة لحل وتسوية المنازعات بطريقة إلكترونية الخاصة بالعقود التي يكون المستهلك طرفا فيها، وصياغة قواعد تتلاءم وطبيعة عقود الاستهلاك، مما أدى ببعض الفقه إلى نفي الطبيعة التعسفية لاتفاق التحكيم الإلكتروني في عقود الاستهلاك الإلكترونية[5].

---

[1]– خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 421، حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 32.

[2]– ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 1005.

Thomas SCHULTZ, op.cit, p 404.

[3]– صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 382.

[4]- «La procédure électronique contribue à l'efficacité de l'arbitrage des le début de la sentence, cette efficacité repose sur des couts faibles, sur son court délai, et sur sa large diffusion», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 126

[5]– بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 54.

لقد تم وضع آليات جديدة من طرف مراكز التحكيم الإلكتروني المتخصصة من أجل توفير حماية أكبر للمستهلك، ومن بينها التحكيم الملزم لجانب واحد *L'arbitrage unilatéralement contraignant*، والذي من خلاله فإن المستهلك لا يكون بحاجة إلى حماية خاصة، أين يكون بإمكانه رفض اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني مع إبقاء حقه في اللجوء إلى القضاء، في أجل معين[1].

إن إعطاء إمكانية للمستهلك الإلكتروني للخيار بين اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني أو القضاء يعتبر ضمانا لحماية حقوق المستهلك، ويكون خياره مدرج في العقد، بينما لا يتمتع المهني بذلك الخيار ويكون ملزما بخيار المستهلك[2].

ثانيا– السبب في اتفاق التحكيم الإلكتروني

يعرف السبب وفقا للنظرية التقليدية للعقد على أنه «*الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه*»، ويعتبر السبب عنصرا في الالتزام العقدي[3]، وإذا كان السبب وفقا للنظرية التقليدية هو الغرض المباشر الذي دفع المتعاقد إلى ارتضاء الالتزام، فإنه طبقا للنظرية الحديثة للسبب يتعين البحث عن الباعث إلى التعاقد، فكلما كان متصلا بالمتعاقد الآخر، أي كلما كان عالما به أو على الأقل يستطيع أن يعلم به[4].

إن السبب في اتفاق التحكيم الإلكتروني وفقا للنظرية الحديثة يكون ما يبتغيه الطرفان من التحكيم الإلكتروني مثل السرعة والتقليل من النفقات أو المحافظة على السمعة التجارية والعلاقات الاقتصادية، فسبب اتفاق التحكيم الإلكتروني هو اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني كعدالة خاصة، لما فيها من مميزات، وإخراج النزاع عن سلطة القضاء الوطني[5].

---

[1]-«Dans le contexte de l'arbitrage unilatéralement contraignant, les consommateurs n'ont seulement plus besoin de cette protection particulière, mais ces condition peuvent également jouer en leur défaveur …le consommateur pourra rejeter la sentence dans un délai donne et saisir les tribunaux» Thomas SCHULTZ, op.cit, p 403.

[2]– آلاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 1008، محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 106.

[3]– تنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر على أنه «إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخال للنظام العام أو للآداب العامة، كان العقد باطلا».

[4]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 227.

[5]– نور الدين بكلي، المرجع السابق، ص 68، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 486.

إن سبب الاتفاق على التحكيم الإلكتروني هو اتفاق الأطراف لاستبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر لهيئة تحكيم إلكترونية، وهذا السبب مشروع دائما ولا يتصور عدم مشروعيته[1].

يكون السبب غير مشروع إذا انطوى على حالة من حالات الغش نحو القانون، كما لو تم الاتفاق على التحكيم الإلكتروني من اجل التهرب من القانون الواجب التطبيق على النزاع فيما لو طرح على القضاء[2].

لما كان سبب اتفاق التحكيم الإلكتروني هو طرح النزاع على التحكيم بدلا عن القضاء فإنه لا يجوز إبرام اتفاق تحكيم إلكتروني بشأن نزاع تم حسمه أمام القضاء بحكم نهائي، كما لا يجوز إبرام اتفاق تحكيم إلكتروني حول نزاع صدر بشأنه حكم تحكيم للسبب نفسه، وهو ما يسمى بانتفاء سبب الاتفاق على التحكيم الإلكتروني[3].

إذا كان السبب معلوما للجميع، فإنه لا يلزم ذكره صراحة كبند في اتفاق التحكيم الإلكتروني، على أساس «*أن كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك*»[4].

على أنه يجب التفرقة بين السبب غير المشروع، والمحل غير الممكن أو غير المشروع فالأول يقتضي البحث عن إجابة للسؤال لماذا لجأ الأطراف للتحكيم الإلكتروني؟

أما الثاني فيتعلق بتحديد الموضوع المراد تسويته عن طريق التحكيم، من خلال طرح السؤال التالي هل هو ممكن ومشروع؟

فقد يكون محل التحكيم الإلكتروني مشروعا، ولكن يهدف الأطراف من اللجوء إليه التهرب من تطبيق أحد القواعد الآمرة، فهنا يبطل الاتفاق لعدم مشروعية المحل على الرغم من مشروعية السبب[5].

---

[1]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 64.

[2]– جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 93.

[3]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 360.

[4]– المادة 137/1 من القانون المدني المصري.

[5]– عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 67، محمد طه سيد أحمد عاشور، المرجع السابق، ص 50.

الباب الثاني

مضمون اتفاق التحكيم الإلكتروني وآثاره

إن التحكيم الإلكتروني هو طريق استثنائي لفض منازعات عقود التجارة الإلكترونية، قوامه الخروج على طريقة التقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور على ما تتجه إليه إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم الإلكتروني، فولاية المحكمين تتحدد بمضمون اتفاق التحكيم الإلكتروني حتى يتسنى رقابة مدى التزامهم حدود ولايتهم[1].

من ثم يتعين صياغة اتفاق التحكيم الإلكتروني بعناية شديدة من خلال إدراج موضوع النزاع محل التحكيم وكذا القانون الواجب التطبيق من طرف المحكمين، وكذا طريقة تعيين المحكمين بالنظر لما يترتب عليه من آثار.

هذا ما يؤكد أهمية العبارات والصيغ التي يبنى عليها اتفاق التحكيم الإلكتروني، مما يستوجب أن تكون واضحة مفهومة، فإذا كان اتفاق التحكيم الإلكتروني غامضا أو احتماليا فإنه لا يعتبر كافيا للجوء إلى التحكيم الإلكتروني، بل هو بذلك أقرب إلى الوعد بالتحكيم، مما يستوجب معه إبرام مشارطة تحكيم إلكتروني بعد نشوب النزاع.

يثير اتفاق التحكيم الإلكتروني المبرم بشأن منازعات عقود التجارة الإلكترونية إشكالا حول ماهية القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروض على التحكيم الإلكتروني وإجراءاته، نظرا لتعدد القوانين القابلة للتطبيق على النزاع، لوجود أكثر من قانون يعالج العلاقات الإلكترونية بين الأطراف[2].

كما يتضمن اتفاق التحكيم الإلكتروني طريقة تعين المحكمين، أين يختار المحكمون في التحكيم الإلكتروني قضاتهم بطريقة إلكترونية، أين يعهدون إليهم مهمة تسوية منازعاتهم بحكم إلكتروني ملزم[3].

---

[1]– معوض عبد التواب، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص 187.

[2]– محمود محمد الشيخ، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015، الأردن، ص 29.

Eric A.CAPRIOLI, op.cit, p 45, Eric LOQUIN, op.cit, p 68.

[3]– صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 451.

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني باعتباره عقدا، فإنه كسائر العقود متى توافرت أركانه وشروطه يرتب آثاره القانونية، أين يحجب قضاء الدولة عن الفصل في موضوع النزاع بمقابل تحويل سلطة الفصل فيه إلى المحكمين[1].

كما يرتب آثار موضوعية استنادا إلى مبدأ القوة الملزمة للعقد، فيقتصر أثره على العقد أو العقود المشار إليها في اتفاق التحكيم الإلكتروني دون غيرها، إلا إذا تمت الإحالة فيها على شرط التحكيم، كما يقتصر أثر اتفاق التحكيم الإلكتروني على النزاع المشترط إحالته للتحكيم الإلكتروني دون النزاعات الأخرى، حتى لو نشأت عن نفس العقد الوارد فيه شرط التحكيم الإلكتروني.

من ثم سوف نقسم هذا الباب إلى فصلين نتناول في الفصل الأول العناصر الجوهرية لاتفاق التحكيم الإلكتروني، بينما نخصص الفصل الثاني لدراسة آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني وانقضائه.

الفصل الأول

العناصر الجوهرية لاتفاق التحكيم الإلكتروني

يعرف التحكيم الإلكتروني على أنه «*قضاء اتفاقي خاص قائم على إرادة الأطراف لتسوية المنازعات التي نشأت أو ستنشأ مستقبلا عن علاقات تجارية إلكترونية كانت أو عادية للفصل فيها بوسائل إلكترونية*»، ومن ثم يثبت أن جوهر اتفاق التحكيم الإلكتروني لا يختلف من تحكيم لآخر، بل أن الفرق في كيفية مباشرة آلية التحكيم الإلكتروني[2].

تجمع معظم التشريعات الحديثة على أن تحديد موضوع النزاع المحال على التحكيم بما فيه التحكيم الإلكتروني، يجب أن يحدد من قبل فريقي الاتفاق تحديدا دقيقا.

---

[1]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 69.

[2]– محمد محمود جبران، المرجع السابق، ص 122، حمزة أحمد حداد، أثار اتفاق التحكيم وسقوطه في التحكيم البحري، ورقة عمل مقدمة المؤتمر الدولي للتأمين والنقل البحري المنعقد بتاريخ 12 و14 ماي 2008، على الموقع الإلكتروني:

http://aqabaconf.com/userfiles/2.2008-4.2030+

تم الإطلاع عليه بتاريخ 02-09-2017، على الساعة 22:16

يعتبر اتفاق التحكيم الإلكتروني شأنه شأن اتفاق التحكيم التقليدي دستور التحكيم ومصدر سلطة المحكمين، وهو الحائل دون اختصاص القضاء بنظر النزاع موضوع التحكيم[1].

بذلك فإن تنظيم عملية التحكيم الإلكتروني تكون من وضع طرفي التحكيم الإلكتروني من خلال ما يتم الاتفاق عليه من خلال اتفاق التحكيم الإلكتروني، وما يكون على المحكم أو هيئة التحكيم الإلكتروني سوى التقيد بما تم الاتفاق عليه كمبدأ عام.

وعليه سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نعالج مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني في المبحث الأول، ونعالج في المبحث الثاني هيئة التحكيم الإلكتروني.

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني

تعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني من المسائل الجوهرية عند دراسة التحكيم الإلكتروني، نظرا لأن هذا القانون هو الذي يحكم وجود اتفاق التحكيم الإلكتروني وصحته ونفاذه كذا الآثار والنتائج التي تترتب عليه[2].

إن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني تثور بداية أمام المحكم أو هيئة التحكيم الإلكتروني، أين يتوجب عليه قبل المضي في عملية التحكيم الإلكتروني أن يتأكد من صحة الاتفاق الإلكتروني ونفاذه باعتبار ولايته منوطة بهذا الاتفاق[3].

---

[1]– أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 22.

[2]– «لا يخرج اتفاق التحكيم الإلكتروني على أنه عقد، وككل عقد فإنه يجب أن يستند إلى قانون محدد يحكم شروط انعقاده، فهناك من يرى أن كل مسائل التحكيم من الاتفاق عليه إلى إجراءاته إلى صدور الحكم الذي يصدر فيه، كلا غير قابل للتجزئة لابد من إسناده إلى قانون واحد، لكن هذا الاتجاه يصطدم مع الواقع العملي فالتحكيم نظام مركب، فهو ليس اتفاق محض وليس نظام إجرائي محض، وإنما هو خليط من هذا وذاك» محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 106، خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق ص 412.

Eric A.CAPRIOLI, op.cit, p 39.

[3]– محسن جميل جريح، المرجع السابق، ص 93.

يعتبر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم الإلكتروني عند العقد الأصلي من المبادئ المستقرة والمتفق عليها في مجال التشريعات الوطنية أو الاتفاقيات الدولية أو لوائح التحكيم[1]، ومن آثاره أن اتفاق التحكيم الإلكتروني له ذاتيته واستقلاله، وبالتالي عدم خضوعه لذات القانون الذي يحكم العقد الأصلي، مما يتيح للأطراف والقضاء المختص إخضاع اتفاق التحكيم لقانون مختلف عن ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي[2].

إن تحديد القانون الواجب التطبيق لا يخرج عن طريقين، الأولى تكون باتفاق الأطراف وهو موضوع دراسة المطلب الأول، والثانية حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، وهذا ما سوف يتم معالجته في المطلب الثاني.

المطلب الأول

حالة اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق

يعتبر مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة من المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي الخاص أين يكون من حق الأطراف إخضاع العقد المبرم بينهم ولو كان إلكترونيا للقانون الذي تتفق إرادتهم الصريحة على اختياره، كما أن معظم الاتفاقيات الدولية تقر مبدأ إخضاع العقود إلى قانون الإرادة تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[3].

من ثم يكون لأطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني كامل الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ بينهم بطريقة إلكترونية، سواء على إجراءات التحكيم الإلكتروني أو موضوعه، بشرط عدم مخالفتها لقواعد النظام العام[4].

---

[1]– محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 93، فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 209.

[2]– حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، المرجع السابق، ص 145، خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني المرجع السابق، ص 412، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق ص 491.

[3]– عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 646.

«Il est de principe que la convention d'arbitrage peut spécifier les règles de droit applicables au litige ainsi sous réserve du respect des règles impératives concernées, les parties ont une liberté totale pour élire par voie électronique les règles de droit applicables au cyber conflit», Ahmed ELSHAKANKIRY op.cit, p 158, Ch. SERAGLINI, J.ORTSCHEIDT, op.cit, p 483.

[4]– لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 255.

من ثم سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتطرق في الفرع الأول إلى تفعيل مبدأ سلطان الإرادة عند تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني، وسنتطرق إلى موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية والهيئات التحكيمية من المبدأ.

الفرع الأول

تفعيل مبدأ سلطان الإرادة عند تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني

يقوم نظام التحكيم بشكل عام سواء كان تقليدي أو إلكتروني على مبدأ أساسي هو مبدأ سلطان الإرادة[1]، أين تتولى إرادة أطراف التحكيم تحديد نظام التحكيم الإلكتروني بأكمله منذ إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني إلى غاية صدور حكم التحكيم الإلكتروني فيكون لهم مطلق الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق سواء على إجراءات التحكيم الإلكتروني أو موضوعه[2].

ذهب بعض الفقه للقول أنه لما كان اتفاق التحكيم التقليدي له ذاتيته واستقلاليته عن موضوع النزاع، فيتعين عزله عن كل قانون، وتكون الإرادة هي المصدر الوحيد للالتزامات التي يتضمنها ذلك الاتفاق، لذلك يتعين إخضاع اتفاق التحكيم للقانون الذي يختاره المتعاقدون، أي قانون إرادة المتعاقدين، دون قيود على حرية تلك الإرادة في هذا الشأن إلا للنظام العام[3].

---

[1]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 261.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, P 880.

[2]– أحمد صالح مخلوف، المرجع السابق، ص 167 غني ريسان جادر الساعدي، الضوابط القانونية لاتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي، دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق لجامعة النهرين، المجلد 17 الإصدار 3، سنة 2015، ص 48، على الموقع الإلكتروني:

http://iasj.net

تم الإطلاع عليه بتاريخ 10-09-2017، على الساعة 19:23.

Eric LOQUIN, op.cit , p 129.

[3]– أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 55، محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 106.

Xavier VAN OVERMEIRE, le monde virtuel met au défit les législateurs: la problématique de la loi applicable dans le cyberespace, l'ex electronica, vol 13 n°1, printemps 2008, sur le site internet: http://www.lex.electronica.org/articles/v13-1/vanovermeire.htm

تم الإطلاع عليه بتاريخ 10-09-2017 على الساعة02:25.

من ثم يمكن بناءا على ذلك لأطراف التحكيم النص في اتفاق التحكيم على رغبتهم في تطبيق القانون الذي يختارونه على كل من العقد الأصلي واتفاق التحكيم، وكذا بالنسبة لإجراءات التحكيم[1].

يضيف أصحاب هذا الاتجاه أن الأطراف هم الذين اختاروا التحكيم سواء كان تقليديا أو إلكترونيا بديلا عن قضاء الدولة، فيكون التحكيم بذلك محطة لإرادة أطرافه فيما يتعلق بالمنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ مستقبلا[2].

أين يكون لهم اختيار المحكمين للفصل في نزاعهم، وكذا اختيار إجراءات الخصومة التحكيمية وكذا القواعد الموضوعية التي يطبقها المحكمون على هذا النزاع[3]، فيجوز لهم الاتفاق على قواعد قانونية غير تلك المنصوص عليها بقانون الدولة التي يجري فيها التحكيم[4].

إن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني سواء من حيث الموضوع أو الإجراءات تثير إشكالا كبيرا، على خلاف القاضي الوطني الذي يطبق قانون الدولة التي توجد بها محكمته أين يمارس سلطة هذه الدولة، وعليه تطبيق قوانينها على خلاف هيئة التحكيم الإلكتروني التي لا تتقيد بإقليم دولة معينة[5].

إن تطور التجارة الإلكترونية وما صاحبه من ظهور التحكيم الإلكتروني لحل منازعاتها عبر وسائل الاتصال الحديثة يحمل بين طياته الكثير من المخاوف، ذلك أن المنازعات تنشئ بين أطراف من دول مختلفة لكلا منهم قانونه الوطني، أين يخشى كل طرف تطبيق قانون الطرف الآخر[6].

---

[1]– محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 93، محسن شفيق، المرجع السابق، ص 295.

Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 175.

[2]– عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 351، لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية المرجع السابق، ص 257، حسام الدين فتحي ناصف، ص 37.

[3]– عبد الفتاح عصام مطر، المرجع السابق، ص84، محمود محمد الشيخ، المرجع السابق، ص 34.

[4]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 314.

[5]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 415، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 495.

[6]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 186.

Alain BENSOUSSAN, op.cit, p 69.

الأصل أن يكون الاتفاق على القانون الواجب التطبيق صريحا، كما لو تضمن العقد الإلكتروني بندا صريحا يحدد القانون الواجب التطبيق، أو أن يتم تحديده في اتفاق إلكتروني مستقل لاحق وهذا يشكل عنصر أمان قانوني لطرفي اتفاق التحكيم الإلكتروني، لعلمها المسبق بالقانون الواجب التطبيق في حالة نشوب نزاع[1]، سواء بمقتضى شرط أو مشارطة التحكيم الإلكتروني[2].

تكتفي هيئة التحكيم الإلكتروني بتطبيق القانون المتفق عليه بين الأطراف صراحة، فلا تثار أية مشكلة حال تطبيقه بشرط أن تكون إرادة الأطراف واضحة وصريحة[3].

أما في حالة عدم وجود اتفاق صريح على القانون الواجب التطبيق، فإنه يكون لهيئة التحكيم الإلكتروني الحرية في تحديده من خلال البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف من خلال ظروف وملابسات موضوع النزاع منها اللغة المستخدمة في تحرير العقد الأصلي وكذا اتفاق التحكيم، محل إقامة المتعاقدين، كيفية الدفع الإلكتروني، وغيرها من المؤشرات[4].

يرى البعض أنه حتى تقوم إرادة أطراف التحكيم بوظيفتها في تحديد القانون الواجب التطبيق يجب أن تكون هذه الإرادة صريحة وواضحة، إذ أنه يتعذر القول بإمكانية اللجوء إلى الإرادة الضمنية لأطراف التحكيم[5].

هناك عدة طرق يمكن للأطراف انتهاجها لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات اتفاقيا تتمثل في:

– قد يتولى الخصوم بتنظيم إجراءات التحكيم بأنفسهم، وهو ما يسمى بالتحكيم العائم *Arbitrage Ad-Hoc* أين يتحرر الأطراف من كل القواعد الوطنية[6].

---

[1]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 145.

[2]– فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 186.

[3]– فتحي والي، المرجع السابق، ص251، عصام مطر عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 84.

Eric A.CAPRIOLI, op.cit p 41.

[4]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 425، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 146.

Jean-Baptiste RACINE, op.cit, p 383.

[5]– خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 42.

[6]– رضوان هاشم حمدون الشريفي، المرجع السابق، ص 80.

– كما قد يتفق الأطراف على الإحالة إلى القواعد الإجرائية المعمول بها في منظمة أو مركز من مراكز التحكيم الدائمة[1].

– الاتفاق على تطبيق الإجراءات وفقا لقانون وطني معين.

ليس بالضرورة أن تخضع إجراءات التحكيم الإلكتروني إلى نفس القانون الذي اختاره الأطراف للتطبيق على موضوع النزاع[2].

تبدوا أهمية اختيار الأطراف للقانون أو لائحة التحكيم الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق التحكيم الإلكتروني، في الأثر المترتب على ذلك الاختيار من حيث تحديد نظام الإثبات والوسائل الفنية التي تسمح بتأكيد احترام مبادئ السرية والمواجهة بين الخصوم وحقوق الدفاع وتنظيم المداولات الإلكترونية[3].

إن اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني من شأنه حل مشكلة تركيز التحكيم الإلكتروني تركيزا مكانيا، ذلك أن اتفاق التحكيم الإلكتروني يمكن الأطراف من تحديد القواعد القانونية التي تحكم إجراءات التحكيم الإلكتروني، كتلك المتعلقة بإبداء الدفاع والإثبات[4].

أين يستطيع الأطراف تحديد الكيفية التي يتم من خلالها اجتماعهم مع محكمة التحكيم عبر شبكة الاتصالات الدولية، وغيرها من الإجراءات التي تنظم عملية التحكيم إلكترونيا[5].

بذلك يتغلب الأطراف على العوائق القانونية من خلال إبرام اتفاق تحكيم إلكتروني يتضمن حلول لكافة المسائل الفنية التي تعجز القواعد الحالية عن الإحاطة بها، ولذلك يفضل الأطراف الإحالة إلى قواعد إحدى هيئات التحكيم الإلكتروني[6].

---

[1]– أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 92، صفاء فتوح جمعة المرجع السابق، ص 483، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ص 217.

[2]– محمود محمد الشيخ، المرجع السابق، ص 109، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 87.

[3]– توجان فيصل شريدة، المرجع السابق، ص 1102.

[4]– عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 350.

[5]– محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 167، سمير برهان، المرجع السابق، ص 13.

[6]– سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص143.

كما أن لاتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بمقتضى اتفاق التحكيم الإلكتروني أهمية كبرى، أين نصت المادة 15 من لائحة المحكمة الافتراضية على المبدأ، ولا ينتقل حق تقرير القانون الواجب التطبيق إلى محكمة التحكيم إلا في حالة إحجام الأطراف عن الاختيار[1].

سواء تم ذلك الاختيار من قبل الأطراف أو من قبل هيئة التحكيم الإلكتروني فيجب على هيئة التحكيم الأخذ بعين الاعتبار بنود العقد الأصلي والعادات التجارية المرتبطة بالنزاع خاصة تلك المتعلقة بطبيعة عقود التجارة الإلكترونية[2].

الفرع الثاني

موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية والهيئات التحكيمية من مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني

لقد أجمعت مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وهيئات التحكيمية الدائمة على تكريس مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني.

أولا- موقف التشريعات الوطنية

اعترفت مختلف التشريعات الوطنية بحرية الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم بشكل عام، أين نص المشرع الجزائري من خلال المادة 1043 من قانون الإجراءات الإدارية والمدنية على أنه «*يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام التحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم*»[3].

---

[1]- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، ص 260.

Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 159.

[2]- حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 36.

[3]- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 246، منسول عبد السلام، قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000-2001 ص 75، عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة الجزائر، 2005، ص 53.

كما أكد المشرع الفرنسي من خلال المادة 1509 من قانون الإجراءات المدنية الجديد[1] التي حلت محل المادة 1494/1 أكد على إمكانية أن ينص اتفاق التحكيم مباشرة أو عن طريق الإحالة على

قواعد إجرائية تحكم عملية التحكيم[2]، أما بالنسبة لموضوع النزاع فنصت المادة 1511 من نفس القانون على ضرورة تطبيق المحكمة التحكيمية للقانون الذي اختاره الأطراف[3].

كما نص المشرع المصري في قانون التحكيم على أنه «*تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك*»[4].

هذا المبدأ الذي أكدته المادة 3 من قانون التحكيم اليمني رقم 22 سنة 1992، المادة 767 من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد اللبناني، والمادة 14 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993، والمادة 317 من قانون المسطرة المدنية المغربي، وكذا المادة 36/أ من قانون التحكيم الأردني[5].

تتيح معظم التشريعات الوطنية لطرفي التحكيم حرية الاختيار بين التحكيم بالقضاء الذي يتقيد فيه المحكم بقانون معين، والتحكيم الطليق أو الحر الذي لا يتقيد الحكم من خلاله بأي قانون وطني، والأصل أن يكون المحكم مقيد بقانون معين، ويرجع هذا الأصل بالنظر إلى تأثر المشرعين الوطنيين بالمفهوم القضائي لوظيفة المحكم[6].

---

[1] -Ancien article 1494 alinéa premier.

[2]- «La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à une règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale, dans le silence de la convention d'arbitrage …», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 168, VERBIEST Thiebault, op.cit, p 17.

[3]- «Quant aux fond du litige, le nouvel article 1511 les termes de l'ancienne disposition en prévoyant que le tribunal tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies», Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 175, Jean-Baptiste RACINE, op.cit, p 384, Ch. SERAGLINI, op.cit, p 496.

[4]– المادة 39/1 من قانون التحكيم المصري رقم 28 لسنة 1994، أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق ص 362، محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني المرجع السابق، ص 113.

[5]– محمود محمد الشيخ، المرجع السابق، ص 35، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 86.

[6]- Conception juridictionnelle.

إن وظيفة المحكم تكمن في مباشرة وظائف القاضي، فهو يطبق القانون الواجب تطبيقه على النزاع.

كما أن إرادة طرفي التحكم لا تتجه إلى التخلي عن الضمانات المستمدة من تطبيق القانون، فإن تخليا عن القضاء بلجوئهما إلى التحكيم، إلا أنهم يوردان قضاة آخرين غير قضاة المحاكم، وليس عدالة أخرى غير تلك التي تتحقق من تطبيق القانون[1].

ثانيا- موقف الاتفاقيات الدولية

لقد أقرت العديد من الاتفاقيات الدولية مبدأ إرادة الأطراف كضابط إسناد في اختيار القواعد القانونية التي تحكم النزاع محل التحكيم وإجراءاته، وعلى سبيل المثال أقرت اتفاقية جنيف، للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 بشأن أنواع التحكيم وشروط صحته ذلك في المادة السابعة منها، حيث نصت على أنه «*إذا كانت هيئة التحكيم تقوم بالفصل في النزاع المعروض عليها فإنه يجب أن تقوم بتطبيق القانون الذي اختاره الخصوم على موضوع النزاع*»[2].

تشترط هذه المادة أن يكون هذا الاختيار صريحا لأن حرية الأطراف في اختيار ذلك القانون لا يقيدها في شيء.

لقد نصت اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية لسنة 1958[3]، أنه من أسباب رفض تنفيذ حكم التحكيم من قاضي دولة التنفيذ إذا تبين أن إجراءات التحكيم المتبعة من طرف المحكم لم تكن تلك التي تم اتفاق الأطراف عليها[4].

---

[1]- حسين المصري، المرجع السابق، ص 335.

[2] -«La convention de Genève de 1961, qui prévoit des critère complémentaire au critère économique s'applique aux conventions d'arbitrage conclus», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 161.

[3]- تنص المادة 5/ من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه «لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ: أ-..... ذ- أن تشكل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما تم الاتفاق عليه الأطراف أو قانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق»، كما نصت المادة 36/4 من نفس الاتفاقية على أسباب رفض تنفيذ حكم التحكيم والتي من بينها عدم إتباع الهيئة التحكيمية للإجراءات المحددة من طرف الأطراف، بنود اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على الموقع الإلكتروني

http://wwwuncitral.org/uncitral/ar/uncitral1985model-arbitration.html

تم الإطلاع عليه بتاريخ 10-09-2017، على الساعة 22:23.

[4]- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 166، بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 75.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 880.

لقد نص قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 على حرية الأطراف في تحديد الإجراءات التي يجب على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم طبقا لنص المادة 19[1]، كما نصت 28 على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع نزاع التحكيم[2].

ثالثا- موقف الهيئات التحكيمية الدائمة

لقد أقرت مختلف المؤسسات التحكيمية حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني سواء من حيث الموضوع أو الإجراءات، فقد نصت المادة 42/1[3] من اتفاقية واشنطن لعام 1995 المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى *CRDI* على ضرورة تطبيق القواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع[4].

كما أن قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس *CCI* في المادة 17/1 نصت على أنه «*للأطراف حرية الاتفاق على القواعد الواجب على هيئة التحكيم تطبيقها على موضوع النزاع، فإذا لم يتفقوا على ذلك طبقت هيئة التحكيم القواعد التي تراها ملائمة*»[5].

---

[1]- تنص المادة 19 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 على أنه «مع مراعاة أحكام هذا القانون يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم».

Eric LOQUIN, op.cit, p 128, Jean-Baptiste RACINE, op.cit, p 386.

[2]- تنص المادة 28 من القانون المذكور أعلاه على أنه «تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الأطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع».

Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 161, Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT op.cit, p 502.

[3]- تنص المادة 42/1 من اتفاقية واشنطن لعام 1995 على أنه «تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع».

لقد صادقت الجزائر على اتفاقية واشنطن لسنة 1995 بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 95-346، المؤرخ في 30-10-1995، جريدة رسمية عدد 66 لسنة 1995.

[4]- أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 363.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 880.

[5]- محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 320.

الفرع الثالث

صعوبات تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني

إن كلا من نظام التجارة الإلكترونية وكذا هيئة التحكيم الإلكتروني التي تتولى فض منازعات هذه التجارة، تتم في العالم الإلكتروني، مما يستوجب تطبيق قواعد قانونية تتلاءم مع طبيعة ذلك العالم الإلكتروني وخصوصيته.

إن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية يتم عبر شبكة الإنترنت بطريقة إلكترونية سواء من خلال الرسائل الإلكترونية المتبادلة أو عن طريق نظام المحادثة مباشرة[1].

إلا أن مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق بمقتضى اتفاق التحكيم الإلكتروني ليس بمبدأ مطلق، بل أنه وكأي مبدأ ترد عليه بعض القيود نلخصها فيما يلي:

أولا- صعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة وأهليتهم

على خلاف وسائل الاتصال التقليدية التي يسهل من خلالها التحقق من أهلية وهوية أطراف العقد، على اعتبار أنه تعاقد بين حاضرين في مجلس عقد حقيقي[2]، إلا أنه من الصعب التحقق من هوية أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني وأهليتهم[3].

من جهة أولى فإن الصعوبة تدق حينما يتم التعبير عن الإرادة حين الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني من خلال أجهزة ووسائط إلكترونية دون تدخل إنساني مباشر، خاصة عندما يقوم الحاسوب المبرمج بيت رسائل مشوبة بخطأ بشكل يستحيل توقعه من جانب الشخص الذي يعمل الحاسوب لحسابه[4].

---

[1]- مولاي حفيظ علوي قاديري، المرجع السابق، ص 175، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق ص 495.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 173، لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 93.

[3]- صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 214، أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 112.

[4]- درار نسيمة، المرجع السابق، ص 114، بن عباس نورة، المرجع السابق، ص 62.

فتثار صعوبة التحقق من إرادة التعاقد حينما تصدر الإرادة من شخص ليس له صلاحية التصرف نيابة عن المتعاقد الأصلي، أو إذا تم التلاعب في مضمون الرسالة الإلكترونية أو تم التغيير في محتواها[1].

من جهة ثانية فإن أهلية التصرف مستوجبة في طرفي التحكيم الإلكتروني في منازعات عقود التجارة الإلكتروني، وإلا كان حكم التحكيم باطلا، ومادام أن طرفي تلك العلاقة هما التاجر والمستهلك، فينبغي أن تتوافر في كل منها أهلية التصرف[2].

ثانيا- عدم اعتراف القانون محل الاتفاق بشرعية المعاملات الإلكترونية

يثير اللجوء لاستخدام الوسائل الإلكترونية في إجراءات التحكيم إشكالا في الدول التي لا تعترف بشرعية إلكترونية التحكيم ولا بشرعية المعاملات الإلكترونية عموما[3].

إذا كان القانون المتفق على تطبيقه يعترف بصلاحية العقود والمعاملات الإلكترونية فهناك إشكال يذكر ويتم تطبيق ذلك القانون على موضوع أو إجراءات التحكيم الإلكتروني، إلا أن الصعوبة تثور حينما يختار أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني تطبيق قانون دولة لا يعترف بصلاحية العقود الإلكترونية ولا بالإجراءات التي تتم بطريقة إلكترونية[4].

بالنسبة للدول التي لا تعترف بشرعية إلكترونية إجراءات التحكيم يتعين وفقا لقانونها أن تتم الإجراءات تقليديا، وإلا سيؤثر ذلك على الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم[5].

يرى البعض أنه يمكن تلافي تلك الصعوبات من خلال إبرام اتفاق تكميلي للقواعد التقليدية لتتناسب مع المسائل الفنية الخاصة بالتحكيم الإلكتروني، وكذلك تصديق أصحاب الشأن اتفاقاتهم في بداية ممارسة التجارة الإلكترونية من سلطات الدول المعنية والمنظمات الدولية ذات

---

[1]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 353.

«Le choix de la loi applicable ne soulève en matière de commerce électronique aucune observation particulière, il faudra néanmoins être en mesure de prouver l'acceptation par l'autre partie des dispositions relatives à la loi applicable au contrat», Eric A.CAPRIOLI, op.cit, p 45.

[2]- محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 231.

[3]- أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 364.

[4]- أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 18.

[5]- صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 495.

العلاقة والتي لا تعترف بالتحكيم أو المعاملات الإلكترونية لتسهيل تنفيذ أحكام التحكيم[1].

ثالثا- الإحالة إلى مركز تحكيم لم ينظم إجراءات التحكيم الإلكتروني

لا تثور أي مشكلة حين الاتفاق الأطراف على عرض النزاع على مركز تحكيم إلكتروني أو الاتفاق على تطبيق لوائح إحدى مراكز التحكيم الإلكترونية مثل لائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية ولائحة تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية، حيث تنظم مراكز التحكيم الإلكتروني إجراءات عرض النزاع إلكترونيا بدقة متناهية في لوائحها[2].

إلا أن الصعوبات تثار في حالة التي يتفق الأطراف لإخضاع النزاع للائحة تحكيم لا تنظم إجراءات التحكيم الإلكتروني كلائحة غرفة التجارة الدولية أو لقانون كالقانون النموذجي للتحكيم التجاري لسنة 1985[3].

يرى البعض أن حل تلك الصعوبة من خلال إخطار الأطراف من طرف المركز بعدم توافق اللائحة المختارة مع إجراءات التحكيم الإلكتروني، ومن ثم يقوموا بإبرام اتفاق تكميلي للاتفاق على تطبيق قانون آخر أو الإحالة على مركز متخصص في التحكيم الإلكتروني[4].

رابعا- القيود الواردة على تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق

الأصل في التحكيم عموما أن يكون وليد اتفاق الخصوم للجوء إليه كطريق بديل لفض منازعاتهم بعيدا عن القضاء[5]، إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقا بل ترد عليه بعض القيود نحصرها فيما يلي:

1- النظام العام كقيد على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

إن مبدأ حرية أطراف اتفاق التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني وموضوعه مقيدة بعدم مخالفة النظام العام[6].

---

[1]- عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 100.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 314.

[3]- ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 11.

[4]- صفاء جمعة فتوح، المرجع السابق، ص 492.

[5]- محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 127.

[6]- Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 168, Romain V. GOLA, op.cit, p 544.

لقد دعا الفقه إلى ضرورة التفرقة بين النظام العام الداخلي *L'ordre public interne* والنظام العام الدولي *L'ordre public international*، فأما النظام العام الداخلي فإنه من الصعب وضع تعريف دقيق له، ويتفق الفقه على أنها «*مجموعة القواعد التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع أكثر مما تهم الأفراد، سواء كانت هذه المصالح سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو أخلاقية*»[1].

أما النظام العام الدولي فهناك ما يسمى بالنظام العام التوجيهي *Ordre public de direction* أو قوانين البوليس[2]، الذي يعرف على أنه «*مجموعة القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ في أهميتها للمجتمع حدا كبيرا يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية، ومن ثم يتعين تطبيقها، فيفرض على القاضي تطبيقها مراعاة لمصلحة الدولة التي ينتمي إليها*»[3].

كما يوجد ما يسمى النظام العام الحمائي أو الإستبعادي *Ordre public de protection ou d'éviction* وهو نظام يهدف إلى استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في حالة مخالفته لقواعد النظام العام أو الآداب العامة لدولة القاضي[4].

يختلف دور النظام العام في المجال الداخلي عنه في المجال الدولي، ففي المجال الداخلي يتعلق الأمر بمضمون هذا القانون وأثره على علاقات الأفراد، فهو يتجسد في قواعد القانون الآمرة ويتمثل أثره في البطلان التصرف المخالف.

أما في القانون الدولي الخاص يتعلق الأمر بمجرد إنشاء الولاية لقانون من القوانين المتنازعة، واختلاف مفهوم النظام العام في المجالين ينعكس بالضرورة على التحكيم[5].

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 70.

[2]- L'article 9 du Règlement de Rome1, définit la loi de police comme «Une disposition impérative dont le respect est jugé curial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts public, tel que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application», Romain V.GOLA, op.cit, p 544.

[3]– أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة، القاهرة، 1989، ص 528.

[4]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 294، بن عباس نورة، المرجع السابق، ص 66.

[5]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 284.

تحرص معظم هيئات التحكيم الإلكتروني على مراعاة القواعد المتعلقة بالنظام العام الواجبة التطبيق، من أمثلة ذلك المادة 14 من لائحة المحكمة الافتراضية[1].

يتعين على أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني وكذا محكمة التحكيم الإلكترونية مراعاة القوانين الآمرة والنصوص المتعلقة بالنظام العام، مثالها المادة 17/1 من لائحة المحكمة الإلكترونية التي تلتزم بضرورة تطبيق قانون موطن المستهلك[2].

2- ضرورة تطبيق قانون موطن المستهلك

إن عقود الاستهلاك تخضع كقاعدة عامة للقانون الذي اختاره المتعاقدان صراحة أو ضمنيا[3]، لكن بتحفظ هام وهو أن غالبية الفقه والتشريعات الوطنية قد نصت على مبدأ مفاده أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يجوز أن يتنتج عنه حرمان المستهلك من الحماية التي توفر ها له الأحكام الآمرة لقانون الدولة التي بها محل إقامته العادية[4].

إن تطبيق مبدأ سلطان الإرادة قد لا يتفق ومقتضيات الحماية الفعالة للمستهلك الإلكتروني، بالإضافة إلى المخاطر المحتملة من جراء إطلاق هذا المبدأ في تحديد القانون الواجب التطبيق في العقود التي تحتوي طرفا ضعيفا كعقود الاستهلاك، مما يؤدي إلى حرمان المستهلك من المزايا التي يوفرها له قانون إقامته[5].

إن حماية المستهلك هي الأساس في أي عملية تعاقدية، بوصفه الطرف الضعيف أمام شركات الإنتاج والخدمات العملاقة، أين يقع المستهلك فريسة إغراء الدعاية والإعلانات الخادعة مما يؤثر على حريته في التعاقد[6].

---

[1]- سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 104.

[2]- حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 40، محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 139.

[3]- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 157.

[4]- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 91.

[5]- صفاء إسماعيل وسمي، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية 2016، ص179، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 450.

[6]- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 92، محمود محمد الشيخ، المرجع السابق، ص 45.

لقد تحفظت اتفاقية روما لعام 1980 عن تطبيق مبدأ قانون الإرادة في عقود الاستهلاك ونصت في مادتها 5/2 على ضرورة استبعاد قانون الإرادة إذا كان من شأنه أن يحرم المستهلك من الحماية التي تقررها له النصوص الآمرة في قانون الدولة التي يوجد بها محل إقامته العادية[1].

لذلك السبب تضيق الدول من حق اللجوء إلى التحكيم بأنواعه بالنسبة للمنازعات التي يكون المستهلك طرفا فيها[2].

لتسهيل لجوء المستهلكين إلى التحكيم الإلكتروني بعد نشوب النزاع، تتيح المحكمة الإفتراضية وضع ختم على كل المواقع الإلكترونية يضمن لكل العملاء المترددين على هذه المواقع التزام مالكيها بحل المنازعات التي تنشأ بينهم وبين العملاء عن طريق التحكيم الإلكتروني، وهو التزام من جانب واحد لا يلزم المستهلك[3].

المطلب الثاني

حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق

الأصل أن تقوم إرادة الأطراف بتحديد نظام التحكيم الإلكتروني سواء من حيث الإجراءات المتبعة في عملية التحكيم الإلكتروني أو القانون المطبق على موضوع النزاع، إلا أنه قد يغفل الأطراف في بعض الأحيان عن تحديد القانون الواجب التطبيق بمقتضى اتفاق التحكيم الإلكتروني، أو يثور خلاف بينهم حول اختيار القانون الواجب التطبيق[4].

---

[1]– «أبرمت اتفاقية روما بتاريخ 19-06-1980 بين عدد من الدول الأوروبية من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال الالتزامات التعاقدية التي تتم على أقاليم الدول المشاركة في الاتفاقية، وجاءت الاتفاقية بنوعين من القواعد، الأول تقرر العمل بمبدأ سلطان الإرادة، وقواعد من أجل حماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك»، أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة القاهرة، 2005، ص 237.

Eric A.CAPRIOLI, op.cit, p 47, Romain V.GOLA, op.cit, p 542, Thibault VERBIEST, op.cit p 179.

[2]- «LE droit de consommation n'interdit généralement pas le recours à l'arbitrage, mais prévoit d'autre mécanismes destinés à protéger le consommateur», Thomas SCHULTZ, op.cit, p 406.

[3]– سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 95، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 146.

Vincent TELMAN, op.cit, p 58.

[4]– توجان فيصل الشريدة، المرجع السابق، ص 1104.

أمام ذلك الموقف غالبا ما يلقي الأطراف بعبء تحديد هذا القانون على هيئة التحكيم الإلكتروني، فيكون مطلوبا منها البحث في مسألة القانون الواجب التطبيق وتحديده[1].

وفقا للنصوص القانونية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي فإنها تعطي لهيئة التحكيم حرية كبيرة في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، أين يكون للمحكمين نفس حرية الأطراف في اختيار القانون المنظم لإجراءات التحكيم[2].

كما أن المادة 1511 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي يعطي لهيئة التحكيم حرية مطلقة لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح عليهم[3].

من أجل البحث في مسألة تحديد هيئة التحكيم الإلكتروني للقانون الواجب على نظام التحكيم الإلكتروني في حالة غياب اتفاق الأطراف، يتعين التفريق بين القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني وهذا ما سنبحثه في الفرع الأول، أما الفرع الثاني نخصصه لدراسة القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني، بينما نخصص الفرع الثالث للقانون الموضوعي الإلكتروني.

الفرع الأول

تحديد القانون الإجرائي من قبل هيئة التحكيم الإلكتروني

تعتبر إجراءات التحكيم الإلكتروني العمود الفقري الذي يقوم عليه نظام التحكيم الإلكتروني، وتختلف القواعد الإجرائية التي تطبق خصومة التحكيم الإلكتروني بحسب ما إذا كان التحكيم حر أو يتم عن طريق هيئة تحكيم إلكترونية، ففي الحالة الأولى عند عدم اتفاق الأطراف على القانون الإجرائي الواجب التطبيق يرجع إلى قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص، أما الحالة الثانية لا تثير أي إشكال فبمجرد الاتفاق على إسناد التحكيم إلى هيئة تحكيم إلكتروني

---

[1]– أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 364، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 402.

Thomas SCHULTZ, op.cit, p 404, Ahmed MIKEALAH, op.cit, p 188.

[2]- Ph. FOUCHARD, E.GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 666, L'art $1509_{2/}$ du code procédure civile français, «Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal règle la procédure, autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à une loi ou à un Règlement d'arbitrage, ou dés Règles de procédure», L'art $3/_4$ de la convention de Genève de 1961, l'art $19_{/2}$ de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, L'art $5_{/1}$ du règlement d'arbitrage ATA online.

[3]- Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 181, Eric LOOUIN, op.cit, p 128.

هذا دلالة ضمنية على قبول القواعد الإجرائية لتلك الهيئة[1].

في غياب وجود اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق، تثور إشكالية تحديد القواعد الإجرائية التي سوف تحكم النزاع، وفي هذه الحالة تزدهر سلطة هيئة التحكيم الإلكتروني كما هو الحال عليه في نظام التحكيم التقليدي، بحيث هي من تتولى تحديد هذه القواعد الإجرائية، كما تثار نفس الإشكالية في حالة عدم كفاية هذه الإجراءات التي اتفق عليها الأطراف[2].

في هذه الحالة وقع اختلاف حول تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم أين رجح البعض خضوع إجراءات التحكيم لقانون مقر التحكيم[3]، بينما ذهب البعض إلى تطبيق قانون الدولة الذي يحكم موضوع النزاع[4]، فيما ذهب فريق آخر إلى ضرورة إعطاء هيئة التحكيم سلطة تحديد القانون الإجرائي[5].

أولا- تطبيق قانون دولة مقر التحكيم

لقي تطبيق قانون دولة مقر التحكيم *Loi du siège arbitral* في حالة غياب اتفاق الأطراف قبولا واسعا لدى الفقه والاتفاقيات الدولية وحتى التشريعات الوطنية، عندما يتعلق الأمر بنظام التحكيم التقليدي[6]، إذ أن المعيار يمتد إلى روابط عضوية بين دولة مقر التحكيم وعملية التحكيم ذاتها[7].

ذلك أنه عند بدء عملية التحكيم بمفهومها التقليدي تتدخل محاكم دولة مقر التحكيم في المساعدة لتشكيل هيئة التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف، أو تتدخل في طلب رد المحكمين

---

[1]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 326.

[2]- «تكمن أهمية اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني في تحديد نظام أدلة الإثبات»، لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 250.

[3]- محمود محمد الشيخ، المرجع السابق، ص 128.

[4]- Thomas SCHULTZ, op.cit, p 405, Eric LOQUIN, op.cit, p 130.

[5]- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 301.

[6]- شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 496.

Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 183.

[7]- Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B.GOLDMAN, op.cit, p 651.

كما تتدخل أثناء سير خصومة التحكيم لإصدار تدابير وقتية أو تحفظية، أو للحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور، كما أن محاكم دولة مقر التحكيم هي التي تختص بنظر بطلان حكم التحكيم وفقا لقانونها[1].

يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات[2].

إلا أن الأمر مختلف بالنسبة لنظام التحكيم الإلكتروني الذي يتم عن طريق وسائل الاتصال الإلكترونية خاصة شبكة الإنترنت، وهي شبكة عالمية مفتوحة ليس لها حدود، ويصعب فيها تحديد الموقع الجغرافي إذ لا ترتبط بإقليم معين، فالتحكيم الإلكتروني يتم في عالم افتراضي غير ملموس، وهذا يؤدي إلى استحالة تحديد مكان التحكيم الإلكتروني ماديا[3].

من ثم يكون من الصعوبة إعمال مبدأ قانون مقر التحكيم لعدم تلاؤمه مع خصوصية التحكيم الإلكتروني، أين يتم تبادل المذكرات والأوراق بين الخصوم وهيئة التحكيم بطريقة إلكترونية، كما تنعقد الجلسات دون الحضور المادي للأطراف ولا لهيئة التحكيم، كما يتم إصدار حكم التحكيم وتوقيعه وإعلانه للأطراف بطريقة رقمية إلكترونية[4].

أمام سكوت لوائح هيئات التحكيم الإلكتروني عن وضع حل لهذه الإشكالية، فإن الفقه اقترح بعض الحلول لأجل تحديد مكان التحكيم الإلكتروني تتمثل في:

---

[1]– «في النزاع الذي نشأ بين الشركة الكندية SAPPHIRE والشركة الوطنية الإيرانية للبترولNICO ، ونظرا لعدم تطرق الأطراف في عقدهم المبرم عام ت 1985 إلى القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، ذهب المحكم CAVIN إلى تطبيق القانون السويسري باعتباره قانون مقر التحكيم، كما أصدر المحكم LARGERGREN عام1973 بشأن النزاع بين الحكومة الليبية وشركة BRITICH PETROLEUM، أين طبق القانون الدنماركي على إجراءات التحكيم، باعتباره قانون دولة مقر التحكيم»، أحمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 365 عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 435، صفاء فتوح جمعة المرجع السابق، ص 488.
Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 190.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 331، لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص252

[3]– محمود محمد الشيخ، المرجع السابق، ص 132.

[4]– جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 187، محمد عبد العزيز منسي، المرجع السابق، ص 147.

1- تحديد مكان التحكيم الإلكتروني في مكان محدد وثابت بغض النظر عن المكان الذي يتم فيه التحكيم، ذلك أن مكان التحكيم هو مجرد فكرة قانونية وليست فكرة مادية لأنها لا ترتبط بمكان انعقاد الجلسات أو بمكان توقيع حكم التحكيم، بل إن مكان التحكيم هو افتراض قانوني الهدف منه ترتيب آثار قانونية، فعند تعيين مكان التحكيم فليس بالضرورة أن تعقد هيئة التحكيم جميع الجلسات بهذا المكان[1].

كمثال عن ذلك محكمة التحكيم الرياضية[2] *TAS*، فهي تتخذ من مدينة لوزان السويسرية مقر لها بغض النظر عن مكان إجراء التحكيم.

2- عدم تحديد مكان ثابت للتحكيم الإلكتروني ما تسمى بنظرية المكان الطليق وهذا تماشيا مع خصوصيته كونه يتم في عالم افتراضي غير مادي، ومن ثم عدم ربط التحكيم الإلكتروني بقانون مقر التحكيم[3]، ويمكن اختيار تطبيق القانون الإجرائي لأي دولة تقر بهذا المبدأ، إلا أن هذا المعيار تعرض للنقد فقد يتم اختيار قانون دولة لا تقر اللجوء إلى محاكمها لطلب إبطال حكم التحكيم، كما أن هذا يتعارض مع ما جاءت به اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية[4].

3- تطبيق قانون مكان مقدم الخدمة[5]، أي تركيز التحكيم الإلكتروني جغرافيا في دولة مقدم خدمة الوصول إلى صفحة الويب التي ترتكز عليها محكمة التحكيم الإلكتروني، ومن ثم تطبيق قانونها، لكن إذا كان مقدم الخدمة عدة شركات ومتواجدة في عدة دول، فتثار إشكالية أي قانون يطبق[6].

4- تطبيق قانون مكان المحكم، أين يتم تطبيق القانون الذي يوجد فيه المحكم خاصة عندما يخلو اتفاق التحكيم الإلكتروني من تحديد مكان التحكيم، إلا أن هذا الرأي لقي انتقاد على

---

[1]- محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 109، حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 37.

[2]- Tribunal arbitrale des sports.

[3]- «نظرية التحكيم غير التوطيني»، خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 315.

[4]- Ph. FOUCHARD, E.GAILLAARD, B.GOLDMAN, op.cit, p 52, Ahmed MIKLALAH, op.cit p 193.

[5] - «L'ex loci serveur, C'est à dire la localisation matérielle du serveur par lequel se déroule l'arbitrage électronique», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 186.

[6]- فادي عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 231.

أساس أن المحكم قد ينتقل من مكان إلى آخر، فأي مكان يؤخذ بعين الاعتبار للقول أنه مكان تواجد المحكم، كما يتعقد الأمر إذا تعدد المحكمين، وكل محكم يتواجد في مكان يختلف عن المحكم الآخر[1].

5- تحديد الأطراف لمكان وهمي للتحكيم الإلكتروني[2]، وذلك من خلال الاتفاق ويعتبر هذا الحل يتماشى مع عدم وجود مقر مادي للمحاكم الإلكترونية التي ليس لها موقع جغرافي في إقليم دولة معينة[3].

يتوافق هذا الحل مع المادة 18 من لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية *CCI* لسنة 2012 والتي تنص على أنه «*تحدد المحكمة مكان التحكيم، إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك*»، وكذا المادة 20 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي[4].

تجدر الإشارة إلى أن اللوائح التي تحكم التحكيم الإلكتروني لم تتضمن حلا لتلك المشكلة فلائحة المحكمة الإفتراضية لم تعالج مسألة مكان التحكيم الإلكتروني، وكذلك الأمر بالنسبة للائحة المنظمة العالمية للملكية الفردية *WIPO*، وكذا لائحة القاضي الافتراضي[5].

ثانيا- تطبيق قانون الدولة الذي يحكم موضوع النزاع

يستند هذا المعيار إلى تطبيق قانون الدولة التي يحكم قانونها موضوع النزاع في حالة اتجاه إرادة أطراف التحكيم الصريحة إلى تطبيق قانون دولة معينة ليحكم موضوع النزاع، من ثم فإنه ورغبة في عدم تقطيع أوصال خصومة التحكيم يطبق قانون نفس الدولة على إجراءات

---

[1]- مصطفى ناطق صالح مطلوب، المرجع السابق ص 169.

[2]- Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 187.

[3]- حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 38.

Gabrielle KAUFMAN-KOHLER, le lien de l'arbitrage à l'une de la mondialisation: Réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage, revue de l'arbitrage, 1998, p 517, sur le site internet: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44121

تم الإطلاع عليه بتاريخ 15-09-2017، على الساعة 22:32.

[4]- Ahmed MIKALALAH, op.cit, p 194.

[5]- حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 38، محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 111.

«Le Règlement d'arbitrage en ligne Virtual Magistrature était aussi muet sur le sujet, ce dernier renvoyait au Règlement d'arbitrage commercial de l'AAA», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 188 Gabrielle KAUFMANE-KOHLER, op.cit, p 536.

التحكيم وموضوعه[1].

تعرض هذا المعيار إلى انتقاد حاد مفاده أنه ليس بالضرورة أن تخضع إجراءات التحكيم لنفس القانون الذي يحكم موضوع النزاع[2]، كما أن اعتماد هذا المبدأ من شأنه تغليب الطابع التعاقدي الاتفاقي لاتفاق التحكيم على الطابع القضائي فيه[3].

ثالثا- تطبيق القواعد الإجرائية لهيئة التحكيم الإلكتروني

نظرا لصعوبة تطبيق المعايير السالف ذكرها على نظام التحكيم الإلكتروني، فإنه يتعين في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني بمقتضى اتفاق التحكيم الإلكتروني، فإنه يتعين على هيئة التحكيم الإلكتروني اختيار القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة وملائمة لسير عملية التحكيم الإلكترونية لتجنب الوقوع في فراغ قانوني[4].

على أن توفر للأطراف الضمانات الأساسية لاسيما فيما يتعلق بكفالة مبدأ المواجهة بين الخصوم ومبدأ معاملة الأطراف على قدم المساواة، واحترام حقوق الدفاع وغيرها من المبادئ التي تضمن المساواة بين الخصوم، وبالتالي توفر الثقة التي يتطلبها نظام التحكيم الإلكتروني[5].

إن غياب اتفاق الأطراف على تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق ينقل صلاحية تحديده إلى الهيئة التحكيمية التي تحل محل إرادة الأطراف، إلا أن الحرية التي تنتقل إلى هيئة

---

[1]- «يذهب الفقه إلى اعتبار مسألة التفرقة بين المسائل الإجرائية والمسائل الموضوعية عملية تكييف يحكمها قانون القاضي المعروض عليه النزاع، استنادا إلى قانون دولة مقر التحكيم»، خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 249، لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 254.

[2]- محمود محمد الشيخ، المرجع السابق، ص 109، حسن المصري، المرجع السابق، ص 342، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 496.

Thomas SHULTZ, op.cit, p 405.

[3]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 436.

Ph. FOUCHARD, E.GAILLARD, B.GOLDMAN, op.cit, p 651.

[4]- أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 365، جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 187.

[5]- محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 414، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 610.

التحكيم ليست مطلقة بل مقيدة بالنصوص الإجرائية الآمرة وكذا النظام العام، وإلا كان حكم التحكيم معرضا للبطلان[1].

إن اتفاق الأطراف على اللجوء إلى إحدى هيئات التحكيم الإلكتروني، فيه إقرار ضمني أن إرادتهم اتجهت إلى تطبيق القواعد الإجرائية المنصوص عليها بلوائح تلك الهيئات التحكيمية[2].

إن لجوء الأطراف إلى هيئات التحكيم الإلكتروني الدائمة في ظل نظام التحكيم المؤسسي الإلكتروني لحل منازعاتهم يعد النظام الأكثر انتشارا في الواقع العملي، لكونه يتميز بإزالة العقبات القانونية التي تواجه الأطراف حين الاتفاق على تفاصيل تلك القواعد الإجرائية، على اعتبار أنها هيئات مختصة ومتمرسة في هذا المجال[3].

على سبيل المثال فقد خول المشرع الجزائري لهيئة التحكيم مهمة تحديد الإجراءات مباشرة أو بالاستناد إلى أحد قوانين التحكيم الوطنية أو الاتفاقيات الدولية وكذا لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة[4]، وهو نفس المبدأ الذي نصت عليه المادة 25 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994[5]، والمادة 24 من قانون التحكيم الأردني، وكذلك الاتفاقية الأوربية لعام 1961

---

[1]– محمود محمد الشيخ، المرجع السابق، ص 137.

«Lorsqu'aucune loi n'a été choisie par les parties, il y a lieu, conformément aux principes du droit international privé de procéder a la localisation de la convention litigieuse en recherchant l'ordre juridique avec lequel elle présente les liens les plus étroites», Eric LOQUIN, op.cit, p 130.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص 580، محسن شفيق المرجع السابق، ص 293.

[3]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 222، محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 414.

[4]– تنص المادة 1043/2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالف الذكر على أنه «إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام التحكيم».

[5]– تنص المادة 25 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، 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 مصر أو خارجها...».

بشأن التحكيم التجاري الدولي، كما نصت على المبدأ المادة 19/2 من القانون النموذجي للتحكم التجاري الدولي لعام 1985[1].

أما بالنسبة لهيئات التحكيم الإلكتروني نذكر جمعية التحكيم الأمريكية *AAA* والتي أرست نظام القاضي الافتراضي، أين نصت لوائحها الداخلية على أنه تتم العملية التحكيمية وفقا للقواعد المحددة في لائحتها الداخلية والسارية وقت بدء العملية التحكيمية، وكذا ما أقرته المحكمة الفضائية ومحكمة التحكيم الإلكتروني التابعة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية[2].

الفرع الثاني

تحديد القانون الموضوعي من قبل هيئة التحكيم الإلكتروني

حرصت أغلبية النظم القانونية على احترام إرادة المحتكمين فيما يتعلق باختيارها للقواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع وإعمالها، مادامت لا تخالف النظام العام، وطالما لم يكن الاختيار مشوبا بالغش نحو القانون[3].

إلا أنها تختلف حول الحدود التي يقف عندها سلطان الإرادة بسبب عدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فيعود الأمر إلى هيئة التحكيم لاختيار القانون الواجب التطبيق[4].

يرجع عدم اتفاق الأطراف على القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق إلى عدة أسباب منها أن الطرفين لم يفكرا في المسألة أصلا عند الاتفاق على التحكيم، أو فكرا فيها وقررا تركها لهيئة التحكيم، أو اختلافا بشأن تحديد هذا القانون[5].

---

[1]– إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 290، عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 348.

[2]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 412.

[3]– «أكدت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية والاعتراف بها، أن الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه يمكن أن يكون مرفوضا إذا كان الحكم مخالفا للنظام العام»، إلياس ناصيف، المرجع السابق ص 149.

Eric LOQUIN, op.cit p 130.

[4]– عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص447، سامي عبد الباقي ، المرجع السابق،ص 144.

[5]– مصطفى عبد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 272.

تجمع مختلف التشريعات الوطنية والمؤسسية أنه في حالة تخلف اتفاق الأطراف حول تحديد القانوني الموضوعي تتولى هيئة التحكيم تحديد القانون الأكثر اتصالا بالنزاع أو الأكثر ملائمة، فقد تلجأ هيئة التحكيم إلى اختيار قانون دولة معينة، وقد تطبق العادات والأعراف الجارية الخاصة بالمعاملة التي كانت محل اتفاق التحكيم[1].

لقد نصت لوائح هيئات التحكيم الإلكتروني على ذات المبدأ أين أجمعت على ضرورة تحديد القانون الموضوعي وفقا لنظامها الداخلي في حالة عدم اتفاق الأطراف عليه، على أن يكون هذا القانون ملائما لموضوع النزاع.

أين قرر نظام القاضي الافتراضي أن تطبق هيئة التحكيم القانون أو القوانين الموضوعية التي اختارها الأطراف، وعند عدم وجوده تطبق القانون أو القوانين التي تجدها أكثر ملائمة[2].

هذا لمبدأ أقرته على سبيل المثال المادة 15 من لائحة المحكمة القضائية، والمادة 17 من نظام محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس[3].

على خلاف ما قررته المحكمة الافتراضية فإن النظام الكندي المسمى *E. Résolution* الخاص بالنظر في المنازعات الناشئة عن استخدام أو استغلال أسماء المواقع الإلكترونية يعطي

---

[1]– تنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالف الذكر، على أنه «لا تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة»، كما تنص المادة 39/2 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه «إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي تراه أكثر اتصالا بالنزاع»، كما نصت المادة28/2 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 على أنه «عند غياب اتفاق الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، تطبق هيئة التحكيم القانون الواجب التطبيق الذي تحدده قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، وتبعا لما تراه وتقدر قابليته للتطبيق على موضوع النزاع»، لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 316، صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 474 رضوان أبو زيد، المرجع السابق، ص 150.

[2]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 429، خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق ص 318.

[3]– أسامة إدريس بيد الله، المرجع السابق، ص 16، سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 145.

لمحكمة التحكيم الحق في أن تطبق على موضوع النزاع القواعد القانونية التي تقدر أنها ملائمة طبقا لظروف كل نزاع مع الأخذ بعين الاعتبار الممارسات المعتادة في إطار التجارة بصفة عامة والتجارة الإلكترونية بصفة خاصة[1].

اقترح بعض الفقه فكرة تطبيق ما هو معمول به في إطار نظام التحكيم التقليدي من طرف هيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ومن ثم فإن تحديد القانون الموضوعي من طرف هيئة التحكيم الإلكتروني من خلال تطبيق القانون الأكثر اتصالا وعلاقة بموضوع النزاع، يفترض أن تكون تلك هيئة أمام أكثر من قانون واجب التطبيق، من ثم يتعين عليها اختيار القانون الأكثر اتصالا بموضوع النزاع[2].

على شريطة أن لا تأخذ هيئة التحكيم الإلكتروني بأكثر من قانون واحد، ولا يكون من اختصاصها أن تمزج بين أكثر من قانون أو قاعدة قانونية، وذلك للحفاظ على دورها في اختيار القانون وليس إنشاء قانون أو قاعدة قانونية، هذا خلاف لما هو مخول للأطراف[3].

إن اختيار هيئة التحكيم الإلكتروني للقانون الموضوع الواجب التطبيق مناطه مركز الثقل في العلاقة، والذي بمقتضاه يحدد أكثر القوانين المتنازعة، فتلجأ هيئة التحكيم الإلكتروني إلى إجراء تركيز موضوعي للعلاقة محل النزاع وفقا لأحد المعايير المقترحة للتركيز، كمكان انعقاد العقد أو محل تنفيذه مثلا[4].

في كثير من الحالات تكون فكرة الأداء المميز الأنسب لتحديد القانون الأكثر اتصالا

---

[1]– سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 146.

Vincent TILMAN, op.cit, p 52, Alexia ROUSSOS, op.cit, p 06.

[2]- «Lorsqu'aucune loi n'a été choisi par les parties, il ya lieu, conformément aux principes du droit international privé, de procéder à la localisation de la convention litigieuse en recherchant l'ordre juridique avec lequel elle présente les liens les plus étroits», Eric LOQUIN, op.cit, p 130, Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 194.

[3]– محمود محمد الشيخ، المرجع السابق، ص 59.

[4]– «على سبيل المثال إذا كان النزاع حول صحة العقد، فإن القانون الأكثر اتصالا بالنزاع هو قانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد، وإذا كان النزاع حول تنفيذ التزام معين في العقد، فالقانون الأكثر اتصالا بالنزاع هو قانون الدولة التي تم فيها تنفيذ هذا الالتزام»، لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص317 صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 474.

بالعلاقة موضوع النزاع[1].

يتعين على هيئة التحكيم الإلكتروني تفسير عبارة القانون الأكثر اتصالا بموضوع النزاع حين بحثها عن القانون الموضوعي الواجب التطبيق بالموازنة بين مصالح الطرفين المحتكمين وكذا مصلحة القضية المتنازع عليها[2].

ينبغي الإشارة إلى أن قواعد التجارة الدولية التقليدية وإن كانت قد تغلبت على الصعوبات التي أعاقت قواعد تنازع القوانين المعروفة في إطار القانون الدولي الخاص في توفير حل عادل لمنازعات التجارة الدولية.

إلا أن هذه القواعد لا يمكن مساعدة المحكمين للفصل في منازعات التجارة الإلكترونية لاختلاف البيئة التي تثور بشأنها هذه المنازعات، مما أدت الحاجة إلى ظهور القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية *Lex Eléctronica* التي تمثل تنظيما قانونيا ذا طبيعة موضوعية وذاتية يتلاءم مع خصوصيات منازعات التجارة الإلكترونية[3].

الفرع الثالث

القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية *Lex Eléctronica*

أدى التطور الهائل في عالم الاتصالات والمعلومات إلى ظهور التجارة الإلكترونية، وقد سعى القائمين عليها للبحث عن كل الوسائل التي تحافظ على تطورها وإزالة كل العقبات

---

[1]– «يقوم ضابط الأداء المميز على فكرة مفادها تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام الأساسي فيه، فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد، إلا أن أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره، وبالتالي يعتمد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد في جملته»، صالح المنزلاوي المرجع السابق، ص 336، لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق ص 214.

[2]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 149.

Eric LOQUIN, op.cit, p 130.

[3]– جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 182، صفاء فتوح جمعة المرجع السابق، ص 180 إلى 278 عبد الفتاح الزيتوني تنازع الاختصاص في العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، تقديم محمد الأطرش، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، مراكش، 2010، ص 106 إلى 121.

التي تعترض طريقها[1].

من ثم حينما ظهرت منازعات خاصة بالتجارة الإلكترونية بين أطرافها ثم البحث عن غطاء قضائي يتلاءم مع خصوصياتها، أين تم استحداث نظام التحكيم الإلكتروني كبديل عن القضاء الوطني لفض منازعاتها[2].

إن هيئات التحكيم الإلكترونية حين نظرها لمنازعات التجارة الإلكترونية قد تطبق القوانين الوطنية والدولية على موضوع هذه المنازعات، لكن هذا الوضع لا يتلاءم على الإطلاق مع طبيعتها الإلكترونية، مما أدت الضرورة إلى البحث عن غطاء تشريعي يتلاءم مع خصوصية التجارة الإلكترونية التي تتم في عالم افتراضي لا مادي، وتتلاءم أكثر مع نظام التحكيم الإلكتروني، الذي يتعين أن يكون له تنظيم ذاتي[3].

أين ظهر ما يسمى بالقانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية *Lex Eléctronica*، على غرار القانون الموضوعي المتعلق بالتجارة الدولية *Lex Mercatoria* [4].

من ثم يتعين البحث عن مفهوم القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية وخصائصه ومصادره وتقيمه.

أولا- تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني

تتعدد المصطلحات المستخدمة في الفقه للتعبير عن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية فهناك مصطلح القانون الإلكتروني *Lex Eléctronica*[5]، ومصطلح قانون المعلوماتية

---

[1]- Thomas SCHULTZ, op.cit, p 01.

[2]- مولاي حفيظ علوي قادري، المرجع السابق، ص 137، أسامة إدريس بيد الله، المرجع السابق، ص 16.

[3]- محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 430، خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 394.

«La notion de Lex Electronica à été mise en avant dans le contexte du débat à de la normativité relative aux activités se déroulant sur internet», Pierre TRUDEL, Lex Electronica, Edition BRYLANT Bruxelles,2001, p 221.

[4]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 309، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 447.

[5]- «il ya une différence notoire à faire en "Lex" qui accompagne les expressions latines à savoir, lex Fiori, lex loci, qui signifie loi et "lex" dans lex Mercatoria qui signifie des usages propres a une activité» L'ex Electronica et lex Mercatoria, sur le site internet:
https://juridika.net/lex.electronica.el.lex.mercatoria.html

تم الإطلاع عليه بتاريخ 25-09-2017، على الساعة 19:03.

Lex Information، والقانون الافتراضي *Lex Virtual*، والقانون الرقمي *Lex Nemerica*، وقانون الفضاء الافتراضي *Cyber Space Comman Law*، وغيرها من التسميات، إلا أننا سوف نعتمد في هذه الدراسة تسمية القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية[1] *Lex Eléctronica*.

يعرف القانون الموضوعي الإلكتروني على أنه «*مجموعة القواعد القانونية غير الرسمية Informelles المطبقة في نطاق التجارة الإلكترونية*»، كما يعرف على أنه «*نظام قانوني دولي موحد بشأن التجارة الإلكترونية*»[2].

إن القانون الموضوعي الإلكتروني هو قانون يتكون من مجموعة من القواعد الموضوعية التي تستجيب للخصوصية التقنية سريعة التطور للإنترنت، وهو قانون مماثل لقانون التجارة الدولية *Lex Mercatoria* من حيث أن كلاهما يتكون من مجموعة العادات والممارسات التجارية[3].

إلا أن قواعد قانون التجارة الإلكترونية تتميز بطبيعة خاصة، إذ أن العادات والممارسات التي كونت هذا القانون نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للإنترنت، وطورها مستخدمو الشبكة وحكومات الدول في مجال الاتصال والمعلومات[4].

من ثم فإن أهمية القانون الإلكتروني *Lex Eléctronica* بالنسبة للتجارة الإلكترونية هي بنفس قدر أهمية قانون التجارة الدولي *Lex Mercatoria* بالنسبة للتجارة الدولية التقليدية[5].

ثانيا– أهمية القانوني الموضوعي الإلكتروني

بنفس الأهمية التي أدت إلى ظهور قانون التجارة الدولية ***Lex Mercatoria*** الذي يتكون

---

[1]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 110.

Thomas SCHULTZ, op.cit, p 473.

[2] – محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 436، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، 447.

«GAUTRAIS définit la notion de l'ex Electronica par ses composantes, c'est pour lui l'ensemble des normes juridique informelles applicables dans le commerce électronique international», pierre TRUDEL, op.cit, p 235.

[3]– كما تم تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني على أنه «تنظيم قانوني ذو طبيعة موضوعية وذاتية خاص بالعمليات التي تتم عبر شبكة الإنترنت»، إيناس الخالدي، المرجع السابق ص 309.

[4]– خالد ممدوح إبراهيم إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 397.

[5]- «La Lex Electronica est ainsi au commerce électronique ce que lex Mercatoria est au commerce international», Thomas SCHULTZ, op.cit. p 473, Pierre TRUDEL, op.cit, p 57.

من عادات وأعراف اعتاد التجار التعامل على أساسها في علاقاتهم التجارية الدولية، نتيجة فشل منهج تنازع القوانين الذي يعتمد على ضوابط مادية، ظهرت الحاجة إلى إيجاد القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية[1].

إن عقود التجارة الإلكترونية تنأى الخضوع لقواعد القانون الدولي الخاص، بحكم أن طبيعتها اللامادية لا تتلاءم مع قواعد الإسناد الإقليمية التي تعتمد على الحلول العادية لتنازع القوانين، كما أن المفاهيم التقليدية للاختصاص التشريعي والقضائي التي وضعت لتنظيم مجتمع مقسم إلى دول وأقاليم يفصل بينها حدود لا تتلاءم مع مجتمع إلكتروني ينقسم إلى شبكات اتصال ومواقع ويب[2].

إن القوانين الوطنية قد تؤدي عند تطبيقها إلى إعاقة تقدم التجارة الإلكترونية، نظرا لكونها تتصف بالانغلاق والانطواء على ذاتها، فهي لا تستطيع أن تعطي تصورا كاملا أو حلولا مقبولة لمنازعات التجارة الإلكترونية[3].

من ثم فإن وضع قانون موضوعي يحكم وينظم التجارة الإلكترونية يؤدي إلى توفير الحماية والثقة لدى أطراف هذه التجارة، وأيضا يؤدي إلى التخلص من الغموض القانوني الذي يسيطر عليها، مما يؤدي إلى تطورها وازدهارها، فالتجارة الإلكترونية ووسائل حسم منازعاتها لن تعرف ازدهارا وتطورا، إلا إذا وضع لها إطار قانوني خاص بها[4].

مما أدت الحاجة إلى إنشاء قانون متخصص، موحد وعابر للدول يتماشى والعالم الافتراضي الذي تبرم فيه عقود التجارة الإلكترونية[5].

لذلك يتعين على واضعي التشريعات تفهم مجموعة من القواعد والقيود والاعتبارات المرتبطة بتدفق المعلومات عبر شبكات الاتصال يطلق عليها *Lex Informatica*، مما أدت

---

[1]– إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 309، خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 266.

[2]– خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 396.

[3]– مصلح أحمد الطراونة، نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص 215.

[4]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 433.

[5]- «Le concept de Lex Mercatoria avait à l'origine de sa renaissance été pensé de la mémé manière, à savoir pour éviter les conflits de lois», Thomas SCHULTZ, op.cit, p 473.

الحاجة إلى المطالبة بوجود قواعد موحدة تحكم المعاملات التجارية الإلكترونية على غرار قانون التجارة الدولية *Lex Marcatoria* المعمول به في التجارة الدولية[1].

إن القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية يتميز أنه قانون تلقائي النشأة، لم يصدر عن جهة رسمية أو سلطة وطنية، وجد ليتلاءم مع حاجيات مجتمع قوامه السرعة في التعامل ولمواكبة احتياجات المتعاملين مع شبكة الإنترنت، وهذا ما يكفل أن يصبح التحكيم الإلكتروني كآلية ملائمة لحل منازعات التجارة الإلكترونية[2].

ثالثا- مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني

يحاول القانون الموضوعي الإلكتروني كغيره من القوانين أن يضع الأسس التي يقوم عليها ثم يكمل ذلك ببناء هيكلة وبنيانه، من ثم يتعين أن يكون له مصادر متنوعة يستطيع أن يستمد منها مقوماته، وتضمن له بقاءه واستمرار يته، وكذا التكيف مع الطبيعة الإلكترونية[3]، من ثم يمكن تلخيص تلك المصادر فيما يلي:

1- العادات والأعراف المستقرة في العالم الإلكتروني

تعتبر من المصادر الرئيسية للقانون الموضوعي الإلكتروني، ويقصد بها القواعد التي يضعها المتعاملون مع الإنترنت بأنفسهم لتطبق عليهم، كما يندرج ضمن تلك القواعد ما تضعه الهيئات والمؤسسات المهنية من مبادئ للتعامل عبر شبكة الإنترنت[4].

إن هذه العادات والأعراف والممارسات هي التي اعتاد أطراف التجارة الإلكترونية على التعامل بها خلال تعاملاتهم، والتي تتبلور حول مبادئ أساسية مثل احترام القانون، احترام سرية المعلومات، احترام حقوق الملكية الفكرية، وغيرها، وهذه المبادئ تسعى إلى إنشاء نظام أخلاقي

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 194.

[2]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 448، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 310.

[3]- محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 437.

[4]- عادل أبو هشيمة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 2004، ص 146.

Vincent BONNET, op.cit, p 79.

بين المتعاملين عبر شبكة الإنترنت من خلال ممارستهم للتجارة الإلكترونية[1].

بذلك فإن قواعد السلوك تتضمن حدا أدنى من المبادئ والأحكام المشتركة التي يتعين على المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية احترامها[2].

2- الممارسات التعاقدية

تعتبر الممارسات التعاقدية الجانب الواقعي للتجارة الإلكترونية، ويقصد بها العقود التي تبرم بين الأطراف الإلكترونية، ومن أهم القواعد التي أرستها الممارسات التعاقدية، الحق في فحص وتصحيح مضمون الوثائق التي تبث على الشبكة، الحق في استبعاد مستخدم لا يحترم الالتزامات التي يفرضها القانون والعادات، الحق في تحديد شكل المناقشات والخدمات التي توزع عبر الخدمات الإخبارية[3].

3- العقود النموذجية

نظرا لانتشار العقود الإلكترونية في العالم الافتراضي، جعل المنظمات المهنية تقوم بإعداد عقود نموذجية *Contrat Type*، بطريقة تتلاءم مع موضوع العقد، وتتضمن تلك العقود بعض القواعد المستقرة في المجتمع الإلكتروني، وهي تجنب الأطراف صياغة عقود قد تكون في الغالب غير مكتملة[4].

من أمثلة تلك العقود التي أعدتها دول وهيئات مختلفة نذكر، قواعد السلوك الموحدة لتبادل البيانات التجارية باستخدام الإرسال الإلكتروني *UNCID*، النموذج الذي أعدته جمعية المحامين الأمريكية *ABA*، الاتفاق النموذجي الأوروبي للتبادل الإلكتروني للبيانات *TEDIS* لسنة 1994

---

[1]–محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 439، أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص373.

[2]– «من أمثلة تلك القواعد، عدم استخدام شبكة الإنترنت في إلحاق الأذى بالآخرين، أو التدخل في العمل المعلوماتي للآخرين، أو انتحال مصنفات الغير أو سرقة برامجهم دون مقابل»، إيناس الخالدي، المرجع السابق ص 312، خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 401.

«On mentionne l'ensemble des internautes en tout que représentants de société civil du cyberspace, en raison des usages et coutumes qu'ils développent», Thomas SCHULTZ, op.cit, p 476, Pierre TRUDEL op.cit, p 24.

[3]– أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 43.

[4]– عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 452.

وكذا العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين المعد من طرف غرفة التجارة والصناعة بباريس[1].

لقد أدى تكرار استعمال العقود النموذجية إلى اعتبارها بمثابة عادات متداولة تحكم حركة المعاملات الإلكترونية بين الأطراف[2].

4- توصيات المنظمات والهيئات الدولية

نظرا لقلقة الاتفاقيات الدولية الحديثة المعنية بتنظيم التبادل الإلكتروني للبيانات *EDI*[3] وعدم اتساع نطاق الاتفاقيات القديمة ذات الصلة بالتجارة الدولية لهذا النوع من التجارة الإلكترونية الحديثة، ظهرت الحاجة لأن تتولى الهيئات والمنظمات الدولية تنظيم معاملات التجارة الإلكترونية[4]، والتي أدرك واضعوها ضرورة الخروج عن القواعد التي وضعتها الاتفاقيات السابقة التي لم تعد صالحة للتطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية[5].

لقد كان للإتحاد الأوروبي دورا هاما في إرساء قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني، أين أصدر العديد من التوصيات والتوجيهات التي تعمل على تطوير التجارة الإلكترونية[6].

كما تولت لجنة الاتحادات الأوروبية ***CCE***[7]، بإعداد اتفاق أوروبي نموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات بتاريخ 19-10-1994، كما أصدر توجيه بشأن التوقيعات الإلكترونية

---

[1]- عادل أبو هشيمة، المرجع السابق، ص 155، خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق ص 400.

[2] - أحمد محمد فتحي خولي، المرجع السابق، ص 375.

Thomas SCHULTZ, op.cit, p 475.

[3]- EDI هو اختصار للمصطلح الإنجليزي Electronic Data Interchang، وهو يعني المعاملات التي تتم بطريقة إلكترونية.

[4]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 121.

Pierre TRUDEL, op.cit, p 247.

[5]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 310.

Thomas SCHULTZ, op.cit, p 476.

[6]- محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 444.

[7]- La Commission des communautés européennes.

بتاريخ 13-12-1999 وكذا التوجيه المتعلق بالمظاهر القانونية لخدمة مجتمع المعلومات وخاصة التجارة الإلكترونية بتاريخ 08-06-2000[1].

إضافة إلى دور غرفة التجارة الدولية بباريس *CCI*[2] في إرساء القانون الموضوعي الإلكتروني ومن أبرز أعمالها إنشاء محكمة تحكيم دولية ووضع قواعد لها، أين أصبحت نافذة في جانفي 1998، كما قامت بوضع قواعد قانونية لتسيير التعامل في مجال التجارة الإلكترونية سنة 2003[3].

إضافة إلى دور الاتفاقيات الدولية في إثراء القانون الموضوعي الإلكتروني منها اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية عام 2005، وكذا اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر لعام 2009 التي أكدت على صحة استعمال الوثائق الإلكترونية، واستعمال شبكة الاتصالات الدولية في إبرام عقد النقل الدولي للبضائع عبر البحر[4].

5- قضاء التحكيم الإلكتروني

تعتبر الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم الإلكتروني مصدرا للقانون الموضوعي الإلكتروني، على اعتبار أن التحكيم الإلكتروني هو القضاء المختص غالبا بالفصل في منازعات التجارة الإلكترونية من الناحية العملية، فتعتبر أحكامه اجتهاد يعين هيئات التحكيم اللاحقة[5].

تجدر الإشارة إلا أن هيئات التحكيم الإلكتروني لا تزال في بداياتها، كما أن عملية التحكيم الإلكتروني ليست إلزامية ولا يمكن إلزام الخصوم بإتباعها، إضافة إلى أن جمعيات التحكيم

---

[1]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 144.

[2]- تأسست غرفة التجارة الدولية بباريس CCI عام 1919 بهدف تنشيط التجارة ونمو الاقتصاد بين الدول الأعضاء.

[3] - محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 448.

[4]- أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 376.

[5]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 312، محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 460.

«Les institution d'arbitrage en ligne, contribuant à lex Electronica par le développement jurisprudentiel des usages et des pratique commerciales propres au cyberespace», Thomas SCHULTZ, op.cit, p 476, Ahmed EL SHAKANKIRY op.cit, p 195.

الإلكتروني لم تنشر أحكاما متعلقة بمنازعات عقود التجارة الإلكترونية، كما أن تلك الهيئات لم تصل بعد إلى معالجة كافة المسائل القانونية، إضافة إلى صعوبات تطبيق أحكامها[1].

لذلك دعا التوجيه الأوروبي لعام 2005 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الدول الأعضاء إلى تشجيع وضع تنظيم قضائي خاص بالمنازعات الإلكترونية، وطالب اللجنة الأوروبية بنقل كل المعلومات التي تتعلق بأعراف المعاملات التجارية الإلكترونية[2].

رابعا- آليات وضع القانون الموضوعي الإلكتروني

على الرغم من الدور المهم الذي يلعبه القانون الموضوعي الإلكتروني في القضاء على المشاكل التي تعوق تطبيق قواعد التجارة الدولية على منازعات التجارة الإلكترونية، إلا أن الواقع العملي أثبت أن ذلك القانون لا يزال في طور التكوين[3]، بل شبه منعدم، لا يشكل بعد نظاما قانونيا مكتملا قادر على توفير الحلول اللازمة لحل منازعات التجارة الإلكترونية[4].

فضلا عن افتقاره لعنصر الإلزام لعدم وجود سلطة توقعه عند مخالفته، إضافة إلى العالم الافتراضي الذي يستوجب أن يطبق فيه غير متماسك يقوم على تعارض المصالح بين أفراده كما أن هذا القانون لا يغطي كافة فروع القانون مما يستوجب الرجوع إلى القوانين الوطنية[5].

إلا أنه لإيجاد قانون موضوعي إلكتروني موحد توجد طريقتين

1- الطريقة الأولى

أن تتفق الدول على وضع قانونا موحدا للمعاملات التجارية الإلكترونية يحكم موضوع النزاعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية وغير مرتبط بمكان معين.

2- الطريقة الثانية

من خلال إبرام اتفاقيات دولية أو قوانين نموذجية، فيتم وضع قانون نموذجي للمعاملات

---

[1]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 180، عادل أبو هشيمة، المرجع السابق، ص 155.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 207.

[3]- أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 377.

[4] - «Il faute toute fois préciser qu'actuellement Lex Electronica est quasi inexistante», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 195, Thomas SCHULTZ op.cit, p 476.

[5]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 313، محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 201.

الإلكترونية فطريق تجميعه في نظام قانوني متماسك، يتم صياغته من طرف سلطة دولية متخصصة على غرار منظمة الأمم المتحدة، أو أن يصدر في صيغة قانون نموذجي واجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية، على غرار القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996.[1]

المبحث الثاني

هيئة التحكيم الإلكتروني

لقد أوجبت معظم التشريعات على ضرورة تضمن اتفاق التحكيم بما في ذلك اتفاق التحكيم الإلكتروني، على تعيين المحكم أو المحكمين، سواء في صلب الاتفاق في صورة شرط التحكيم أو بمقتضى اتفاق مستقل[2]، كما يمكن تعيينهم من خلال الإحالة إلى لائحة إحدى هيئات التحكيم الإلكترونية، أو الاتفاق على الإجراء الذي يتم التعيين بمقتضاه[3].

إن مصطلح *هيئة التحكيم* يطلق على الهيئة المشكلة من محكم واحد أو أكثر للفصل في النزاع الذي فضل أطرافه حله عن طريق التحكم[4].

إن إرادة الأطراف في اتفاق التحكيم عموما واتفاق التحكيم الإلكتروني بالضرورة، هي المرجع الأساسي في اختيار وتشكيل هيئة التحكيم، فإذا ما اتفق الأطراف على طريقة معينة

---

[1]– خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص201.

[2]– أحمد هندي، التحكيم، دراسة إجرائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 12، عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 145.

[3]– «في فرنسا بعد صدور المرسوم المؤرخ في 13-01-2011 المتضمن إصلاح التحكيم، فإن جميع اتفاقات التحكيم المبرمة بعد تاريخ 01-05-2011 سواء كانت في شكل شرط أو مشارطة تحكيم لابد أن تتضمن تعيين المحكم أو المحكمين، أو على الأقل طريقة تعينهم، تحت طائلة بطلان اتفاق التحكيم، أما اتفاقات التحكيم المبرمة قبل تاريخ 01-05-2011 يتعين على الأقل أن تنص على طريقة تعيين المحكمين»

Ch. SERAGLINI, J.ORTSCHEIDT. op.cit, p 252, Eric LOQUIN, op.cit, p 159, Penda NDIAYE op.cit, p 107.

[4]– «من الناحية العملية يحرص أطراف خصومة التحكيم على تعدد المحكمين لكن من دون المبالغة في عددهم حتى لا يتسبب ذلك في زيادة الأعباء الخاصة بالأتعاب والمصاريف، فيكتفون بثلاثة من ذوي الخبرة»، أحمد السيد الصاوى، المرجع السابق، ص 70، محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 168.

لاختيار المحكمين بمقتضى اتفاق التحكيم الإلكتروني، فلا بد من التقيد بذلك الاتفاق، استنادا إلى مبدأ سمو اتفاق التحكيم[1].

إن التشريعات الوطنية وإن تتفق حول اعتبار تعيين المحكمين كشرط لصحة اتفاق التحكيم، إلا أنها تختلف حول أمور أخرى، فمنها من يستلزم تعيين أعضاء هيئة التحكيم في اتفاق التحكيم بالاسم، وبعضها يكتفي بتعينهم بالصفة أو حتى بالاتفاق على كيفية اختيارهم[2].

من ثم سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتطرق في المطلب الأول إلى تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني وضوابط اختيارها، بينما نخصص المطلب الثاني إلى دراسة نطاق المسؤولية المدنية للمحكم في نظام التحكيم الإلكتروني.

المطلب الأول

تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني وضوابط اختيارها

يعتبر تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني من الإجراءات الجوهرية في نظام التحكيم الإلكتروني، على اعتبار أن هذه الهيئة هي من تقوم بمباشرة العملية التحكيمية بطريقة إلكترونية منذ بدايتها وحتى نهايتها بصدور حكم تحكيم إلكتروني ينهي النزاع حول عقد التجارة الإلكترونية موضوع النزاع، هذا بالإضافة إلى أن المحكم وأثناء تأديته لمهامه التحكيمية قد يرتكب أخطاء من شأنها أن تلحق ضررا بأحد أو كلا طرفي النزاع.

من ثم يكون من الضروري دراسة النظام القانوني لهيئة التحكيم الإلكتروني من خلال التعرف على طريقة تشكيلها، وهذا موضوع البحث في الفرع الأول، كما يجب التطرق إلى مسألة نطاق المسؤولية المدنية للمحكم في إطار التحكيم الإلكتروني، وهذا موضوع دراسة الفرع الثاني.

---

[1]– حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 42، خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 306، لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 264 .

[2]– ماهر محمد حامد، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011، ص 81، لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 89 ، عصام عبد الفتاح مطر المرجع السابق، ص 140.

Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 200, Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 231.

الفرع الأول

تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني

كمبدأ عام فإن تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني يتم باتفاق الأطراف، ولا يرد على إرادتهما أية قيود سوى ضرورة أن يكون عدد المحكمين وترا إذا قررا تشكيل الهيئة من أكثر من محكم[1] بيد أن اتفاق الأطراف قد لا يتحقق في كل الحالات نتيجة اختلاف وجهات النظر أو تقاعس أحد الأطراف عن تعين محكمه، مما يستوجب تدخل سلطة محددة يناط بها مهمة تعيين هيئة التحكيم[2].

أولا- وترية تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني

تجدر الإشارة إلى أنه بالنسبة لنظام التحكيم التقليدي فإن كل التشريعات تجيز تعدد المحكمين، وهناك من التشريعات من تشترط أن يكون عدد المحكمين وترا في حالة تعددهم[3]، أما قانون اليونسترال النموذجي الخاص بالتحكم التجاري الدولي لسنة 1985 فأعطى للأطراف حرية تحديد عدد المحكمين وإلا كان العدد ثلاثة[4].

أما في القانون الفرنسي فقد نصت المادة 1451 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على وترية عدد المحكمين بشأن التحكيم الداخلي[5]، بقولها أن محكمة التحكيم تتشكل من محكم فرد أو عدد فردي من المحكمين، وبذلك عدلت من الوضع الذي كان سائدا في القانون القديم

---

[1]- سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 127، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 270 عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 109.

[2]- أحمد هندي، المرجع السابق، ص 12، محمد شعبان إمام سيد، المرجع السابق، ص 120.

[3]- تنص المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالف الذكر على أنه «تشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي»، وهو نفس المبدأ الذي أكدته المادة 15 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

[4]- ماهر محمد حامد، المرجع السابق،ص 75، محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 118، رضوان هاشم حمدون الشريفي المرجع السابق، ص 65، محسن جميل جريح، المرجع السابق، ص 82.

Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 230, Eric A. CAPRIOLI, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, op.cit, p 139.

[5] -L'ancien Art 1453 du CPC français.

الذي كان يجيز أن يكون عدد المحكمين زوجيا[1].

كما نصت المادة 1459[2] من نفس القانون الجديد أنه في حالة إذا كان عدد المحكمين زوجيا فيكون للأطراف تكملة العدد ليصبح وترا، وإلا قامت محكمة التحكيم خلال مدة شهر من قبول المهمة التحكيمية بتكملة العدد وإلا قام بالمهمة القاضي الوطني المختص بعد إخطاره من طرف أحد الأطراف[3].

أما عن جزاء الإخلال بمبدأ الوترية فقد اختلفت الآراء الفقهية حول الموضوع، فيرى جانب من الفقه أن جزاء ذلك الإخلال هو البطلان المطلق يحوز لكل من الطرفين وغيرها من أصحاب المصلحة التمسك به حتى ولو تقدم الأطراف بدفوع موضوعية، على أساس أن الإجازة اللاحقة لا تصحح هذا النوع من البطلان، غير أن البطلان ينصب على حكم التحكيم دون أن يمتد إلى اتفاق التحكيم[4].

بينما يرى اتجاه آخر أن حكم التحكيم لا يبطل إلا في حالة عدم استدراك التشكيل الخاطئ، كما أن صدور حكم التحكيم بالإجماع ينفي البطلان على الحكم لتحقق الغاية من شكل الإجراءات، فصدور الحكم بالإجماع يصحح البطلان[5].

كما يرى البعض الآخر أنه يكون من حق الأطراف التنازل عن حقهم في التمسك بالبطلان رغم عدم وترية تشكيل هيئة التحكيم[6].

إن الحكمة من اشتراط العدد الوتري في عدد المحكمين هو إمكانية الحصول على أغلبية في حالة انقسام رأي المحكمين، فلا نكون أمام حالة تساوي الأصوات[7].

---

[1]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 576.

Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 221.

[2]- L'ancien Art 1454 du CPC français.

[3]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 100.

Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEDT, op.cit, p 250, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 468.

[4]– ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 79.

[5]– أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 172.

[6]- Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 251.

[7]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 200، صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 452، محسن جميل جريح، المرجع السابق، ص 82، بوديسة كريم، ص 101.

في غياب النصوص التشريعية فإنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق الأحكام الخاصة بوترية تشكيل هيئة التحكيم المطبقة في نظام التحكيم التقليدي على نظام التحكيم الإلكتروني.

من ثم فإن فهيئة التحكيم الإلكتروني لابد أن تتشكل إما من محكم واحد وفي حالة تعددهم يكون العدد وتري، وفي الغالب يكون العدد ثلاثة وفقا لتقدير الأمانة لهيئة التحكيم الإلكتروني[1].

على سبيل المثال فإن المادة 2/1 من نظام التحكيم لمركز الوساطة والتحكيم على الخط ATA Online نصت على أن «*المهمة التحكيمية تتولاها محكمة تحكيم مشكلة من محكم أو ثلاثة محكمين*»، كما أن اللائحة الداخلية الموحدة لمنظمة الإيكان *L'ICANN* تشترط على المدعي تحديد في طلبه إن كان يفضل محكم واحد أو ثلاثة محكمين[2]، وهو المبدأ الذي نصت عليه المادة 8/1 من لائحة المحكمة الافتراضية[3].

ثانيا– تعيين هيئة التحكيم الإلكتروني باتفاق الأطراف (نظام التحكيم الحر)

بالنسبة لنظام التحكيم التقليدي، تعتبر إرادة الأطراف في اتفاق التحكيم المرجع الأساسي في اختيار هيئة التحكيم محكما كان أو عدة محكمين، بحيث أنه إذا اتفقوا على طريقة معينة لاختيار المحكمين، فيتعين الالتزام بهذا الاتفاق، طبقا لمبدأ *سمو اتفاق التحكيم*.

تماشيا مع مبدأ سلطان الإرادة التي تعتبر السبب الرئيسي وراء اختيار الأطراف للتحكيم سبيلا لفض منازعاتهم، فيكون للأطراف الحرية في اختيار المحكمين وتعيينهم بعيدا عن أي هيئة تحكيمية دائمة[4].

---

[1]– محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 118.

[2]- «L'obligation de désigner les arbitres en nombre impair s'applique également en matière d'arbitrage électronique», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 222.

[3]– بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 101، سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 52.

«Ainsi le règlement de l'ICANN prévoit que dans le cas d'un membre unique l'institution désigne ce membre parmi les personne figurant dans la liste, si le tribunal est composé de trois membres, chacune des parties doit fournir à l'institution une liste de candidats dans laquelle trouvera deux candidats, le troisième étant nome par l'institution après consultation des parties», Eric A.CAPRIOLI, op.cit, p 139 Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 206.

[4]– ناصر محمد الشرمان، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2015، ص 193، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 156.

Ch. SERGLINI, J.ORTSCHEIDT, op.cit, p 252, Ph. FOUCHARD, E.GAILLARD, B. GOLDMAN op.cit, p 469.

يسمى النظام الذي يطلق العنان لإرادة الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم واختيار أعضائها *نظام التحكيم الحر Arbitrage Ad Hoc*[1].

إن حرية الأطراف في اختيار هيئة التحكيم لا تنتهي عند اختيار هيئة التحكيم فحسب وإنما تمتد إلى انتهاء صفتها أو صفة أحد أعضائها لعارض من العوارض، والحاجة إلى تعيين هيئة بديلة أو محكم بديل[2].

من المميزات التي يتمتع بها التحكيم الحر أن الأطراف وحدهم لهم الحق في تشكيل هيئة التحكيم مسايرة لروح التحكيم، فيكون لهم الحق في اختيار أفضل المحكمين المشهود لهم بكفاءتهم وعدالتهم من دون تدخل أي جهة، ويعد ذلك أقل تكلفة وأكثر مرونة، كما أن هيئة التحكيم تتشكل بصدد كل نزاع على حدة، فهي مؤقتة تنقضي بانقضاء المهمة التحكيمية[3].

إن اختيار الأطراف للمحكمين قد يتم بمقتضى اتفاق التحكيم ذاته، وقد يتم في اتفاق لاحق، فاختيار المحكمين ليس أمرا لازما لوجود اتفاق التحكيم أو لصحته، مادام أن هناك طريق آخر للاختيار عند خلو اتفاق التحكيم من اختيار هيئة التحكيم، وبذلك يحجب سلطة القضاة في هذا الشأن[4].

إن حرية الأطراف في اختيار محكمين ليست مطلقة بل مقيدة باحترام مبدأ مساواة الأطراف في اختيار وتشكيل هيئة التحكيم، وهو مبدأ من النظام العام، فلا يكون لأحدهما حق

---

[1]– ماهر محمد حامد، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011، ص 70، محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 397.
Eric LOQUIN, op.cit, p 159, Penda NDIAYE, op.cit, p 108.

[2]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 581.

[3]– أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 382.
Eric A.CAPRIOLI, op.cit, p 138.

[4]– نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 130، لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ص 102، ناصر محمد الشرمان، المرجع السابق، ص 194.
Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 252.
«أما المشرع الجزائري واستنادا إلى نص المادة 1008/2 والمادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص على بطلان شرط التحكيم إذ لم يعين فيه المحكم أو المحكمين، أو لم يتم النص على طريقة تعيينهم» لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 103.

اختيار الأغلبية أو استقلال أحد المحكمين المختارين بالفصل في النزاع في حالـة تخلف الطرف الآخر عن اختيار محكمه[1].

إذا كان الأصل أن تعيين المحكمين يكون بأسمائهم، فليس هناك ما يمنع من تعيينهم بصفاتهم، على أن تكون الصفة قاطعة في الدلالة[2].

إذا تم الاتفاق على محكم واحد فيتفق الأطراف على تعيينه، إما إذا تم الاتفاق على أكثر من محكم على أن يكون ثلاثة مثلا، فيقوم كل طرف بتعين محكم، ثم يتولى المحكمان تعيين المحكم الثالث الذي يسمى *المحكم الرئيس*[3].

إن اختيار محكم واحد له عدة مزايا منها السرعة وقلة التكلفة، وبالمقابل له عدة سلبيات أهمها أن المحكم الفرد معرض أكثر لعدم فهم النزاع والنسيان، إضافة إلى غياب الرأي المخالف أثناء المداولة[4].

إن مبدأ حرية الأطراف في اختيار هيئة التحكم تم إقراره بمقتضى العديد من التشريعات الوطنية وكذا القوانين والاتفاقيات الدولية[5].

أما بالنسبة للتحكيم الإلكتروني فإن نظام التحكيم الحر يطبق بنفس الأحكام، ولا يكون الاختلاف إلا في طريقة تعيين المحكمين أين تتم مباشرة عبر شبكة الإنترنت، فيكون للأطراف استعمال الوسائل التقنية الاتصالات للاتفاق على صورة تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني، دون أن يكون هناك تقابل مادي[6].

---

[1]– عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 141.

«La souveraineté des parties n'est pas absolue, elle connait certaines limites imposées par le respect de principes supérieurs d'une bonne administration de la justice», Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD B. GOLMAN, op.cit, p 481, Eric LOQUIN, op.cit, p 160.

[2]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 586.

[3]– فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 136، حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 43.

Ch. SERAGLINI, J.ORTSCHEIDT, op.cit, p 253.

[4]- Eric A. CARRIOLI, op.cit, p 139.

[5]– إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 270.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B.GOLDMAN, op.cit, p 470-473.

[6]– «إن اختيار المحكمين في إطار التحكيم الإلكتروني يعد انعكاسا لقواعد الاختيار الواردة بشأن تحديد عدد المحكمين في إطار التحكيم التقليدي»، محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 291.

على أن تطبق في حالة عدم الاتفاق على المحكم الفرد أو المحكم الثالث نفس الأحكام التي سبق شرحها في التحكيم التقليدي، ذلك أنه لا يوجد أية إجراءات خاصة للتعيين هيئة التحكيم الإلكتروني[1].

يتعين إذا كان أحد أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني مستهلك، مراقبة تفاصيل اختيار المحكم والتحقق من توافر موافقة المستهلك الصريحة على طريقة تعيين المحكم والقبول به، لما لذلك من أخطار[2].

على الرغم أن أطراف العملية التحكيمية كانوا يفضلون اختيار أعضاء هيئة التحكيم بأنفسهم، بالاعتماد على نظام التحكيم الحر، إلا أنه ونظرا لظهور مراكز تحكيم متخصصة بما في ذلك هيئات التحكيم الإلكتروني المتخصصة في حل منازعات التجارة الإلكترونية وفقا لقواعد معينة تحددها هذه المراكز في نظامها الداخلي، فأصبحت تلك المراكز هي من تتولى تعيين هيئة التحكيم وفقا لقواعدها[3].

خاصة أن طبيعة عمل تلك المراكز تتلاءم مع طبيعة عقود التجارة الإلكترونية لوجوده وحدة التجانس بينهم، والمتمثل في الطبيعة الإلكترونية بين عقود التجارة الإلكترونية والمراكز والهيئات التحكيمية[4].

ثالثا- تعيين هيئة التحكيم الإلكتروني عن طريق القضاء

الأصل في اختيار هيئة التحكيم تقليدية كانت أم إلكترونية أن يتم بواسطة الأطراف الذين استبعدوا باتفاقهم النزاع عن متناول القضاء، وإسناده إلى أشخاص يحوزون ثقتهم[5].

إلا أنه قد لا يتفق الأطراف على تعيين المحكم الوتر، كما قد لا تتاح الفرصة لمراكز التحكيم في المساعدة بهذا الشأن، فيأتي دور القضاء الوطني وهو دور استثنائي في تشكيل هيئة

---

[1]- «Concernant la formation de la désignation des arbitres en ligne, ni les textes régissant l'arbitrage traditionnel ni ceux régissant l'arbitrage électronique n'imposent une solennité ou une procédure particulière pour le choix des arbitres qui s'effectue de manière assez diverse», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 203

[2]-. Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 209.

[3]- رضوان هاشم حمدون الشريفي، المرجع السابق، ص 67.

[4]- محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 293.

[5]- ناصر محمد الشرمان، المرجع السابق، ص 199.

التحكيم، أين يعتبر الملاذ الأخير لإنجاح عملية التحكيم، على اعتبار أن عدم اتفاق الأطراف على اختيار هيئة التحكيم ليس مانعا لإتمام التحكيم[1].

لقد أقرت مختلف التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم تدخل القضاء في تعيين المحكمين كدور استثنائي عند عدم اتفاق الأطراف على اختيارهم، وذلك لحماية اتفاق التحكيم وضمان فعاليته[2].

فإذا اتفق الأطراف على التحكيم بمقتضى اتفاق التحكيم، لكن لم يتفقوا على اختيار المحكمين أو على وسيلة اختيارهم، وهو ما يسمى بالشرط الأبيض *Blanche Clause*[3]، أو إذا كانت الوسيلة المختارة لم تنجح في اختيار المحكم، أو إذا قام عائق يحول دون مباشرة المحكم المختار عمله، كما لو لم يقبل بالتحكيم أو توفي أو مرض أو اعتزل قبل بدء التحكيم أو بعد بدئه، يتدخل القضاء الوطني لتشكيل هيئة التحكيم.

لقد نص المشرع الجزائري بدوره على تدخل القضاء في تشكيل محكمة التحكيم سواء في التحكيم الداخلي أو في التحكيم التجاري الدولي، فبالنسبة للأول نصت المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أن القاضي المختص في تعيين المحكمين هو رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذ[4].

---

[1]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 589.

«A défaut d'accord sur la désignation de l'arbitre unique au du troisième arbitre, au en cas d'insuffisance de la convention d'arbitrage électronique, C'est au juge d'appui qu'incombe la résolution de ces difficultés», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 204, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 499.

[2]– ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 101.

[3]– «يعرف الشرط الأبيض أنه شرط التحكيم الذي لا يتضمن تحديدا لعدد المحكمين أو لكيفية اختيارهم»

«La clause blanche est la clause qui se borne a prévoir la solution du litige par voie d'arbitrage sans préciser les modalités de désignation des arbitres, fut ce par référence a un règlement d'arbitrage», cité par Ch. CERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 253.

[4]– تنص المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالف الذكر، على أنه «إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم، يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بالأوجه للتعيين».

أما بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فقد نصت المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر، يتعين التفريق بين حالـة إجراء التحكيم في الجـزائـر فـإن الاختصـاص لتعيين المحكمين يعود إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم[1].

أما في حالة إجراء التحكيم خارج الجزائر، لكن قام الأطراف باختيار تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، فإن الاختصاص في تعيين المحكمين يعود إلى رئيس محكمة الجزائر[2].

كما نص المشرع المصري من خلال المادة 17 من قانون التحكيم المصري على الحالات التي يتصدى فيها القضاء لتعيين المحكمين بصفة احتياطية، وقصر هذه الحالات على الفروض التي يتفق فيها الأطراف على شخص المحكم أو على كيفية اختياره، ثم يحدث ما يحول دون إتمام تعيينه، إما لمخالفة أحد الطرفين للإجراءات الواجبة الإتباع عند إجراء هذا الاختيار أو على أمر مما يجب الاتفاق عليه[3]، كأن يحدث خلاف حول الشخص الذي تتوافر فيه المؤهلات أو عندما يعهد إلى الغير بمهمة اختيار المحكم ثم يمتنع الغير أو يفشل، فتتولى في هذه الحالة المحكمة المختصة اختيـارالمحكم بناء على طلب أحد الطرفين[4].

كما أن القانون النموذجي لليونسترال الخاص بالتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 نص على إمكانية تدخل القضاء لتعيين المحكمين، وهذا بمقتضى المواد 11-13-14[5].

---

[1]- تنص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالف الذكر، على أنه «يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم، في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:أ- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر،ب- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختيار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر».

[2]- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 129.

[3]- شعبان إمام السيد، المرجع السابق، ص 132.

[4]- ناصر محمد الشرمان، المرجع السابق، ص 200.

[5]- Ph. FOUCHARD, E.GAILLARD, B.GOLDMAN, op.cit, p 541.

أما على مستوى القانون الفرنسي فإن المشرع الفرنسي أعطى للقضاء دورا كبيرا في تعيين المحكمين في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيينهم من خلال ما يسمى *Le juge d'appui* وهو القاضي المختص للفصل في الصعوبات الناشئة عن تشكيل هيئة التحكيم[1].

أين نصت المادة 1505 من قانون الإجراءات المدنية الجديد على اختصاص ذلك القاضي في تعيين المحكمين في حالة فشل الأطراف في ذلك في حالتين إما كانت إجراءات التحكيم تتم بفرنسا، أو إذا اختار الأطراف تطبيق القانون الفرنسي على إجراءات التحكيم[2].

أما بالنسبة للتحكم الإلكتروني فإنه في غياب الاتفاق على تعيين المحكم الفرد أو المحكم الثالث، أو في حالة عدم تحديد اتفاق التحكيم الإلكتروني على كيفية تعيين المحكمين، فإنه يمكن تطبيق نفس القواعد المستقر عليها في نظام التحكيم التقليدي[3].

إلا أنه تثور إشكالية تحديد المحكمة المختصة لتعين هيئة التحكيم الإلكتروني في حالة عدم اتفاق الأطراف، خصوصا بالنظر إلى طبيعة عقود التجارة الإلكترونية ومنازعاتها التي لا تعترف بالحدود الجغرافية وكما لا يمكن توطينها في مكان معين[4].

مع الإشارة إلا أنه في فرنسا تم إيجاد حل عملي لتلك الإشكالية، إذ أنه يعود الاختصاص لفض المنازعات المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني إلى المحكمة الاستئنافية بباريس في حالة اختيار الأطراف لفرنسا كمكان للتحكيم الإلكتروني، أو تم الاتفاق على تطبيق القانون الفرنسي على الإجراءات الخاصة بالتحكيم الإلكتروني[5].

رابعا– تعيين هيئة التحكيم الإلكتروني عن طريق مراكز التحكيم الإلكتروني

تحرص التشريعات الحديثة على تشجيع الأطراف للجوء لمراكز التحكيم الدائمة في إطار نظام التحكيم المؤسسي، فقد يفضل طرفا التحكيم اللجوء إلى أحد مراكز التحكيم أو مؤسساته

---

[1]- «Le juge d'appui peut être défini comme le juge étatique chargé de trancher les difficultés Mees de la constitution du tribunal arbitral», Eric LOQUIN, op.cit, p 165.

[2]- Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 252.

[3]– إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 273.

[4]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 236.

[5]- «Ainsi pour les arbitrages électroniques se déroulent en France ou pour ceux a l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française, les difficultés relatives a la désignation de l'arbitre en ligne sont de la compétence du président du tribunal de grande instance de paris» Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 204.

الدائمة، لما تحضى به من مكانة وخبرة وقبول في مجال التحكيم، وما تشتمل عليه لوائحها الداخلية من قواعد معلومة يسهل الرجوع إليها لضبط إيقاع عملية التحكيم[1].

يعرف التحكيم المؤسسي على أنه «*نظام لتسوية المنازعات يقوم في إطار مراكز أو مؤسسات دائمة، وأن الإحالة إليه تعني الأخذ بقواعده الموحدة إلا إذا أجاز النظام مخالفتها*» أين تقوم مراكز التحكيم الإلكتروني بإعداد قوائم بأسماء المحكمين من ذوي الخبرات، المشهود لهم بالكفاءة والحرفية خاصة في مجال التجارة الإلكترونية، ناهيك لما يتمتع به الأحكام الصادرة عن تلك الهيئات لما لها من مميزات بتقدير أدبي من جانب القاضي الوطني عند إصداره الأمر بتنفيذها[2].

إن للأطراف في نظام التحكيم المؤسسي أيضا الحرية في تشكيل التحكيم لكن بطريقة غير مباشرة، ذلك أن لجوء الأطراف إلى إحدى مراكز التحكيم الإلكتروني الدائمة يعتبر بمثابة تفويض ضمني لهذا المركز لتعيين المحكم أو هيئة التحكيم وفقا للقواعد المعمول بها في ذلك المركز[3].

كما أن الأطراف لا يفقدون على وجه الإطلاق حريتهم في تعيين هيئة التحكيم في نظام التحكيم المؤسسي الإكتروني، ذلك أن الكثير من مراكز ومؤسسات التحكيم الإلكترونية الدائمة تفسح المجال أمام الأطراف لاختيار وتعيين هيئة التحكيم.ذلك أن القواعد اللائحية للمركز لا تطبق إلا في حالة انعدام اتفاق الأطراف، وهذا ما تقره المادة 3/8 من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس *CCI*، وكذا المادة 3/4 من لائحة محكمة لندن للتحكيم[4].

إن المبدأ الأساسي الواجب احترامه في اختيار أعضاء هيئة التحكيم من قبل مراكز التحكيم هو مراعاة جنسية المحكم ومكان إقامته وكل علاقة ممكنة بين المحكم والبلد الذي ينتمي

---

[1]– إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 270، أحمد السيد الصاوي، المرجع السابق. ص 73، جمال أحمد هيكل، المرجع السابق، ص 95.

[2]– فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 137، ناصر محمد الشرمان، المرجع السابق، ص 207.

[3]– محمد مأمون سليمان، المرجع الساق، ص 308، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص421.

Ch. SERAGLINI, J, ORTSCHEIDT, op.cit, p 256.

[4]– ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 97.

Ph. FOUCHARDE, E. GAILLARDE, B. GADMAN, op.cit, p 571.

إليه الأطراف، أين يسعى المركز إلى تعيين محكم حيادي[1].

لقد نصت العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقية على إمكانية تشكيل هيئة التحكيم من طرف إحدى مراكز التحكيم الدائمة، وهذا ما أقرته على سبيل المثال اتفاقية نيويورك للاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958 وإن لمحت بذلك من خلال المادة $1/_{2}$.

إلا أن اتفاقية جنيف لعام 1961 نصت صراحة على إمكانية الأطراف إحالة نزاعهم لإحدى مراكز التحكيم الدائمة وفقا لأحكام المادة $6/_{1}$[2].

كما أن القانون النموذجي لليونسترال المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 نص من خلال المادة $11/_{3}$ على إعطاء لمراكز التحكيم الدائمة دور احتياطي في تعيين أعضاء هيئة التحكيم[3]، كما نص المشرع الفرنسي على إمكانية تعيين أعضاء هيئة التحكيم من قبل إحدى مراكز التحكيم الدائمة طبقا لأحكام المادة 1450 من قانون الإجراءات المدنية[4].

إن التطور الرهيب في وسائل الاتصال أدى إلى ظهور التجارة الإلكترونية فظهرت المراكز والمؤسسات التحكيمية الإلكترونية لتتولى الفصل في المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، وهي مراكز تتشكل إما من محكم واحد أو من عدة محكمين وفقا لإرادة الأطراف أو ما تقضي به اللوائح والقواعد الداخلية الخاصة بتلك الهيئات، فأصبح التحكيم الإلكتروني المؤسسي يفرض نفسه على أرض الواقع[5].

وفقا للقواعد التي وضعتها المحكمة الافتراضية *Cyber Tribunal*، فإن تشكيل هيئة التحكيم واختيار أعضائها وعددهم، تتولاه أمانة المحكمة من بين قوائم بأسماء محكمين معدة سلفا، وتنظم أمانة المحكمة كذلك الشروط الخاصة بجنسية المحكم ومكان إقامته، وتعطي

---

[1]– محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 119.

Eric A. CAPRIOLI, op.cit, p 140.

[2]- «Selon l'article $6/_{1}$ de la convention de Genève de 1961, les parties peuvent décider que leurs litige seront soumis à une institution permanente d'arbitrage…», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 205 Eric LOQUIN, op.cit, p 172.

[3]- Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 560.

[4]- Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 213.

[5]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 291، محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 119.

للأطراف في حق إبداء الاعتراض على المحكمين خلال مدة يومين[1].

فإن انقضت تلك المدة دون اعتراض، فإن ذلك دلالة قاطعة على موافقة الأطراف على المحكمين، وفي حالة الاعتراض خلال مدة يومين تقوم الأمانة بتعيين بديل للمحكم المعترض عليه، على أن يكون التعيين الجديد نهائيا[2].

بعد التعديلات الطارئة على لائحة المحكمة الافتراضية بتاريخ 20-12-2005 نصت المادة 8 من اللائحة على أن تشكيل المحكمة يتكون من محكم أو ثلاث على أن تتولى الأمانة تعيينهم، وفي حالة تعددهم يختارون من بينهم رئيس وفي حالة الاختلاف تتولى الأمانة تعيين الرئيس[3].

كما أنه وفقا لنظام القاضي الافتراضي *Virtual Magistrate* يتم تعيين المحكم بواسطة جمعية التحكيم الأمريكية التي يرمز لها *AAA*[4]، من بين قوائم معدة سلفا، وتشمل الأشخاص المؤهلين للعمل كمحكمين في هذا المجال من ذوي الخبرة والكفاءة، على أن تتشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو من ثلاثة محكمين[5].

أما بالنسبة لمنظمة الإيكان *ICANN* المتخصصة في التحكيم في المنازعات المتعلقة بأسماء وعناوين المواقع الإلكترونية، فإنها وضعت لائحة موحدة تتضمن القواعد والإجراءات

---

[1]- عمرو محمد المارية، مشكلات المسؤولية المدنية في نطاق التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2017، ص 67.

[2]- المواد 6/2، 6/4، 6/5 من لائحة المحكمة الافتراضية، بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 91، عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 118، أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق ص 385.

L'art 6/4 du règlement d'arbitrage du cyber tribunal prévoyait que «le ou les arbitre sont choisis par le secrétariat», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 206, Alexia ROUSSOS, op.cit, Vincent TILMAN, op.cit, p 52, Thomas SHULTZ, op.cit, p 191.

[3]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 159، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 377.

الموقع الإلكتروني للمحكمة الافتراضية على الرابط الإلكتروني

http://www.cybertribunal.org/faq/default.asp

تم الإطلاع عليه بتاريخ 02-10-2017، على الساعة 22:48.

[4]- الموقع الإلكتروني لجمعية التحكيم الأمريكية A.A.A على الرابط الإلكتروني

https://www.adr.org/

[5]- سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 55، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 167

الواجب إتباعها لحل المنازعات الناشئة عن استخدام أسماء المواقع الإلكترونية التي يطلق عليها *UDRP*[1]، فإنها ميزت ثلاثة حالات من أجل تشكيل هيئة التحكيم وهي:

1- إذا اتفق الطرفان على إخضاع النزاع للجنة مكونة من محكم واحد، فإن المركز هو المختص بتعيين المحكم من بين القوائم المعتمدة لديه خلال مدة 5 أيام من تلقي الإجابة على الشكوى من قبل المدعى عليه، أين يتحمل المدعي مصاريف خصومة التحكيم[2].

2- إذا اتفق الطرفان على إخضاع النزاع للجنة مكونة من ثلاثة محكمين، فإن اللجنة تختار محكم من الأسماء المقترحة من قبل المدعي، ومحكم آخر من بين الأسماء المقترحة من قبل المدعى عليه، على أن تعين هي المحكم الثالث من بين قائمة مكونة من خمسة أسماء وفي هذه الحالة يتحمل المدعي مصاريف خصومة التحكيم[3].

3- أما إذا اختلف الطرفان في تعيين هيئة التحكيم بين محكم واحد أو ثلاثة محكمين فإنه يتعين على المدعي إرسال خلال خمسة أيام من رد المدعى عليه على شكواه، قائمة من ثلاثة محكمين، وحينها يتم تعيين لجنة التحكيم بنفس الإجراءات المتبعة في حالة توافق الرغبات على تشكيل المحكمة من ثلاثة محكمين، أي كل طرف يختار محكم والثالث يعين من طرف اللجنة، إلا أن مصاريف خصومة التحكيم تكون مناصفة بين الطرفين[4].

كما أن مركز الوساطة والتحكيم على الخط *ATA Online* يحدد مسبقا كيفية تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني، أين يتم تعيين المحكم أو المحكمين باتفاق الأطراف، وفي حالة الاختلاف

---

[1]- Thomas SCHULTZ, op.cit, p 188.

الموقع الإلكتروني لمنظمة الإيكان على الرابط الإلكتروني

http://www.icann.org/udrp/udrp.rules

تم الإطلاع عليه بتاريخ 02-10-2017، على الساعة 23:30.

[2]- أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 385.

Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 215.

[3]- بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 93.

Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 207.

[4]- عمرو محمد المارية، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 70، أحمد محمد فتحي الخولي المرجع السابق، ص 386.

L'art 6 des réglés d'application de l'UDRP.

يتولى المركز مهمة التعيين[1].

أما بالنسبة لجمعية التحكيم الأمريكية، فإنها لم تنص على طريقة معينة لتشكيل هيئة التحكيم في إطار التحكيم الإلكتروني، فتطبق القواعد التي تطبق على التحكيم التقليدي، أين تنص المادة 12 من قواعد التحكيم التجاري للجمعية أنه في حالة اتفاق الأطراف على تعيين المحكم بالاسم أو على الطريقة المتبعة لتعيينه، يجب الالتزام بهذا الاتفاق، مع إخطار الجمعية باسم وعنوان المحكم[2].

أما في حالة عدم الاتفاق فإنه طبقا لنص المادة 11 من قواعد التحكيم التجاري للجمعية تقوم الجمعية بإرسال لكلا الطرفين قائمة مطابقة بأسماء 10 محكمين من القوائم المعتمدة لديها ما لم تقرر أن عددا آخر أكثر ملائمة، ويتعين على الأطراف الاتفاق على اختيار محكم من القائمة، وإذا لم يتفقا يتعين على كل واحد منهم خلال مدة 15 يوما من تسلم القائمة أن يعيدها للجمعية بعد شطب الأسماء التي يعترض عليها مع ترتيب الأسماء المتبقية ترتيب أفضلية، وفي حالة عدم رد القائمة اعتبرت جميع الأسماء مقبولة، أين يتعين على جمعية أن تقوم بتعيين المحكم من الأسماء التي اعتمدها الطرفان، وفقا لترتيب الأفضلية[3].

أما بالنسبة للتحكيم السريع لمنظمة الويبو *WIPO*، فإن هيئة التحكيم تتشكل من محكم واحد يعينه أطراف النزاع خلال مدة 15 يوم من تلقي الشكوى، فإن لم يحصل اتفاق خلال تلك المدة يتولى المركز تعيين المحكم[4].

---

[1]- Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 207.

[2]– «إن جمعية الأمريكية للتحكيم تترك لطرفي النزاع سلطة واسعة في تشكيل هيئة التحكيم ما لم يخلو اتفاقهما من تحديد في هذا الشأن أو يتخلف أحدهما عن تعيين محكمه، فتقوم الجمعية في هذه الحالة بتعيين هيئة التحكيم من القوائم المعدة لهذا الغرض»، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 272.

[3]– عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 122.

[4]– عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 164.

الموقع الإلكتروني لمنظمة الويبو على الرابط الإلكتروني

http://www.wipo.int/partail/ar تم الإطلاع عليه بتاريخ 02-10-2017، على الساعة 23:55.

الفرع الثاني

ضوابط اختيار المحكم في نظام التحكيم الإلكتروني

إن التحكيم الإلكتروني هو قضاء وثق المحتكمون فيه واختاروه برضائهم كبديل عن قضاء الدول لفض منازعات عقود التجارة الإلكترونية، كما وثق أولئك المحتكمون بأن المحكم قاض يتوافر لديه من المؤهلات والكفاءة ما تساعده على أداء مهمته، يلتزم بالموضوعية والحياد في تقييم الأمور.

إن حرية الأطراف في اختيار محكميهم ليست مطلقة بل مقيدة بضرورة مراعاة القواعد الآمرة التي تنص عليها التشريعات الوطنية والدولية المتعلقة بالتحكيم عموما، من ثم فإن تلك الشروط لا تخرج عن الشروط المتعلقة بأهلية المحكم وحياده واستقلاليته، بالإضافة إلى الشروط التي يتفق عليها طرفا التحكيم مسبقا[1].

من ثم فإنه يمكن تقسيم الشروط الواجب توافرها بالمحكم إلى شروط قانونية وأخرى اتفاقية.

أولا- الشروط القانونية لاختيار المحكم

لقد نصت غالبية التشريعات المنظمة للتحكيم على ضرورة توافر بعض الشروط في المحكم على سبيل الوجوب عند اعتلائه منصة التحكيم[2]، وهي تمثل الحد الأدنى والضروري من الشروط الواجب توافرها بالمحكم، وهي شروط متعلقة بالنظام العام لا يترك تقديرها لأطراف اتفاق التحكيم، وهو ما ينطبق على نظام التحكيم الإلكتروني[3]، ويمكن حصر تلك الشروط فيما يلي:

---

[1]- أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ط 2، الأردن، 2016، ص 135، حمد حمود الصانع، المسؤولية المدنية للمحكم، رسالة ماجستير مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012، ص 27.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 580.

[2]- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 166.

[3]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 274، ناصر محمد الشرمان، المرجع السابق، ص 174.

1- أن يكون المحكم كامل الأهلية القانونية والمدنية

تتفق معظم التشريعات المقارنة على اشتراط كمال أهلية المحكم[1]، فلا يجوز أن يكون قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلسا، ما لم يرد إليه اعتباره[2]، على أساس أن المحكم سيقوم بأعمال قضائية، وهي من أعمال التصرفات القانونية التي تستوجب أن تتوافر لديه الأهلية الكاملة لإجرائها[3].

يعد هذا الشرط نتيجة منطقية حتى تكون عملية التحكيم صحيحة وناجحة دون مخالفة للقانون، فعندما يكون المحكم كامل الأهلية فإنه يكون قادرا على تمييز الخطأ من الصواب، وهذه هي الغاية الأساسية للنظام القانوني للتحكيم[4].

إن الأهلية القانونية التي يستوجب توافرها بالمحكم هي أهلية الأداء الكاملة، وتتحدد أهلية المحكم وفقا لقانون جنسيته، إلا أن المشرع الجزائري وكذا المصري لم يشترطا ضرورة تطبيق القانون الوطني على أهلية المحكم[5].

من ثم يستوجب في من يتولى مهمة التحكيم أن يكون بالغا سن الرشد[6]، دون وجود عارض من عوارض الأهلية على النحو الذي حددته أحكام القانون المدني[7]، سواء كان اختيار

---

[1]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 606.

[2]- تنص المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالف الذكر على أنه «لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية»، كما تنص المادة 16/1 من قانون التحكيم المصري على أنه «لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية لسبب عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره».

L'article 1450 du CPC français prévoie que «la mission d'arbitrage ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits».

[3]- ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 112.

Ch. SERAGLINI, J.ORTSCHEIDT op.cit, p 655.

[4]- أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 115.

[5]- محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 188، أحمد بشير الشرايري، المرجع السابق، ص 138.

[6]- تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر على أنه «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد 19 سنة كاملة».

[7]- محمد صبري السعدي المرجع السابق، ص 158، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 54.

المحكم من قبل أطراف التحكيم أو المحكمة أو أحد مراكز التحكيم، وهذا الشرط من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته[1].

كما يشترط في المحكم أن لا يكون محجورا عليه[2]، وألا يكون قد حكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف، وأن لا يكون قد أشهر إفلاسه ما لم يرد إليه[3]، وأن يكون متمتعا بكامل حقوقه المدنية دون اشتراط التمتع بالحقوق السياسية[4].

إذا صدر حكم التحكيم وكانت أهلية المحكم أو المحكمين ناقصة أو منعدمة وفقا لما سبق ذكره، فإن الحكم يكون باطلا أو قابلا للإبطال حسب الحالة حتى ولو كان باقي المحكمين كاملي الأهلية، كما أن حضور الخصوم أمام هيئة التحكيم لا يصحح البطلان إذا كان مطلقا[5].

2- أن يكون المحكم شخصا طبيعيا

على اعتبار أن التحكيم عموما هو قضاء خاص، بما في ذلك التحكيم الإلكتروني، فمن البديهي أن يكون المحكم شخصا طبيعيا لمزاولة المهمة القضائية التحكيمية[6].

تجدر الإشارة إلا أنه في القانون الفرنسي الخاص بالتحكيم الداخلي وإن تم النص على ضرورة أن يكون المحكم شخصا طبيعيا بمقتضى المادة 1450 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، لرغبة المشرع في إضفاء الطابع الشخصي على التحكيم، وإبراز الثقة التي يجب توافرها بين المحكم والطرفين المحتكمين، وهو ما ينتفي عند اختيار شخص اعتباري[7].

---

[1]- ناصر محمد الشرمان، المرجع السابق، ص 154، لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 148.

[2]- «إذا كان المحجور عليه لا يملك حق التصرف في حقوقه الشخصية، فمن باب أولى أن لا يتصرف في حقوق الغير»، أحمد بشير الشرايري، المرجع السابق، ص 139.

[3]- منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 145، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 186.
Ph. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 655.

[4]- فتحي والي، المرجع السابق، ص 232.

[5]- ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 11.

[6]- «وهو الشرط الذي نصت عليه المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، السالفة الذكر وكذا المادة 1450 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، بخلاف قانون التحكيم المصري الذي لم يرد به نص مماثل»، محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 200، بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 95.

[7]- فتحي والي، المرجع السابق، ص 233.

إلا أن المشرع الفرنسي لم يشترط ذلك عندما يتعلق الأمر بالتحكيم الدولي[1]، ومن ثم فإن كل شخص معنوي له مقر اجتماعي بفرنسا يمكن تعيينه كمحكم[2].

يرى أغلبية الفقه في فرنسا أنه حتى في حالة التحكيم الدولي، فإن تعيين شخص معنوي كمحكم غير مرغوب فيه، ذلك الشخص المعنوي عند تعيينه كمحكم لا يمكن أن يمارس مهامه التحكيمية إلا بواسطة شخص أو أشخاص طبيعية، على أن يتولى الشخص المعنوي إلا مهام تنظيم التحكيم[3].

لقد نصت المادة 1/2 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية على أن أحكام المحكمين يمكن أن تصدر عن هيئات مراكز التحكيم التي يختارها الأطراف، إلا أنه يعتبر الأشخاص الطبيعية المشكلين للهيئة التحكيمية لذلك المركز هم مصدرو الحكم، وكأنهم يعملون باسم المركز وتختلط أشخاصهم به[4].

كذلك هو الشأن في ظل التحكيم الإلكتروني فإذا تم إحالة النزاع على هيئة تحكيم إلكترونية بمقتضى اتفاق التحكيم الإلكتروني، فلا يكون لتلك الهيئة إلا دور تنظيمي للعملية التحكيمية[5].

على سبيل المثال تنص المادة 1/2 من لائحة مركز الوساطة والتحكيم على الخط *ATA Online* على أن تتولى الهيئة التحكيمية تنظيم عملية التحكيم الإلكترونية والتي تتشكل من محكم واحد أو ثلاثة محكمين على أن يكونوا أشخاص طبيعية[6].

إضافة إلى أن هناك العديد من هيئات التحكيم الإلكترونية تقوم بإعداد سلفا قائمة محكمين من الذين يمكن أن يكونوا أعضاء في هيئة التحكيم، هذه التقنية يتم العمل بها بمقتضى لائحة

---

[1]- Ch SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 656.

[2]- «Une personne morale ayant son siège social réel en France pourra en conséquence être valablement désignée comme arbitre», Eric LOQUIN, op.cit, p 182.

[3]– محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 200، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 144.

Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 218.

[4]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 234.

Ph. FOUCHAD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 493.

[5]- Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 210.

[6]- Selon l'article 2/1 du règlement d'arbitrage ATA online «la commission d'arbitrage ATA online n'assume pas une mission d'arbitre dans le cadre des litiges dont elle est saisie, cette mission est assurée par un tribunal arbitral composé d'un au de trois arbitres».

التحكيم لدى منظمة الإيكان[1]، أين يتم إعلان للجمهور قائمة بأسماء المحكمين وكفاءاتهم، وكذلك ما يتم العمل به لدى هيئة وكالة الطيران البريطانية *BBB Online*[2].

إلا أنه يتعين على هيئات ومراكز التحكيم الإلكترونية التأكد من أن الأشخاص المسجلين بتلك القوائم لا يزالون يمارسون مهام ومتمتعين بحقوقهم المدنية حفاظا على مصداقية تلك القوائم[3].

3- توافر الحيدة والاستقلال في المحكم

حتى يقوم المحكم بمهمته التحكيمية التي هي بمثابة مهمة قضائية، وحتى يحوز على ثقة الأطراف، لابد أن يكون محايدا ومستقلا[4].

إن المحكم شأنه شأن القاضي على اعتبار أنه قاض مختار في إطار قضاء خاص، لابد أن يتوافر فيه الاستقلال والحياد عن الخصوم حتى يستطيع أن يمسك ميزان العدالة، ويحقق المساواة بين الطرفين، فاستقلالية وحياد المحكم المختار بدورها تبعث في نفوس المحتكمين الطمأنينة[5].

إن اشتراط الحيدة والاستقلال يفترض أن يكون المحكم شخصا من غير أطراف النزاع فإن كان طرفا فيه لا يصلح أن يكون محكما دون البحث في الحيدة أو الاستقلال، فالشخص لا يجوز أن يكون قاضيا لنفسه، والأصل أن المحكم محايد بمجرد قبوله بمهمة التحكيم، وعلى من

---

[1]- «على سبيل المثال ما يتم العمل به وفقا لنظام القاضي الافتراضي أن يتم تعيين المحكم بواسطة الجمعية الأمريكية للتحكيم ولجنة فرعية من ضمن قائمة معدة سلفا من قبل الجمعية»، سامي عبد الباقي أبو صالح المرجع السابق، ص 55

[2]- «Selon l'article 6/a, des règles d'application de L'UDRP les institutions de règlement des litiges doivent établirai et rendre publique une liste cantinant les nous et qualités de membre potentiels de commission», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 210.

[3]- Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 219.

[4]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ص 607، أحمد بشير الشرايري، المرجع السابق، ص 150، أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 44.

Ph FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 580.

[5]- ناصر محمد الشرمان، المرجع السابق، ص 156، أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 113، لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي المرجع السابق، ص 154.

Eric LOQUIN, op.cit, p 183.

يدعي عدم حياد المحكم أو عدم استقلاله أن يثبت ذلك[1].

إلا أن هناك اتجاه يرى أنه من العسير أن يطلب من المحكم الذي يعينه أحد أطراف التحكيم أن يكون محايدا، بل ينتابه شعور أنه مأجور للدفاع عن مصلحة الطرف الذي اختاره ذلك أنه في إطار المفهوم التعاقدي للتحكيم سيطرت فكرة تحيز المحكم لمن عينه، فصلة المحكم بالخصم هي أساس اختياره[2].

من ثم فإن لوائح جمعية التحكيم الأمريكية *AAA* أجازت في التحكيم الداخلي أن يكون تشكيل هيئة التحكيم من محكمين لا يلتزمون بالإفصاح عن أسباب عدم الحياد وعدم الاستقلال ولا يخضعون لإجراءات الرد[3].

إلا أن الاتجاه الغالب في مجال التحكيم بكامل أنواعه وفي معظم التشريعات، أن المحكم ولو كان معينا من أحد الأطراف يجب أن يكون محايدا أو مستقلا، وهذا ما أكدته قواعد الشرف المهني للمحكمين الدوليين الصادرة سنة 1987، وما تأخذ به جمعية التحكيم الأمريكية فيما يتعلق بالتحكيم الدولي، وقد نصت أغلب التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح التحكيم على النص بشكل صريح وقاطع على ضرورة التزام المحكم بالحياد والاستقلال[4].

يقصد باستقلال المحكم أن لا توجد للمحكم صلة أو مصلحة بموضوع النزاع أو ارتباطات بأحد الأطراف أو ممثليهم حتى لا يتوجه في عمله بتوجيهات أي منهما[5]، وأن ما ينتهي إليه من رأي غير متأثر فيه بعلاقة تربطه بأحد الطرفين، سواء كانت علاقة مالية أم

---

[1]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 244، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 146.

[2]– طلعت يوسف خاطر، حياد المحكم واستقلاله بين النظرية والتطبيق، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 47.

[3]- Ph FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 590.

[4]– أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 389، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 279.

[5]– طلعت يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 64، عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 217.

«L'indépendance s'apprécie par rapport aux partie, ce principe fondamental de l'arbitrage suppose l'absence de lien entre et les parties, il consiste essentiellement en une situation de non-dépendance à l'égard d'une partie», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 214.

اجتماعية أم مهنية سابقة أو حالية[1].

من ثم فإنه يتنافى مع استقلال المحكم ارتباطه بأي مصلحة مادية أو شراكة أو ارتباطات مالية مع أي أطراف التحكيم، أو أن يكون خاضعا لتأثيره بشكل مباشر أو غير مباشر، وعلى الأخص الطرف الذي شارك في تعيينه[2].

إن رقابة قضاء الدولة على عمل المحكم لا يؤثر على استقلاله، لأن الرقابة هنا رقابة خارجية ولاحقة لعمل المحكم[3].

إن استقلال المحكم يتصل بمظاهر موضوعية ملحوظة تنصب على وقائع مادية، ويعد شرطا سابقا على تولي المحكم للمهمة التحكيمية، على خلاف الحياد[4].

أما الحياد يقصد به عدم انحياز المحكم لطرف ضد طرف آخر، فعدم الحياد هي حالة نفسية تتعلق أساسا بالعاطفة، كوجود مصلحة شخصية أو صلة مودة أو عداوة بأحد الخصوم تحول دون استطاعة المحكم الحكم بغير تحيز[5].

إن الحياد هو حالة ذهنية ونفسية لها طابع ذاتي شخصي أكثر مما هو موضوعي[6]، ومن ثم اتجهت بعض قواعد المنظمات الدولية إلى أن يكون المحكمون أو على الأقل رئيس هيئة التحكيم من غير جنسية أطراف النزاع[7].

---

[1]– «لا يجوز أيضا أن يكون محكما من كانت له مصلحة غير مباشرة في النزاع المعروض على التحكيم كالدائن أو الكفيل أو الضامن في النزاع الواقع بين المدين أو المضمون وبين الغير»، أحمد بشير الشرايري المرجع السابق، ص 151.

[2]– محمود مختاري بربري، المرجع السابق، ص 88.

[3]– طلعت يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 65.

[4]– عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 217، ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 123، ناصر محمد الشرمان، المرجع السابق، ص 160.

Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 215, Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIDT, op.cit, p 658.

[5]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 245.

«L'impartialité est une disposition de l'esprit, un état psychologique par nature subjectif», Eric LOQUIN, op.cit, p 182.

[6]– طلعت يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 60.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 582.

[7]– محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 210.

لقد حرصت مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات ومراكز التحكيم على النص القاطع بوجوب التزام المحكم بالحياد والاستقلال[1].

فمن ناحية التشريعات الوطنية فإن المشرع الجزائري جعل على عاتق المحكم التزام بإخطار الأطراف عن كل الظروف التي من شأنها أن تثير الشكوك حول حيدته واستقلاله، ولا يمكن له مباشرة مهامه إلا بعد إبلاغ الأطراف بتلك الظروف، وقبل الأطراف صراحة بها[2]، كما جعل من عدم الاستقلالية أحد أسباب طلب رد المحكم[3].

كذلك انتهج المشرع الفرنسي نفس المبدأ، أين ألزم المحكم قبل قبول المهمة التحكيمية أن يصرح بكل الظروف التي تمس باستقلاليته وحياده[4]، وقد استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي على أن المحكم وإن كان معينا من طرف أحد الأطراف، فإنه يعتبر معينا من جميع الأطراف، مادام أنه يكون من حق الطرف الآخر الاعتراض على ذلك التعيين متى كان له أسباب جدية لذلك[5].

كما نصت المادة 16/3 من قانون التحكيم المصري على ضرورة إخطار المحكم الخصوم عن أية ظروف من شأنها إثارة ثارة الشكوك حول استقلاله أو حيدته، وإلا تم رده من طرف الأطراف، وفقا لما تنص عليه المادة 18/1 من نفس القانون[6].

لقد أكدت المادة 11/2 من القانون النموذجي لليونسترال *UNCITRAL* على شرط استقلال وحيدة المحكم، كما عمدت لوائح هيئات ومراكز التحكيم الدائمة على إظهار تمتع محكميها

---

[1]– «تعتبر وحدة جنسية المحكم مع أحد الطرفين دون الطرف الآخر، مؤشرا على عدم حيدته»، فتحي والي المرجع السابق، ص 246، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 147.

[2]– تنص المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالف الذكر، على أنه «إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم».

[3]– تنص المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالف الذكر، على أنه «يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:.... 3– عندما تتبين من الظروف شبه مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط ...».

[4]- Art 1456/2 du code de procédure français prévoient que «il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance et sont impartialité».

[5]- Ph. FOUCHRD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 580, Eric LOQUIN, op.cit, p 183.

[6]– عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 148، أحمد بشير الشرايري، المرجع السابق،ص 152.

المدرجين على قوائمها بالحيدة والنزاهة والاستقلال[1]، مثالها المادة 2/7 من لائحة تحكم غرفة التجارة الدولية بباريس *CCI*، المادة 5 من نظام محكمة لندن للتحكيم الدولي[2].

أما بالنسبة للتحكيم الإلكتروني، فقد نصت لوائح مراكز وهيئات التحكيم الإلكتروني على ضرورة توافر شرط الاستقلالية والحياد بالمحكم[3]، مثالها المادة 8/1 من لائحة المحكمة القضائية[4].

كما أن نصت المادة 9 من نفس اللائحة على أنه «*يتعين على كل محكم أن يكون مستقلا في مواجهة الأطراف، كما يجب على محكم قبل تعينه في أي قضية التصريح باستقلاليته وحياده من خلال إقرار يقدمه إلى أمانة المحكمة، كما يتعين عليه إخطارها بأي ظروف التي من شأنها إثارة الشك في نفوس الأطراف بشأن استقلاليته وحياده، وتلتزم أمانة المحكمة بنشر تصريح الاستقلالية والحياد على الموقع الخاص بالقضية*»[5].

كما نصت المادة 7 من اللائحة الموحدة المتضمنة القواعد والإجراءات الواجب إتباعها لحل المنازعات الناشئة عن استخدام أسماء المواقع الإلكترونية *UDRP* التي وضعتها منظمة الإيكان*ICANN*[6].

كما تلزم اللائحة المحكم قبل قبول تعينه، إخطار المركز بكل ما يثير الشكوك جدية حول استقلاليته وحياده، كما أنه يتعين على كل محكم من أعضاء هيئة التحكيم إخطار المراكز بكل

---

[1]– عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 150، محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 213.

[2]– ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 125.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 581.

[3]- Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 216.

[4]- Art 8/1 du règlement d'arbitrage du cyber tribunal disposait que «tout arbitre peut être récuse s'il existe des circonstances de nature à soulever un doute sérieux sur son impartialité ou son indépendance», et voir le site internet:
http://www.cybertribunal.org

تم الإطلاع عليه بتاريخ 22-10-2017، على الساعة 23:14.

[5]– سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 129، بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 98.

[6]- Art 7 dés règles d'application de l'UDRP précise que «tout membre d'une commission doit être impartial et indépendant», Et veillez voir le site internet:
http://www.icann.org

تم الإطلاع عليه بتاريخ 23-10-2017، على الساعة 18:11.

ما يثير الشكوك حول استقلاليته وحياده حتى بعد البدء في الإجراءات الإدارية ويكون للمركز كامل الحرية لتعويضه بمحكم إضافي[1]، وهو نفس المبدأ الذي نصت عليه المادة 7/2 من لائحة مركز الوساطة والتحكيم الإلكتروني *ATA on line*[2].

4- ألا يكون المحكم ممنوعا من التحكيم

قد يمنع القانون أو يضع قيودا على بعض الأشخاص لممارسة التحكيم، رغم توافر بهم الأهلية القانونية والمدنية الكاملة، وهذه القيود ليست لعيب لحق بالشخص في أهليته، لكن لطبيعة العمل الذي يقوم به[3]، ومن ثم لا يجوز لمن هو مشمول بهذا المنع أن يقوم بمهمة التحكيم[4].

يرى بعض الفقه أن قيام القاضي بالمهمة التحكيمية من شأنه يؤدي إلى الانحراف بالتحكيم عن أهدافه ووظيفته الأصلية، فتولي القضاة مهمة التحكيم قد يؤدي إلى عدم تفرعهم لعملهم، ويساهم في تأخير الفصل في القضايا أمام المحكم.

كما أن الأتعاب التي يتقاضاها القاضي كمحكم من شأنها أن تغريه، كما أن مباشرة القضاة لمهمة التحكيم يعرضهم لنشأة علاقات مادية وأدبية مع الكثير من الشركات الاقتصادية ومكاتب المحامين، كما قد يثور إشكال عند رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الذي كان أحد القضاة محكما فيه أمام المحكمة التي يعمل بدائرة اختصاصها[5].

على سبيل المثال ورد نص المادة 63 من قانون السلطة القضائية المصري رقم 46 لسنة 1972 على منع تعيين القاضي كمحكم كأصل عام إلا في حالتين، الأولى بعد موافقة المجلس القضاء الأعلى بخصوص نزاع معين، والثانية إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه وأصهاره حتى الدرجة الرابعة[6].

---

[1]- Eric A. CAPRIOL, op.cit, p 144, Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 215.

[2]- Art 7/2 de règlement de médiation et d'arbitrage en ligne d'ATA on line prévoit que «l'arbitre doit être disponible, impartial et indépendant».

[3]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 153.

[4]- حمد حمود الصانع، المرجع السابق ص 32.

[5]- فتحي والي، المرجع السابق، ص 237، لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ص 185.

[6]- محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 201، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال المرجع السابق، ص 609.

أما في فرنسا فكان هناك سجالا بين اتجاهين، أولهما يقر بتعيين القاضي محكما، والآخر يرفض ذلك لعدم وجود نص صريح يسمح للقضاة بتولي التحكيم، وعدم وجود نص يمنع ذلك إلا أن صدر المرسوم رقم 94-314 المؤرخ في 20-04-1994 الذي أجاز للقاضي أن يكون محكما شريطة الحصول على إذن مسبق من رئيس المحكمة التي يتبعها القاضي[1].

كما يمنع على الموظف مباشرة مهام التحكيم الدولي إلا إذا كان من دون تقاضي أجر ويسمح لأستاذة القانون تولي مهمة التحكيم على خلاف الموظفين بشرط عدم المساس بحقوق الدولة الفرنسية.

إلا أنه يكون من حق العمال في القطاع الخاص ممارسة مهمة التحكيم، إلا إذا تضمن عقد العمل بند صريح يمنع ذلك، وفي حالة وجود ذلك البند يبحث إن كان ضروري وكان الهدف منه حماية مصالح المؤسسة المستخدمة[2].

أما المشرع الجزائري فإنه لم يفصل في مسألة مدى جوازية تعيين القاضي كمحكم، لعدم وجود أي نص حول ذلك[3].

من ثم يمكن القول أنه يشترط في المحكم في نظام التحكيم الإلكتروني ما يشترط في المحكم في نظام التحكيم التقليدي، فالوسائل الإلكترونية المستعملة في التحكيم الإلكتروني ليس من شأنها التأثير على الشروط القانونية الواجب توافرها في المحكم.

ثانيا- الشروط الاتفاقية لاختيار المحكم

يعتبر اتفاق الأطراف هو أساس التحكيم وعموده الفقري[4]، ومن ثم يكون من حق الأطراف الاتفاق على شروط أخرى إضافة إلى الشروط القانونية التي لا يمكن مخالفتها[5]، من ثم سوف

---

[1]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 155.

[2]- «Un magistrat français ne peut être nommé arbitre mémé lorsque l'arbitrage est international, et un fonctionnaire ne peut pas non plus arbitrer un litige international sauf autorisation de son supérieur hiérarchique, a moins que ce ne soit a titre gracieux», cité par Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT op.cit, p 656.

[3]- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 184.

[4]- فتحي والي، المرجع السابق، ص 236، حمد حمود الصانع، المرجع السابق، ص 33.

[5]- ناصر محمد الشرمان، المرجع السابق، ص 167، محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 214.
Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDM, op.cit, p 593.

نستعرض إلى بعض الأمثلة عن تلك الشروط التي يمكن للأطراف الاتفاق على ضرورة توافرها بالمحكم.

1- جنسية المحكم

تذهب الكثير من التشريعات المنظمة للتحكيم التقليدي على أنه لا أهمية لجنسية المحكم على سير العملية التحكيمية، فقد يكون يحمل نفس جنسية أحد طرفي التحكيم أو كلاهما، وقد يكون أجنبيا عنهم يحمل جنسية مختلفة[1]، إلا أن الاتجاه الفقهي الغالب يرى بعدم اشتراط الأهلية السياسية في المحكم[2]، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري[3].

لقد نصت المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية لجنيف لعام 1961 على أنه يمكن للأجانب تولي مهمة التحكيم[4]، كما أكدت المادة 11 من القانون النموذجي لليونسترال *UNICTRAL* المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 نصت على أنه لا أحد يمنع من تولي مهمة التحكيم على أساس جنسيته، إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك[5].

إلا أنه يتعين التفريق بين المحكم المعين من طرف الأطراف، والمحكم الثالث الذي يتعين من أجل ضمان حياده واستقلاليته أن يكون من جنسية مختلفة، وهو المبدأ الذي أقره القضاء الفرنسي حين تدخله لتعيين هيئة التحكيم[6]، وأخذت به بعض مراكز التحكيم الدائمة[7].

أما على مستوى مراكز وهيئات التحكيم الإلكتروني، فإن أغلبيتها اشترطت أن يكون المحكم المعين من جنسية مختلفة عن جنسية الأطراف[8]، وبذلك تمنح تلك المراكز في إطار

---

[1]- ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 115، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 156.

[2]- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 145.

[3]- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 169.

[4]- Art 3 de la convention européenne de Genève de 1961 prévoit que «Dans les arbitrages soumis à la présente convention, des étrangers peuvent être désignés comme arbitre».

[5]- Art 11 de la loi type de la CNUDCI prévoit que «nul ne peut, en raison de sa nationalité, être empêché d'exercer des fonctions d'arbitre, sauf convention contraire dés parties», Eric LOQUIN op.cit, p 181.

[6]- «le tribunal de grande instance de paris, dans l'exercice de ses fonction d'assistance à la constitution du tribunal arbitral, à pu même désigner, pour un différend franco-mexicain, un troisième arbitre de nationalité française», Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 219.

[7]- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 171.

[8]- Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 211.

التحكيم الإلكتروني لشرط جنسية المحكم أهمية بالغة، وتعتبره من معايير اختيار المحكم الحيادي[1].

على سبيل المثال فإن المادة 8 من لائحة مركز التحكيم على الخط *e. Résolution* تنص على أنه عند تعيين محكم، تأخذ أمانة المركز بعين الاعتبار جنسية المحكم ومكان إقامته وكل علاقة أخرى يمكن أن تجمع المحكم بدولة أطراف التحكيم[2]، من ثم فإن المركز يعمل في حالة إقامة طرفي النزاع في بلدين مختلفين على تعين محكم من بلد محايد[3].

كما أن لائحة مركز الوساطة والتحكيم على الخط *ATA Online* تنص في مادتها 2/1 على أنه في غير حالات اتفاق الأطراف، فإن المحكم الفرد أو رئيس هيئة التحكيم لا بد أن يكون من جنسية تختلف عن جنسية أطراف التحكيم[4]، وهو المبدأ الذي أخذت به كذلك مركز التحكيم لمنظمة الويبو *WIPO*[5].

2- الكفاءة والخبرة المهنية

اشترطت بعض الأنظمة أن يكون المحكم من ذوي الخبرة في مجال المنازعة المعروفة على التحكيم، إلا أن أغلب التشريعات لم تتضمن نصوصها مثل هذا الشرط، ومن ثم فالأمر متروك لاتفاق طرفي التحكيم[6].

لقد تضمنت المادة 13/2 من القانون النموذجي لليونسترال *UNCITRAL* المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 أنه من أسباب رد المحكم إذا تبين أنه لم يكن حائزا لمؤهلات اتفق عليها الطرفان، وأنه ليس لديه من الخبرة المطلوبة ما يؤهله للفصل في النزاع بحسب طبيعته[7].

---

[1]- بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 100.

[2]- Art 8 du règles additionnelle de résolution prévoit que «Lors de la nomination d'un arbitre, le secrétariat prendra en compte la nationalité de l'arbitre, le lieu de résidence et tout autre lien que l'arbitre pouvait avoir avec le pays d'origine des parties».

[3]- Eric A. CAPRIOLI, op.cit, p 140.

[4]- Art 2/1 Aline a 6 du règlement d'arbitrage ATA online prévoit que «l'arbitre unique ou le président du tribunal arbitral devra être d'une nationalité différente de celle des parties au litige, sauf accord de ces dernières».

[5]- Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 210, Eric A. CAPRIOLI op.cit, p 140.

[6]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 157، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال المرجع السابق، ص 613.

[7]- ناصر محمد الشرمان، المرجع السابق، ص 176.

يكون من البديهي أن يكون المحكم على الأقل ملما بالقراءة، لأن وظيفة التحكيم تستلزم من القائم بها أن يكون له القدرة على قراءة وثائق الخصوم والمستندات وكتابة حكم التحكيم وتأسيسه وتوقيعه[1].

لا يشترط في المحكم أن يكون من رجال القانون، إلا أنه إذا تشكلت هيئة التحكيم من محكم واحد يستحسن أن يكون من رجال القانون، وإن تشكلت من أكثر من محكم أن يكون أحدهم ذو دراية قانونية[2].

كمالا يشترط أن يكون المحكم ذو تخصص فني أو مهني يناسب القضية التي يفصل فيها، على اعتبار أنه ليس بخبير بل قاضيا اختاره الأطراف، إلا أنه يستحسن أن يكون أحد أعضاء هيئة التحكيم ذو خبرة وتخصص في موضوع المنازعة المطروحة على التحكيم، على نحو يقلل من الاستعانة بالخبراء، مما يؤدي إلى سرعة الفصل في النزاع[3].

إن دليل الطرق البديلة لتسوية المنازعات *ADR* لمركز التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس *CCI* ينص على أن تعيين المحكمين يكون باتفاق الأطراف على كفاءتهم وخبراتهم، أين يكون للمحكم المعين الكفاءة المهنية والخبرة من أجل تفهم نقاط اختلاف الأطراف[4].

كما يملك المؤهلات الإنسانية ما يسمح له بخلق جو من الثقة بين الأطراف. وله القدرة على إدارة حوار بناء من أجل تقريب وجهات نظر الأطراف[5].

---

[1]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 614.

[2]- « La seul restriction commune à toutes les sources de l'arbitrage est celle de la pleine capacité juridique de l'arbitre» , cité par Eric LOQUIN, op.cit, p 181.

[3]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 235، ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 119، لزهر بن سعيد المرجع السابق، ص 176.

[4]– ناصر محمد الشرمان، المرجع السابق، ص 177.

[5]- «L'arbitre désigné possède les compétences professionnelles et l'expérience voulue le rendant apte à saisir les points du différend apposant les parties et possède les qualités humaines lui permettant de créer une atmosphère de confiance entre les parties, propre à instituer et entretenir un dialogue constructif de nature à les rapprocher utilement», voir Art 3 du guide l'ADR de la CCI, 2001 disponible en ligne sur le site internet :
http://www.iccwbo.org/drs/french/adr/guide.asp
تم الإطلاع عليه بتاريخ 18-10-2017، على الساعة 17:42.

Et veillez voir Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 212.

تأكيدا على شرط الخبرة والكفاءة في المحكم في ظل نظام التحكيم الإلكتروني، فإن المحكمين في مركز الويبو *WIPO* المتخصص في القانون الأوروبي والدولي المتعلق بالعلامات التجارية، كما أن المحكمين في مركز التحكيم *e. Résolution* هم في أغلبيتهم من أساتذة الجامعات، أما مركز الموارد العمومية *CPR*[1] فمحكميه من القضاة وأساتذة القانون.

في حين أن المحكمين في مركز *BBB online* هم متطوعين يتم تكوينهم من طرف المركز، أما بالنسبة لمركز التحكيم الأمريكي *AAA* فإنه أعد تقنين تقني عرف من خلاله الالتزامات الرئيسية للمحكم أكد من خلاله الفرق بين مهمة القاضي والمحكم، الذي يفترض أن يكون ذو كفاءة وخبرة إضافية، ويستوجب أن يكون له الوقت الكافي ومتفرغ للقيام بمهمته التحكيمية كشرط لتعيينه[2].

إن مركز التحكيم *BBB online* يلزم المحكمين على تقديم سيرة ذاتية قبل تعينهم، أين يتم إرسالها إلى الأطراف للتأكد من مدى مطابقة كفاءة وخبرة المحكم مع طبيعة موضوع النزاع المطروح للتحكيم[3].

الفرع الثالث

قبول المحكم للمهمة التحكيمية

إن اتفاق الأطراف على اختيار محكم لا يعدوا أن يكون مجرد ترشيح للقيام بالمهمة[4]، فلا يكفي تعيين المحكم من قبل الجهة المختصة لتعيينه سواء كان الأطراف أو مركز تحكيم أو بواسطة المحكمة، بل يتعين قبول المحكم للمهمة التحكيمية[5]، فبقبول المحكم ينعقد العقد بين طرفي اتفاق التحكيم من جهة، والمحكم من جهة أخرى[6].

---

[1] - Centre des ressources public.

[2]- Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 222.

[3]- Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 213.

[4]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 188.

[5]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 200، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 511.

Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 228, Et voir l'art 1456 du CPC français qui prévoit que «Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur confiée a cette date il est saisi du litige».

[6]– أحمد بشير الشرايري، المرجع السابق، ص 146، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال المرجع السابق، ص 595.

إن شرط موافقة المحكم للمهمة التحكيمية يجد أساسه في كون أن المحكم هو قاض خاص، مهمته عرضية وخاصة بكل نزاع على حدا، على خلاف القضاة العاديين، ومن ثم فإن تعيين المحكم يعتبر إيجاب يستوجب قبول من المحكم[1].

إن قبول المحكم للمهمة التحكيمية ضروري في كل تحكيم سواء كان وطنيا أو دوليا أو إلكترونيا، وسواء تم في ظل نظام تحكيم مؤسستي أو نظام تحكيم حر، وسواء تم اختياره من أحد أطراف النزاع أو منهما معا، أو من قبل المحكمين المختارين، أو من قبل المحكمة، ولو تعدد المحكمون يتعين صدور القبول من كل واحد منهم، ولا يكفي قبول بعضهم ولو كانوا أغلبية[2].

يشترط أن يكون القبول قاطعا، غير معلق على شرط أو محل شك، على أنه في حالة تعدد المحكمين، فإن قبول أحدهم قبل معرفة المحكمين الآخرين، يعتبر قبولا مبدئيا لا يمنعه من الاعتذار بعد معرفتهم، على أن لا يتأخر ذلك إلى ما بعد طرح النزاع على هيئة التحكيم[3].

تشترط بعض التشريعات ومراكز التحكيم على أن يكون القبول بالمهمة التحكيمية كتابة[4] على أن الكتابة في هذه الحالة شرط للإثبات وليس شرطا لصحة التحكيم وإجراءاته[5]، ويمكن

---

[1]- «Les arbitre sont des juges prives, leur investiture est occasionnelle et résulte d'un double consentement», Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 549, Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 220.

[2]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 225، ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 129، عبد المنعم زمزم المرجع السابق، ص 136، شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 512.

[3]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 595.

Ph FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 549.

[4]– مثالها المادة 16/3 من قانون التحكيم المصري التي تنص على أنه «يقبل المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيدته»، والمادة 18 من لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس،غير أن المشرع الفرنسي والجزائري لم يشترطا كتابة القبول بالمهمة التحكيمية صراحة، إذ تنص المادة 1015/1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه «لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون المهمة المسندة إليهم».

Art 1456/1 du code procédure français prévoit que «le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée».

[5]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 189، ماهر محمد حامد، المرجع السابق ص 131، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 201.

إثبات قبول المحكم لمهمته بما يقوم مقام الكتابة من وسائل الإثبات الأخرى كالبينة والقرائن على أن شروع المحكم في مهمته أو القيام بها دليل قاطع على قبوله[1].

تتم الكتابة بالتوقيع بالقبول في اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشارطة، أو بالتوقيع على محضر الجلسة الأولى من جلسات التحكيم، أو صورة خطاب يرسله المحكم إلى المحتكمين ويمكن أن يكون معاصرا لاتفاق التحكيم أو لاحقا له[2].

إن قبول المحكم لمهمة التحكيم قد يكون صراحة أو ضمنا، ومن صور القبول الضمني مباشرة المحكم لأعمال مهمته التحكيمية، ودعوته إلى الحضور أمامه، أو إجراء محادثة عبر الخط[3].

إن رفض المحكم قبول المهمة التحكيمية لا يؤثر على صحة اتفاق التحكيم، إلا إذا كان إرادتهما تتجه إلا أن التحكيم لا يتم إلا بواسطة هذا المحكم، ففي هذه الحالة رفض المحكم للمهمة التحكيمية يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم[4].

إن قبول المحكم للمهمة التحكيمية ينتج عنه عدة آثار، أهمها أنه بموجب تلك الموافقة تتشكل هيئة التحكيم، وهي نقطة بدأ المهمة التحكيمية، كما أنها لحظة احتساب ميعاد إصدار الحكم التحكيمي[5].

---

[1]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 594.

[2]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 226.

Ph FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 550.

[3]– أحمد بشير الشرايري، المرجع السابق، ص 148.

Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 228.

[4]– محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 205.

[5]– «لم يجعل المشرع المصري تحديد ميعاد إصدار الحكم التحكيمي مرتبطا بلحظة قبول المحكم لمهمته، بل من تاريخ بدء إجراءات التحكيم،على خلاف المشرع الجزائري»، لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 190، وتنص المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أنه «يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه، في هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف 4 أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أومن تاريخ إخطار محكمة التحكيم، غير انه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة، لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف».

إذا قبل المحكم بالمهمة التحكيمية، فلا يجوز له بعدها العدول عن إتمامها بغير سبب جدي، وإلا جاز للأطراف مطالبته بالتعويض عن الأضرار التي سببها نتيجة عدم إتمام مهتمه[1].

أما في إطار التحكيم الإلكتروني فإن قبول المحكم للمهمة التحكيمية شرط ضروري كذلك على أن تتم بطرق إلكترونية كقيام المحكم بإخطار الأطراف أو مركز التحكيم الإلكتروني بقبوله تلك المهمة من خلال رسالة إلكتروني، أو الشروع في عملية التحكيم من خلال إجراء محادثة عبر الشاشة مع الأطراف[2].

لا يمكن تصور أن يفرض حل النزاع على المحكم الإلكتروني دون موافقته، فالأمر يتوقف على رغبة المحكم الإلكتروني، فإذا كانت بالنفي تم استبداله، أما إذا أبدى عن موافقته بالمهمة التحكيمية، خضع لنفس الالتزامات التي يخضع لها المحكم التقليدي[3].

بقبول المحكم للمهمة التحكيمية تصح تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني، وبمقتضى قبوله يلتزم تعاقديا بمهمة إصدار حكم تحكيمي، فتنعقد بمقتضى ذلك مسؤوليته التعاقدية في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية[4].

لقد نصت المادة 18/2 من قواعد التحكيم السريعة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية *WIPO*، على أنه يتعين على المحكم الذي قبل مهمة التحكيم أن يخطر موافقته للمركز، الذي يقوم بدوره بإخطار الأطراف بتشكيل المحكمة[5].

كما نصت المادة 2/1 من لائحة التحكيم لمركز *ATA online* على أن تشكيل محكمة التحكيم لا تكون نهائية إلا بعد قبول المحكمين للمهمة المسندة إليهم[6].

---

[1]– ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 132، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 594، أحمد بشير الشرايري، المرجع السابق، ص 148، فتحي والي، المرجع السابق، ص 227.

[2]- Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 220.

[3]– عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 138.

[4]– بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 103.

[5]- Art 18 le règlement d'arbitrage accélère de L'OMPI annonce que «l'arbitre pressenti doit accepter sa nomination par écrit et communiquer son acceptation au centre, le centre notifie aux parties la constitution du tribunal» , sur le site internet :
http://www.wipo.int/amc/fr/arbitration

تم الإطلاع عليه بتاريخ 16-10-2017، على الساعة 15:3.

[6]- Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 220.

على أن لائحة المحكمة الافتراضية تلزم المحكم قبل ممارسة عمله أن يودع لدى أمانة المحكمة إقرار بالنزاهة والحياد[1]، وهذا في حد ذاته قبول بالمهمة التحكيمية، وهو نفس المبدأ المعمول به في جمعية التحكيم الأمريكية *AAA*[2].

إذا قبل المحكم بمباشرة المهمة التحكيمية، فليس له كقاعدة عامة أن يمتنع عن مباشرة مهمته إلا لسبب جدي يتبينه بعد تعيينه أو طرأ أثناء التعيين، فيكون من حق المحكم التنحي وما يكون للطرف الذي عينه إلا استبداله بمحكم آخر[3].

كما أنه في حالة وجود ظروف تؤدي إلى التشكيك في حياد المحكم ونزاهته، يمكن للخصوم طلب رده[4]، ومن ثم لابد من تبيان تلك الحالات:

أولا- تنحي المحكم

للمحكم رغم قبوله للمهمة التحكيمية أن يعدل عن هذا القبول، سواء قبل بدء الخصومة التحكيمية أو بعد بدئها، على أن يكون هناك سبب جدي يبرر العدول أو التنحي[5].

إن الظروف والأسباب التي تدفع بالمحكم إلى التنحي متعددة، فقد تكون إرادية أو غير إرادية، مثالها وجود أسباب صحية، أو أن تكون له مهام تحكيمية أو قانونية أخرى، أو وجود ظروف تمس حياده واستقلاله سواء نتيجة اكتشافها بنفسه أو تم تنبيهه من طرف أحد المحتكمين، تفاديا لطلب رده[6].

إن تنحي المحكم دون سبب جدي، يجيز للطرف الذي أصابه ضرر طلب التعويض من جراء التنحي في وقت غير مناسب[7].

---

[1]- Art 9 du règlement du cyber tribunal prévoit que «… Avant toute nomination dans une affaire, l'arbitre pressenti doit soumettre un déclaration d'indépendance et d'impartialité et dénoncer au secrétariat…».

[2]- عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 139.

[3]- محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 218.

[4]- أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 391، بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 103.

[5] - فتحي والي، المرجع السابق، ص 253.

[6]- ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 185.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 630.

[7]- طلعت يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 178.

2- عزل المحكم

يقصد بعزل المحكم «*أن يسحب طرفا التحكيم من المحكم أو المحكمين مهمة الفصل في النزاع*»، ويتم العزل بغض النظر عن الطريقة التي تمت بمقتضاها تعيين المحكم، سواء باتفاق الأطراف، أو عن طريق هيئة تحكيمية أو عن طريق المحكمة[1].

يتم عزل المحكم سواء باتفاق الأطراف على أساس أن من يملك أن يعين يملك أن يعزل أما في حالة عدم الاتفاق يمكن العزل من المحكمة[2]، على أن سبب العزل هو امتناع المحكم بغير مبرر عن أداء مهمته أو تقاعس عن ذلك، والهدف منه إنقاذ العملية التحكيمية[3].

3- رد المحكم

يقصد برد المحكم تعبير أحد طرفي التحكيم عن إرادته في عدم الامتثال أمام محكم معين في قضية معينة، لتوافر واحد أو أكثر من الأسباب التي حددها القانون[4]، ويقدم طلب الرد إلى هيئة التحكيم ذاتها[5].

في إطار التحكيم الإلكتروني فإن طلب رد المحكم يتم إلكترونيا من خلال إرسال إخطار عن طريق الإنترنت إلى المركز[6]، على سبيل المثال نصت المادة 19/1 من لائحة نظام التحكيم السريع للويبو *WIPO* على إمكانية رد المحكم في حالة تبين عدم حياده أو استقلاليته، على أن

---

[1]- ناصر محمد الشرمان، المرجع السابق، ص 497، أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 380.

[2]- فتحي والي، المرجع السابق، ص 255، طلعت يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 152.

[3]-«L'arbitre peut être révoque lorsqu'il est empêché au refuse de poursuivre sa mission, mais surtout dans touts les ou sont démontrés sa carence, sa négligence ou d'autre manquements dans la conduite de l'instance», Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 632.

[4]- شادي رمضان طنطاوي، المرجع السابق، ص 512.

[5]- لقد نص المشرع الجزائري على أسباب رد المحكمين في المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر، التي تنص على أنه «يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:-عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف،- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف -عندما يتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط».

[6]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 280، أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 392 عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 333.

يقدم طلب الرد إلى المركز مع تبيان أسباب الرد في ظرف 7 أيام من تاريخ تبليغه بتعيين المحكم أو من تاريخ علمه بوجود سبب الرد[1].

أما على مستوى المحكمة الفضائية فقد نظمت المادة 10 من لائحة المحكمة إجراءات رد المحكمين، على أن يكون طلب الرد مؤسسا إما على عدم حيدة المحكم أو عدم استقلاليته، ويتم تقديم الطلب خلال 10 أيام من تاريخ تعيين المحكم أو من تاريخ علم الطرف الطالب الرد بالأسباب التي يبنى عليها طلب الرد، أين تفصل أمانة المحكمة في طلب الرد[2].

4- استبدال المحكم

إن المحكم قد يتنحى أو يعزل أو يرد، فيصبح مكانه شاغرا في هيئة التحكيم، مما يستوجب تعيين محكم بديل عنه، كما قد يثار نفس الإشكال في حالة وفاة المحكم بعد قبوله المهمة التحكيمية[3].

لقد نصت المادة 11 من لائحة المحكمة الافتراضية على إمكانية تعيين محكم بدلا من المحكم الذي سبق تعيينه لنظر نفس النزاع، في حالة عدم قيامه بواجباته وفقا للائحة المحكمة أو في حالة رد أو تنحيه، أو حالة خروجه في إجازة[4].

المطلب الثاني

نطاق المسؤولية المدنية للمحكم في إطار التحكيم الإلكتروني

لقد نصت التشريعات الوطنية المختلفة على الحصانة المقررة للقاضي الوطني، فلا تطبق بشأنه قواعد المسؤولية المدنية المستوجبة للتعويض في حالة ارتكاب خطأ، على اعتبا أن تطبيق ذلك من شأنه أن يؤثر على استقلالية القضاء، وقد تم وضع حدودا موضوعية وإجرائية

---

[1]- بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 104.

[2]- سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 130، عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص 150.

[3]- ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 229.

[4]- Veillez consulter l'art 11 du Règlement de cyber tribunal sur le site internet : http://www.cybertribunal.org

تم الإطلاع عليه بتاريخ 29-10-2017، على الساعة 19:03.

خاصة لمساءلة القاضي مدنيا عن الأخطاء التي تقع منه عند ممارسة لمهنته[1].

إلا أن المحكم حتى ولو كان يقوم بمهمة قضائية في إطار نظام قضائي خاص، إلا أنه ليس قاضيا من قضاة الدولة، لا يخضع إلى نفس الحماية والإجراءات الخاصة التي يتمتع بها قضاة الدولة في حالة ارتكابهم خطأ أثناء مهامهم[2].

من ثم يتعين لدراسة المسؤولية المدنية للمحكم التطرق إلى مدى تمنع المحكم بالحصانة القضائية في الفرع الأول، وطبيعة وظيفة المحكم في الفرع الثاني، وكذا طبيعة المسؤولية المدنية للمحكم في الفرع الثالث.

الفرع الأول

مدى تمتع المحكم بالحصانة القضائية

لما كان المحكم يؤدي وظيفة مشابهة لعمل القاضي الوطني والمتمثلة في حسم المنازعات المطروحة عليهم، فإن ذلك دفع بالبعض إلى مد الحضانة القضائية المقررة للقاضي الوطني إلى المحكم، فلا يكون مسئولا بذلك عن الأخطاء التي يرتكبها بسبب أو نتيجة ممارسة لوظيفته[3].

أما سكوت معظم القوانين الوطنية والاتفاقيات المنظمة للتحكيم عن مدى إقرار مسؤولية المحكم من عدمها، فإن الآراء الفقهية اختلفت حول تلك المسألة بين اتجاه يذهب إلى إقرار حضانة مطلقة للمحكم، وبين اتجاه آخر يذهب إلى تقرير مسؤوليته[4].

أولا- الاتجاه المؤيد للحصانة القضائية للمحكم

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى النأي بالمحكم من أية مسؤولية تتعلق بممارسة لمهامه التحكيمية[5]، على أساس أن حصانة المحكم المطلقة[6].

---

[1]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 599، فتحي والي، المرجع السابق ص283.

[2]- Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 605.

[3]- حمد محمود الصانع، المرجع السابق، ص 68.

[4]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 281، طلعت يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 202.

[5]- ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 154، طلعت يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 202.

[6]- عمرو محمد المارية، مشكلات المسؤولية المدنية في نطاق التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 98.

لقد أخذت بعض القوانين ومراكز التحكيم بمبدأ حصانة المحكم المطلقة[1]، مثالها المادة 29/1 من قانون التحكيم الإنجليزي الصادر سنة 1996[2]، والمادة 43/4 من قواعد التحكيم لجمعية المحكمين الأمريكية، وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى عدة حجج يمكن تلخيصها فيما يلي:

– أن المحكم يقوم بوظيفة قضائية، مثله مثل القاضي الوطني، يستوجب منحه حضانة كتلك المعترف بها للقضاة، من أجل حمايته مما قد يتعرض له من دعاوى ترفع عليه بعد إصداره للحكم التحكيمي، وهذه الحصانة ليست مقررة للمحكمين بل لمصلحة تحقيق العدالة[3].

– يعتبر التحكيم عموما أسلوبا بديلا لحل المنازعات لتخفيف الضغط على المحاكم الوطنية، إلا أن مساءلة المحكمين عند أي خطأ يقع منهم أثناء مباشرة وظيفتهم يؤدي إلى نفور المحكمين عن المخاطرة بحل المنازعات[4].

– نظرا لطابع السرية الذي يهيمن على خصومة التحكيم، فإنه يصعب إثبات مدى تحقق مسؤولية المحكم وإخلاله بواجب الحياد والاستقلالية[5].

– إن تقرير مسؤولية المحكم ما هو إلا وسيلة غير مباشرة للطعن ضد حكم التحكيم أمام القضاء الوطني، مع أن أغلب التشريعات الوطنية حددت طرق الطعن ضد تلك الأحكام[6].

---

[1]- «Ce sont surtout les tribunaux les auteurs des pays de Common Law que parlent d'immunité, pour signifier que les arbitres ne peuvent en principe être recherchés en responsabilité pour la manière dont ils ont accompli leur nuisions juridictionnelle», Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 205.

[2]– تنص المادة 29/1 من قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1996 على أنه «تحصين المحكم ضد أي مسؤولية مدنية، وهذه الحصانة تبعث الطمأنينة والثقة في نفس المحكم عند قيامه بمهمة التحكيم، فلا يتعرض لدعوى المسؤولية التي قد لا يكون لها أي أساس قانوني».

[3]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 283.

«Cette immunité est constituée de règles protégeant l'arbitre contre les actions, que les parties voudraient engager contre lui, son fondement résulte de la mature juridictionnelle de sa mission», Eric LOQUIN, op.cit, p 200.

[4]– حمد حمود الصانع، المرجع السابق، ص 69، عمرو محمد المارية، المرجع السابق، ص 100.

[5]– إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 282.

[6]– ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 154.

ثانيا– الاتجاه المؤيد لتقرير مسؤولية المحكم

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن المحكم وإن كان يمارس مهمة مماثلة لوظيفة القاضي، إلا أنه هناك فوارق بين القاضي والمحكم من جهة وبين العملية القضائية والعملية التحكيمية من جهة أخرى[1].

من ثم ذهبت بعض التشريعات إلى إقرار مسؤولية المحكم عن الأضرار التي تصيب الأطراف من جراء خطئه، على أساس المسؤولية العقدية التي أساسها وجود عقد تحكيم[2].

لقد استند أنصار الاتجاه المؤيد لتقرير مسؤولية المحكم إلى المبررات التالية:

– إذا قبل المحكم مهمة التحكيم مع إخفاءه عن الأطراف ما يبرر رده، فإن ذلك يعتبر خطأ جسيما يوجب مسؤولية المحكم لإخلاله بواجبات وظيفة التحكيم، كما أن قبول طلب رد المحكم بعد بدأ الخصومة التحكيمية لا يعوض الأطراف عن الأضرار التي لحقت بهم كضياع النفقات وأتعاب المحامين وكذا الوقت الذي أهدر[3].

– إن مهنة التحكيم تدر على المحكم أرباحا كبيرة، من ثم يتعين أن يتحمل أي تقصير أو إهمال في أداء عمله[4].

– تقرير قواعد لمسؤولية المحكم يستجيب لنداء العدالة التي تتأذى من وجود خطأ بدون عقاب، ولا سيما في حالات ثبوت عدم مشروعية مسلك المحكم، كما في حالة التحيز لأحد الأطراف، أو إتباعه أساليب تدليسية ترقى إلى مرتبة الغش[5].

---

[1]– أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 354، عمرو محمد المارية، المرجع السابق، ص 103.

[2]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 283.

[3]– صدر قرار عن مجلس الاستئناف لباريس يقضي بإبطال حكم تحكيمي في قضية تم تعيين فيها محكم واحد إلا أنه تبين للطرف الأول أن المحكم كان يعمل لدى الطرف الآخر كمستشار مالي، فطلب من المحكم بالتنحي إلا أن ذلك الأخير أنكر علاقته بالخصم فتقدم الطرف الأول طلبا لرد المحكم، لكن المحكم عن سوء نيته تعجل للفصل في النزاع قبل الفصل في طلب الرد، فصدر حكم ببطلان حكم التحكيم، وعلى أساسه تم رفع دعوى تعويض على المحكم وقبلت الدعوى وألزم المحكم بالتعويض.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARDE, B. GOLDMAN, op.cit, p 611

[4]– ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 156.

[5]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 222.

لقد استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي على أنه يجب الاعتراف للمحكم بنوع من الحصانة مثل القاضي[1]، إلا أن تلك الحصانة مقيدة وليست مطلقة[2].

لابد عند الحديث عن الحصانة المقرر للمحكم التفرقة بين الالتزام بتحقيق غاية أو الالتزام ببذل عناية، فالمحكم الذي يتنحى عن أداء مهمته دون عذر مقبول أو الذي خالف مبدأ المساواة بين الطرفين أو مبدأ الوجاهية، أو المحكم الذي يشارك في هيئة تحكيم مكونة من عدد زوجي أو لم يكن أهلا لأن يكون محكما أو الذي لا يحترم ميعاد إصدار حكم تحكيم، فإنه يكون قد أخل بالتزام بتحقيق غاية.

أما إصداره حكم مخالف لما كان يتوقعه أحد الأطراف، فهو التزام ببذل عناية لا يرتب مسؤولية المحكم إلا إذا ثبت غشه وتدليسه أو تعمده الخطأ[3].

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لوظيفة المحكم

لقد ثار خلاف فقهي حول الطبيعة القانونية لوظيفة المحكم، فهناك من رأى أنه يقوم بوظيفة قضائية مفادها الفصل في النزاعات التي تعرض عليه وفقا لاتفاق التحكيم[4].

إلا أن هذا الرأي مردودا عليه، ذلك أن المحكم لا يقوم بوظيفة من ذات طبيعة وظيفة القاضي، خاصة أن المحكم على خلاف القاضي يتم تعيينه بإرادة الأطراف، لذا لا مجال للمقارنة بينهما[5].

يرى الاتجاه الغالب أن طبيعة وظيفة المحكم تتحد بمقتضى عقد التحكيم[6]، فإذا كان التحكيم حرا *AD-HOC*، فإن عقد التحكيم يتم بين المحكم وبين المحتكمين، أما إذا كان التحكيم

---

[1]– **فتحي والي**، المرجع السابق، ص 283.

[2]- **Eric LOQUIN**, op.cit, p 201, **Ch. SERAGLIN, J. ORTSCHEIDT**, op.cit, p 681.

[3]– **أحمد أبو الوفا**، المرجع السابق، ص 211، **أسعد فاضل منديل**، المرجع السابق، ص 152.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B.GOLDMAN, op.cit, p 635.

[4]– **عمرو محمد المارية**، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 72.

[5]– **محمود سمير الشرقاوي**، المرجع السابق، ص 245، **حمد حمود الصانع**، المرجع السابق، ص 41.

[6]- **Eric LOQUIN**, op.cit, p 202.

مؤسسيا، فإن عقد التحكيم يتم بين المركز الذي يشرف على عملية التحكيم والمحتكمين[1]، مع الإشارة إلى إمكانية إبرام عقد التحكيم بطريقة إلكترونية بنفس الطريقة التي تم بمقتضاها إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني[2].

إن عقد التحكيم يختلف عن اتفاق التحكيم سواء من حيث الأطراف أو الموضوع، فأطراف اتفاق التحكيم هم أطراف المنازعة، أما أطراف عقد التحكيم هم المحكم أو مركز التحكيم من جهة والمحتكمين من جهة أخرى، كما أن موضوع اتفاق التحكيم هو طرح النزاع على التحكيم بدلا من القضاء.

أما موضوع عقد التحكيم هو قيام المحكم بعمل قضائي لحسم النزاع، فعقد التحكيم سواء كان تقليدي أو إلكتروني هو عقد مختلط اتفاقي بأصله، قضائي بموضوعه[3].

لا يمكن القول بوصف عقد التحكيم على أنه عقد وكالة، ذلك أن المحكم حتى ولو تم اختياره من قبل أحد الأطراف وكلاهما، فلا يكون وكيلا عن من اختاره، ولا يتلقى توجيهات وتعليمات من ذلك الأخير، ولا يدافع عن مصالحه، ذلك أن الطبيعة القضائية لعمل المحكم تستوجب انفصال المحكم واستقلاله عمن اختاره، فلا يكون تابعا له أو مدافعا عن مصالحه[4].

يرد البعض أ ن عقد التحكيم هو عقد مقاولة *Contrat d'entreprise*، بمقتضاه يلتزم المحكم بتقديم خدمات لمصلحة المحتكمين مقابل أجر، ولا يكيف على أنه عمل تجاري حتى ولو ورد كشرط في أحد العقود التجارية.

إلا أنه يعاب على هذا الرأي أن محكمة المحكم هي مهمة قضائية ليست مقاولة، فحتى لو قام المحكم بمهمة بناءا على إرادة المحتكمين، فإنهم لا يحددون مضمون عمله[5].

---

[1]– فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 227.

[2]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 219.

[3]– ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 135.

[4]– محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 246.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 621.

[5]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 279.

على أنه يمكن القول أن عقد التحكيم هو عقد ذو طبيعة خاصة *Contrat sui generis* فهو عقد مدني اتفاقي في نشأته، قضائي في موضوعه[1].

أين يمكن وصفه أنه عقد ولاية *Contrat d'investiture* بمقتضاه يخول المحتكمين للمحكم ولاية الفصل في النزاع، ويلتزم المحكم بموجب هذا العقد باستعمال سلطاته التي ينحها له القانون أو الأطراف للفصل في النزاع وفقا للإجراءات المحددة له قانونا أو اتفاقا، على أن يبذل في مباشرته لمهامه عناية الرجل العادي[2].

من ثم فإن عقد التحكيم يخضع لقواعد المسؤولية المدنية العقدية في علاقة المحكم بالأطراف، على أن لا تؤدي مسؤولية المحكم إلى مسؤولية الدولة عن أعماله، ولا يخضع لنظام مخاصمة القضاة، كما يخضع للمسؤولية الجنائية إذا توافرت أسبابها[3].

الفرع الثالث

طبيعة المسؤولية المدنية للمحكم الإلكتروني

إن قبول المحكم للمهمة التحكيمية يتبعه بالضرورة تحمل ذلك الأخير لعدة التزامات، أهمها مباشرته لمهامه والاستمرار فيها حتى نهايتها، على أن يلتزم مبدأ الحياد والإنصاف في تعامله مع المحتكمين، وعدم حرمان أي طرف من حقه في الدفاع، على أن يلتزم بإحاطة علم الأطراف بأي ظروف تأثر على حيدته واستقلاله[4].

على الرغم من قدم نظام التحكيم إلا أن معظم الأنظمة القانونية لم تعالج مسألة مسؤولية المحكم، بما في ذلك مسؤولية المحكم الإلكتروني، مما يستوجب معه الرجوع إلى الأحكام العامة

---

[1]- «La relation contractuelle qui se noue entre l'arbitre et les parties ne peut se réduire à un modèle connu de contrat civil, ce contrat participe de la nature mixte de l'arbitrage, contractuelle par sa source juridictionnelle par son objet», Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 624.

[2]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 279، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ص 602.

[3]– ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 138، أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري المرجع السابق، 206.

[4]– محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 249.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 626.

في المسؤولية المدنية[1].

طبقا للقواعد العامة، تتنوع المسؤولية المدنية بحسب نوع الخطأ الذي يقع من المحكم فإخلال المحكم بأحد الالتزامات التعاقدية يرتب مسؤوليته العقدية، كما يسأل مسؤولية تقصيرية في حالات الخطأ الشخصي الجسيم في أداء مهمته[2].

لقد استقر اجتهاد القضاء الفرنسي على عدم قبول دعوى مسؤولية المحكم إلا في حالة الخطأ الجسيم، أو في حالة الغش أو التدليس أو التواطؤ مع الخصم[3].

من ثم يمكن التمييز بين نوعين من المسؤولية المدنية للمحكم الإلكتروني وهما المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.

أولا- المسؤولية العقدية للمحكم الإلكتروني

تعرف المسؤولية العقدية على أنها «*المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزام تعاقدي*»[4]، ومن ثم فإن المحكم يرتبط بأطراف التحكيم بمقتضى علاقة تعاقدية من خلال عقد التحكيم ويتولد عن هذا العقد حقوقا والتزامات لكل طرف تجاه الطرف الآخر، وإن إخلال أي طرف بالتزاماته التعاقدية، يرتب مسؤوليته العقدية[5].

من ثم تقوم مسؤولية المحكم العقدية في حالة إخلاله بالتزام عقدي منصوص عليه في عقد التحكيم، سواء في حالة عدم أدائها في المواعيد المحددة مما يسبب إلحاق الضرر بالمحتكمين[6].

من أخطاء المحكم التي تسبب قيام مسؤوليته التعاقدية نذكر على سبيل المثال، امتناعه

---

[1]- أحمد المصطفى محمد صالح، المرجع السابق، ص 192، لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 220، تنص المادة 124 من القانون المدني السالف الذكر على أنه «كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض».

[2]- ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 159، أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 153.

[3]- طلعت يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 211، نوال زروق، المرجع السابق، ص 206.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 607.

[4]- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 113، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 310.

[5]- عمرو محمد المارية، مشكلات المسؤولية المدنية في نطاق التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 113.

[6]- أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 154.

عن إصدار حكم بدون أي عذر مقبول أو أن يجاوز الميعاد المقرر له[1]، أو أن يتسبب في بطلان حكم التحكيم نتيجة إهماله أو خطئه، تسببه في صرف مبالغ كبيرة عند إجراء التحقيقات لا تتناسب مع قيمة النزاع[2]،عدم إفصاحه للأطراف عن ما يؤثر على حيدته واستقلاله[3].

إضافة إلى حالة مخالفة المحكم لاتفاق الأطراف في تفويضه بتعيين محكم أو أكثر، وكذا استبعاده تطبيق قانون اتفق الأطراف على تطبيقه...الخ[4].

إن مبدأ استقلال المحكم في أداء مهمته يحول دون قيام علاقة التبعية بينه وبين مركز التحكيم في حالة التحكيم المؤسساتي، لكن ذلك لا يمنع من مسائلة مركز التحكيم عما يمكن إثباته في مواجهتها من تقصير في اختيار المحكمين أو في إدارة التحكيم.

كما تجدر الإشارة إلى عدم إمكانية تفصل المسؤولية العقدية للمحكم في الواقع العملي نتيجة صعوبة إثبات خطأ المحكم بالنظر إلى الطابع السري لعملية التحكيم[5].

---

[1]– طبقا لنص المادة 21 من لائحة نظام محكمة التحكيم الافتراضية Cyber Tribunal فإنه يتعين على المحكم إصدار حكم في النزاع خلال 30 يوما من إغلاق باب المرافعة، ما لم تمدد المحكمة هذه المدة بطلب تقدمه إلى الأمانة العامة، كما تنص المادة 15/ب من لائحة منظمة الإيكان ICANN على أنه يجب على هيئة التحكيم إصدار حكم في النزاع خلال مدة 14 يوم من تاريخ تشكيلها.

L'Art 15/b du règlement de l'ICCAN prévoit que «Sauf circonstances exceptionnelles, la commission transmit sa décision sue la plainte à l'institution de règlement dans 14 jours suivant la date de sa nomination…».

[2]– أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 217.

[3]– «بعض مراكز التحكيم الإلكتروني لا تكتفي بمجرد الإفصاح عن الشكوك وإنما تتطلب توقيع المحكم على إقرار الحيدة والنزاهة يودع لدى أمانة مركز التحكيم ويبلغ للأطراف»، عبد المنعم زمزم، المرجع السابق ص 137، عمرو محمد المارية، المرجع السابق، ص 128.

[4]– «إن بعض مراكز التحكيم الإلكتروني لم تعطي لمبدأ حرية الإطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق أي اهتمام، مثالها نظام e. Résolution الذي يعطي الصلاحية لهيئة التحكيم لتطبيق القواعد القانونية التي ترى أنها أكثر ملائمة للنزاع، وهو المبدأ الذي اعتمده كذلك نظام القاضي الافتراضي»، ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 160.

[5]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 602.

ثانيا- المسؤولية التقصيرية للمحكم الإلكتروني

تعرف المسؤولية التقصيرية على أنها «*الإخلال بالتزام فرضه القانون وذلك بتعويض الضرر الذي ينشأ دون وجود علاقة عقدية بين المسئول عن هذا الضرر والمضرور*»[1].

قد تكيف مسؤولية المحكم على أنها مسؤولية تقصيرية، أساس قيامها الخطأ وفقا للقواعد العامة التي تحكم هذه المسؤولية[2].

من ثم يمكن تصور المسؤولية التقصيرية للمحكم الإلكتروني في الحالات التالية:

1- الحالة الأولى: بطلان عقد التحكيم الإلكتروني

في حالة بطلان عقد التحكيم الإلكتروني الذي يربط المحكم بالمحتكمين، لا يمكن مسائلة المحكم عن الإخلال بالتزامات ناشئة عن عقد باطل بطلانا مطلقا، كأن يكون هذا العقد فاقدا لركن من أركان العقد التي يجب أن يقوم عليها[3].

2- الحالة الثانية: وقوع الضرر على غير أطراف عقد التحكيم الإلكتروني

تفترض المسؤولية التقصيرية في هذه الحالة وقوع ضرر على الغير الذي لم يرتبط بالمحكم بعلاقة عقدية، كأن يحكم المحكم في مال مملوك لغير المحتكمين، فيقضي به لأحدهما[4].

3- الحالة الثالثة: الخطأ المهني الجسيم من المحكم

قد يسأل المحكم وفقا لقاعد المسؤولية التقصيرية في حالات الخطأ الشخصي الجسيم في أداء مهمته، وحالة الغش ونية الإضرار بأحد الأطراف، أو التواطؤ معه، أو تلقيه رشوا منه أو تنحيه عن أداء مهتمه في وقت غير مناسب ودون سبب مشروع[5].

---

[1]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق للتعويض، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص 16، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 138.

[2]- عمرو محمد المارية، المرجع السابق، ص 115، أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 154.

[3]- نوال زروق، المرجع السابق، ص 204.

[4]- ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 164.

[5]- أحمد المصطفى، محمد صالح، المرجع السابق، ص 198.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 361.

ففي مثل هذه الحالات يكون المحكم قد أخل بالتزام قانوني عام يوجب مساءلته وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية[1].

تجدر الإشارة إلا أنه سواء بالنسبة للمسؤولية العقدية أو التقصيرية، فإنه من غير المناسب مساءلة المحكم عن إصدار حكم خاطئ نتيجة عدم فهمه الجيد للقواعد القانونية الموضوعية واجبة التطبيق على القضية، مادام أنه بذل العناية اللازمة[2].

كما أنه لا يوجد ارتباط بين إبطال حكم التحكيم الإلكتروني وتقرير مسؤولية المحكم الإلكتروني، ذلك أن مسؤولية المحكم تتقرر حتى في حالة عدم قبول دعوى البطلان، كم قد ترفض دعوى المسؤولية على الرغم من بطلان حكم التحكيم[3].

الفصل الثاني

آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني وانقضائه

إن أساس اتفاق التحكيم الإلكتروني هو مبدأ سلطان الإرادة، أين ينفق الأطراف بإرادتهم الحرة على اللجوء إلى فض نزاعاتهم المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية عن طريق التحكيم الإلكتروني، بدلا من محاكم الدول[4].

يعتبر اتفاق التحكيم الإلكتروني عقدا، وكسائر العقود متى توافرت شروطه الموضوعية والشكلية رتب آثارا قانونية، أين يحجب قضاء الدولة عن الفصل في موضوع النزاع الذي ينعقد لهيئة التحكيم الإلكتروني دون غيرها، فيعتبر اتفاق التحكيم الإلكتروني مانعا قضائيا يحظر معه على محاكم الدول أن تنظر في النزاع، وإن رفعت دعوى تعين الحكم بعدم قبولها، وهذا ما يسمى بالآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم بشقيها الإيجابية والسلبية[5].

---

[1]– أسعد فاضل منديل، المرجع السابق، ص 154.

[2]– ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 166.

[3]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 287.

[4]– أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 341، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 264.

[5]– خيري عبد الفتاح البتانوني، المرجع السابق، ص103، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 120 أمينة خبابة، المرجع السابق، ص97.

Jean- Baptiste RACINE, op.cit, p 219.

كما أن لاتفاق التحكيم الإلكتروني آثارا موضوعية تتمثل في اكتساب اتفاق التحكيم لقوة ملزمة توجب عرض النزاع على التحكيم الإلكتروني، ولا يملك أحد الأطراف أن يتخلى عنه فالأصل أن آثار ذلك الاتفاق يكون في مواجهة أطرافه الذين وقعوا عليه بإرادتهم الحرة، كما يمتد إلى أشخاص آخرين لم يوقعوا عليه، لكن لا يمكن اعتبارهم من الغير، وهذا ما يسمى بالآثار الموضوعية[1].

كما يتمتع اتفاق التحكيم الإلكتروني بخاصية استقلاليته عن عقد التجارة الإلكتروني الأصلي ومن ثم فإن انقضاء العقد الأصلي لا يؤثر على استمرار اتفاق التحكيم الإلكتروني[2] ويخضع اتفاق التحكيم الإلكتروني لنفس القواعد العامة لانقضاء العقد وفقا للقواعد العامة، كما أن الطبيعة المتميزة لاتفاق التحكيم الإلكتروني تجعل له خصوصيته في هذا المقام[3].

من ثم سوف تتناول في المبحث الأول من هذا الفصل لآثار اتفاق التحكيم الإلكتروني بينما نخصص المبحث الثاني لانقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني.

المبحث الأول

آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني

إن تكوين اتفاق التحكيم الإلكتروني صحيحا وفقا للشروط الشكلية والموضوعية المتطلبة لصحة انعقاده، يرتب آثارا متنوعة، فبمقتضاه تتحدد مسؤولية أطراف التحكيم والمحكمين المعينين وفقا لذلك الاتفاق[4].

يترتب على اتفاق التحكيم الإلكتروني الذي يتم صحيحا خاليا من العيوب الشكلية والموضوعية عدة آثار، منها آثارا إجرائية تتمثل في التزام أطراف التحكيم الإلكتروني بعرض

---

[1]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 447، لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 69، عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 243.

[2]– محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 158.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 213, Eric LOQUIN, op.cit, p 118.

[3]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 194، حمزة أحمد حداد، المرجع السابق ص 189.

Jean- Baptiste RACINE, op.cit, 224.

[4]– ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 746.

Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 224.

النزاع على هيئة التحكيم الإلكتروني دون سواها، والتزام سلبي يتمثل في منع أي طرف من عرض النزاع موضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني على أي جهة قضائية[1].

كما أن لاتفاق التحكيم الإلكتروني آثارا موضوعية تتمثل في القوة الملزمة لذلك الاتفاق[2].

من ثم سوف نبحث من خلال المطلب الأول للآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم الإلكتروني بينما تنصب دراسة المطلب الثاني على الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم الإلكتروني.

المطلب الأول

الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم الإلكتروني

يترتب على انعقاد اتفاق التحكيم الإلكتروني صحيحا آثارا إجرائية هامة، أولها التزام إيجابي يتمثل في التزام أطراف التحكيم على إحالة النزاع المثار أو الذي سيثور بينهم بمناسبة إبرام أو تنفيذ أحد عقود التجارة الإلكترونية، على التحكيم الإلكتروني، إضافة إلى التزام سلبي يتمثل في عدم عرض ذلك النزاع على أي جهة قضائية لأية دولة، فيغل يد القضاة للنظر في النزاع[3].

يترتب هذين الأثرين عن اتفاق التحكيم الإلكتروني بمجرد إبرامه، وقبل اختيار المحكمين أو قبولهم للمهمة التحكيمية، بل حتى في حالة رفض المحكم لمهمته التحكيمية، كما أن ترتيب الأثرين يكون رهينا بصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني[4].

من ثم سوف نتعرض في الفرع الأول إلى الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم الإلكتروني ونتطرق في الفرع الثاني إلى الأثر السلبي لذلك الاتفاق.

---

[1]– أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 342.

[2]– عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 243، لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ص 69.

[3]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 274، ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 746.

Jean- Baptiste RACINE, op.cit, p 219, Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIDT, op.cit, p 179.

[4]- Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 179.

الفرع الأول

الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم الإلكتروني

يرتب اتفاق التحكيم الإلكتروني أثر إيجابي يتمثل في ضرورة عرض النزاع على هيئة التحكيم الإلكتروني، واختصاص تلك الهيئة دون غيرها للبث في مسألة اختصاصها.

أولا- التقيد بعرض النزاع على هيئة التحكيم الإلكتروني

يترتب على إبرام الأطراف لاتفاق التحكيم الإلكتروني شرطا كان أو مشارطة، المتضمن اختيار التحكيم الإلكتروني لفض منازعات عقود التجارة الإلكترونية المبرمة بينهم، التي نشأت أو سوف تنشأ مستقبلا، ضرورة التقيد بذلك الاتفاق واللجوء إلى هيئات التحكيم الإلكتروني المتفق عليها بمقتضى اتفاق التحكيم الإلكتروني لفض النزاع القائم[1].

إن الأثر المهم لاتفاق التحكيم الإلكتروني من الناحية الإجرائية هو نقل الاختصاص من قضاء الدولة إلى قضاء التحكيم الإلكتروني، فيتخلى قضاء الدولة عن اختصاصه تطبيقا لاتفاق الأطراف مقابل أن ينعقد الاختصاص لهيئة التحكيم الإلكتروني التي اتفق عليها الأطراف[2].

إن الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم هو اختصاص شامل يشمل كافة الإجراءات القضائية الإجرائية التي تعين هيئة التحكيم على تكوين عقيدتها لمعرفة صاحب الحق في المنازعة فتمارس المهام التحكيمية ما لم تبدي اعتراض على التعيين أو ترفض المهمة التحكيمية[3].

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني ينتج عنه الالتزام بعرض النزاع على هيئة التحكيم، كما يتضمن التزام بالتقيد بالحكم الصادر عن هيئة التحكيم، واعتباره وكأنه صدر من المحكمة

---

[1]- محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 276، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال المرجع السابق، ص 532.

«L'obligation de déférer aux arbitres le ou les litiges visés par la convention résulte de l'application pure et simple du principe de la force obligatoire des convention à cet accord», cité par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 396, «la convention d'arbitrage par sa nature contractuelle, présente donc un caractère contraignant», cité par Jean- Baptiste RACINE op.cit, p 220.

[2]- محمد طه سيد أحمد عاشور، المرجع السابق، ص 55، محمد خالد الحضين، المرجع السابق، ص 130 أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 353.

[3]- هاني محمد كامل المنايلى، المرجع السابق، ص 308.

المختصة أصلا بالنظر في النزاع، فيخضع ذلك الحكم لسائر القواعد والإجراءات المقررة بالنسبة للأحكام القضائية[1].

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني كغيره من العقود يخضع لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فيصبح ذلك الاتفاق بمثابة قانون ملزم لطرفيه بضرورة اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني كبديل عن التقاضي أمام قضاء الدولة[2].

من ثم واستنادا إلى مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم الإلكتروني، يترتب على ذلك الاتفاق أثر إيجابي يتولد عنه حق والتزام في نفس الوقت ، فمن جهة حق لكل طرف من أطراف التحكيم الإلكتروني اللجوء إلى هيئات التحكيم الإلكتروني لحسم النزاع القائم بينهم والمتفق عليه في اتفاق التحكيم الإلكتروني شرطا كان أو مشارطة، ومن جهة أخرى التزام الأطراف باللجوء إلى هيئات التحكيم الإلكترونية، وعدم التنصل من هذا الالتزام[3].

ثانيا- مبدأ الاختصاص بالاختصاص *Compétence de la compétence*

يعتبر مبدأ الاختصاص بالاختصاص من أهم آثار اتفاق التحكيم بما فيه اتفاق التحكيم الإلكتروني من الناحية الإجرائية، إذ أنه ينقل الاختصاص من قضاء الدولة إلى قضاء التحكيم الإلكتروني، فيضحى هو صاحب الولاية في تسوية النزاع الذي أبرم بشأنه اتفاق التحكيم الإلكتروني[4].

---

[1]- الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 99.

[2]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق ص 162، محمود مختار أحمد بربري، المرجع السابق، ص 71.

[3]- محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 277، أحمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 354، عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 247.

Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 233, Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 224.

[4]- محمد طه سيد أحمد عاشور، المرجع السابق، ص 55، محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح والوكالة والخبرة، المرجع السابق، ص 141، إيهاب عمرو، المرجع السابق، ص 63.

«L'obligation de déférer aux arbitres le ou les litiges visés par la convention d'arbitrage résulte de l'application pure et simple du principe de la force obligatoire des conventions à cet accord» Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 396.

يقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص[1] *Compétence de la Compétence* منح هيئة التحكيم التي تتشكل للفصل في موضوع النزاع المطروح أمامها إضافة إلى الفصل في الدفوع التي تتعلق باختصاصها، وحدها دون غيرها، أين تقر إذا كانت مختصة أو غير مختصة[2].

لقد كان مبدأ استقلال اتفاق التحكيم تأثير كبير على اختصاص هيئة التحكيم للنظر في مسألة اختصاصها، إذ أن هيئة التحكيم حينما تفصل في الدفع بعدم اختصاصها، فعليها البحث في اتفاق التحكيم والنظر في مدى وجوده وصحته، ثم تبحث إن كان النزاع المعروض عليها يدخل في نطاق اتفاق التحكيم[3].

على الرغم أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص له علاقة وطيدة مع مبدأ استقلال اتفاق التحكيم من حيث أنهما يتنافسان لتحقيق هدف واحد، إلا أنهما لا يلتقيان إلا بشكل جزئي، ذلك أن مبدأ استقلال المحكم للفصل في مسألة اختصاصه ليس من شأنه تفسير استمرار المحكم متمتعا بالاختصاص في عدم فاعلية العقد محل النزاع.

كما أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم ليس من شأنه تبرير الانتقادات التي يمكن أن توجه من أحد الأطراف لا إلى العقد الأصلي بل إلى شرط التحكيم[4].

---

[1]– يعرف مبدأ الاختصاص بالاختصاص بالفرنسية Compétence de la compétence، وبالإنجليزية Principe of juridiction to juridiction.

[2]– «يرى بعض الفقه أنه يتعين التمييز بين الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم، والمقصود به اختصاص هيئة التحكيم للفصل في النزاع موضوع اتفاق التحكيم دون قضاء الدولة، وبين مبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي يقصد به اختصاص هيئة التحكيم للفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها»، عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 247، هاني محمد كامل المنايلى، المرجع السابق، ص 313.

«L'effet positif de la convention d'arbitrage doit enfin être soigneusement distingué du principe de compétence, ce principe est bien connu en ce qu'il autorise l'arbitre à statuer lui-même sur sa propre compétence», Jean- Baptiste RACINE, op.cit, p 229.

[3]– «إن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي وبقائه صحيحا على الرغم مما قد يصيب العقد الأصلي من عوارض قد تؤدي إلى بطلانه، ويكون لهيئة التحكيم صلاحية البت في دعوى بطلان العقد المتضمن شرط التحكيم»، ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 528، محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 110.

[4]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 152.

إن أول مسألة إجرائية يتعين على هيئة التحكيم الإلكتروني الفصل فيها، هي التأكد من ثبوت اختصاصها للفصل في النزاع الواقع بشأنه اتفاق التحكيم الإلكتروني.

فقد يرغب طرف من أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني التنصل من الالتزامات الناشئة عن اتفاق التحكيم الإلكتروني من خلال الدفع ببطلان ذلك الاتفاق أو غموضه أو انقضائه، أو من خلال اللجوء إلى القضاء لنفي اختصاص هيئة التحكيم الإلكتروني للفصل في النزاع[1].

إن هيئة التحكيم الإلكتروني تستمد ولايتها من اتفاق التحكيم الإلكتروني، لهذا تختص للنظر في مسألة اختصاصها، فمبدأ الاختصاص بالاختصاص لا يشمل فقط ما يتعلق ببطلان اتفاق التحكيم الإلكتروني، بل ما يتعلق بوجوده، وكذا ما يتعلق بتحديد نطاق ولاية هيئة التحكيم الإلكتروني[2].

إن أساس مبدأ اختصاص هيئة التحكيم الإلكتروني للفصل في اختصاصها هو نتيجة ثبوت المهمة القضائية للمحكم أو هيئة التحكيم الإلكتروني، مما يستوجب منع تجزئة النزاع فالمحكم كالقاضي يملك بالتبعية التصدي لكافة الدفوع المبداة أمامه، ولو تعلقت بعدم اختصاصه[3].

بينما يرى اتجاه فقهي آخر أن سلطة المحكم للفصل في مسألة اختصاصه تعد أثرا مباشرا لاتفاق التحكيم الإلكتروني، وما يتمتع به من استقلالية عن عقد التجارة الإلكتروني[4].

---

[1]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 84، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق ص 132.

[2]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 146، محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 120.

[3]– نور الدين قارة، قانون التحكيم، مقدمة عامة، التحكيم الداخلي، مركز النشر الجامعي، ط 2، تونس 2017 ص 96، عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 248.

«pour justifier le principe de compétence compétence sur le plan théorique, certains considèrent qu'il relève de la mission juridictionnelle de l'arbitre, l'arbitre étant un véritable juge, il doit comme tout juge être celui de sa compétence», Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 184, Eric LOQUIN op.cit, p 119.

[4]– حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 235، ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 522.

«Le principe de compétence compétence à souvent été présenté comme le corollaire du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport ou contrat principal…», Ph. FOUCHARD E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 413, Jean- Baptiste RACINE, op.cit, p 227.

يرمي مبدأ الاختصاص بالاختصاص إلى تمكين هيئة التحكيم الإلكتروني من الفصل في النزاع دون انتظار الفصل في الدعوى المطروحة أمام القضاء الوطني، فيحول ذلك دون محاولة تعطيل إجراءات التحكيم الإلكتروني، من ثم لا يمكن أن يطلب من هيئة التحكيم وقف إجراءات التحكيم إلى حين صدور حكم عن القضاء الوطني[1].

أما إذا ما دفع أحد الأطراف أمام هيئة التحكيم الإلكتروني بعدم اختصاصها، فيكون لها الخيار بين إما أن ترفض الدفع المقدم، ولها سلطة تقديرية للفصل في الدفع قبل الفصل في الموضوع، كما لها أن تضمه إلى الموضوع لتفصل فيهما بحكم واحد، فإذا أصدرت حكما برفض هذا الدفع قبل الفصل في الموضوع، فإن هذا الحكم لا يقبل الطعن استقلالا إلا مع دعوى بطلان الحكم المنهي لخصومة التحكيم الإلكتروني[2].

أما إذا قضت هيئة التحكيم الإلكتروني بقبول الدفع بعدم اختصاصها، فلا يحق لها في هذه الحالة أن تحيل الأطراف إلى المحكمة المختصة، لأن الإحالة لا تكون إلا بين محكمين ويكون ذلك الحكم قابلا للطعن بالبطلان[3].

إن هيئة التحكيم الإلكتروني تبحث وجود أو صحة أو بطلان اتفاق التحكيم الإلكتروني من حيث الظاهر للنظر في اختصاصها أو عدم اختصاصها، وإذا كان سبب الدفع بعدم الاختصاص بطلان اتفاق التحكيم الإلكتروني لمخالفته النظام العام.

يكون لهيئة التحكيم الإلكتروني تحديد مدى تعلق المخالفة بالنظام العام وأثرها على اتفاق التحكيم الإلكتروني، وإذا كان البطلان من النظام العام فلهيئة التحكيم الإلكتروني أن تنظر فيه من تلقاء نفسها دون حاجة إلى الدفع به[4].

في إطار التحكيم التقليدي تم إقرار مبدأ الاختصاص بالاختصاص بمقتضى عدة تشريعات وطنية واتفاقيات دولية، كما تم إقراره بمقتضى عدة لوائح لهيئات تحكيمية، فقد نصت المادة 16 من القانون النموذجي لليونسترال *UNCITRAL* الخاص بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1985

---

[1]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 146.

[2]– عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، المرجع السابق، ص 127، ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 539.

[3]– أحمد صالح مخلوف، المرجع السابق، ص 151.

[4]– محمد طه سيد أحمد عاشور، المرجع السابق، ص 52.

المعدل سنة 2006 على أنه «*يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته*»[1].

كما تم إقرار المبدأ من قبل عدة تشريعات وطنية مثالها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، والمشرع الفرنسي من خلال المادة 1465 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل بالمرسوم المؤرخ في 13-01-2011[3]، وكذا المادة 12/1 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994[4].

تجدر الإشارة إلا أن الأحكام الخاصة بتطبيق مبدأ الاختصاص بالاختصاص فيما يتعلق بالتحكيم الإلكتروني هي نفسها المعمول بها في إطار التحكيم التقليدي، فعلى سبيل المثال نصت المادة 2/2 من لائحة تحكيم هيئة *ATA Online* نصت على اختصاص محكمة التحكيم على النظر في مسألة اختصاصها[5].

كما نصت المادة 36 من لائحة تحكيم منظمة الويبو *WIPO* على اختصاص هيئة التحكيم للفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها وكذا كافة الدفوع المتعلقة بشكل ووجود ونفاذ اتفاق التحكيم، وهو نفس المبدأ الذي تبنته غرفة التجارة الدولية للتحكيم *CCI*[6].

---

[1]- Art 16 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international énonce que «le tribunal arbitrale peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 225.

[2]- تنص المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالف الذكر، على أنه «تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع في الموضوع».

[3]- Art 1465 ancien art 1466 prévoit que «le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel», Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 183 Et dans le même sens Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 410.

[4]- تنص المادة 22/1 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه«تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبينة على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه».

[5]- Art 2/2 du règlement d'arbitrage de ATA Online prévoit que «le tribunal arbitral est juge de sa propre compétence», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 225.

[6]- Art 36 du règlement d'arbitrage de L'OMPI prévoit que «le tribunal à le pouvoir de statuer sur les exceptions opposées à sa compétence, y compris sur toute exception relative à la forme, à l'existence, à la validité ou au champ d'application de la convention d'arbitrage examinée selon les dispositions de l'article 59, c», Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 235.

الفرع الثاني

الأثر السلبي لاتفاق التحكيم الإلكتروني

يترتب على إبرام اتفاق تحكيم إلكتروني أثر سلبي يتمثل في نزع الاختصاص عن قضاء الدولة للفصل في النزاع، وهو ما يعرف بمبدأ الأثر المانع، إلا أن لهذا المبدأ استثناء، أين يفصل قضاء الدولة في بعض المسائل على الرغم من وجود اتفاق تحكيم إلكتروني.

من ثم سوف نتعرض إلى دراسة مبدأ الأثر المانع، والاستثناء المترتب عنه.

أولا- الأثر المانع لاتفاق التحكيم الإلكتروني

يترتب على إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني لأجل حسم إحدى منازعات عقود التجارة الإلكترونية، بشكل صحيح وفقا للقانون الواجب التطبيق عليه، أثرا سلبيا يتمثل في منع الأطراف من اللجوء إلى القضاء الوطني للفصل في ذلك النزاع[1].

على أساس أن اتفاق التحكيم الإلكتروني قد غل يد القضاء الوطني في ذلك الأمر، وتم إسناده إلى أحد هيئات التحكيم الإلكتروني المتفق عليها[2]، إذ يعتبر ذلك الاتفاق مانعا أو حاجبا أمام الأطراف من اللجوء إلى القضاء الوطني للفصل في ذلك النزاع، وهو ما يسمى بالأثر المانع[3].

إن اتفاق الأطراف على إتباع التحكيم الإلكتروني كطريقة لتسوية ما هو قائم أو ما سوف يقوم بينهم من منازعات متعلقة بعقود التجارة الإلكترونية، يعتبر بمثابة تنازل مسبق من لدن الأطراف عن اللجوء إلى القضاء الوطني لتسوية تلك المنازعات[4].

---

[1]- صفاء فتوح جمعة، المرجع السابّق، ص 429، محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 278، شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص 108، عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 249.

«La plupart des législations modernes sur l'arbitrage consacrent le principe d'incompétences des juridictions étatiques pour connaitre des litiges visées par une convention d'arbitrage» Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B.GOLDMAN, op.cit, p 416, Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT op.cit, p 189.

[2]- الأنصاري حسن النيداتي، المرجع السابق، ص 65، محمد طه سيد أحمد عاشور، المرجع السابق، ص 51 حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 281.

[3]- ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 747.

[4]- محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 278.

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني شأنه شأن اتفاق التحكيم التقليدي ينشئ التزاما سلبيا متبادلا بين طرفيه بالامتناع عن اللجوء إلى القضاء الوطني للفصل في النزاع، وهذا الالتزام هو التزام إرادي يقيمه الطرفان بإرادتهما المشتركة، فإذا أخل أحدهما بالتزامه ورفع دعواه أمام القضاء الوطني، كان للطرف الآخر أن يدفع بسبق الاتفاق على التحكيم[1].

من ثم إذا طرح أحد الأطراف النزاع على أحد المحاكم الوطنية على الرغم من وجود اتفاق تحكيم إلكتروني، يتعين على تلك المحكمة عدم الاستمرار في نظره، لأنه من اختصاص هيئة التحكيم الإلكتروني المتفق عليها من قبل الأطراف[2].

ما لم يتبين البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم الإلكتروني، والقول بغير ذلك يؤدي إلى فتح المجال للتحلل من اتفاقات التحكيم وإهدار قيمتها[3]، فالأثر المانع لاتفاق التحكيم الإلكتروني هو نتيجة طبيعية لمبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم الإلكتروني[4].

إذا أقام أحد الأطراف دعوى أمام القضاء الوطني، فإن ذلك لا يمنع الطرف الآخر في اتفاق التحكيم الإلكتروني من رفع دعوى تحكيمية إن لم تكن قد رفعت، كما لا يمنع هيئة التحكيم التي تنظر الدعوى التحكيمية القائمة، من مواصلة السير في الدعوى، فإذا صدر حكم عن هيئة

---

[1]– «إن ترتيب اتفاق التحكيم أثر مانعا لا يفهم منه أنه لم يعد للقضاء الوطني أية صلة بالنزاع، إذ يبقى دوره قائما ومتطلبا من خلال المساعدة في العملية التحكيمية سواء عند تعيين المحكمين أو اتخاذ الإجراءات التحفظية أو الوقتية، كما يكون للقضاء دور فعال في الرقابة على العملية التحكيمية بل حتى بعد انتهائها»، شاهر مجاهد الصالحي، المرجع السابق، ص 20، مصطفى محمد االجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ص 509.

Ch. SERAGLII, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 189.

[2]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 81، سامي عبد الباقي ابو صالح، المرجع السابق، ص 113.

[3]– عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، المرجع السابق، ص 140، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 265.

«L'arrêt ZANZI à précisé de manière claire l'incompétence des juridictions étatique pour sature à titre principal sur la validité de la convention d'arbitrage, il est également interdit au juge étatique de connaitre d'un litige que les parties avaient prévu de soumettre à un arbitrage», Ahmed EL SHKANKIRY, op.cit, p 226, Jean- Baptiste RACINE, op.cit, p 232.

[4]– صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 430.

التحكيم قبل أن تفصل المحكمة في قبول أو عدم قبول الدفع بوجود اتفاق تحكيم، يكون ذلك الحكم التحكيمي حجة على القضاء الوطني[1].

أين يتعين في هذه الحالة على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها أما إذا قضت المحكمة ببطلان اتفاق التحكيم الإلكتروني، فإن هذا الحكم بدوره يكون حجة على هيئة التحكيم[2].

إن الدفع بوجود اتفاق التحكيم الإلكتروني لا يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها، بل يتعين التمسك به من قبل أحد الأطراف قبل أي دفع في الموضوع، ويعتبر السكوت عن إبدائه بعد إبداء الدفوع الموضوعية تنازلا ضمنيا عن التمسك به[3].

كما أنه يزول الأثر المانع لاتفاق التحكيم الإلكتروني إذا لم تصدر عن هيئة التحكيم حكما تحكيميا في الميعاد المتفق عليه أو المنصوص عليه قانونا، ولا يزول الأثر المانع لاتفاق التحكيم الإلكتروني تلقائيا بمجرد انتهاء الميعاد اللازم لصدور حكم التحكيم، وإنما لابد من صدور أمر بإنهاء إجراءات التحكيم من رئيس المحكمة المختصة[4].

لقد نصت العديد من الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية على مبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم، فعلى صعيد التشريعات الوطنية فقد نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الأثر المانع لاتفاق التحكيم[5]، وكذا المشرع

---

[1]– محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 135.

[2]– الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص 66، أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 133.

[3]– «لقد أثار خلاف بين الفقه والقضاء حول تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم، فذهب البعض على أنه دفع بعدم الاختصاص لا يتعلق بالنظام العام، وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي، على خلاف المشرع المصري الذي اعتبر أن ذلك الدفع هو دفع بعدم القبول، ذلك أن اتفاق التحكيم ينزع الاختصاص من القاضي الوطني ولا يحجبه فقط»، فتحي والي، المرجع السابق، ص 181.

Ph. FOUCHRD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 420.

[4] – سامي عبد الباقي، أبو صالح، ص 124.

[5]– تنص المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالف الذكر على أنه «يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم، على أن تثار من أحد الأطراف».

المصري بمقتضى المادة 19 من قانون التحكيم، والمشرع الفرنسي من خلال المادة 1448 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[1].

كما تم النص على المبدأ بمقتضى اتفاقية نيويورك لعام 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية[2]، والقانون النموذجي لليونسترال *UNCITRAL* الخاص بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1985[3]، وكذا لائحة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس*CCI*[4].

إذا كان هذا هو الوضع في إطار التشريعات الوطنية والقوانين الدولية من حيث تبني مبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم، إلا أنه في إطار التحكيم الإلكتروني فإن اللوائح التنظيمية لهيئات التحكيم الإلكتروني منها ما تتفق مع تلك التشريعات والقوانين، ومنها ما تتبنى موقفا مختلفا.

إذ أن محكمة التحكيم الافتراضية *Cyber tribunal* على سبيل المثال من التنظيمات التي تتفق مع الاتجاه المعتمد من لدن القوانين والاتفاقيات في إطار التحكيم التقليدي من حيث ضرورة الأخذ بمبدأ الأثر المانع، أين تقرر مادتها الأولى على اعتبار اتفاق الأطراف على حل منازعاتهم وفقا للائحة محكمة التحكيم الافتراضية قبولا منهم للخضوع لأحكام هذه اللائحة[5].

حتى أن المادة 18 من نفس اللائحة تعطي لمحكمة التحكيم سلطة اتخاذ إجراءات تحفظية، كما يمكن طلبها من القضاء الوطني[6].

---

[1]- Ch. SERAGLIN, J.ORTSCHEIDT, op.cit, p 189.

[2]– تنص المادة 2/3 من اتفاقية نيويورك لعام 1958 على أنه «على محكمة الدولة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق تحكيم أن تحيل الخصوم بناءا على طلب أحدهم إلى التحكيم، ما لم يتبين للمحكمة أن اتفاق التحكيم باطل ولا أثر له أو غير قابل للتطبيق.

[3]– تنص المادة 8/1 من القانون النموذجي لـ UNCITRAL الخاص بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، على أنه «على المحكمة التي ترفع أماما دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم إذا طلب منها أحد الطرفين ذلك في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح أن الاتفاق باطل أو لاغ أو عديم الأثر ولا يمكن تنفيذه»، عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 250.

Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 227.

[4]– محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 280، شحاتة غريب الشلقامي، المرجع السابق، ص 110.

[5]- Art 1 du règlement de l'arbitrage du cyber tribunal énonce que «lorsque les parties sont convenues d'avoir à l'arbitrage en vertu du présent règlement, elles acceptent de se soumettre au règlement en vigueur à la date d'introduction de la procédure».

[6]-Art 18 du même règlement énonce que «le tribunal arbitral peut prendre toute mesure provisoire qu'il considère au regard du différend …»

كذلك نصت المادة 1/3 من لائحة مركز الوساطة والتحكيم الإلكتروني *ATA Online* على أن اللجوء إلى هيئة التحكيم لمركز الوساطة والتحكيم الإلكتروني يؤدي بقوة القانون إلى تطبيق لوائحه وتنازله عن حق اللجوء إلى القضاء الوطني[1].

إلا أن مبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم الإلكتروني لسلب الاختصاص من القضاء الوطني لم يجد إجماع من بعض هيئات التحكيم الإلكتروني، التي لم ترتب على اتفاق التحكيم الإلكتروني أثره في سلب الاختصاص من القضاء الوطني، مثل ما ذهبت إليه منظمة الإيكان *ICANN* وهيئة الويبو *WIPO*[2].

على سبيل المثال فإن اللائحة الموحدة لمنظمة الإيكان *UDRP*، تعطي لهيئة التحكيم حرية اتخاذ الموقف المناسب في حالة رفع دعوى أمام القضاء الوطني، سواء بإنهاء أو تعليق أو المواصلة في إجراءات التحكيم.

إذ تنص المادة 18 من اللائحة أنه «*حينما تكون دعوى قضائية مرفوعة قبل أو أثناء سير الإجراءات الإدارية للنزاع أمام هيئة التحكيم بخصوص النزاع حول اسم الموقع الإلكتروني، يكون من حق هيئة التحكيم إقرار تعليق أو إنهاء الإجراءات التحكيمية أو السير فيها وإصدار حكم فيها*».

كما تضيف الفقرة الثانية من نفس المادة أنه «*إذا أقام طرف دعوى قضائية وقت تكون إجراءات إدارية تحكيمية جارية بخصوص النزاع حول اسم الموقع الإلكتروني، فيتعين عليه فورا إخطار هيئة التحكيم وكذا المركز*»، ومن ثم فإن اللائحة الموحدة لمنظمة الإيكان *UDRP* لا تمنع أي طرف سواء المدعي أو المدعى عليه بعرض النزاع أمام الجهة القضائية المختصة[3].

كما أن اللائحة الموحدة تنص كذلك على أنه يجوز لأي طرف خلال 10 أيام التالية لإعلان حكم التحكيم، إعادة طرح النزاع من جديد أمام الجهة القضائية المختصة، فيتم وقف

---

[1]- Art 1/3 alinéa 2 du règlement d'arbitrage de ATA Online énonce que «le recours à la commission d'arbitrage ATA Online emporte de plein droit application des disposition du présent règlement et renonciation à se pouvoir devant les juridiction de droit commun», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit p 227.

[2]– إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 267، فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 224.

Ahmed MIKLALAH op.cit, p 235.

[3]- Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 229.

تنفيذ الحكم إذا قضى مثلا بشطب اسم أو عنوان الموقع الإلكتروني، أين يكون من حق صاحب العنوان أو الموقع الإلكتروني اللجوء إلى القضاء مع طلب وقف إجراءات التنفيذ من المسجل إلى حين صدور حكم من المحكمة المختصة[1].

ثانيا- الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم اختصاص القضاء الوطني

على الرغم أن القاعدة العامة تقضي بعدم اختصاص القضاء الوطني للفصل في المنازعات التي أبرم بشأنها اتفاق تحكيم بما فيها منازعات عقود التجارة الإلكترونية، إلا أن هـذه

---

[1]- سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 125، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 267 ولتأكيد عدم أخذ اللائحة الموحدة للإيكان UDRP بمبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم الإلكتروني، سوف نشرح النزاعين التاليين:

- قضية Broad Bridge Media ضد Barry Henderson: قامت شركة Broad Bridge Media بإنشاء تقنية خاصة تقوم على رقمنة وضغط محتويات غير رقمية وتسجيلها على أقراص مضغوطة، إلا أن تلك الأقراص تتضمن معلومات إضافية لا يمكن الدخول إليها إلا بعد تنزيل بعض العناصر من موقع الشركة المسجل باسم www.hypered.com، إلا أنه ونتيجة سهو لم تقم الشركة بإعادة تحين الموقع الإلكتروني، مما أتاح المجال إلى السيد Barry Henderson لأجل تملك الموقع، أمام رفض ذلك الأخير التنازل عن الموقع لصالح الشركة مقابل تعويض عادل، فإن الشركة أقامت في نفس الوقت دعوى أمام مركز التحكيم، وفقا لنظام اللائحة الموحدة UDRP، وكذلك دعوى أمام الجهة القضائية أين دفع المدعى عليها بعدم اختصاص الجهة القضائية للفصل في النزاع لوجود دعوى تحكيمية، إلا أن هيئة التحكم قررت وقف إجراءات الخصومة التحكيمية إلى حين صدور حكم عن الجهة القضائية المختصة.

- قضية The Européen ضد ISL. Marketing AG, and union des association européennes de football Unique Ressources Organisation 2000: ثار نزاع بين شركة ISL المكلفة بتسيير تسويق التظاهرات الرياضية المنظمة من طرف الإتحاد الأوربي لكرة القدم حول ملكية الموقع الإلكتروني www.euro2000.com مع الشركة الهولندية التي قامت بتسجيل ذلك الموقع محل النزاع واستعماله لبث ونشر معلومات ذات صلة مع التظاهرة الأوروبية المتمثلة في كأس أمم أوربا لسنة 2000، أين قامت شركة ISL بداية برفع دعوى قضائية ضد الشركة الهولندية، أين أصدرت المحكمة الكبرى بباريس حكما تقضي من خلاله برفض دعوى شركةISL بحجة عدم مساس بحقوق العلامات التجارية، لتقوم شركة ISL بعد صدور الحكم بدعوى تحكيمية أمام مركز التحكيم الويبو WIPO وفقا لأحكام اللائحة الموحدة UDRP، أين أقرت هيئة التحكيم أن وجود حكم قضائي بشأن النزاع يحول دون قبول الدعوى التحكيمية بحجة أنه لا يمكن المساس بحكم قضائي بمقتضى دعوى تحكيمية.

Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 231.

القاعدة ترد عليها عدة استثناءات نلخصها فيما يلي:

1- حالة البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم الإلكتروني

يقصد بالبطلان الظاهر أو الواضح لاتفاق التحكيم الإلكتروني «*وجه البطلان الذي لا يترك مجالا للنقاش في شأنه، فهو بطلان بديهي يمكن معاينته من الوهلة الأولى*»، كأن يكون أحد أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني عديم الأهلية، أو أن يكون موضوع النزاع مما لا يقبل التحكيم فيه[1].

إن وجود حالة البطلان الظاهر تعطي لقضاء الدولة الاختصاص للفصل فيه دون انتظار حكم هيئة التحكيم، استنادا إلى مبدأ اقتصاد الوقت[2].

لقد تم النص على هذا الاستثناء بمقتضى المادة 2/3 من اتفاقية نيويورك لعام 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، والمادة 8 من القانون النموذجي لليونسترال *UNCITRAL* الخاص بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، وكذا المادة 1448 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، إذ يسمح للقضاء الوطني عدم التقيد بمبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم خاصة في الحالات التي يتبين فيها أن اتفاق التحكيم عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه[3].

2- حالة إصدار التدابير المؤقتة أو التحفظية

إن وجود اتفاق تحكيم إلكتروني صحيح لا يكون مانعا من لجوء أحد طرفيه إلى القضاء الوطني من أجل إصدار أمر باتخاذ أحد التدابير المؤقتة أو التحفظية[4]، إذا توافرت شروطها من حيث أن يكون هناك احتمال لوجود الحق من الناحية القانونية والفعلية، وتوافر شروط الاستعجال

---

[1]- نور الدين قارة، المرجع السابق، ص 94.

«La notion de nullité manifeste doit s'entendre strictement, il s'agit d'une nullité évidente, incontestable, qu'aucune argumentation sérieuse n'est en mesure de mettre en doute», Jean- Baptiste RACINE, op.cit, p 272.

[2]- ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 434، محمود مختاري بربري، المرجع السابق، ص 45.

Ph. FOUCHARD, E.GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 423.

[3]- عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 250.

Ahmed EL SHAKAKIRY, op.cit, p 227.

[4]- حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 284، محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 136.

بأن يخشى زوال الحق مثلا، وأن تتوافر الصفة القانونية اللازمة[1].

إذ أن القانون ينظم كذلك نوعا من الحماية المؤقتة للحقوق والمراكز القانونية في حالة تعرضها لخطر داهم أو ضرر محقق، مما يستوجب معه إجراءات عاجلة لحمايته، وليس من شأن اللجوء إلى القضاء الوطني لاستصدار أحد التدابير المؤقتة أو التحفظية تنازلا عن اللجوء إلى التحكيم[2].

يختص القضاء الوطني بإصدار التدابير المؤقتة أو التحفظية ولو في وجود اتفاق بين الأطراف على قصر هذا الاختصاص على هيئة التحكيم[3].

3- حالة الفصل في المسائل العارضة

قد تتصادف هيئة التحكيم وهي بصدد نظرها في النزاع مع مسألة تخرج عن حدود ولايتها إما لكونها غير قابلة للتحكيم أصلا، وإما لكون اتفاق التحكيم لم يشملها.

فتكون هيئة التحكيم أمام موقفين أما أن تقدر أن الفصل في هذه المسألة غير ضروري للفصل في النزاع، وبالتالي لا تتصدى لها، وإما أن تكون حاسمة للفصل في النزاع، مما يتعين عليها وقف سير الإجراءات إلى حين الفصل فيها من قبل الجهة القضائية المختصة، مثالها الطعن بالتزوير في وثيقة مقدمة أو الفصل في إحدى المسائل الأولية[4].

4- حالة تدخل القضاء لاختيار هيئة التحكيم

تظهر حالة عدم توصل الأطراف إلى تشكيل هيئة التحكيم خاصة في نظام التحكيم الحر *Ad Hoc*، أو في حالة رفض أحد الأطراف لتعيين المحكم الرئيس، مما يستوجب تدخل القضاء لحل ذلك الإشكال وفقا لما سبق شرحه في حالة تعيين المحكم من طرف القضاء، تحقيقا لتنفيذ إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم[5].

---

[1]- فتحي والي، المرجع السابق، ص 188.

[2]- Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 428.

[3]- محمود مختاري بربري، المرجع السابق، ص 157.

[4]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 194.

[5]- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 125، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ص 285.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 427.

5- حالة الرقابة القضائية على حكم التحكيم الإلكتروني

على الرغم من وجود اتفاق تحكيم إلكتروني بشأن النزاع موضوع التحكيم، إلا أن ولاية هيئة التحكيم تنتهي بالفصل في هذا النزاع، لينتقل الاختصاص إلى القضاء الوطني لإجراء رقابة لاحقة على صدور حكم التحكيم الإلكتروني في صورتين[1]، الأولى في حالة الطعن بالبطلان على حكم التحكيم الإلكتروني[2]، والثانية حالة إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني[3].

ثالثا- الطبيعة القانونية للدفع بوجود اتفاق التحكيم الإلكتروني

إذا كان اتفاق التحكيم الإلكتروني يؤدي إلى منع القضاء الوطني عن نظر النزاع محل اتفاق التحكيم، كما يعطي للمدعى عليه الحق في منع هذا القضاء من الفصل في النزاع إن رفع خصمه دعوى أمام القضاء الوطني، عن طريق إبداء دفع بوجود اتفاق تحكيم إلكتروني، فلابد من معرفة الطبيعة القانونية لهذا الدفع[4].

لقد اختلفت الآراء الفقهية في تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم عموما، وتحديد طبيعته القانونية، فذهب اتجاه أول إلى تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص، وذهب اتجاه ثاني إلى تكييفه على أنه دفع بعدم القبول، بينما ذهب اتجاه ثالث على أنه دفع ببطلان المطالبة القضائية[5].

1- الدفع باتفاق التحكيم الإلكتروني هو دفع بعدم الاختصاص

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم عموما أمام المحاكم الوطنية بمثابة دفع بعدم الاختصاص، وهو الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسي[6] وجانب من الفقه

---

[1]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 206، جعفر ذيب المعاني، المرجع السابق، ص 2111.

[2]- فتحي والي، المرجع السابق، ص 622، أحمد بشير الشرايري، المرجع السابق، ص 278.

[3]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 463، أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 20، حمزة أحمد حداد المرجع السابق، ص 453.

[4]- ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص 216، محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص 249.

[5]- أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 334.

[6]- Pierre JULLIEN, NATATLI FRICERO, Droit judicaire privé, privé, LGDL,Paris, 2001, p 413, Jean VINCENTN, Serge GUINCHARD, procédure civile, Dalloz, Paris, 1999.

المصري[1]، إن الحجة الأساسية التي يرتكز عليها هذا الاتجاه هي أن اتفاق الأطراف على إخراج النزاع عن ولاية القضاء وطرحه على نظام قضائي خاص مع إقرار المشرع لهذا الاتفاق، يجعل النزاع خارجا عن اختصاص القضاء الوطني، استنادا إلى دور الإرادة في تعديل الاختصاص القضائي، كما هو عليه الحال في الاختصاص المكاني، من ثم فإن منع القضاء الوطني من النظر في النزاع استنادا إلى اتفاق التحكيم ما هو إلا تكريسا للسلطة المخولة للأطراف.

كما أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع إجرائي لا شأن له بمسألة عدم القبول، بدليل أن عدة أنظمة قانونية معاصرة أيدت هذا الاتجاه، وعلى رأسها القانون الفرنسي[2].

إلا أن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا في تحديد نوع هذا الاختصاص، فذهب أغلبهم للقول أن ذلك الدفع هو دفع بعدم الاختصاص الوظيفي المتعلق بولاية المحاكم، بينما ذهبت محكمة النقض الفرنسية للقول بأن هذا الدفع من الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص النوعي، وهو من النظام العام يمكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها، كما يجوز إبدائه في مرحلة كانت عليها الدعوى[3].

إلا أن هذا الاتجاه تعرض إلى عدة انتقادات نذكر منها، إن تكييف الدفع بوجود اتفاق تحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص يصطدم مع فكرة الاختصاص ذاتها، على اعتبار أن الاختصاص هو نصيب كل محكمة من ولاية القضاء، يقوم على توزيع الدعاوى على المحاكم في حين أن محكمة التحكيم ليست جزءا من الجهاز القضائي، كما أن المحكم ليس قاضيا ولا يستطيع مباشرة جزء من ولاية القضاء حتى يثار فكرة الاختصاص بالنسبة له[4].

إن الاتفاق على التحكيم لا ينزع اختصاص القضاء للنظر في النزاع ما لم يدفع المدعى عليه بوجود اتفاق تحكيم قبل مناقشة أي دفع في الموضوع.

---

[1]– محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي القاهرة، 1990، ص 129.

[2]– محمود السيد التحيوي، مفهوم الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2003، ص 168، هاني محمد كامل المنايلي، المرجع السابق، ص 327.

[3]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 517.

[4]– ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص 219.

Jean VINCEN, Serge GUINCHARD, op.cit, p 1118.

إن اختصاص كل محكمة من المحاكم الوطنية يحدده القانون، كما أن هذا الاختصاص من النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافه عدى الاختصاص المكاني، ومن ثم القول أن الدفع بوجود اتفاق التحكم هو دفع بعدم الاختصاص يقتضي تحديد هذا النوع من الاختصاص إن كان ولائيا أو نوعيا أو مكانيا[1].

إن اتفاق التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة المختصة، بدليل أنها تظل مختصة لأجل مراقبة حكم التحكيم سواء عند تنفيذه أو الفصل في مسألة بطلانه[2].

من شروط الدفع بعدم الاختصاص أنه من النظام العام لا يجوز للخصوم التنازل عنه هذا على عكس الدفع بالاتفاق على التحكيم، حيث يجوز لمن أبداه التنازل عنه، كما لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها دون إبدائه من صاحب المصلحة فيه[3].

2- الدفع باتفاق التحكيم الإلكتروني هو دفع بعدم القبول

يرى أصحاب هذا الاتجاه الذي يوافقه أغلب الفقه العربي[4]، أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم بما فيه اتفاق التحكيم الإلكتروني، هو دفع بعدم القبول، لأنه يترتب على اتفاق التحكيم نزول الأطراف عن حقهم في اللجوء إلى القضاء المختص بإرادتهم، من ثم فإن الدعوى القضائية تفتقد لشرطا من شروط قبولها، فتمتنع المحكمة عن قبولها[5].

كما يبرر أنصار هذا الاتجاه موقفهم بالقول أن اتفاق التحكيم لا يمس الشروط الشكلية المتعلقة بعدم الاختصاص بل يمس سلطة الأطراف في اللجوء إلى القضاء، فاتفاق التحكيم ينشئ عائقا مؤقتا يمنع المحكمة المختصة من النظر في الدعوى، فالأطراف تنازلوا عن حقهم للجوء إلى القضاء لحماية حقوقهم مقابل عرضه على التحكيم، وأن ذلك الاتفاق لا ينزع اختصاص المحكمة للنظر في النزاع[6].

---

[1]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 518.

[2]- محمود السيد التحيوي، مفهوم الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم، المرجع السابق، ص 173.

[3]- هاني محمد كامل المنايلي، المرجع السابق، ص 331.

[4]- أحمد السيد الصاوي، المرجع السابق، ص 181، إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 220.

[5]- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 123.

[6]- فتحي والي، المرجع السابق، ص 183، أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 350.

لقد تعرض هذا الموقف إلى عدة انتقادات خاصة من لدن بعض الفقه الفرنسي، بحجة أن تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم القبول فيه خلط بين حق اللجوء والحق في الدعوى الذي لا يجوز التنازل عنه، فهو حق شخصي يتعلق بالمصلحة الشخصية لكل فرد واتفاق التحكيم لا يمس هذا الحق في ذاته ويبقى قائما[1].

كما أن الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي ينازع به المدعى عليه حق المدعي في رفع الدعوى أو توافر الشروط التي يتطلبها القانون لقبول الدعوى، بينما الدفع بوجود اتفاق التحكيم لا يتعلق بحق المدعي في الدعوى، بل يتعلق باتفاق الأطراف على التحكيم وعدم اللجوء إلى القضاء، كما أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم لا يتعلق بشروط الدعوى[2].

كما أن اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفعا بعدم القبول من شأنه أن يؤدي إلى نتائج لا تتوافق مع طبيعة هذا الدفع الذي من خصائصه إبدائه في أية مرحلة كانت عليها الدعوى كما يمكن إثارته من قبل المحكمة ولو من تلقاء نفسها، على خلاف الدفع بوجود اتفاق التحكيم الذي يتعين إبداؤه قبل أي دفع في الموضوع وإلا سقط الحق في إبدائه[3].

3- الدفع بوجود اتفاق التحكيم الإلكتروني هو دفع ببطلان المطالبة القضائية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم ولو كان إلكترونيا يعتبر دفعا إجرائيا بحتا ببطلان المطالبة القضائية بسبب وجود عيب موضوعي، ذلك أن الطلبات التي تضمنتها عريضة الدعوى لا تصح أن تكون محلا للمطالبة القضائية لوجود اتفاق تحكيم بخصوصها[4].

يؤسس أصحاب هذا الاتجاه موقفهم بالقول أن المطالبة القضائية هي إجراء، وأن الإجراء هو عمل قانوني يتألف من عناصر موضوعية كالإرادة والأهلية والمحل والاختصاص،وعناصر شكلية تتمثل في الشكل الذي وضعه القانون.

---

[1]- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 67، أحمد صالح مخلوف، ص 160، مصطفى محمد الجمال عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 521.

[2]- فتحي والي، المرجع السابق، ص 493، أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 356.

[3]- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 131.

[4]- محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص 257، ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص 224.

من ثم فإن المطالبة القضائية رغم إبرام اتفاق التحكيم تكون باطلة بسبب فقدان المطالبة القضائية عنصرا من عناصرها الموضوعية وهو عنصر المحل[1].

من ثم فإن الدفع بالاتفاق على التحكيم يكون خاضعا للقواعد المتعلقة ببطلان الإجراءات فلا يجوز التمسك به إلا ممن له مصلحة في إبدائه، أي المدعى عليه، كما يمكن له التنازل عنه صراحة أو ضمنا، ولا يكون قاطعا للتقادم، كما أنه يقبل التحول أو الانتقاص[2].

إلا أن هذا الموقف وإن كان ينسجم مع طبيعة الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، إلا أن القول باعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع ببطلان المطالبة القضائية يخالف القواعد الثابتة في البطلان، إذ أنه وفقا لنظرية البطلان يتعين أن يستند لشيء في المطالبة القضائية أو عريضة الدعوى ذاتها، ولا يتعين أن يستند لشيء خارجي مثل اتفاق التحكيم[3].

كما أن اتفاق التحكيم قد لا يتحقق إلا بعد رفع الدعوى وتوافر كافة أركانها وشروطها الموضوعية والإجرائية[4].

رغم تلك الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه، إلا أن بعض الفقه أعتبر أنها لا تصيب صميم الفكرة التي بني عليها هذا الرأي، وهي تتطلب بعض التعديلات الجزئية في صياغتها، فأما عن كون اتفاق التحكيم خارج عن المطالبة القضائية، يمكن الرد عليه بالقول أن الأمر يتعلق بسبب خاص للبطلان أقامته إرادة الأطراف ولا علاقة له بأسباب البطلان العامة المنصوص عليها قانونا.

أما عن كون اتفاق التحكيم يمكن أن يكون لاحقا على المطالبة القضائية، فإنه يكفي القول أن أثر اتفاق التحكيم في هذه الحالة لا يكون بطلان للمطالبة القضائية بل وقفها إلى حين الانتهاء من إجراءات التحكيم[5].

---

[1]– نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 68.

[2]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 523.

[3]– ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص 227.

[4]– محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص 262، أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 358.

[5]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 525.

حسب الرأي الشخصي للباحث أن الدفع بوجود اتفاق تحكيم إلكتروني الذي يثار أمام إحدى المحاكم الوطنية حينما ترفع أمامها دعوى موضوعها نزاع متعلق بعقد تجاري إلكتروني تم إبرام بشأنه اتفاق تحكيم إلكتروني، هو دفع من نوع خاص لا يمكن تصنيفه على أنه دفع بعدم الاختصاص أو دفع بعدم القبول، فخصوصية طبيعة ذلك الدفع تستمد من خصوصية اتفاق التحكيم الإلكتروني في حد ذاته، ولا يمكن أن يطبق بشأنه ما يطبق على الدفوع المنصوص عليها بالقانون الإجرائي لكل دولة.

إن الدفع بوجود اتفاق تحكيم إلكتروني لا يمكن تصنيفه على أنه دفع بعدم الاختصاص النوعي الذي يعتبر من النظام العام يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه كما لا يمكن للأطراف الاتفاق على خلافه، في حين أن الدفع بوجود اتفاق تحكيم إلكتروني لا يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه ما لم يدفع به أحد أطراف الدعوى، كما أن ذلك الدفع لا يمنع اختصاص المحاكم الوطنية للنظر في النزاع بصفة قطعية، فهناك حالات عديدة تختص تلك المحاكم للنظر في النزاع رغم وجود اتفاق التحكيم الإلكتروني.

كما لا يمكن وصف ذلك الدفع على أنه دفع بعدم القبول على اعتبار أن امتناع المحاكم الوطنية للفصل في النزاع لا يعود إلى عيب في الدعوى القضائية أو انعدام الحق في التقاضي بل مرجعه إرادة طرفي النزاع المسبق لاختيار التحكيم الإلكتروني كبديل لفض أي نزاع متعلق بعقد من عقود التجارة الإلكترونية المبرم ما بين الطرفين بعيدا عن القضاء الوطني.

المطلب الثاني

الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم الإلكتروني

إضافة إلى الآثار الإجرائية فإنه يترتب على انعقاد اتفاق التحكيم الإلكتروني صحيحا آثارا موضوعية بالغة في الأهمية، تتمثل في استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني عن العقد الإلكتروني الأصلي، كما أن اتفاق التحكيم الإلكتروني على اعتباره عقدا فإنه كسائر العقود يتمتع بالقوة الملزمة.

لأجل دراسة الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم الإلكتروني سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، ندرس من خلال الفرع الأول مبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني عن العقد الأصلي بينما نتعرض في الفرع الثاني إلى مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم الإلكتروني ونسبيته.

الفرع الأول

مبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني عن عقد التجارة الإلكتروني الأصلي

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني قد يكون في صورة عقد مستقل عن عقد التجارة الإلكتروني الأصلي «*مشارطة التحكيم*» يتم عقده بعد نشوب النزاع، كما يمكن أن يتم في صورة شرط مدرج ضمن العقد الأصلي أو كبند من بنوده «*شرط التحكيم*»[1].

فيثار تساؤل مهم حول مصير شرط التحكيم الإلكتروني في حالة تعرض عقد التجارة الإلكتروني الأصلي إلى سبب يؤدي إلى بطلانه أو فسخه أو انقضائه.

للإجابة على هذا التساؤل يكون من الضروري التطرق إلى الأساس القانوني لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عموما، على أساس أن ما ينطبق على اتفاق التحكيم التقليدي في هذا المجال ينطبق كذلك على اتفاق التحكيم الإلكتروني، كما نتطرق كذلك إلى نتائج تطبيق هذا المبدأ.

أولا- الأساس القانوني لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني

لابد من الإشارة بداية أن استقلال اتفاق التحكيم أيا كان نوعه بما فيه اتفاق التحكيم الإلكتروني، تنطبق على شرط التحكيم فقط دون مشارطة التحكيم، على أساس أن مشارطة التحكيم تنعقد بعد حدوث النزاع ولا تكون مدرجة بالعقد الأصلي، فلا يؤثر عليها بطلان أو فسخ العقد الأصلي[2].

---

[1] – فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 199 فتحي والي، المرجع السابق، ص 95.

Jean- Baptiste RACINE, op.cit, p 98.

[2]– إيهاب عمرو، التحكيم التجاري الدولي المقارن، في ضوء تحول سياسات التنمية الاقتصادية في الدول النامية، الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص 62، مصطفى ناطق صالح مطلوب، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري، مجلة الرافدين للحقوق المجلد 12، العدد 43، سنة 2010، ص 130، على الموقع الإلكتروني:

http://www.iasj.net

تم الإطلاع عليه بتاريخ 02-11-2017، على الساعة 17:05.

منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 102، ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص 99، محمد حسين بشايره، تنفيذ اتفاق التحكيم، مشكلات معاصرة، ص 14، على الموقع الإلكتروني:

https://dictaconsulting.com

تم الإطلاع عليه بتاريخ: 05-11-2017، على الساعة 23:11.

تطبيقا للمبادئ العامة المستقر عليها في القانون المدني، فإن بطلان العقد الأصلي يؤدي بالنتيجة إلى بطلان شرط التحكيم الذي يتضمنه، استنادا إلى قاعدة تبعية الجزء للكل، أو قاعدة ما بني على باطل فهو باطل[1]، أين كان هناك اتجاه لدى بعض الأنظمة القانونية يقر أنه إذا كان العقد الأصلي باطلا أو فسخ لأي سبب، فإن أثره يمتد إلى شرط التحكيم باعتباره تابعا له وجزاءا منه[2].

إلا أن تطور قضاء وفقه التحكيم انتهى إلى نتيجة عكس ذلك إذ كرس مبدأ استقلال اتفاق التحكيم «*شرط التحكيم*» عن العقد الأصلي، فبطلان العقد الأصلي لا يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم طالما استكمل شروط صحته[3].

إن شرط التحكيم في العقد الأصلي هو تصرف مستقل بذاته، وإن تضمنه هذا العقد، فهو عقد داخل عقد آخر يبرمه نفس أطرافه، وإن كان مندمجا من الناحية المادية في العقد الأصلي[4].

---

[1]– «لقد كان القضاء الفرنسي يقر أن بطلان العقد الأصلي يؤدي بالضرورة إلى بطلان اتفاق التحكيم، فكانت عيوب العقد الأصلي تمتد إلى اتفاق التحكيم وتربط مصيره بهذه العلاقة التعاقدية»، عائشة مقراني، مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بوقرة ببومرداس، السنة الجامعية 2005، ص 30، زهيرة كيسي، مبدأ استقلالية شرط التحكيم التجاري عن العقد، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، العدد 08، جوان 2015، ص51.

Eric LOQIN op.cit, p 118.

[2]– حمزة حداد، اتجاهات حديثة في التحكيم التجاري في الدول العربية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر خصائص المحكم في دول البحر المتوسط والشرق الأوسط، القاهرة، 2011، ص 09، على الموقع الإلكتروني:

http://lac.com.jo

تم الإطلاع عليه بتاريخ 02-11-2017، على الساعة 23:14.

[3]– «تم إقرار مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بداية من طرف القضاء الهولندي بتاريخ 28-12-1935، ثم تبعه القضاء الألماني بمقتضى الحكم المؤرخ في 14-05-1952، ثم القضاء الإيطالي أين تأثر القضاء الفرنسي بتلك الأحكام فأصدر بدوره حكما بتاريخ 07-05-1963 في دعوى شهيرة تعرف باسم GOHSET»، ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 504.

[4]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 94، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 119.

Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 83.

يقصد بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عموما بما في ذلك اتفاق التحكيم الإلكتروني، استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني عن حكم عقد التجارة الإلكتروني الأصلي، وعدم تأثره به، سواء من حيث الصحة أو من حيث القانون الواجب التطبيق عليه[1]، أين ينظر في تقدير صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني إلى وجوده وشروطه لا إلى حكم عقد التجارة الإلكتروني، كما لا يتأثر بالمقابل عقد التجارة الإلكتروني ببطلان اتفاق التحكيم الإلكتروني[2].

إن استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني عن العقد الأصلي هو استقلال من حيث كينونته لكن لا ينفي هذا الاستقلال الارتباط بينهما، وهو ما يكفي لانتقال هذا الشرط إلى الخلف تبعا لانتقال العقد الأصلي الذي تضمن شرط التحكيم الإلكتروني، كما أن الاستقلالية لا تقتصر على شرط التحكيم الإلكتروني بل تتضمن اتفاق التحكيم الإلكتروني برمته، وأن استقلال شرط التحكيم الإلكتروني عن العقد الأصلي يعني أيضا استقلاله عن أي عقد آخر مرتبط بهذا العقد الأصلي[3].

كما أن استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني عن عقد التجارة الإلكتروني لا يعني على الإطلاق أن اتفاق التحكيم الإلكتروني يجب أن يكون محلا لرضاء وقبول مستقل عن الرضاء والقبول في العقد الأصلي كما أن ذلك المبدأ لا يعني أن شرط التحكيم الإلكتروني لا يمكنه أن يلقي ذات المصير الذي يتلقاه عقد الأصلي، كما لو كان سبب البطلان انعدام الأهلية[4].

لقد ذهب بعض الفقه للقول أن الأساس القانوني لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم يجد أساسه في القواعد العامة في القانون المدني فيما يسمى بنظرية إنقاص العقد *Réduction du contra*

---

[1]– محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 99.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 213, René DAVID l'arbitrage dans le commerce international, économisa, paris, 1982, p 231.

[2]– «مؤدى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم أن الشرط التحكيمي يعتبر مستقلا تماما عن بنود العقد الأخرى الواردة به، ومن ثم فإن بطلان العقد أو فسخه أو انتهائه لا يكون له أي أثر على شرط التحكيم الذي يبقى قائما مادام أن الشرط ذاته صحيح، فيحال النزاع إلى التحكيم على الرغم من بطلان العقد»، شاهر مجاهد الصالحي المرجع السابق، ص 18، ناريمان عبد القادر، المرجع السابق ص 504.

[3]– أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008 ص 203، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 506.

[4]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 142.

التي مؤداها أن العقد الأصلي إذا كان باطلا في جزء منه فقط فيمكن إزالة الجزء الباطل مع الإبقاء على الجزء الصحيح[1].

قياسا على اتفاق التحكيم فإنه في حالة بطلان العقد الأصلي دون شرط التحكيم يبطل العقد ويبقى شرط التحكيم نافذا على اعتبار أنه اتفاق مستقل والعكس صحيح[2].

بينما حاول البعض الآخر من الفقه تفسير مبدأ استقلال اتفاق التحكيم استنادا إلى نظرية تحول العقد[3] *Conversion du contrat*.

إلا أنه لا يمكن على الإطلاق الاستناد على هذا الرأي لأن نظرية تحول العقد تفترض أن يكون عقدا باطلا بأكمله لكي يتحول لعقد آخر، أما إذا كان جزء منه صحيح وكان العقد قابلا للانقسام فهنا ينتقص العد ولا يتحول[4].

لقد تم تكريس مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بمقتضى العديد من القوانين الدولية والتشريعات الوطنية وكذا مراكز وهيئات التحكيم[5]، فبالنسبة للتشريعات الوطنية لقد نص المشرع الجزائري على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بمقتضى المادة 1040/4 من قانون الإجراءات المدنية

---

[1]– تنص المادة 104 من القانون المدني، السالف الذكر، على أنه «إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كله»، تقابلها المادة 143 من القانون المدني المصري.

[2]– مصطفى ناطق صالح مطلوب، المرجع السابق، ص 132.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 420، محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص 264، تنص المادة 105 من القانون المدني، السالف الذكر، على أنه «إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد»، تقابلها المادة 144 من القانون المدني المصري.

[4]– حمزة حداد، الاتجاهات الحديثة في قانون التحكيم الأردني المرقم 31 لسنة 2001، على الموقع الإلكتروني: http://lac.com.jo

تم الإطلاع عليه بتاريخ 04-11-2017، على الساعة 19:07.

[5]– فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 225.

Jean- Baptiste RACINE, op.cit, p 99.

والإدارية[1]، وذلك بالإشارة إلى أهم أثر من آثاره [2].

لقد تم تطبيق واعتماد مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في فرنسا من طرف محكمة النقض الفرنسية من خلال قضية *GOSSET* حكم مؤرخ في 07-05-1963[3]، بعد أن كان الاجتهاد الفرنسي يقضي بتبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي ومن ثم لا يجوز لهيئة التحكيم النظر في مسألة بطلان العقد الأصلي[4].

إلا أنه سرعان ما أستقر على هذا المبدأ في العديد من أحكام المحاكم الفرنسية[5]، كما قننه المشرع الفرنسي من خلال المادة 1447 المعدلة من قانون الإجراءات المدنية[6].

أما في إنكلترا، فلم تتضمن تشريعات التحكيم المتعاقبة مصطلح استقلال اتفاق التحكيم بل أن الأمر كان متروكا للاجتهاد القضائي طبقا لنظام السابقة القضائية، ولم يتم استخدام مصطلح استقلال اتفاق التحكيم إلا ابتدءا من سنة 1994، بعد التأكد من تبني القضاء لذلك المصطلح في قضية *Harbour Assurance*، ليتدخل المشرع الإنجليزي للإقرار المبدأ في المادة 7 من قانون التحكيم الإنكليزي لسنة 1996[7].

---

[1]- تنص المادة 1040/4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالف الذكر، على أنه «لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي».

[2]- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 79.

[3]- عبد الكريم أحمد الثلاياء، المرجع السابّق، ص 120، محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 100.
Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 85, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN op.cit, p 215.

[4]- مصطفى ناطق صالح مطلوب، المرجع السابق، ص 133، خالد القاضي، المرجع السابق، ص 169.

[5]- على سبيل المثال حكم قضية Impec المؤرخ في 18-05-1971، حكم قضية Hecht المؤرخ في 04-07-1972، حكم قضية Municucci المؤرخ في 21-02-1964، بكلي نور الدين، المرجع السابق ص 225 إلى 229.
Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 215.

[6]- Art 1447 du code procédure civile français énonce que «la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte, elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui- ci».

[7]- «جاء في حكم محكمة استئناف لندن في قضية Harbour Assurance V Kansa General International Assurance أن شرط التحكيم يبقى صحيحا ما لم يكن في ذاته غير مشروع»، محمد حسين بشايره، المرجع السابق، ص 15.

كما أخذت بالمبدأ المادة 23 من قانون التحكيم المصري[1]، وكذا العديد من التشريعات الدولية والعربية[2].

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فإن اتفاقية نيويورك لعام 1958 لم تشر صراحة إلى مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، إلا أنه يمكن أن نستنبطه ضمنيا من فحوى المادة 5/1، أ من الاتفاقية التي تنص على إمكانية رفض الاعتراف بحكم المحكم وتنفيذه إذا أثبت الطرف المطلوب الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم ضده أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، وفي حالة عدم وجود إشارة صريحة لهذا القانون، وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم[3].

من ثم فإن اتفاقية نيويورك قد قبلت ضمنيا أن يكون لاتفاق التحكيم نظام قانوني مستقل عن العقد الأصلي، ولو أنها تركت المسألة لتقدير كل قانون من القوانين الواجبة التطبيق[4].

أما القانون النموذجي لليونسترال *UNCITRAL* الخاص بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 فقد نص على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بمناسبة تقرير مبدأ الاختصاص، من خلال نص المادة 16/1، التي نصت على أنه «*ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من عقد كما لو كان اتفاق مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر عن هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يرتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم*»[5].

---

[1]– تنص المادة 23 من قانون التحكيم المصري 27 لسنة 1994 على أنه «يعتبر شرط التحكيم اتفاق مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته».

[2]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 129.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 219.

[3]- Art 5/1a de la convention de New York de 1958 prévoit que «la reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées sur requête de la partie contre laquelle elle est invoqué, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays ou la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve que la dite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée, ou à défaut d'une indication à cet égard de la loi du pays ou la sentence à été rendue»

[4]– ناصر ناجي جمعان، المرجع السابق، ص 114.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 219.

[5]– ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 509، فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 208.

Eric LOQUIN, op.cit, p 119, Jean- Baptiste RACINE, op.cit, p 99.

كما ثبتت هيئات ومراكز التحكيم مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، نذكر منها المادة 6/4 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس *CCI*، والمادة 15 من لائحة التحكيم الدولي الصادر عن الهيئة الأمريكية للتحكيم *AAA*، والمادة 14/1 من لائحة التحكيم الدولي بلندن[1].

ثانيا- آثار الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني

يترتب على تبني وتطبيق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني عن عقد التجارة الإلكتروني آثارا مهمة تتمثل في عدم ارتباط اتفاق التحكيم الإلكتروني بمصير العقد الأصلي وإمكانية خضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي.

1- عدم ارتباط اتفاق التحكيم الإلكتروني بمصير عقد التجارة الإلكتروني

يترتب على تطبيق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني عن عقد التجارة الإلكتروني اختلاف مصير كل منهما، فشرط التحكيم لا تتوقف صحته أو بطلانه أو فسخه أو إنهائه على صحة أو بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي[2].

إن ذلك المبدأ يسمح بالإبقاء على اتفاق التحكيم الإلكتروني طالما لم يكن هذا الاتفاق في حد ذاته قد لحق به عيب من عيوب الإرادة التي لحقت بعقد الجارة الإلكتروني الأصلي، وطالما لم يكن محله أو سببه مخالفا للنظام العام، وما لم يكن شرط التحكيم الإلكتروني باطلا لنفس بطلان العقد الأصلي كانعدام الإرادة[3].

تكمن أهمية تطبيق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني عن العقد الأصلي في حالة بطلان ذلك الأخير لأي سبب من أسباب البطلان، في أن هناك حقوقا مترتبة على هذا العقد

---

[1]- محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 103، فتحي والي، المرجع السابق، ص 95، هاني محمد كامل المنايلى، المرجع السابق، ص 291 إلى 303.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 319.

[2]- عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، المرجع السابق، ص 123، فتحي والي، المرجع السابق، ص 96، توجان فيصل الشريدة، المرجع السابق، ص 1103، فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 200.

«La convention d'arbitrage est indifférente au sort du contrat principal, l'allégation de la nullité du contrat n'interdit pas à l'arbitre de vérifier le bien fondé de l'allégation et le cas échéant de statuer sur les effets de la nullité», Eric LOQUIN, op.cit, p 120, Jean- Baptiste RACINE, op.cit, p 100.

[3]- أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 205، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال المرجع السابق، ص 355، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 147.

للطرفين وللغير حتى في حالة بطلانه.

إن إعمال شرط التحكيم الإلكتروني وبقائه صحيحا يتيح لهيئة التحكيم الإلكتروني الفصل في تلك الحقوق وتصفية مراكز الأطراف المالية المترتبة عن عقد التجارة الإلكتروني المحكوم ببطلانه أو فسخه أو إنهائه[1].

كما أنه في حالة بطلان شرط التحكيم الإلكتروني وبقاء العقد الأصلي صحيحا، فإن بطلانه لا يؤثر على صحة العقد، وفي هذه الحالة يسترد القضاء العادي اختصاصه[2].

2- إمكانية خضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني لقانون مخالف عن القانون الذي يخضع له اعقد الجارة الإلكتروني

يؤدي تطبيق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني عن عقد التجارة الإلكتروني إلى قبول عدم خضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني بالضرورة إلى نفس القانون الذي يخضع له العقد الأصلي[3]، سواء تم إخضاع اتفاق التحكيم الإلكتروني إلى قانون وطني وفقا لقواعد الإسناد التقليدية، أو تم إخضاعه إلى قانون موضوعي يتماشى وطبيعة عقود التجارة الإلكترونية، كما سبق شرحه في القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني[4].

إن استقلالية اتفاق التحكيم الإلكتروني تؤدي إلى قبول عدم خضوع الاتفاق بالضرورة إلى نفس القانون المطبق على العقد الأصلي، وهذا من شأنه أن يحقق الفعالية في مجال استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني، من ثم إن اتفاق التحكيم الإلكتروني يعتبر مستقلا عن عقد التجارة الإلكتروني مهما كان الحل الذي يتبناه القانون المحتمل التطبيق على ذلك العقد[5].

---

[1]- ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 518، ناصر ناجي جمعان، المرجع السابق، ص 123.

[2]- فتحي والي، المرجع السابق، ص 96.

[3]- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 148، فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 225 عائشة مقراني، المرجع السابق، ص 75، منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 120، مصطفى ناطق صالح مطلوب، المرجع السابق، ص 131.

Ph. FOUHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 234.

[4]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 214، محمد مأمون سليمان، المرجع السابق، ص 415، فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 200.

[5]- أحمد صالح مخلوف، المرجع السابق، ص 130، محمد حسين بشايره، المرجع السابق، ص 20.

من ثم فإن الاقتصار على فكرة الاستقلال المادي لاتفاق التحكيم الإلكتروني عن العقد الأصلي دون الاستقلال القانوني يؤدي بالضرورة للقول أنه إذا كان عقد التجارة الإلكتروني صحيحا وكان القانون الواجب التطبيق عليه يحظر إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني أو يبطله، فإن هذا الاستقلال يكون مانعا لإبطال اتفاق التحكيم الإلكتروني[1].

تجدر الإشارة أنه إذا كان مؤدى تطبيق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني هو أن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني ليس بالضرورة نفس القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي، إلا أن تطبيق قانون معين على عقد التجارة الإلكتروني يعتبر قرينة على انصراف نية الأطراف إلى تطبيق نفس القانون على اتفاق التحكيم الإلكتروني ما لم يوجد اتفاق مخالف[2].

3- استقلال المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه

من النتائج الأساسية لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم هو إعطاء المحكم أو هيئة التحكيم سلطة النظر في اختصاصه *Compétence de la compétence*، أين يستمر في العملية التحكيمية ويقرر المحكم إن كان مختصا للنظر في النزاع من عدمه، حتى ولو تم الطعن بصحة العقد الأصلي أو صحة شرط التحكيم أمام المحاكم الوطنية، فنظر المحاكم في هذا الموضوع لا يوقف الإجراءات الخاصة بالتحكيم[3].

كما يبقى المحكم مختصا في جميع المسائل المتعلقة باختصاصه من حيث الفصل في المنازعات الخاصة ببطلان أو سقوط اتفاق التحكيم، وهو ما سوف يتم التفصيل فيه في الأثر السلبي لاتفاق التحكيم الإلكتروني[4].

---

[1]- زهيرة كيسي، المرجع السابق، ص 53.

[2]- منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 105.

[3]- أحمد السيد الصاوى، المرجع السابق، ص 63، مصطفى ناطق صالح مطلوب، المرجع السابق، ص 131 فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 200.

[4]- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 148، ناصر ناجي جمعان، المرجع السابق، ص 126.

الفرع الثاني

مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم الإلكتروني

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني شأنه شأن باقي العقود، طالما كان وليد إرادة الأطراف إذا انعقد صحيحا، فإنه يلزم أطرافه بالالتزامات التي يرتبها ذلك الاتفاق، وهو ما يعبر عنه بالقوة الملزمة للعقد، فهو كأصل عام يلزم أطرافه دون غيرهم بما تم الاتفاق عليه.

إلا أن هذا المبدأ يعرف استثناءا، وهو ما يعرف بنسبية آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني.

أولا- مفهوم مبدأ القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم الإلكتروني

إن مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن ما هو مقرر بالنسبة لتطبيق ذلك المبدأ على باقي العقود[1]، فاتفاق التحكيم الإلكتروني هو من العقود الملزمة للجانبين يرتب على أطرافه التزامات متقابلة[2].

يتمثل مضمون مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم الإلكتروني، أن هناك التزام بنتيجة يقع على عاتق طرفي اتفاق التحكيم الإلكتروني، وهو وجوب عرض النزاع على التحكيم الإلكتروني بدلا من القضاء، وليس لأحدهما أن يتخلى عنه أو يعطل مقتضاه أو تعديله بإرادته المنفردة[3]، استنادا إلى مبدأ «*العقد شريعة المتعاقدين*»[4].

يتعين على أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني وفقا لمبدأ القوة الملزمة لذلك الاتفاق البدء والمساهمة في إجراءات التحكيم الإلكتروني إلى غاية صدور حكم تحكيمي إلكتروني، وهو السند التنفيذي الذي يلتزم أطراف الاتفاق بتنفيذه اختيارا أو جبرا بعد استيفائه الشروط القانونية

---

[1] – لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 70.

[2]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 85، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني المرجع السابق، ص 297.

[3]– أحمد محمد فتحي الخولي، المرجع السابق، ص 344، عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 244 .

[4]– تنص المادة 106 من القانون المدني السالف الذكر على أنه «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون».

أو اتفاق الطرفين على الانسحاب وإنهاء الإجراءات قبل صدور حكم التحكيم الإلكتروني[1].

أما في حالة تحول أحد طرفي اتفاق التحكيم الإلكتروني عن التزامه، من خلال هدر قيمة ذلك الاتفاق ورفض المشاركة في إجراءات التحكيم الإلكتروني، أو حاول تأخير تلك الإجراءات أو تقاعس عن تعيين محكمه، أو رفض إرسال دفوعاته ومستنداته مثلا، تم إجباره عن طريق التنفيذ العيني من خلال اللجوء إلى القضاء الوطني المختص للقيام بتلك الإجراءات[2]، أين يقوم القاضي مقام عمل الطرف المتقاعس، ما لم ينص الاتفاق على طريقة أخرى لإتمام ذلك الإجراء[3].

إن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني هو الذي يختص بتحديد مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم وجزاء الإخلال بها، وتحديد كيفية تنفيذه[4].

ثانيا- نسبية آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني

استنادا إلى مبدأ «*العقد شريعة المتعاقدين*» فإن آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني لا تنصرف إلا إلى أطراف ذلك الاتفاق ولا تمتد إلى الغير كقاعدة عامة، كما لا يلتزم أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني إلا بما تضمنه ذلك الاتفاق دون ذلك.

---

[1]- «إن مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم نصت عليه جميع التشريعات المتعلقة بالتحكيم، كما أقرته الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالتحكيم، أهمها اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية لعام 1985» ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 474.

[2]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 121.

[3]- عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 244، لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي المرجع السابق ص 71.

[4]- لقد نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر على أنه «في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، 2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختيار الأطراف تطبق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر»، وهو ما تبناه المشرع المصري من خلال المادة 17 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994.

إلا أن هناك حالات يمتد فيها آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني إلى غير أطرافه، كما يتعدى نطاق موضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني إلى عقود أخرى، وهو ما يسمى بمبدأ «*نسبية آثار اتفاق التحكيم*»[1].

من ثم سوف نتطرق أولا إلى نسبية آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني من حيث الأشخاص وثانيا إلى نسبية آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني من حيث الموضوع.

1- نسبية آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني من حيث الأشخاص

إن إرادة أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني هي التي توجد التحكيم الإلكتروني وتحدد نطاقه ومن ثم لا يحتج باتفاق التحكيم الإلكتروني ولا يرتب آثاره إلا بالنسبة لأطرافه الذين ارتضوا به[2].

إلا أن ذلك المبدأ نسبي، إذ أن آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني قد تمتد إلى طائفة من الأشخاص لم تكن أطرافا في اتفاق التحكيم الإلكتروني إلا أنهم يكونوا ملزمين بالتقيد بذلك الاتفاق، بل قد تمتد آثاره إلى الغير الحقيقي أو الغير المطلق[3].

أ- آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني بالنسبة لأطرافه

يقصد بأطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني من شارك في إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني شرطا كان أم مشارطة بنفسه أو بمن يمثله[4]، أين تتضح صفة الطرف من خلال الإطلاع على توقيعه على اتفاق التحكيم الإلكتروني الذي يكون بطريقة إلكترونية، ولما كان الأمر يتعلق بمنازعات التجارة الإلكترونية فإن أطرافها هم المستهلك من جهة ومحترف التجارة الإلكترونية من جهة أخرى[5].

---

[1]- محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 144.

[2]- أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 247.

«Lorsque les condition de sa transmission sont satisfaites, la convention d'arbitrage produit entre le cocontractant et le bénéficiaire de la transmission, les effets de toute convention d'arbitrage», cité par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 450, Jean- Baptiste RACINE, op.cit, p 241.

[3]- نور الدين قارة، المرجع السابق، ص 99.

[4]- فتحي والي، المرجع السابق، ص 161، محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 71.

[5]- صفاء فتوح جمعة، المرجع السابق، ص 43، ناصر ناجي جمعان، المرجع السابق، ص 238.

كما يشترط أن تساهم إرادة الطرف في تكوين الاتفاق، ولا يكفي أن يرد ذكره فيه، بل يتعين لاكتساب صفة الطرف في اتفاق التحكيم الإلكتروني أن يتم التوقيع عليه بصفته طرفا أو من له سلطة تمثيله[1].

إضافة إلى أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني، فإن ذلك الاتفاق يلزم كذلك هيئة التحكيم متى قبلت بمهمتها التحكيمية، أين تصبح ملزمة بالسير بإجراءات التحكيم الإلكتروني إلى حين صدور الحكم المنهي للخصومة، كما يتعين عليها التقيد بمضمون اتفاق التحكيم الإلكتروني سواء من حيث الموضوع، أو من حيث الإجراءات[2].

ب- آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني بالنسبة للخلف

الأصل أن اتفاق التحكيم الإلكتروني لا يرتب آثاره إلا في مواجهة أطرافه، إلا أن مفهوم أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني يؤخذ مفهوما واسعا، وفقا لما هو مقرر بأحكام القانون المدني[3] فيدخل في دائرة أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني، الخلف العام كالورثة، وكذا الخلف الخاص بشروط معينة[4].

1- الخلف العام

إن آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية كما تسري على أطرافه تسري كذلك في مواجهة الخلف العام لكل منهم[5]، كالوارث والموصى له، بجزء من التركة في

---

[1]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 449.

Eric LOQUIN, op.cit, p 150.

[2]- حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص 187.

[3]- تنص المادة 108 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر على أنه «ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف للخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث».

[4]- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 139، عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 169 ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 487، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 123.

[5]- يعرف الخلف العام على أنه «من يخلف المتعاقد في ذمته المالية كلها أو في جزء منها باعتباره مجموعة مالية»، نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 86.

مجموعها، بعد موت المورث لمتعاقد، فالخلف العام لا يعتبر من الغير، بحكم أنه خلفا عاما لمورثه[1].

تنتقل آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني إلى الخلف العام، الذين يلتزمون بذلك الاتفاق، ولو كان الحق الموضوعي الذي تضمنه العقد الأصلي قد انقضى بالوفاة، تطبيقا لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني، أين تثور المنازعة حول تحقق هذا الانقضاء من عدمه، ويتم حلها من خلال التحكيم الإلكتروني[2].

إن انتقال آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني إلى الخلف العام قد تجعل من أطراف ذلك الاتفاق وكذا التحكيم الإلكتروني بالنتيجة مركبا في حالة حدوث نزاع، فإذا كان ورثة أحد أطراف الاتفاق كاملي الأهلية، التزموا بالاتفاق ولا يجوز لهم اللجوء إلى القضاء الوطني.

أما إذا كان البعض منهم قصر، فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني لا يسري في مواجهتهم إلا بعد موافقة الولي أو الوصي أو المحكمة في الحالات التي يكون إذنها لازما، وفي حالة عدم الحصول على تلك الموافقة، فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني لا يسري إلا في حق من قبلوا به[3].

إلا أنه استثناءا فإن آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني لا تسري في حق الخلف العام في حالة وجود اتفاق المتعاقدين على عدم سريان اتفاق التحكيم الإلكتروني في حق ورثة أحد الطرفين فيتم إعمال هذا الشرط[4]، وكذلك في حالة إذا كان طبيعة الالتزام الناشئ عن العقد الأصلي تحول دون انتقاله إلى الخلف العام[5].

كما أنه في حالة اندماج شركة موقعة على اتفاق التحكيم الإلكتروني في شركة أخرى، فإن

---

[1]– محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 146، نور الدين قارة، المرجع السابق، ص 101.

[2]– «يكون الورثة ملزمون بتنفيذ اتفاق التحكيم الذي أبرمه مورثهم، كما أنهم ملزمون بالسير في إجراءات التحكيم، ويكون الحكم الصادر عن المحكمين حجة عليهم ويلتزمون به»، ناصر ناجي جمعان، المرجع السابق 240، فتحي والي، المرجع السابق، ص 164.

[3]– شحاتة غريب الشلقامي، المرجع السابق، ص 89، ناريمان عبد القادر، ص 688.

[4]– تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

[5]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 87، ناصر ناجي جمعان، المرجع السابق، ص 242.

اتفاق التحكيم الإلكتروني يرتب آثاره بالنسبة للشركة الدامجة على اعتبارها خلفا عاما للشركة المندمجة[1].

2- الخلف الخاص

الأصل أن يكون الخلف الخاص من الغير[2]، فلا تنصرف إليه آثار العقود التي أبرمها سلفه، إلا أنه استثناءا ينصرف آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني إلى الخلف الخاص للطرف المتعاقد كالمتنازل إليه والمحال له، ما لم ينصب الاتفاق على خلاف ذلك[3].

يعتبر الخلف الخاص بقوة القانون طرفا تنصرف إليه آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني في حالة توافر شرطين، أولهما أن يكون اتفاق التحكيم الإلكتروني من مستلزمات عقد التجارة الإلكتروني، وهذا شرط محقق بالضرورة على اعتبار أن اتفاق التحكيم الإلكتروني ينصب على حل المنازعات الناشئة أو المحتمل نشوئها عن ذلك العقد بواسطة التحكيم الإلكتروني[4].

كما يشترط أن يكون الخلف الخاص عالما باتفاق التحكيم الإلكتروني، وهو أمر يختلف حسب ما إذا تم صياغة ذلك الاتفاق في شكل شرط تحكيم إلكتروني ضمن عقد التجارة الإلكتروني الأصلي، وهنا يكون العلم محققا بالضرورة.

---

[1]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 171، شحاتة غريب الشلقامي، المرجع السابق، ص 92، ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 493.

Et dans le même sens veillez voir «La convention d'arbitrage est transmise automatiquement aux ayants cause universels ou à titre universel, s'agissant des personnes physiques, il en va de en cas de fusion, scission ou apport partiel d'actifs, la convention d'arbitrage suit le sort du patrimoine», cite par Jean- Baptiste RACINE, op.cit, p 253.

[2]- يقصد بالخلف الخاص «من يخلف الشخص في شيء معين بالذات أو في حق عيني عليه»، وتنص المادة 109 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر، على أنه «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه».

[3]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 124، عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 246.

[4]- صلاح سليم حامد النجار، الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر بغزة، 2014 ص 27، مها عبد الرحمن الخواجا، المرجع السابق، ص 74.

Jean- Baptiste RACINE, op.cit, p 252.

أما إذا تم صياغته في شكل مشارطة تحكيم إلكتروني بمقتضى عقد منفصل عن العقد الأصلي، فللخلف في هذه الحالة أن يتمسك بعدم انتقال اتفاق التحكيم الإلكتروني إليه على الرغم من انتقال العقد الأصلي إليه، وهنا يتعين التفرقة بين انتقال آثار العقد الأصلي، وانتقال آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني[1].

للتعرف أكثر على امتداد أثر اتفاق التحكيم الإلكتروني إلى الخلف الخاص، نذكر بعض الحالات.

أ- **حوالة الحق**

إذا كانت حوالة الحق صحيحة، فإن الحق المحال ينتقل إلى المحال إليه مقيدا بشرط التحكيم[2]، فيمتد اتفاق التحكيم الإلكتروني إلى المحال له، فيلتزم به ويستفيد منه، وللمدين المحال عليه أن يحتج في مواجهة المحال إليه بكل الدفوع التي له في مواجهة الدائن، ومنها الدفع بوجود اتفاق التحكيم الإلكتروني[3].

أما إذا كان اتفاق التحكيم الإلكتروني تمت صياغته في شكل عقد مستقل عن عقد التجارة الإلكتروني الأصلي، فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني كقيد على الحق المحال لا ينتقل إلى المحـال

---

[1]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 476، عبد الباسط عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 171.

[2]- «تعرف حوالة الحق على أنها اتفاق بين الدائن، المحيل، وشخص آخر، المحال إليه، على أثره ينتقل الحق الذي كان للدائن، المحيل، إلى شخص آخر، المحال إليه، فيحل هذا الآخر محل الدائن في ذات الحق المنقول إليه وتوابعه وضماناته في مواجهة المدين، المحال عليه»، خليل أحمد حسن قدادة الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 185، كما تنص المادة 236 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر، على أنه «لا يقبل الالتزام الانقسام إذا ورد على محل لا يقبل الانقسام بطبيعته، إذا تبين من غرض الطرفين أن تنفيذ الالتزام لا ينقسم أو إذا انصرفت نيتهم إلى ذلك».

[3]- ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 489، شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص 100، تنص المادة 248 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر على أنه «يتمسك المدين قبل المحال له بالدفوع التي يعترض بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة».
Jean- Baptiste RACINE, op.cit, p 253.

إليه ما لم يتم إعلانه إليه مع العقد الأصلي وقبل به[1].

ب- حوالة الدين

إذا تمت حوالة الدين باتفاق بين المدين المحيل والمحال عليه[2]، فإن شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي المبرم ما بين الدائن والمدين الأصلي ينتقل إلى المحال عليه المدين الجديد ما لم ينصب اتفاق الحوالة على خلاف ذلك[3].

أما بالنسبة لاتفاق التحكيم الإلكتروني الوارد على شكل مشارطة تحكيم إلكتروني في عقد مستقل فلا يكون نافذا في مواجهة المحال عليه إلا إذا وافق عليه.

أما إذا تمت حوالة الحق باتفاق بين المدين الأصلي «*المحيل*» والمدين الجديد «*المحال عليه*»، فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني سواء تم في صورة شرط تحكيم إلكتروني أو مشارطة تحكيم إلكتروني بمقتضى عقد مستقل، فإنه لا يمتد أثره إلى الدائن، ولا يلتزم بذلك الاتفاق باتجاه المدين الجديد ما لم يوافق عليه، بل يتعين على المدين الجديد أن يتفق بنفسه مع الدائن على كيفية فض المنازعة بشأن الدين[4].

ج- الحلول محل الدائن

إذا قام شخص من الغير بوفاء الدين للدائن وحل محله، سواء كان حلوله بنص القانون أو باتفاق بينه وبين الدائن أو المدين، فإذا رجع الموفي على المدين بدعوى الحلول، فإنه يحل محل الدائن ويتقيد باتفاق التحكيم الإلكتروني المبرم ما بين الدائن والمدين[5].

---

[1]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ص 478.

[2]- «تعرف حوالة الدين على أنها إتفاق بمقتضاه ينتقل الدين من المدين، المحيل، إلى غيره، المحال عليه، فيحل هذا الأخير محل المدين بالدين وجميع ملحقاته»، خليل أحمد حسن قداده، المرجع السابق، ص 202، وتنص المادة 251 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر على أنه «تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين».

[3]- فتحي والي، المرجع السابق، ص 167، صلاح سليم حامد النجار، المرجع السابق، ص 30.
Jean- Baptiste RACINE, op.cit, p 253.

[4]- ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 489، محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 149.

[5]- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 141.

أما إذا أثبت الموفي عدم علمه باتفاق التحكيم الإلكتروني وقت قيامه بوفاء الدين، كأن يكون اتفاق التحكيم الإلكتروني على شكل مشارطة تحكيم إلكتروني بمقتضى عقد مستقل، ففي هذه الحالة لا يكون اتفاق التحكيم الإلكتروني نافذا في مواجهة الموفي.

أما إذا رجع الموفي على المدين بدعوى شخصية «*دعوى فضالة، دعوى الإثراء بلا سبب...*»، فإنه لا يكون طرفا في اتفاق التحكيم الإلكتروني، وليس له أن يستفيد منه، ويكون رجوعه على المدين أمام المحاكم[1].

ج- آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني بالنسبة للغير

الأصل أن الغير غير معني بآثار اتفاق التحكيم الإلكتروني[2]، والمقصود بالغير الأشخاص الذين لا تتوافر فيهم صفة المتعاقد أو صفة الخلف[3]، إلا أنه في مجال التحكيم عموما فإن اتفاق التحكيم قد يمتد إلى غير أطرافه، أين تظهر أهمية تلك المسألة بالنسبة لآثار اتفاق التحكيم الإلكتروني، وكذا آثار حكم التحكيم الإلكتروني[4].

إن الأساس القانوني لامتداد آثار اتفاق التحكيم تقليديا كان أو إلكترونيا إلى شخص لم يوقع عليه ولم يكن ممثلا فيه وفقا للقضاء الفرنسي يكمن في تبعية اتفاق التحكيم للعقد الأصلي خاصة إذا كان في شكل شرط تحكيم، وفقا للطابع التبعي لشرط التحكيم للعقد الأصلي وقد تبنى الفقه الفرنسي بدوره ذلك الاتجاه[5].

---

[1]- شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص 98، صلاح سليم حامد النجار، المرجع السابق، ص 32.

[2]- «إن الغير في اتفاق التحكيم سواء كان تقليديا أو إلكترونيا هو ليس متعاقدا ولا خلفا عاما أو خاصا ولا دائنا أو مدينا لأحد أطراف اتفاق التحكيم، فالغير كمبدأ عام لا يستفيد ولا يتضرر من عقود الغير»، محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 15.

[3]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 482.

[4]- محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 150.

[5]- مها عبد الرحمن الخواجا، المرجع السابق، ص 81، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 470.
لقد توصل الاجتهاد القضائي الفرنسي بعد قضية ABS على مبدأ مفاده أن أثر اتفاق التحكيم الدولي يمتد إلى كل شخص تفاعل مباشرة مع تنفيذ العقد الأصلي أو المنازعات الناشئة عنه، ولو لم يوقع على اتفاق التحكيم.
Cass. Civ, 27 mars 2007, cité par Eric LOQUIN, op.cit, p 156.

لقد آثار الفقه بعض حالات إمداد أثر اتفاق التحكيم تقليديا كان أم إلكتروني إلى الغير نذكر منه حالة الاشتراط لمصلحة الغير، حالة الضامن والكفيل، حالة التعهد عن الغير، وحالة مجموع العقود وتجمع الشركات[1].

[1] – حالة الاشتراط لمصلحة الغير

يعتبر نظام الاشتراط لمصلحة الغير خروجا على مبدأ نسبية آثار العقد[2]، ولما كانت عقود التجارة الإلكترونية عقودا خاضعة لنفس أحكام القانون المدني المطبقة على سائر العقود، فإنه يمكن أن ترد إحدى تلك العقود في شكل اشتراط لمصلحة الغير مع تضمنه شرط تحكيمي[3].

لقد ثار جدال حول إمكانية اعتراض ذلك الغير المنتفع على شرط التحكيم الذي لم يوقع عليه، ذلك أن محكمة النقض الفرنسية أقرت بداية أنه لا يمكن للمنتفع التمسك بشرط التحكيم الوارد بعقد تضمن اشتراط لمصلحة الغير.

كما أن الفقه انقسم حول تلك المسألة، فهناك فريق تبنى نفس موقف محكمة النقض الفرنسية، بينما فريق آخر رأى أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يرتب إلى حقوق على المنتفع دون تحميله التزامات، ومن ثم لا يمكن فرض شرط التحكيم على المنتفع إذا كان ذلك الشرط مصدر التزام، على أنه لا يوجد ما يمنع أن يتمسك المنتفع بشرط التحكيم إذا كان يصب في مصلحته[4].

---

[1]- Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 215.

[2]– تنص المادة 116 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر، على أنه «يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية، ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك».

[3]– أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق ص 266، ، مها عبد الرحمن الخواجا، الرجع السابق، ص 85 ناصر محمد جمعان، المرجع السابق، ص 246

Ch. SERAGLINI J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 127.

[4]– فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص219، ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 491.

إلا أن محكمة النقض الفرنسية فصلت في الأمر بمقتضى قرارها المؤرخ في 11-07-2006، أين أقرت أنه يمكن الاحتجاج والدفع بشرط التحكيم في عقد الاشتراط لمصلحة الغير من طرف وضد المنتفع، على أساس أن موافقة المنتفع ليس شرط لنشوء حقه، بل أن حقه ينشئ عن العقد مباشرة، فحتى قبل إبداء موافقته يتعين القول بنفاذ شرط التحكيم في حقه، تماما مثل الحقوق الناتجة عن عقد الاشتراط لمصلحة الغير[1].

من جهة أخرى فإن حقوق المنتفع تجد مصدرها من إرادتي المشترط والملتزم، فإذا اتفقا على فض النزاعات المتعلقة بتلك الحقوق عن طريق التحكيم، فلا يحق للغير أن يعترض على ذلك، فشرط التحكيم، يمثل كتلة واحدة مع باقي الاتفاق المبرم ما بين المشترط والملتزم، فليس له الاعتراض على شرط التحكيم وقبول باقي الاتفاق[2].

إن الاشتراط لمصلحة الغير يرتب حقوقا مباشرة للغير في مواجهة المتعهد، لهذا يمكن للغير المنتفع طلب إعمال شرط التحكيم لصالحه، من خلال مطالبة المتعهد بواسطة التحكيم الإلكتروني، ويمكن أن يكون طرفا في خصومة التحكيم الإلكتروني بصفته طرفا، أو أن يتدخل في خصومة التحكيم التي بدأت من أحد طرفي الاتفاق، كما يمكن للمتعهد أن يتمسك في مواجهته بشرط التحكيم[3]، كما يكون من حق المشترط التمسك بشرط التحكيم للمطالبة بحقوق الغير المنتفع عن طريق التحكيم الإلكتروني، فإذا صدر حكم يكون من حق المنتفع أن يحتج ويستفيد من ذلك الحكم[4].

إلا أن هناك من يرى ضرورة موافقة المنتفع لاتفاق التحكيم أو الانضمام للعقد الذي تضمن شرط التحكيم حتى يعتبر طرفا فيه، أي أن أثر اتفاق التحكيم الإلكتروني في الاشتراط

---

[1]- «La clause d'arbitrage contenue dans le contrat liant le stipulant au pirouettant peut être invoquée par et contre le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui», Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT op.cit p 217 , Et voir Cass. Civ,11 juill 2006.

[2]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 487.

[3]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 171.

[4]– مها عبد الرحمن الخواجا، المرجع السابق، ص 85.

لمصلحة الغير يتوقف على قبول الغير لشرط التحكيم الإلكتروني أو الانضمام للعقد الذي تضمن الاتفاق على التحكيم الإلكتروني وقبوله الشرط صراحة[1].

[2] – حالة التعهد عن الغير

يتوقف امتداد أثر اتفاق التحكيم تقليديا كان أم إلكتروني للغير في حالة التعهد عن الغير[2] على قبول الغير لذلك التعهد، فبقبول الغير بذلك التعهد يلتزم بالضرورة بشرط التحكيم[3].

[3] – حالة الضامن والكفيل

يعتبر الكفيل من الغير بالنسبة لعقد المديونية المبرم ما بين الدائن والمدين، والمتضمن شرط التحكيم بما في ذلك اتفاق التحكيم الإلكتروني، على الرغم من إمكانية الاحتجاج بحكم التحكيم في مواجهة الكفيل، إلا أن قيام الكفيل بسداد الدين الذي في ذمة المدين، فإنه يحل محله في حقه وفي شرط التحكيم في مواجهة المدين[4].

[4] – حالة مجموعة الشركات

لقد ثار جدال فقهي وقضائي حول مدى امتداد اتفاق التحكيم التقليدي المبرم من طرف إحدى شركات المجموعة، شركة فرعية مثلا، إلى شركة أخرى من نفس المجموعة، الشركة الأم مثلا[5].

---

[1]– ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 491، شحاتة غريب الشلقامي، المرجع السابق، ص 96.

[2]– تنص المادة 114 من القانون المدني، السالف الذكر على أنه «إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به، أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنيا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه المتعهد».

[3]– أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 268، مها عبد الرحمن الخواجا، المرجع السابق، ص 93.

[4]– فتحي والي، المرجع السابق، ص172، أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 142.

[5]– «تعرف مجموعة الشركات أو تجمع شركات Groupe de Sociétés على أنها تجمع لشركات يكون لكل واحدة منها شخصيتها القانونية المستقلة، وتكون مرتبطة مع بعضها اقتصاديا لتشكل وحدة اقتصادية»، نور الدين قارة المرجع السابق، ص 104.

Michael BODE, le groupe international des sociétés: le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand, Peter Lang SA Editions, Bern 2010, p 58.

لقد استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي على أن وجود مجموعة شركات وحده غير كافي للقول بامتداد آثار اتفاق التحكيم إلى باقي الشركات الغير موقعة على اتفاق التحكيم، وأن القول بخلاف ذلك به مخالفة لمبدأ استقلالية الأشخاص المعنوية وكذا مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يقتضي أن العقد لا يلزم إلا الأطراف الموقعة عليه، فتم الاعتماد على معيار مادي يتمثل في التوقيع على اتفاق التحكيم كشرط للالتزام به[1].

إلا أن الاجتهاد القضائي والتحكيمي تحرر من فكرة المعيار المادي، بالاعتماد على معيار اقتصادي مفاده أن اتفاق التحكيم الموقع عليه من قبل بعض شركات المجموعة يمتد إلى كل الشركات التي ثبت أنها ساهمت في إعداد أو تنفيذ أو إنهاء العقود المتضمنة لاتفاق التحكيم ولو لم توقع عليها[2].

من ثم يتعين تغليب فكرة الوحدة الاقتصادية التي توجد وراء فكرة مجموعة الشركات عند ترتيب آثار اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، والتخلي ولو بشكل جزئي عن المعيار المادي التقليدي والذي مفاده أن اتفاق التحكم لا يرتب آثاره على غير موقعيه، مادام أنه يثبت من الظروف المحيطة والروابط الاقتصادية مساهمة الغير في المفاوضات على العقد أو المساهمة في تنفيذه[3].

نظرا لغياب دراسات خاصة بالتحكيم الإلكتروني في هذا المجال أو أحكام صادرة عن هيئات تحكيم إلكتروني، اتفق أغلب الفقه على تطبيق نفس الأحكام على اتفاق التحكيم الإلكتروني[4].

---

[1]– ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 496، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 243.

Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 220.

[2]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 173، محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 151، مها عبد الرحمن الخواجا، المرجع السابق، ص 94.

Jean- Baptiste RACINE, op.cit, p 246, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 303.

[3]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 244، صلاح سليم حامد النجار، المرجع السابق، ص 46.

«Il suffit que les sociétés aient participé partiellement à la négociation ou l'exécution du contrat pour que l'implication soit caractérisée, ou qu'elle soit par son comportement, la cause de son inexécution ou de sa résiliation», Eric LOQUIN, op.cit, p 157.

[4]– إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 264.

2- نسبية آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني من حيث الموضوع

الأصل أن اتفاق التحكيم الإلكتروني لا يتعدى عقد التجارة الإلكتروني الأصلي الذي تضمنه إلى عقد آخر، على أساس أن أثر اتفاق التحكيم ولو كان إلكتروني فهو نسبي يقتصر على موضوع الاتفاق دون غيره[1].

إن التحكيم الإلكتروني يقوم أساسا على إرادة الأطراف، فلا يمكن لهيئة التحكيم الإلكتروني الفصل في نزاعات لم يتم اتفاق الأطراف على الفصل فيها بالتحكيم الإلكتروني[2].

إلا أنه قد يحدث وأن تنشأ نزاعات متعددة عن عقد واحد، كما قد يبرم نفس الأطراف عقودا مترابطة، كما يمكن أن تبرم مجموعة عقود تشترك في هدف اقتصادي واحد[3].

توجد هناك حالات يمتد فيها أثر اتفاق التحكيم الإلكتروني الوارد بشأن عقد معين إلى عقد أو عقود أخرى لم يرد بها اتفاق تحكيم إلكتروني، وهو نفس الأمر المطبق في اتفاق التحكيم التقليدي، على أن تتوافر شروط معينة.

أ- تعدد النزاعات المتعلقة بنفس العقد

إن شرط التحكيم الإلكتروني الذي يتم صياغته على نحو شامل وعام من شأنه احتواء كافة النزاعات المحتملة وقوعها بين الأطراف الناشئة عن عقد التجارة الإلكتروني[4]، وهو الهدف الذي تسعى إلى بلوغه شروط التحكيم النموذجية لليونسترال *UNCITRAL*[5]، وكذا لوائح هيئات التحكيم التقليدية والإلكترونية[6].

---

[1]- محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 155، الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص 152.

[2]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 121، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 263.

[3]- محمد حسين بشايره، المرجع السابق، ص 39، صلاح سليم حامد النجار، المرجع السابق، ص 38.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 315.

[4]- Eric LOQUIN, op.cit, p 151.

[5]- «مضمون شرط التحكيم النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITRAL جاء بالصياغة التالية، كل منازعة أو خلاف أو احتجاج ينشأ عن العقد الحالي أو يتصل به أو بفسخه أو إلغائه»، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 264.

«Tout litige, controverse ou réclamation, né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution, au à sa nullité», cité par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 315.

[6]- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 256.

من ثم يتعين على الأطراف تحديد المسائل التي تخضع للتحكيم الإلكتروني بشكل تفصيلي مع عدم إغفال أي شكل من الأشكال المختلفة للنازعات المحتمل نشوئها عن عقد التجارة الإلكتروني، فذلك التحديد ليس من شأنه إثارة أية مشاكل فيما يتعلق بالنزاعات المتعلقة بذلك العقد[1].

إلا أن الأطراف قد يستخدموا في صياغة شرط التحكيم صياغة غير عامة من شأنها إثارة إشكال حول امتداد اتفاق التحكيم الإلكتروني لبعض النزاعات، وهي ما يطلق عليها *Les clause d'arbitrage pathologiques*[2]، يقصد بهذا النوع من شروط التحكيم التي تحول دون تشكيل هيئة تحكيم أو محكم فرد دون تدخل الأطراف أو القضاء الوطني، وهي تؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم الإلكتروني برمته[3].

قد يكتفي الأطراف بالنص على أنه يخضع للتحكيم الإلكتروني المنازعات المتعلقة بتفسير عقد التجارة الإلكتروني الحالي و تنفيذه، دون الإشارة إلى المنازعات المتعلقة بصحة العقد، كما قد يغفل الأطراف النص على المنازعات المتعلقة بتفسير العقد، وهنا ثار خلاف فقهي وقضائي حول المعيار المنتهج في تفسير اتفاق التحكيم بشكل عام[4].

لقد أخذت معظم الاجتهادات القضائية والتحكيمية خاصة في فرنسا بمعيار التفسير الموسع لاتفاق التحكيم في حالة وجود غموض لتحديد نطاقه، ذلك أن الشك حول نطاق اتفاق

---

[1]– «لابد من النص في شرط التحكيم الإلكتروني أن تخضع جميع المنازعات المتعلقة أو المتصلة بالعقد الماثل للتحكيم الإلكتروني، خاصة المتعلقة بصحته وتفسيره وتنفيذه»، حفيظة السيد الحداد المرجع السابق، ص 264، لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 76.

[2]- Clause d'arbitrage pathologique terme utilisé pour décrire une clause d'arbitrage ou plus généralement une convention d'arbitrage dont la rédaction défectueuse ne permet pas la constitution d'un tribunal arbitral ou la nomination d'un arbitre unique sans l'intervention, non prévue par les partie, du juge étatique.
Célian HIRSCH, la validité d'une clause arbitrale pathologique, article publiée le 17 out 2015, dans LA WINSIDE, sur le site internet :
https://www.lawinside.ch/68/

تم الإطلاع عليها بتاريخ 15-11-2017، على الساعة 23:45.

[3]- Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, 283.

[4]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 265.

Eric LOQUIN, op.cit, p 150.

التحكيم يفسر لمصلحة اللجوء إلى التحكيم، وهو موقف لا يتنافى مع رضائية التحكيم التي تتجه في الأساس لإحالة جميع نزاعاتهم إلى التحكيم بدلا من تجزئتها بين القضاء والتحكيم، وهو ما ينطبق كذلك بالنسبة لاتفاق التحكيم الإلكتروني[1].

ب- مجموعة العقود

قد يحدث من الناحية العملية أن ترتبط عدة عقود ببعضها البعض بما في ذلك عقود التجارة الإلكترونية، إما بسبب موضوعها أو بسبب الأطراف التي أبرمتها، وهي ما تسمى بالعقود المتتابعة أو المتلاحقة[2].

فيطرح إشكال قانوني حول مدى امتداد أثر اتفاق التحكيم الإلكتروني الذي تضمنته بعض عقود التجارة الإلكترونية إلى باقي العقود التي لم يرد بها شرط تحكيمي إلكتروني.

من ثم يتعين التمييز بين حالتين، حالة مجموعة العقود المبرمة بسبب وحدة الموضوع وحالة سلسة العقود المبرمة بين نفس الأطراف.

1- مجموعة العقود المبرمة بسبب وحدة الموضوع

كثيرا ما تجتمع عدة عقود حول موضوع أو محل واحد، فيكون الارتباط بين تلك العقود بسبب وحدة الموضوع الذي تهدف إلى تحقيقه، وهو ما يسمى بحالة الائتلاف العقدي[3].

تظهر تلك العقود خاصة في العمليات الكبرى المتعلقة بالتجارة الدولية، أين يقوم الأطراف بإبرام عقد أساسي تتحد بموجبه الحقوق والالتزامات الأساسية، دون الدخول في التفاصيل الفرعية، وهو ما يسمى بالعقد الإطار *Contrat Cadre*، ثم يتبع ذلك إبرام العديد من العقود التنفيذية اللازمة لتحقيق وإنجاز هذه العملية، رغم اختلاف أطرافها[4].

---

[1]- محمد حسين بشايره، المرجع السابق، ص 40.

Ph FOUCHARD, E. GAILLARD, B.GOLDMAN, op.cit, p 316, Eric LOQUIN, op.cit, p 151.

[2]- محمود سمير الشرقاوي، الرجع السابق، ص 156، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال المرجع السابق، ص 493، صلاح سليم حامد النجار، المرجع السابق، ص 38.

Ch. SERAGLINI, J. ORTCHEIDT, op.cit, p 221.

[3]- نور الدين قارة، المرجع السابق، ص 104، أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 245.

[4]- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 267.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 317.

لمعرفة امتداد أثر اتفاق التحكيم من إحدى العقود المتضمنة لشرط التحكيم إلى باقي الائتلاف العقدي، لابد من التمييز بين ثلاثة حالات:

1- الحالة الأولى

عندما يكون العقد الإطار أو العقد الأساسي *Contrat de Base*، وحده متضمنا لشرط التحكيم، دون باقي عقود العقود التنفيذية المكونة للائتلاف العقدي[1].

هذه الحالة لا تثير أي إشكال، إذ اتجه رأي الفقه والقضاء إلى القول بامتداد شرط التحكيم الوارد بالعقد الأساسي إلى باقي العقود التنفيذية استنادا إلى مبدأ الفرع يتبع الأصل، وإلى اتجاه إرادة الأطراف الضمنية لإخضاع جميع المنازعات المحتمل نشوئها في إطار العملية التعاقدية بأكملها إلى التحكيم من طرف هيئة تحكيم واحدة يتم تشكيلها طبقا للاتفاق الوارد بالعقد الأساسي[2].

من ثم إذا تضمن عقدا من عقود التجارة الإلكترونية شرط تحكيم إلكتروني، امتد أثر ذلك الشرط إلى باقي العقود التنفيذية.

2- الحالة الثانية

قد تتضمن جميع العقود المشكلة للائتلاف العقدي شرطا تحكيميا مستقلا، ففي هذه الحالة يتم إعمال الشرط التحكيمي لكل عقد، لكن يثار إشكال حول إذا كان يتم ضم المنازعات المرتبطة الناشئة عن العقد الأساسي أمام هيئة تحكيمية واحدة، أم أنه يتم تشكيل هيئة تحكيمية مستقلة لكل نزاع يحتمل نشوئه عن كل عقد على حدا، وإن كانت مرتبطة[3].

في غياب اتفاق صريح للأطراف فإنه كقاعدة عامة يجب تفسير إرادة الأطراف على أنها تتجه إلى إخضاع جميع المنازعات المرتبطة للفصل فيها من قبل هيئة تحكيم واحدة، وهذا هو الهدف من تكرار نفس شرط التحكيم في كل عقد[4].

---

[1]- أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 246، صلاح سليم حامد النجار، المرجع السابق، ص 41، محمد حسين بشايره، المرجع السابق، ص 40.

[2]- Eric LOQUIN, op.cit, p 153.

[3]- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 268.

[4]- Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 318.

من ثم إذا تضمن كل عقد من عقود التجارة الإلكترونية المشكلة للائتلاف العقدي شرط تحكيم إلكتروني مستقل، فإنه في غياب اتفاق الأطراف يتعين عرض جميع المنازعات المتعلقة بتلك العقود على هيئة تحكيم إلكترونية واحدة.

3- الحالة الثالثة

قد يتضمن عقد من بين عقود الائتلاف العقدي شرط تحكيمي، في حين لم تحدد باقي العقود المرتبطة كيفية فض المنازعات المحتمل نشوئها، كما يمكن تصور اختلاف الشروط التحكيمية الواردة في كل عقد خاصة من حيث تحديد الهيئة التحكيمية[1].

أجمع الفقه على ضرورة البحث في مسألة تفسير إرادة الأطراف، فإن اتجهت إرادتهم إلى الفصل في كل النزاعات المرتبطة من طرف نفس الهيئة التحكيمية، فإن هيئة التحكيم التي يتم تشكيلها وفقا للشرط التحكيمي لإحدى العقود تكون مختصة للفصل في جميع النزاعات المرتبطة وهو ما يتعين تطبيقه كذلك بالنسبة لمجموعة عقود التجارة الإلكترونية المشكلة للائتلاف العقدي[2].

2- سلسلة العقود المبرمة بين نفس الأطراف

قد يتم في بعض الحالات إبرام نفس الأطراف لعقود تجارة إلكترونية متتالية متصلة بعلاقات تعاقدية معتادة بينهم، تتعلق بنفس المسائل أو مسائل متشابهة، وكانت إحدى تلك العقود لا تتضمن شرطا تحكيميا في حين تتضمن العقود التي سبقته ذلك الشرط[3].

لقد استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى امتداد شرط التحكيم التقليدي الوارد في أحد سلسلة العقود المبرمة بين نفس الأطراف إلى العقود اللاحقة من نفس السلسلة العقدية، وهذا وفقا لما يقتضيه العرف وسوابق التعامل بين الأطراف، فإن اختلف ذلك العرف لا يتم امتداد أثر

---

[1]- أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 509، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 269.

[2]- محمد حسين بشايره، المرجع السابق، ص 40.

«La jurisprudence est réticente à admettre que l'existence d'un groupe de contrat, justifie en soi que la clause compromissoire contenue dans l'un des contrats puisse être étendre aux litiges survenant relativement à d'autres contrats constituant le groupe de contrats», Eric LOQUIN, op.cit, p 155.

[3]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 494.

اتفاق التحكيم إلى العقود اللاحقة، وهو نفس المبدأ الذي يمكن تطبيقه بالنسبة لمجموعة عقود التجارة الإلكترونية المتتالية المبرمة مابين نفس الأطراف[1].

المبحث الثاني

تفسير اتفاق التحكيم الإلكتروني وانقضائه

لا تختلف الأحكام القانونية المتعلقة بتفسير اتفاق التحكيم الإلكتروني وانقضائه عن ما هو معمول به في التحكيم التقليدي عموما، فهي أحكام واحدة، لا تأثير للوسيلة المستخدمة لإبرامها عليها[2].

بغض النظر عن الدعامة المستعملة في تحرير اتفاق التحكيم، فإن تلك الوثيقة حتى ولو كانت إلكترونية، فإنه كأي عقد قد تتضمن صياغته غموضا من شأنه جعل ظاهر صياغة اتفاق التحكيم يختلف عن قصد إرادة أطرافه، خاصة بالنسبة لاتفاق التحكيم المصاغ في شكل شرط تحكيمي يتعلق بمنازعات لم تنشأ بعد[3].

كما أن اتفاق التحكيم الإلكتروني باعتباره عقدا فإنه يخضع بالضرورة للقواعد العامة في إنهاء العقود وانقضائها، إلا أن الطبيعة المتميزة لاتفاق التحكيم الإلكتروني تجعل له خصوصية تظهر في أسباب انقضائه[4].

من ثم سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، تتعرض في المطلب الأول إلى تفسير اتفاق التحكيم الإلكتروني، بينما تتعرض إلى انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني في المطلب الثاني.

---

[1]– صلاح سليم حامد النجار، المرجع السابق، ص39.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 322.

[2]– حمزة أحمد حداد، أثار اتفاق التحكيم وسقوطه في التحكيم البحري، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الدولي للتأمين والنقل البحري، المنعقد بتاريخ 12إلى 14 ماي 2008، على الموقع الإلكتروني

http://wwwapabaconf.com/userfiles/2-2008-4-2030

تم الإطلاع عليه بتاريخ 20-11-2017، على الساعة 18:31.

[3]– محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 97، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال المرجع السابق، ص 537.

Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 204.

[4]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 173.

المطلب الأول

تفسير اتفاق التحكيم الإلكتروني

بالرجوع إلى مختلف التشريعات الوطنية والدولية، فإنها لم تتضمن أحكام خاصة بتفسير اتفاق التحكيم مهما كانت طبيعته، مما يعني ضرورة الرجوع إلى الأحكام العامة لتبيان مدى انطباقها على تفسير اتفاق التحكم بما فيها اتفاق التحكيم الإلكتروني[1].

إن تفسير اتفاق التحكيم الإلكتروني يقتضي بالضرورة التطرق إلى مسألة مدى خضوعه للقواعد العامة لتفسير العقود نظرا لعدم وجود أحكام خاصة، وهذا ما سوف يتم التطرق إليه في الفرع الأول، بينما سوف نتطرق في الفرع الثاني إلى ضرورة التفسير الموسع لاتفاق التحكيم الإلكتروني.

الفرع الأول

مدى خضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني للقواعد العامة لتفسير العقود

إن مسألة تفسير اتفاق التحكيم الإلكتروني تثور خاصة في حالة الشرط التحكيمي الإلكتروني[2]، كما أنها تثور بشأن تفسير مدلول عبارات اتفاق التحكيم الإلكتروني، وكذا القانون الواجب التطبيق على هذا التفسير، فبتطبيق قواعد التنازع المادية، فإنه تطبق قواعد التفسير التي ينص عليها القانون الذي يخضع له موضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني[3].

أما إذا كانت مسألة التفسير معروضة على إحدى محاكم القضاء الوطني، فيتم التفسير

---

[1]– «لابد من الإشارة أن مسألة تفسير اتفاق التحكيم الإلكتروني تثار أمام هيئة التحكيم الإلكتروني عند مباشرتها مهامها، كما تثار أمام محاكم الدول عند طرح نظرها في صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني بمناسبة دعوى موضوعية يدفع فيها بوجود اتفاق تحكيم إلكتروني، أو بمناسبة دعوى بطلان أو تنفيذ حكم تحكيم إلكتروني» حمزة أحمد حداد التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 173هاني محمد كامل المنايلى، المرجع السابق، ص 281، فتحي والي، المرجع السابق، ص 155، ناصر ناجي جمعان، المرجع السابق، ص 253.

«Les principes d'interprétation appliqués à la convention d'arbitrage ne sont pas différents de ceux qui sont souvent retenus, au titre des principes généraux», Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD B. GOLDMAN, op.cit, p 277, Eric LOQUIN, op.cit, p 151.

[2]- «En pratique, la rédaction des convention d'arbitrage, n'est pas toujours satisfaisante et des difficultés d'interprétation apparaissent, surtout concernent la clause compromissoire» Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 205.

[3]- Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 276.

وفقا لقانون الدولة التي تنتمي إليها تلك الدولة[1].

إلا أنه وفقا لاجتهادات وعرف هيئات التحكيم فإنها تخضع تفسير اتفاق التحكيم عموما إلى ما تتجه إليه إرادة الطرفين، مع الأخذ بعين الاعتبار قواعد السلوك المتبعة في التجارة الدولية، وكذا التجارة الإلكترونية[2].

إن مشكلة تفسير اتفاق التحكيم الإلكتروني قد تثور في أي مرحلة من مراحل التحكيم الإلكتروني سواء بمناسبة إقرار اتفاق التحكيم الإلكتروني، أو سير إجراءات التحكيم الإلكتروني وكذا عند تنفيذ أو الفصل في بطلان حكم التحكيم الإلكتروني[3].

إن عبارات اتفاق التحكيم الإلكتروني قد تكون واضحة في دلالتها، فتكون ملزمة لأطراف الاتفاق بما أفصحت عنه عباراته، إلا أنه قد يحدث وأن تكون تلك العبارات يشوبها غموض يحتاج إلى توضيح لتحديد مضمون الاتفاق، كما قد يحدث وأن تكون عبارات الاتفاق واضحة في دلالتها إلا أنها لا تتوافق مع الإرادة المشتركة للأطراف، الذين قد يكونوا قاصدين معنى غير المعنى الظاهر[4].

في هذه الحالة يتولى المحكم أو القاضي المعروض عليه الأمر تفسير ذلك وفقا للقواعد العامة لتفسير العقود في غياب نصوص وأحكام خاصة بالتفسير في نظام التحكيم عموما، فإنه تطبق قواعد التفسير المقررة بالنسبة لسائر العقود[5].

من ثم فإنه حسب القواعد العامة في تفسير العقود[6]، فإن تفسير أي عقد لا يخرج عن

---

[1]– «من الحلول التي يتم اللجوء إليها لحل مشكلة التفسير لاتفاق التحكيم ترك مسألة التفسير وتفويضه عند اللجوء إلى التحكيم المؤسسي إلى المؤسسات التحكيمية»، هاني محمد كامل المنايلى المرجع السابق، ص 282 فتحي والي، المرجع السابق، ص 155.

[2]- La sentence de CCI, n° 5721, JDI 199, et n° 4131, JDI 1983, Eric LOQUIN, op.cit, p 151 Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 276.

[3]– عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 148.

[4]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 538.

[5]– حمزة أحمد حداد، أثار اتفاق التحكيم وسقوطه في التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 02.

[6]– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 7، 2015، ص 601.

ثلاثة حالات هي[1]:

أولا- حالة وضوح عبارات اتفاق التحكيم الإلكتروني

إذا كانت عبارات اتفاق التحكيم الإلكتروني واضحة لا غموض فيها، تتجه لاختيار نظام التحكيم الإلكتروني لحسم المنازعات الناشئة أو التي ستنشأ عن عقد التجارة الإلكترونية، فإن سلطة التفسير في هذه الحالة مقيدة، أين يجب الأخذ بالمعنى الظاهر دون الانحراف عنه بحجة تفسير، على أن يتم تفسير عبارات اتفاق التحكيم استنادا إلى مبدأ حسن النية[2].

إلا أنه قد يستعمل أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني عبارات واضحة، إلا أنها لا تدل مع وضوحها عن قصدهم، فتستطيع في هذه الحالة هيئة التحكيم أو القاضي الوطني أن يتصدى للتفسير وينحرف عن المعنى الظاهر إلى المعنى الذي قصده الأطراف[3].

ثانيا- حالة غموض عبارات اتفاق التحكيم الإلكتروني *Clause Pathologique*

قد تكون عبارات اتفاق التحكيم الإلكتروني شرطا كان أو مشارطة غامضة غير واضحة في دلالتها على ما قصدته إرادة أطرافه، أين تحتمل أكثر من معنى، فيكون ظاهر النص قد لا يوحي بما قصده الطرفان، في هذه الحالة يتعين على هيئة التحكيم أو القاضي حسب الحالة التدخل لتفسيرها حتى يزيل الغموض، من خلال البحث عن النية المشتركة للأطراف[4].

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 514، عمرو محمد المارية، المرجع السابق ص 335.

[2]- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 174، تنص المادة 111/1 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر على أنه «إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين»، ويطابق هذا النص المادة 150/1 من القانون المدني المصري.

«Le premier principe communément admis d'interprétation des conventions d'arbitrage est le principe d'interprétation de bonne foi», Ph. FOUCHARD, E.GAILLARD, B.GOLDMAN, op.cit, p277.

[3]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 516، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 279.

[4]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 150، وتنص المادة 111/2 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر على أنه «أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عن المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن تتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات».

لقد أطلق على هذا الشرط بالشرط المعتل *Clause Pathologique*، وكلمة *Pathologie* مصطلح طبي يعني علم الأمراض، وسبب التسمية أن الصياغة المعيبة لاتفاق التحكيم الإلكتروني تصيبه بمرض أو علة قد يمكن شفاؤه *Curable* عن طريق تفسيره بشكل يقترب من الواقع ويلبي رغبة طرفي الاتفاق[1].

هناك أسباب عديدة من شأنها أن تجعل اتفاق التحكيم الإلكتروني معتلا، مثالها الاتفاق على تعيين هيئة تحكيم إلكتروني غير تلك المقصودة من الأطراف أو تعيينها بشكل غير واضح ومحدد مما يؤدي إلى صعوبة التعرف عليها، أو تعيين هيئة تحكيم إلكتروني لكنها ترفض المهمة التحكيمية، أو تعيين محكم توفي أثناء النزاع، أو أن تتسبب العلة في إحداث نزاعات تعرقل سير و استمرار العملية التحكيمية[2].

من ثم يمكن اعتبار اتفاق التحكيم الإلكتروني الذي يشوبه عيب في التعبير فيكون معتلا فإنه يمكن اعتباره صحيحا ونافذا إذا أمكن التوصل إلى معرفة الإرادة المشتركة للطرفين، أما إذا تعذر شفاء العلة نتيجة عدم التوصل إلى الإرادة المشتركة للأطراف، أعتبر الاتفاق باطلا لعدم إمكانية شفائه *Clause Pathologique Incurable*[3].

نضرب كمثال عن حالة غموض عبارات اتفاق التحكيم الإلكتروني، أن ينصب الاتفاق على تسوية النزاع حسب لائحة مركز الجمعية الفرنسية للتحكيم، في حين أنه لا وجود لمركز تحكيم إلكتروني بهذا الاسم، بل أن المقصود هو مركز الجمعية الأمريكية للتحكيم ***AAA***[4].

إن هيئة التحكيم أو القاضي يستعين للكشف عن النية المشتركة لأطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني بعوامل داخلية وأخرى خارجية لتفسير الاتفاق، فأما عن العوامل الداخلية نذكر منها

---

[1]– فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 212.

Ch. SERAGLINI, J.ORTSCHEIDT, op.cit, p 209.

[2] - «Lés conventions d'arbitrage peuvent être pathologique pour de très nombreuses raisons, elles peuvent désigner institution d'arbitrage de manière erronée ou insuffisamment précise, ….», Ph. FOUCHARD, E.GAILLARD, B.GOLDMAN, op.cit p 283.

[3]– فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 215، عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني والمصري المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ص 214.

[4]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 540.

«طبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة وحسن نية بين الأطراف»[1].

نضيف إليها كذلك على سبيل المثال لا الحصر، *«إذا تحملت العبارة أكثر من معنى واحدا، فتحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثرا قانوني»*، *«عبارات العقد تفسر بعضها بعضا»*، *«تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم»*، *«العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني»*[2].

أما عن العوامل الخارجية في التفسير، الاستعانة بطبيعة المعاملة والظروف المحيطة بها وهذا يعني بالضرورة الأخذ بعين الاعتبار البيئة الإلكترونية والعالم الافتراضي الذي في كنفه تم إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني[3].

ثالثا- حالة وجود شك في عبارات اتفاق التحكيم الإلكتروني

إذا وجد شك حول حقيقة النية المشتركة لأطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني، ينبغي حل هذا الإشكال وفقا لقاعدة *«الشك يفسر لمصلحة المدين»*[4]، ويقصد بالمدين في اتفاق التحكيم الإلكتروني المحتكم ضده، أو هو الطرف الذي ترتب عليه العبارة محل التفسير التزاما، أو تشدد من مسؤوليته.

إلا أنه إذا كان أحد أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني طرفا مذعنا، فيجب أن يفسر الاتفاق في هذه الحالة لمصلحة الطرف المذعن في العقد الأصلي[5].

---

[1]- عمرو محمد المارية، المرجع السابق، ص 354.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN op.cit, p 277.

[2]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 612، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 282.

[3]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 152.

[4]- حمزة أحمد الحداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 177، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص 528.

[5]- فتحي والي، المرجع السابق، ص 158، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ص 544.

الفرع الثاني

التفسير الموسع لاتفاق التحكيم الإلكتروني

لقد سار الفقه العربي عموما في مجال تفسير اتفاق التحكيم على تبني مبدأ التفسير الضيق لذلك الاتفاق، على أساس أن التحكيم مهما كان نوعه ما هو إلا استثناء من القاعدة العامة التي توجب اللجوء إلى القضاء العادي لحل النزاعات[1].

من ثم فإن الشك في مدى خضوع نزاع معين للتحكيم يفسر ضد التحكيم، مع ترجيح اللجوء إلى القضاء الوطني لفض النزاع[2].

أخذا بالتفسير الضيق لاتفاق التحكيم عموما، يتعين التأكد من انصراف إرادة الأطراف بوضوح إلى التحكيم وأن تفسر عبارات الاتفاق دون قياس أو توسع، فإذا كانت تلك العبارات تحمل أكثر من معنى، يتعين تفسيرها على أساس ترجيح اللجوء إلى قضاء الدولة وليس إلى التحكيم[3].

غير أن القضاء الفرنسي لم يتبنى مبدأ التفسير الضيق لاتفاق التحكيم إلا في مجال التحكيم الداخلي، على أساس أن المهمة التحكيمية الموكلة إلى المحكمين محددة وفقا للإرادة الصريحة للأطراف[4].

إما إذا تعلق الأمر بالتحكيم الدولي وبالنتيجة التحكيم الإلكتروني لما له من طابع دولي فإنه يجب إتباع تفسير موسع لاتفاق التحكيم الإلكتروني، على أساس أن التحكيم هو الوسيلة العادية للفصل في المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي.

من ثم يتم تفسير الاتفاق موسعا لصالح مد نطاق التحكيم الإلكتروني وليس تقييده، وهو التفسير الذي أخذت به هيئات ومراكز التحكيم الإلكتروني[5].

---

[1]– أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 145.

[2]– حمزة أحمد حداد، أثار اتفاق التحكيم وسقوطه، المرجع السابق، ص 07.

[3]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ص 542.

[4]- Eric LOQUIN, op.cit, p 150.

[5]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 160، هاني محمد كامل المنايلى، المرجع السابق، ص 284.
Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 281.

الفرع الثالث

اختلاف الإرادة الظاهرة والباطنة من منظور قانون اليونسترال النموذجي

لقد عالج قانون اليونسترال النموذجي *UNICTRAL* للتجارة الإلكترونية لعام 1996 مسألة اختلاف الإرادة الباطنة والظاهرة في العقود الإلكترونية، من خلال المادة 13/7، وهو ما ينطبق على تفسير اتفاق التحكيم الإلكتروني باعتباره عقدا إلكترونيا[1].

قد يحدث خلل فني أثناء إرسال أو تبادل الرسائل الإلكترونية عند إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني، مما يؤثر على مضمون الرسالة فيؤدي إلى تغييرها، وبالتالي تختلف الإرادة الباطنة التي قصدها الأطراف عن الإرادة الظاهرة المعبر عنها[2].

طبقا للمادة 13/7 المشار إليها أعلاه، فإنه في حالة وجود اختلاف بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة نتيجة خطأ فني بمدى علم الطرف الآخر بذلك الاختلاف بين الإرادتين، نكون أما حالتين، فإذا كان يعلم أو يفترض أن يعلم بحقيقة الخلل الفني الذي أدى إلى اختلاف الإرادتين الباطنة والظاهرة، فإنه يؤخذ بالإرادة الباطنة لا المعبر عنها، أما إذا لم يكن ذلك الطرف يعلم ولا يستطيع أن يعلم بحدوث الخطأ الفني، فإنه يؤخذ بالإرادة الظاهرة[3].

الفرع الرابع

أهمية صياغة اتفاق التحكيم الإلكتروني

تفاديا للمشاكل التي من شأنها أن تنجم عن تفسير اتفاق التحكيم الإلكتروني نتيجة

---

[1]– تنص المادة 13/7 من القانون النموذجي لـ UNCITRAL الخاص بالتجارة الإلكترونية لعام 1996 على أنه «عندما تكون رسالة البيانات صادرة عن المنشئ أو عندما يكون من حق المرسل إليه أن يتصرف على أساس هذا الافتراض، يحق عندئذ للمرسل إليه، في إطار العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، أن يعتبر أن رسالة البيانات كما تسلمها هي الرسالة التي قصد المنشئ إرسالها، وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض، ولا يكون للمرسل إليه ذلك الحق متى عرف، أو كان عليه أن يعرف، إذا بذل العناية المعقولة أو استخدام أي إجراء متفق عليه أن البث أسفر عن أي خطأ في رسالة البيانات كما تسلمها».

[2]– خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 165، أيسر صبري إبراهيم، المرجع السابق، ص 157.

[3]– عمرو محمد المارية، المرجع السابق، ص 631، محمد عبد العزيز منسي المرجع السابق، ص 185.

غموضه فيكون لمسألة صياغة اتفاق التحكيم الإلكتروني أهمية كبيرة، ذلك أن الصياغة المبهمة أو الرديئة أو الناقصة لاتفاق التحكيم الإلكتروني قد تعرضه للإبطال قبل البدء في العملية التحكيمية أو أن تعرض العملية التحكيمية للفشل في حالة البدء فيها، كما أنه من شأنها تعرض حكم التحكيم الإلكتروني للبطلان[1].

من ثم يستحسن أن تكون العبارات المستعملة في صياغة اتفاق التحكيم الإلكتروني دقيقة وواضحة، بحيث لا تؤدي إلى الغموض أو اللبس أو التأويل أو التفسيرات المختلفة، بأن يتضمن الاتفاق جميع المسائل الضرورية لسير العملية التحكيمية حتى تحصنه من البطلان.

كما لابد أن تكون عباراته واضحة غير عمومية تعبر عن إرادة الأطراف في تنظيم العملية التحكيمية، ونذكر منها على سبيل المثال القانون الواجب التطبيق سواء الموضوعي أو الإجرائي عدد المحكمين وكيفية تعيينهم[2].

إن أهمية صياغة اتفاق التحكيم الإلكتروني تظهر بدرجة كبيرة في حالة التحكيم الإلكتروني الحر، أين تكون كل التفاصيل ضرورية، أما حينما يتعلق الأمر بالتحكيم المؤسسي فإن هيئات التحكيم الإلكتروني تضع في الغالب اتفاق تحكيم إلكتروني نموذجي يمكن تدوينه من قبل الأطراف، سواء تعلق الأمر بشرط أو مشارطة التحكيم.

على سبيل المثال وضعت غرفة التجارة الدولية شرطا نموذجيا يمكن تدوينه في العقد أو في أتفاق التحكيم مفاده «*جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد يتم حسمها نهائيا وفقا التوفيق و التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس بواسطة محكم أو عدة محكمين يتم تعيينهم طبقا لذلك النظام*»[3].

---

[1]– فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 214.

[2]– شاهر مجاهد الصالحي، المرجع السابق، ص 26.

[3]– إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 256.

المطلب الثاني

انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني وآثاره

على اعتبار أن اتفاق التحكيم الإلكتروني هو عقد كسائر العقود، فإنه يخضع بدوره للقواعد العامة الخاصة بإنهاء العقود، إلا أنه يتميز بخصوصيات تظهر آثارها في أسباب انقضائه، أو الآثار المترتبة على انقضائه[1].

من ثم سوف نتطرق إلى انقضاء التحكيم الإلكتروني في الفرع الأول، بينما نعالج في الفرع الثاني آثار انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني.

الفرع الأول

انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني

يقصد بانقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني عدم وجوده، بحيث يكون أو يصبح غير صالح للعمل به، إما منذ إبرامه، وهذا في حالة بطلانه، أو بعد إبرامه صحيحا لكنه بنقضي لأسباب أخرى[2].

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني شأنه شأن اتفاق التحكيم التقليدي، سواء تمت صياغته في شكل شرط أو مشارطة تحكيم، فإنه ينقضي لأحد سببين، إما لأسباب تتعلق بانقضاء بالعقد الأصلي، وإما لأسباب خاصة تتعلق به على اعتباره عقد مستقل عن العقد الأصلي[3].

أولا- الأسباب المتعلقة بانقضاء عقد التجارة الإلكتروني الأصلي

قد يتخيل للأذهان أن انقضاء العقد الأصلي المتعلق بأحد عقود التجارة الإلكترونية يؤدي بالضرورة إلى انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني خاصة بالنسبة لشرط التحكيم الإلكتروني[4]، إلا

---

[1]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 173.

[2]- « إن اتفاق التحكيم كالكائن الحي له بداية وينتهي بنهايته، بدايته الاتفاق عليه، ونهايته بتوافر السبب الذي يؤدي إلى زواله»، هاني محمد كامل المنايلى، المرجع السابق، ص 341، ناريمان عبد القادر، المرجع السابق ص 555.

[3]- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 146.

Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 214.

[4]- Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 452.

أنه وتبعا لما سبق شرحه فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني حتى ولو كان في صورة شرط تحكيم إلكتروني، يعتبر اتفاقا مستقلا عن شروط عقد التجارة الإلكتروني الأصلي[1].

فلا يترتب على بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو إنهائه أي أثر على اتفاق التحكيم الإلكتروني، الذي يظل قائما، استنادا إلى مبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني[2].

بل أن اتفاق التحكيم الإلكتروني يحتفظ بآثاره وفعاليته لأجل فض المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الإلكترونية على الرغم من انقضاء العقد الأصلي، على أن ذلك المبدأ لا يسري في حالة تنفيذ عقد التجارة الإلكتروني الأصلي [3].

من ثم نتطرق إلى مختلف الحالات التي تؤدي إلى إنهاء العقد الأصلي المتعلق بأحد عقود التجارة الإلكترونية، ومدى تأثيرها على انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني.

1- تنفيذ عقد التجارة الإلكتروني

يعتبر تنفيذ عقد التجارة الإلكتروني بما حمله من التزامات على أطرافه، الطريق الطبيعي لإنهاء ذلك العقد[4]، فإذا قام كل من طرفي عقد التجارة الإلكتروني بتنفيذ التزاماتهم العقدية كاملة دون حدوث خلاف أو نزاع، فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني شرطا كان أم مشارطة ينقضي بانقضاء ذلك العقد لتنفيذ موضوعه[5].

أما في حالة وجود منازعة حول تنفيذ التزامات العقد الأصلي، فإن النزاع يطرح على التحكيم الإلكتروني استنادا إلى مبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني[6].

2- التقادم

إن احتجاج أحد أطراف عقد التجارة الإلكتروني بتقادم الالتزامات الناشئة عن ذلك العقد

---

[1]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 559.

[2]- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 199، ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 504، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 119.

Eric LOQUIN, op.cit, p 118, Jean- Baptiste RACINE, op.cit, p 98.

[3]- Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 214.

[4]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 891، خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 11.

[5]- Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 453.

[6]- محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 159.

ليس من شأنه التأثير على اتفاق التحكيم الإلكتروني الذي تضمنه ذلك العقد، بل أن المنازعة حول وجود التقادم من عدمه يتم حلها عن طريق التحكيم الإلكتروني تنفيذا لاتفاق التحكيم الإلكتروني[1].

3- تجديد عقد التجارة الإلكتروني

إن تجديد عقد التجارة الإلكتروني المتضمن اتفاق التحكيم الإلكتروني، ولو في صورة شرط تحكيم، ليس من شأنه إنهاء اتفاق التحكيم الإلكتروني، ذلك أن انتهاء مدة العقد الأصلي يؤدي إلى إنهاء الحقوق والالتزامات الناشئة عنه عن تلك المدة، ولكنه لا ينهي العقد ذاته مادام قد تجدد، فيبقى العقد بجميع بنوده بما فيها شرط التحكيم الإلكتروني[2].

4- فسخ عقد التجارة الإلكتروني أو انفساخه

لا يترتب على فسخ عقد التجارة الإلكتروني، أو انفساخه سواء بالإرادة المنفردة من أحد طرفي العقد، أو باتفاق الطرفين، أو بقوة القانون، انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني، مادام أن أطرافه لم يتفقوا على فسخه.

أين تخول لهيئة التحكيم الإلكتروني صلاحية الفصل فيما ينشأ من منازعات حول الفسخ أو الانفساخ المتعلقة بعقد التجارة الإلكتروني الأصلي، أو حول آثاره، أو حول المسؤولية الناشئة عنه أو حول الالتزامات التي تولدت عن العقد في الفترة السابقة على فسخه أو إنهائه[3].

5- بطلان عقد التجارة الإلكتروني

دائما استنادا إلى مبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني، فإن بطلان عقد التجارة الإلكتروني الأصلي لأي سبب من أسباب البطلان، لا يمنع من إعمال اتفاق التحكيم الإلكتروني[4].

---

[1]- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 143.

«La clause compromissoire ne serait pas affectée par l'allégation par une partie de la prescription des obligations nées du contrat principal», Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B, GOLDMAN op.cit p 453.

[2]- فتحي والي، المرجع السابق، ص 168.

[3]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 560.

[4]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 411، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 234.

أين تختص هيئة التحكيم الإلكتروني في إقرار صحة ذلك البطلان وآثاره، إلا إذا امتد ذلك البطلان إلى اتفاق التحكيم الإلكتروني كذلك، وهو أمر يؤدي بهيئة التحكيم الإلكتروني إلى إقرار عدم اختصاصها[1].

ثانيا- الأسباب المتعلقة باتفاق التحكيم الإلكتروني ذاته

هناك أسباب مستقلة عن عقد التجارة الإلكتروني الأصلي تؤدي إلى انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني لتعلقها بذلك الاتفاق[2].

1- انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني بإرادة الأطراف

قد يكون اتفاق التحكيم الإلكتروني صحيحا ونافذا بحق طرفيه، إلا أنه ينقضي باتفاق الخصوم على التنازل عنه وفسخه بالاتفاق، كما هو الحال بالنسبة لأي عقد[3]، هذا ما يطلق عليه بالإقالة أو التقايل[4]، فالإرادة هي أساس نظام التحكيم الإلكتروني، وهي المسيطرة على اتفاق التحكيم ولو كان إلكترونيا، منذ انعقاده حتى انقضائه[5].

إذ أنه من الأسباب التي من شأنها تنهي اتفاق التحكيم الإلكتروني اتفاق الأطراف على الإنهاء الاختياري لذلك الاتفاق، فينقضي اتفاق التحكيم الإلكتروني المبرم بينهم، وينقضي بالتبعية اختصاص هيئة التحكيم الإلكتروني للنظر في النزاع[6].

إن اتفاق الأطراف على إنهاء اتفاق التحكيم الإلكتروني قد يكون صراحة أو ضمنا فالاتفاق الصريح يرد في صورة محرر مكتوب أو صورة إعلانات على يد محضر أو مراسلات

---

[1]- «La nullité alléguée ou constatée du contrat principal n'empêche pas le tribunal arbitral de statuer sur l'existence et les conséquences de cette nullité», Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN op.cit, p 455.

[2]- «La convention d'arbitrage peut en définitive essentiellement voir ses effets s'étendre lorsque les parties y ont renoncé», Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 214.

[3]- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 237، محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 160.

[4]- «يعرف التقايل على أنه انحلال العقد باتفاق الطرفين، على أن يكون ذلك بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين»، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 603.

[5]- مها عبد الرحمن الخواجا، المرجع السابق، ص 124.

Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 196.

[6]- هاني محمد كامل المنايلى، المرجع السابق، ص 377، ناصر ناجي جمعان، المرجع السابق، ص 264.

متبادلة أو من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية[1].

أما الإنهاء الضمني فيكون بلجوء أحد الطرفين إلى قضاء الدولة في نزاع نشأ عن عقد التجارة الإلكتروني الأصلي، فيحضر الطرف الآخر ويقدم دفوعه الموضوعية دون أن يدفع بوجود اتفاق تحكيم إلكتروني[2].

إلا أنه ينبغي الإشارة في هذا المجال أن اللجوء إلى القضاء المستعجل من قبل أحد الأطراف من أجل طلب اتخاذ احد التدابير الإستعجالية أو التحفظية لا يعني تنازله عن التحكيم فيما يتعلق بموضوع الحق.

كما أن حضور الطرف الآخر وتقديم دفوعه في الدعوى المستعجلة دون الدفع بوجود اتفاق تحكيم إلكتروني ، لا يعني كذلك تنازله عن حقه في اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني[3].

كما أن عدم قيام أحد أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني بتعيين محكمه في الآجال القانونية، لا يعتبر تنازلا ضمنيا عن اتفاق التحكيم الإلكتروني[4].

إن اتفاق الأطراف على التنازل عن اتفاق التحكيم الإلكتروني الوارد في عقد من العقود المتتابعة أو أحد عقود مجموعة العقود التي تتم بين نفس الأطراف لتحقيق هدف اقتصادي واحد لا يسري على بقية العقود، بل تنازلا عن اتفاق التحكيم في ذلك العقد فقط[5].

إن قيام أحد الأطراف برفع دعوى أمام القضاء بصدد أحد النزاعات الناشئة عن عقد التجارة الإلكتروني الأصلي الذي تضمن اتفاق تحكيم إلكتروني، وعدم دفع الطرف الآخر بوجود اتفاق تحكيم إلكتروني، لا يعني التنازل عن التحكيم الإلكتروني في جميع المنازعات المستقبلية الناشئة عن ذلك العقد الأصلي[6].

---

[1]– أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 147.

[2]– حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص 196.

[3]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 561.

[4] -«Le fait de ne pas désigner un arbitre dans le délai stipulé par la convention d'arbitrage ne s'analyse pas en une renonciation au bénéfice de cette convention», Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD B. GOLDMAN, op.cit, p 458.

[5]- Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 458.

[6]– محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 161.

إلا أن اتفاق أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني على إنهائه لا يؤثر على عقد التجارة الإلكتروني الأصلي الذي يستمر بين طرفيه، مادام لم يتفق على إنهائه.

إذا كان الأصل أن التنازل عن اتفاق التحكيم الإلكتروني يكون باتفاق الأطراف، إلا أنه قد يحدث أن تأتي صياغة اتفاق التحكيم الإلكتروني بأن تعطي الحق لطرف واحد فقط للجوء إلى التحكيم دون الطرف الآخر[1].

2- انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني لبطلانه أو قابليته للإبطال

يعتبر اتفاق التحكيم الإلكتروني الركيزة الأساسية لشرعية نظام التحكيم الإلكتروني، من ثم أجمعت جميع القوانين الوطنية والدولية على ضرورة وجود اتفاق التحكيم الإلكتروني، من ثم يتعين أن يكون هذا الاتفاق صحيحا وقائما إلى غاية صدور حكم تحكيم إلكتروني[2].

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني لا يعدو أن يكون نوعا من التصرفات الخاضعة للقواعد العامة فيما يتعلق ببطلان العقود، ما لم يرد نص خاص[3]، إلا أنه واستنادا إلى مبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني، فإن ذلك الاتفاق ينقضي استقلالا عن عقد التجارة الإلكتروني الأصلي، حينما يشوبه عيب من عيوب البطلان، بشرط عدم تعلقها بالعقد الأصلي، وأن يكون لها تأثيرا عليه[4].

إن اتفاق التحكيم الإلكتروني وتطبيقا للقواعد العامة إما أن يكون باطلا بطلانا مطلقا، وإما أن يكون قابلا للإبطال[5].

---

[1]- مصطفى محمد الجمال ، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 562.

«Les parties peuvent renoncer expressément ou implicitement à la convention d'arbitrage sans pour autant renoncer au contrat principal», Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN op.cit, p 456.

[2]- ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 555، أحمد بشير الشرايري، المرجع السابق، ص 26.

Eric LOQUIN, op.cit, p 148.

[3]- محمد طه سيد أحمد عاشور، المرجع السابق، ص 59، لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 382.

[4]- «La convention d'arbitrage s'éteint, indépendamment du contrat principal, l'ors qu'elle est affectée par une cause d'annulation qui n'a pas d'incidence sur le contrat principal», Ph. FOUCHARD E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 458.

[5]- حمدي المغاوري محمد عرفه، إجازة العقد القابل للإبطال، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2014، ص 103، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 413.

أ- البطلان المطلق لاتفاق التحكيم الإلكتروني

إن نقطة البداية في نظام التحكيم الإلكتروني هي وجوب التأكد من وجود اتفاق التحكيم الإلكتروني، على اعتبار أن ذلك الاتفاق هو التعبير على رضا الأطراف باختيار نظام التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات الناشئة أو التي ستنشأ بينهم كبديل عن قضاء الدولة[1].

إذا فقد اتفاق التحكيم الإلكتروني ركنا من أركانه، والمتمثلة في ضرورة وجود الرضا وتطابق إرادة أطرافه، أو إذا كان موضوعه غير قابل للتحكيم، أو كان سببه غير مشروعا وفقا لما سبق شرحه في الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم الإلكتروني، فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا[2].

إذا ثبت بطلان اتفاق التحكيم الإلكتروني، فإن ذلك يعني انعدام هذا الاتفاق واعتباره كأنه لم يكن، ويكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه، كما يجوز لهيئة التحكيم وكذا المحكمة أن تثير بطلانه من تلقاء نفسها، ولا يمكن تصحيح ذلك البطلان بالإجازة[3].

قد يبطل اتفاق التحكيم الإلكتروني بالنسبة لبعض أطرافه دون البعض الآخر إذا كان النزاع قابل للتجزئة، أما إذا كان غير قابل للتجزئة، فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني ينقضي برمته[4].

---

[1]- أحمد بشير الشرايري، المرجع السابق، ص 28، محمود مختار بربري، المرجع السابق، ص 36.
Ph. FOUCHARD E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 274.

[2]- «يعرف البطلان المطلق Nullité Absolue على أنه جزاء العقد الذي تخلف فيه ركن من أركان الانعقاد» علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 77، حمدي المغاوري محمد عرفه، المرجع السابق، ص 117، حفيظة السيد الحداد المرجع السابق، ص 357، محمد طه سيد أحمد عاشور، المرجع السابق، ص 60.
«La convention d'arbitrage sera sanctionnée par une nullité absolue l'ors qu'elle aura pour objet un litige dont la matière est in arbitrable en raison de considérations relevant de l'ordre publie de direction», Eric LOQUIN, op.cit, p 149.

[3]- تنص المادة 102 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر على أنه «إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة، وتسقط دعوى البطلان بمضي 15 سنة من وقت إبرام العقد».

[4]- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 152.

ب- قابلية اتفاق التحكيم الإلكتروني للإبطال

يكون اتفاق التحكيم الإلكتروني قابلا للإبطال[1]، متى شاب إرادة أحد أطرافه عيب من عيوب الرضا كالإرادة والغلط والتدليس والاستغلال، أو كانت أهليته ناقصة[2].

إن حق التمسك بإبطال اتفاق التحكيم الإلكتروني يقرر فقط لمن تقرر الإبطال لمصلحته ولا يجوز للطرف الآخر الاحتجاج به، كما لا يمكن لهيئة التحكيم الإلكتروني أو المحكمة المختصة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وينتقل ذلك الحق إلى الورثة وكذا دائني المتعاقد والخلف الخاص لكن يكون ذلك التمسك باسم مدينهم[3]، على أنه يصحح ذلك الإبطال بالإجازة[4].

3- انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني بوفاة المحكم أو عزله أو تنحيه أو رده

إذا قام أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني بتحديد الهيئة التحكيمية المختصة بالفصل في المنازعات الناشئة، بمقتضى ذلك الاتفاق، إلا أنه عند وقوع النزاع يتبين أن تلك الهيئة التحكيمية قد انقضت شخصيتها المعنوية، وأنها لا تتعامل بالتحكيم الإلكتروني من الأساس، فنكون أمام حالة استحالة التنفيذ تؤدي إلى انفساخ إتفاق التحكيم الإلكتروني[5].

كما أن بعض التشريعات جعلت من وفاة المحكم المعين بعينه بمقتضى اتفاق التحكيم

---

[1]- «يعرف البطلان النسبي Nullité Relative على أنه جزاء تخلف عن شرط من شروط صحة العقد »، محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومه، الجزائر، 2014 ص 13 إلى 192، حمدي المغاوري محمد عرفه، المرجع السابق، ص 160 إلى 170.

[2]- محمد طه سيد أحمد عاشور، المرجع السابق، ص 62، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 357 فتحي والي، المرجع السابق، ص 144.

«La clause insérée dans un acte n'est pas valable il reste que cette nullité qui peut être effectivement invoquée par toutes les parties n'est que relative, et que ces mêmes parties peuvent renoncer a s'en prévaloir», Eric LOQUIN, op.cit, p 148.

[3]- تنص المادة 99 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر على أنه «إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق».

[4]- تنص المادة 100 من القانون المدني السالف الذكر على أنه «يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير».

[5]- حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص 200.

أو رده أو تنحيه أو عزله، يعتبر سببا من أسباب انقضاء اتفاق التحكيم[1].

إلا أن بعض التشريعات لا تجعل من زوال صفة المحكم لأي سبب من الأسباب السالف ذكرها سببا لانقضاء اتفاق التحكيم، في حالة وجود اتفاق بين الأطراف على طريقة استبدال المحكم، سواء كان الاتفاق بينهم مباشرة أو الإحالة إلى أحد لوائح هيئات التحكيم[2].

مع الملاحظة أن الإشكال المتعلق بالمحكم المعين بشخصه غالبا ما تكون في حالة مشارطة التحكيم الإلكتروني[3].

4- انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني بانتهاء ميعاده

من أسباب انقضاء اتفاق التحكيم عموما بم فيه اتفاق التحكيم الإلكتروني انتهاء ميعاده ويمكن تصور انتهاء مدة اتفاق التحكيم الإلكتروني في حالتين، حالة انتهاء مدته قبل اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني، وحالة عدم اصدرا حكم التحكيم الإلكتروني بعد انتهاء المدة المحددة لذلك الغرض ومن ثم يتعين التفريق بين الحالتين[4].

أ- سقوط اتفاق التحكيم الإلكتروني بانتهاء مدته

قد يتفق الأطراف من خلال اتفاق التحكيم الإلكتروني على تحديد مدة زمنية معينة لأجل مباشرة إجراءات التحكيم الإلكتروني، فإذا انتهت المدة المتفق عليها دون مباشرة إجراءات التحكيم من خلال تقديم طلب التحكيم، فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني يسقط[5]، ويسترجع كل طرف حقه في الالتجاء إلى القضاء[6].

---

[1]- تنص المادة 1024/1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، السالف الذكر على أنه «ينتهي التحكيم بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيه أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف...».

[2]- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 149.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 459.

[3]- Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 214.

[4]- أحمد بشير الشرايري، المرجع السابق، ص 72، ناصر ناجي جمعان، المرجع السابق، ص 267.

[5]- «كأن يتفق الأطراف على أنه في حالة حدوث نزاع يشأن العقد المبرم بينهم، يتعين تقديم طلب تحكيم خلال مدة شهر من نشأة النزاع، وإلا سقط اتفاق التحكيم»، محمود مختار بربري، المرجع السابق ص 162.

[6]- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 314، حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص 445.

ينبغي الإشارة إلى أن انتهاء المدة في هذه الحالة يؤدي إلى سقوط اتفاق التحكيم الإلكتروني بالنسبة إلى المنازعة التي ابرم الاتفاق يشأنها دون أن يمتد إلى للمنازعات الأخرى التي لم تحدث بعد[1].

كما أن إبرام مشارطة تحكيم إلكتروني بعد حدوث النزاع، لا يمنع الأطراف من تحديد مدة معينة لبدء إجراءات التحكيم الإلكتروني، وبانقضاء تلك المدة دون اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني يسقط اتفاق التحكيم الإلكتروني، ولا يجوز التمسك أمام القضاء بالمشارطة التي انقضت مدتها[2].

في حالة سقوط اتفاق التحكيم الإلكتروني في الحالة المشار إليها، وتم الشروع في إجراءات التحكيم الإلكتروني، يكون من حق الطرف صاحب المصلحة التمسك بسقوط اتفاق التحكيم الإلكتروني لانتهاء مدته، وإذا لم تستجب هيئة التحكيم الإلكتروني إلى هذا الدفع جاز التمسك به كسبب لطلب بطلان حكم التحكيم الإلكتروني[3].

ب- انقضاء ميعاد إصدار حكم تحكيم الكتروني

من الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني عدم توصل هيئة التحكيم الإلكتروني إلى إصدار حكم في النزاع[4].

ذلك أن عدم إصدار المحكم أو هيئة التحكيم الإلكتروني لحكم تحكيمي فاصل في النزاع في المدة المتفق عليها بمقتضى اتفاق التحكيم الإلكتروني أو المدة القانونية المحددة لذلك الغرض المنصوص عليها بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق، يؤدي إلى انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني[5].

---

[1] - Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 458.

[2]- محمود مختار بربري، المرجع السابق، ص 218، فتحي والي، المرجع السابق، ص 577.

[3]- أحمد بشير الشرايري، المرجع السابق، ص 74.

[4]- هاني محمد كامل المنايلى، المرجع السابق، ص 376.

[5]- على سبيل المثال تنص المادة 1024/2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، السالف الذكر على أنه «ينتهي التحكيم بانتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تشترط المدة، فبانتهاء مدة أربعة أشهر»، محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 161، فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 243، أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 149، مها عبد الرحمن الخواجا، المرجع السابق، ص 125.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 460.

ذلك أنه يتعين على المحكم أو هيئة التحكيم إصدار حكم تحكيم إلكتروني في المدة المتفق عليها، ما لم يتفق الأطراف على تمديدها[1].

الأصل أن يتحدد ميعاد الفصل في النزاع من قبل هيئة التحكيم وفقا لإرادة الأطراف ولهم أن يحددوا تلك المدة في اتفاق التحكيم الإلكتروني، ولهم أن يتفقوا على تمديد الميعاد كتابة بأي صورة من صور الكتابة بما في ذلك الكتابة الإلكترونية، كما يمكن تمديد الميعاد ضمنيا، مثالها الحضور أمام هيئة التحكيم الإلكتروني رغم انقضاء الميعاد المتفق عليه سابقا ودون المسك بانقضاء الميعاد[2].

5- انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني بصدور حكم في موضوع النزاع

إن السبب الطبيعي لانقضاء التحكيم الإلكتروني هو صدور حكم تحكيم إلكتروني في النزاع موضوع التحكيم من قبل المحكم أو هيئة التحكيم الإلكتروني[3]، أين ينقضي اتفاق التحكيم الإلكتروني في حالة صدور حكم تحكيم إلكتروني ولو كان ذلك الحكم قابلا للإبطال، أو قضي بإبطاله[4].

إن انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني لصدور حكم فيه لا يؤدي في حالة استمرار وجود عقد التجارة الإلكتروني الأصلي إلى عدم طرح نزاع جديد ناشئ عن ذلك العقد على التحكيم الإلكتروني[5].

6- انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني ببطلان حكم التحكيم الإلكتروني

إن إصدار القضاء حكم يقضي بإبطال حكم التحكيم الإلكتروني، لا يجيز إعادة طرح نفس

---

[1]- أحمد السيد الصاوي، المرجع السابق، ص 234، محمود مختار بربري، المرجع السابق، ص 160.
Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 458.

[2]- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 190، أحمد بشير الشرايري، المرجع السابق، ص 75.

[3]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 173، محمد خالد الحضين، المرجع السابق، ص 141، محمود السيد عمر التحيوي، حكم التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 217.
«La rédaction de la sentence arbitrale met fin à la mission du tribunal arbitral», Ch. SERAGLINI J. ORTSCHEIDT, op.cit, p 214, Et voir Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit, p 327.

[4]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 566.

[5]- محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 163.
Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit, p 459.

النزاع على التحكيم الإلكتروني، إلا بمقتضى اتفاق تحكيم إلكتروني جديد، مما يعني أن إبطال حكم التحكيم قضائيا يؤدي إلى إسقاط اتفاق التحكيم الإلكتروني[1].

الفرع الثاني

آثار انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني

إن بطلان اتفاق التحكيم الإلكتروني لأي سبب من الأسباب لا يؤثر على وجه الإطلاق في صحة وسلامة عقد التجارة الإلكتروني الأصلي، استنادا على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني، ما لم يكن العقد الأصلي باطلا لنفس السبب، إلا إذا تم الاتفاق على أن شرط التحكيم الإلكتروني شرط جوهري لتعاقد الأطراف، بحيث يبطل العقد إذا ما بطل اتفاق التحكيم الإلكتروني[2].

متى انقضى اتفاق التحكيم الإلكتروني فإن ثمة آثار قانونية تترتب على ذلك، إلا أنه يتعين التفرقة بين حالة انقضاء التحكم الإلكتروني قبل صدور حكم التحكيم الإلكتروني، وحالة انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني بعد صدور حكم التحكيم الإلكتروني[3].

أولا- حالة انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني قبل صدور حكم تحكيم إلكتروني

يترتب على انقضاء التحكيم الإلكتروني قبل الفصل في الدعوى من لدن هيئة التحكيم الإلكتروني، زوال صلاحية وولاية هيئة التحكيم الإلكتروني للفصل في النزاع، وعودة هذه الصلاحية إلى القضاء بصفته صاحب الاختصاص الأصلي[4].

كما أنه يترتب على انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني عودة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الاتفاق على التحكيم الإلكتروني في أي صورة كان، وأيا كان سبب الانقضاء[5].

---

[1]- حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص 203.

[2]- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 152.

[3]- محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 164.

[4]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 567، مها عبد الرحمن الخواجا المرجع السابق، ص 128، نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق ص 314، أحمد بشير الشرايري، المرجع السابق، ص 72.

[5]- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 146.

من ثم فإذا فصلت هيئة التحكيم الإلكتروني في النزاع بعد انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني، فإن حكمها يكون باطلا، أين يكون للطرف المستفيد من البطلان رفع دعوى أمام القضاء للحكم ببطلان حكم هيئة التحكيم الإلكتروني.

إلا أن البطلان حكم التحكيم الإلكتروني في هذه الحالة ليس من النظام العام[1]، إذ يجوز أن يسلك الطرف الآخر الصادر حكم هيئة التحكيم الإلكتروني ضده أن يسلك مسلكا يفيد رضاه بالحكم الباطل، فيقوم بتنفيذ الحكم دون التمسك ببطلانه، سواء كان الرضاء صريحا أو ضمنيا المهم أن يثبت من ظروف الحال بصورة قاطعة لا لبس فيها أن الطرف الذي قرر البطلان لصالحه تنازل عن التمسك ببطلانه[2].

إلا أنه إذا رغب الأطراف اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني بعد انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني السابق، فيكون بإمكانهم إبرام اتفاق تحكيم إلكتروني جديد[3].

بالنسبة لإجراءات الإثبات التي تمت قبل انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني مثالها سماع الشهود أو أعمال خبرة، فقد جرى الفقه والقضاء الفرنسي على عدم الاحتجاج بها أثناء سير الدعوى أمام القضاء الوطني المختص، على اعتبار أنها ليست إجراءات قضائية، لكن ذلك لا يمنع من الاستئناس بها إن كانت مدونة على محاضر[4].

أما بالنسبة للمسائل التي حسمت جزئيا بمقتضى حكم جزئي صادر عن هيئة التحكيم الإلكتروني قبل صدور الحكم النهائي، وهي ما تسمى بأحكام المحكمين الجزئية، كالأحكام التمهيدية والصادرة قبل الفصل في الموضوع، فهذه الأحكام صحيحة ومنتجة لآثارها لصدورها ممن حق له إصدارها قبل استنفاذ ولايته، ما لم يكن موضوع النزاع غير قابل للتجزئة، بحيث أن الحكم في شق منه يؤثر على الفصل في أجزائه الأخرى، مما يجعل من الحكم في شق منه عديم

---

[1]– فتحي والي، المرجع السابق، ص 139.

[2]– ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص 279، أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 146 مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 165.

[3]– حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص 195.

[4]– مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 570.

الأثر وغير ملزم للقضاء[1].

ثانيا- حالة انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني بصدور حكم تحكيم الإلكتروني

إذا كان حكم التحكيم الإلكتروني هو سبب انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني، فيترتب على ذلك التزام أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني وفقا لما تقرره اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية[2].

إن الحكم الصادر عن هيئة التحكيم الإلكتروني وبعد استيفائه طرق الطعن فيه يحوز حجية الشيء المقضي فيه، على اعتباره عمل قضائي شأنه شأن الأحكام الصادرة عن القضاء الوطني، وتطبيقا لذلك فإنه لا يجوز للأطراف إعادة طرح النزاع أمام القضاء الوطني ولا أمام هيئة تحكيمية أخرى.

لقد أقرت مختلف هيئات التحكيم الإلكترونية حجية أحكام التحكيم الإلكترونية، على سبيل المثال ما نصت عليه المادة $34_{/6}$ من قواعد الغرفة التجارية الدولية *CCI*، والمادة $7_{/3}$ من لائحة هيئة مركز الوساطة والتحكيم على الخط *ATA Online*[3].

لا يختلف عن ذلك الاتجاه سوى اللائحة الموحدة المعتمدة من طرف هيئة الإيكان *L'ICANN* التي لا تمنح الحكم الصادر عن هيئة التحكيم الإلكتروني تلك الحجية، أين أقرت بالمادة 4 أن مجرد تقديم شكوى أمام إحدى هيئات التحكيم الإلكترونية لا يكون مانعا لطرح النزاع من جديد أمام القضاء الوطني[4].

---

[1]- أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 150، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 463.

[2]- تنص المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري السالف الذكر على أنه «يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل ...».

[3] -«En général les règlements des centres d'arbitrage précisent quelle force obligatoire doit être accordée aux sentences arbitrales, ainsi selon l'article $34_{/6}$ du règlement d'arbitrage de la CCI de 2012 toute sentence arbitrale revêt un caractère obligatoire pour les parties, le règlement de médiation et d'arbitrage en ligne d'ATA online dispose dans son article$7_{/3}$alinéa 2 que les décisions arbitrales étant traditionnellement reconnues par les juridiction du monde entier», Ahmed EL SHAKANKIRY, op.cit p 353.

[4] - Ahmed MIKLALAH, op.cit, p 355.

الخاتمة

إن ظهور التحكيم الإلكتروني كوسيلة فعالة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية كان نتيجة التطور الهائل في التكنولوجيا وثورة الاتصالات، وما تبعه من تنمية معلوماتية ألقت بظلالها على تطور التحكيم بمفهومه التقليدي، أين أصبح التحكيم الإلكتروني صيغة مطورة للتحكيم بصورته التقليدية.

إن الآليات التقليدية لتسوية المنازعات، أصبحت عاجزة عن فض المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الإلكترونية، مما ظهرت الحاجة لتفادي الاصطدام بالطابع الإقليمي والمادي عند فض ذلك النوع الحديث من المنازعات، إلى البحث عن آلية جديدة وحديثة لفض منازعات عقود التجارة الإلكترونية يجري اتخاذ إجراءاتها بنفس الوسيلة التي تبرم بواسطتها عقود التجارة الإلكترونية.

يعتبر اتفاق التحكيم الإلكتروني الشريان الوحيد الذي ينفذ من خلاله الأطراف إلى نظام التحكيم الإلكتروني، فبدونه لا يمكن اللجوء إلى الهيئات التحكيمية الإلكترونية لمباشرة التحكيم الإلكتروني بغية فض المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية المبرمة بينهم.

من ثم فإن صياغة اتفاق التحكيم الإلكتروني في أي صورة كان لها أهمية بالغة، إذ أن الصياغة المبهمة أو الناقصة أو الرديئة لاتفاق التحكيم الإلكتروني تؤدي إلى نشوء عدة نزاعات حول تفسيره وتأويله، كما قد يؤدي إلى بطلانه مما يؤدي إلى تعريض العملية التحكيمية بأكملها للفشل، ومما لا شك فيه أن صعوبة صياغة أتفاق التحكيم الإلكتروني تظهر أكثر في حالة التحكيم الحر، لأنه في حالة التحكيم المؤسسي يستطيع الأطراف الإحالة إلى القواعد اللائحية لإحدى مؤسسات التحكيم الإلكترونية، فتصبح نصوص تلك اللائحة مكملة لاتفاق التحكيم الإلكتروني وجزءا لا يتجزءا منه.

من خلال دراسة موضوع اتفاق التحكيم في عقود التجارة الإلكترونية توصلنا إلى عدة نتائج نذكر منها:

1- إن اتفاق التحكيم الإلكتروني هو تصرف قانوني إرادي يتم من خلاله الاتفاق على فض المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الإلكترونية عن طريق التحكيم الإلكتروني باعتباره وسيلة فعالة لفض وتسوية ذلك النوع من المنازعات، على أن يتم ذلك الاتفاق في إطار عقد

إلكتروني يحمل صفات وخصائص السرعة في التعاقد عن بعد، أين يتم التعبير عن الإرادة باستعمال وسائل إلكترونية.

2- لا يختلف اتفاق التحكيم الإلكتروني عن اتفاق التحكيم التقليدي إلا من حيث الوسيلة الإلكترونية المستعملة في إبرامه.

3- تتفق الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم الإلكتروني مع الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم التقليدي، ذلك أن لكل منها طبيعة خاصة، تجعلها تختلف عن سائر الاتفاقات الإرادية التي تنصب عادة على الحقوق والمراكز القانونية للأشخاص، فهي لا تتصل بتلك الحقوق أو المراكز القانونية إلا بطريق غير مباشر، مادام أن موضوعها المباشر هو إخراج النزاع عن ولاية القضاء الوطني وإسناده إلى محكمين.

4- يتخذ اتفاق التحكيم الإلكتروني ثلاثة صور، فقد يرد في صيغة بند في إحدى عقود التجارة الإلكترونية، وهو ما يسمى بشرط التحكيم الإلكتروني، وقد يرد في صيغة عقد مستقل عن العقد الأصلي، وهو ما يسمى بمشارطه التحكيم الإلكتروني، كما قد يرد في شكل شرط تحكيمي ضمن العقد الأصلي، وقد يتخذ شكل شرط تحكيم بالإحالة.

5- لا يختلف اتفاق التحكيم الإلكتروني عن اتفاق التحكيم التقليدي فيما يتعلق بشروط صحته إلا من حيث الشروط الشكلية، أين يتم كتابته والتوقيع عليه بشكل إلكتروني، كما أن شروط صحة التراضي في اتفاق التحكيم الالكتروني هي نفسها الواردة في القواعد العامة من حيث وجوب خلوها من العيوب، وصدورها من مكتمل الأهلية.

6- استنادا إلى مبدأ التكافؤ الوظيفي، فإن الكتابة الإلكترونية لاتفاق التحكيم لها نفس قوة وحجية الكتابة التقليدية لذلك الاتفاق، على أن تتوفر مجموعة من الشروط، وهي أن تكون مقروءة ومستمرة ودائمة وغير قابلة للتعديل، وتلعب جهات التوثيق أهمية كبيرة في توفير الثقة والأمان في إبرام عقود التجارة الإلكترونية وبالنتيجة اتفاقات التحكيم الالكترونية.

7- إن تفاق التحكيم الالكتروني هو تعاقد بين حاضرين زمانا، وغائبين مكانا، إلا في حالة التعاقد غير اللحظي، مثالها عن طريق استعمال البريد الإلكتروني، فيكون بين غائبين زمانا ومكانا.

8- إن إجازة التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم الإلكتروني من خلال وسائل إلكترونية يثير العديد من الصعوبات، أهمها تحديد هوية الشخص المتعاقد والتأكد من أهليته، وأنه وعلى الرغم من الجهود المبذولة للتأكد من هوية وأهلية الأطراف المتعاقدة إلا أنه لا توجد وسيلة فعالة وآمنة للتحقق من ذلك الأمر.

9- تعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني من المسائل الهامة، على اعتبار أن القانون المختار هو الذي من شأنه أن يحكم وجود اتفاق التحكيم الإلكتروني وصحته ونفاذه وآثاره، وكقاعدة عامة فإنه يتم تحديد القانون الواجب التطبيق سواء على موضوع اتفاق التحكيم الالكتروني أو إجراءاته استنادا إلى إرادة الأطراف، على أن لا تخالف النظام العام وقوانين حماية المستهلك.

10- في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الالكتروني، تحل هيئة التحكيم الإلكتروني مكان إرادة الأطراف على أن يكون اختيارها للقانون الأكثر اتصالا بموضوع النزاع.

11- الأصل أن تتشكل هيئة التحكيم الإلكتروني بواسطة الأطراف ، ولا تتشكل هيئة التحكيم بمجرد تعيينها، بل لابد من قبول المحكمين بالمهمة التحكيمية.

12- إن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم الالكتروني يعتبر من المبادئ المستقرة في نظام التحكيم الالكتروني شأنه شأن التحكيم التقليدي، وأن هذا المبدأ يمس شرط التحكيم الالكتروني دون المشارطة، كون أن الأولى يتم الاتفاق عليها وتدرج ضمن عقد التجارة الإلكتروني الأصلي على عكس المشارطة، التي لا تظهر للوجود إلا عند حصول النزاع.

13- من أهم آثار اتفاق التحكيم الالكتروني، نزع الاختصاص للنظر في منازعات عقود التجارة الالكترونية عن القضاء الوطني صاحب الولاية الأصلية للنظر فيها وإسناده إلى هيئة تحكيم الكترونية، إلا أن ذلك لا يحول عن بسط القضاء الوطني رقابته على اتفاق التحكيم الإلكتروني سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة .

في ختام دراستنا لموضوع اتفاق التحكيم في منازعات عقود التجارة الالكترونية ننتهي إلى مجموعة من التوصيات نجملها على النحو التالي:

1- نشر ثقافة تسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية عن طريق التحكيم الالكتروني لما له من فوائد وامتيازات خاصة أنه يتناسب وطبيعة الطريقة التي تبرم بها تلك العقود، على أن يتم التعريف بفوائد التحكيم الالكتروني واتفاقه من خلال الندوات والمؤتمرات.

2- تطوير المناهج الدراسية داخل الجامعات بإدراج مقررات حول عقود التجارة الالكترونية وطرق حلها باستعمال الوسائل الالكترونية.

3- إقامة دورات تدريبية من شأنها المساعدة في إبرام اتفاقات التحكيم الالكترونية ومحاولة إيجاد الحلول التي تصادف الأطراف عند إبرام تلك الاتفاقات.

4- وضع قواعد دولية موحدة تتعلق بتنظيم عملية التحكيم الالكتروني، بداية من إبرام اتفاق التحكيم الالكتروني وصولا إلى تنفيذ حكم التحكيم الالكتروني.

5- ضرورة تعديل التشريعات الوطنية لإزالة كل العقبات والتحديات القانونية التي تعترض إبرام العقود الالكترونية بما فيها، اتفاق التحكيم الالكتروني.

6- ضرورة تبني القضاء الوطني لفكرة إمكانية إبرام اتفاق الكتروني لفض منازعات عقود التجارة الالكترونية عن طريق التحكيم الالكتروني، ومن ثم الاعتراف بالأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم الالكترونية.

7- إدراج نصوص قانونية من شأنها تكريس الحماية المقررة للمستهلك سواء عند إبرام عقود التجارة الالكترونية أو عند فض منازعاتها عن طريق التحكيم الالكتروني.

8- استحداث جهات توثيق متخصصة ومعتمدة تتولى مهمة توثيق كل ما له علاقة بإبرام اتفاق التحكيم الالكتروني والتوقيع عليه وتبادل الإيجاب والقبول.

9- إنشاء هيئات تحكيم إلكتروني متخصصة في الجزائر للفصل في منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

الملاحق

الملحق رقم 01

نماذج صيغ شرط التحكيم

النموذج الأول

نموذج شرط تحكيم معتمد من طرف المحكمة الافتراضية

يجري تسوية أي نزاع أو خلاف ينشأ بمناسبة هذا العقد عن طريق التحكيم في رحاب المحكمة الافتراضية، ووفقا للإجراءات التي تحددها، وتكون لغة التحكيم....، مع العلم بأن القرار الصادر في النزاع يكون نهائيا وغير قابل للاستئناف.

النموذج الثاني

نموذج شرط تحكيم اليونسيترال النموذجي

كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه أو فسخه أو بطلانه يسوى بطريق التحكيم وفقًا لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كما هي سارية المفعول حاليًا.

النموذج الثالث

نموذج شرط تحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس CCI

جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد أو التي لها علاقة به يتم حسمها نهائيًا وفقًا لقواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة محكم أو عدة محكمين يتم تعيينهم طبقًا لتلك القواعد.

النموذج الرابع

نموذج شرط تحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس AAA

أي خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به يتم حسمها عن طريق التحكيم وفقًا لقواعد التحكيم الدولي لجمعية التحكيم الأمريكية.

النموذج الخامس

كل نزاع ينشأ عن انعقاد أو تنفيذ أو تفسير أو إلغاء أو فسخ أو صحة أو بطلان هذا العقد أو يتفرع عنه أو يرتبط به بأي وجه من الوجوه يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم بواسطة محكم منفرد أو أكثر يتم تعينهم وفقآ لنظام ..... .

النموذج السادس

كافة النزاعات التي تنشأ عن هذا العقد يتم الفصل فيها عن طريق التحكيم بواسطة محكم واحد يتم اختياره عن طريق.....أو إلى هيئة تحكيم مؤلفة من ثلاث محكمين يعين كل طرف محكماً.

وفى حال تخلف أحد الأطراف عن تعيين محكمه خلال ثمانية أيام بعد توجيه إنذار إليه بصدد تعيين المحكم فإنه يتم تعيين المحكم وفقآ لحكم القانون ويعلن الأطراف تنازلهم عن حق الطعن بالقرار التحكيمى أو القرارات التحكيمية عن طريق الاستئناف.

النموذج السابع

أي نزاع أو أي خلاف أو إدعاء ينشأ أو يكون متصلاً بهذا العقد أو بمخالفة أحكامه أو فسخه أو بطلانه ستتم تسويته بالتحكيم وفقاً لقواعد ..... ويمكن للطرفين إضافة ما يتفقان عليه من بيانات تتعلق بعدد المحكمين ومكان التحكيم ولغته والقواعد التي تحكمه ..... الخ.

النموذج الثامن

كافة النزاعات والاعتراضات التي تنشأ عن هذا العقد والتي تتعلق به يتم الفصل فيها عن طريق التحكيم في ..... وتشكل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين يعينوا على الشكل التالي:

(أ) يعين كل من الطرفين محكما ويقوم المحكمان المعينان على هذا النحو بتعيين المحكم الثالث الذي يقوم بمهام رئاسة هيئة التحكيم.

(ب) إذا لم يقم أحد الطرفين بتعيين المحكم خلال ثلاثين يوماً من إخطاره بتعين المحكم المعين من الطـرف الآخر يعين المحكـم بنـاء على طلب هذا الأخير من قبل.....

(ج) إذا لم يتفق المحكمان المعينان من الطرفين على اسم المحكم الثالث خلال ثلاثين يوما من تعيين المحكم الثاني يعين المحكم الثالث من قبل .....بناء على طلب خطى من أحد الطرفين

(د) في حال حصول أي مانع من الموانع التي تحول دون إمكانية قيام أحد المحكمين أو أكثر بتأدية العمل المكلف به كعضو في هيئة التحكيم كوفاة أحد المحكمين أو استقالته أو فقدان أهليته لأداء وظيفته يتم تعيين محكم بديل له بالطريقة المنصوص عليها أصلا لتعيين المحكم

الجاري استبداله وبعد استبدال المحكم تقرر هيئة التحكيم الإجراءات اللازمة لمباشرة الفصل في الدعوى .

الملحق رقم 02

نموذج مشارطة تحكيم

إنه في يوم ..... الموافق ..... / ..... / 2012.

تم الاتفاق بين كلا من:

أولا.....طرف أول.

ثانيا.....طرف ثاني.

(تكتب البيانات التفصيلية عن كل طرف وممثله القانوني)

أقر المتعاقدان واتفقا على ما يأتي:

المادة الأولى: إنه بتاريخ.../.../... تم تحرير عقد.....بين الطرفين، اشترط بالمادة .....منه على ما يأتي (تنسخ المادة حرفيا)، وقد اختلف الطرفان في تفسير هذه المادة، أين إدعى الطرف الأول أن معناها.....(يذكر ادعاؤه بالتفصيل)، وحسما للنزاع القائم وتجنبا لدفع رسوم الدعاوى وبطء الإجراءات أمام المحكمة، اتفق الطرفان على عرض النزاع على هيئة تحكيم يكون حكمها نهائيا وغير قابل لأي طعن.

المادة الثانية: نظرا للخلاف الذي ثار بين الطرفين بشأن النقاط الآتية:

1- .....

2-.....

3-.....

(يجب تحديد مواضيع النزاع بدقة شديدة لأنه يعد هو محل التحكيم وسلطة المحكمين ويتسنى فيما بعد مراقبة مدى التزامهم حدود ولايتهم) .

حيث أن الطرف الأول يرى إن وجهة نظره في هذه النقاط الخلافية تتمثل فيما يلي ..... ويطلب بناء عليه .....

بينما يرى الطرف الثاني من وجهة نظره

..... ويطلب بناء عليه

.....

المادة الثالثة: إنه حسما لهذا الخلاف تم الاتفاق على إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم المشكلة من

1-.....

2-.....

3-.....

المادة الرابعة: يتم الفصل في هذا النزاع وفقا لقواعد.....

(يحدد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وإجراءاته، إما وفقا لقانون دولة معينة يتم تحديدها أو تطبيق لوائح إحدى هيئات التحكيم مع تحديدها).

المادة الخامسة: ووفقا لما سبق سيكون للمحكمين سلطة الفصل في المسائل الآتية:

1-.....

2-.....

3-.....

المادة السادسة:على المحكمين إصدار حكمهم في مدة أقصاها.....شهر من تاريخ هذا العقد.

إذا لم يشترط أجل للحكم وجب على المحكمين إصداره خلال إثني عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم.

المادة السابعة: يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء بعد المداولة فيما بينهم مجتمعين.

المادة الثامنة: على المحكمين إيداع أصل الحكم الصادر منهم مع أصل وثيقة التحكيم بمعرفة أحدهم في ظرف 15 يوما التالية لصدوره لدى قلم كتاب محكمة.....

المادة التاسعة: مصروفات هذا الاتفاق وأتعابه يدفعها الطرفان مناصفة، أما مصاريف الإجراءات وأتعاب المحكمين فيلزم بدفعها من يحكم ضده من الطرفين.

المادة العاشرة: حرر هذا العقد من خسر نسخ، يستلم كل طرف نسخة منه وتسلم النسخ الباقية لكل واحد من المحكمين.

ثم يتم توقيع الطرفين على الاتفاق، كما يتم توقيع المحكمون بقبول مهمة التحكيم، على انه إمكانهم التوقيع بقبول المهمة التحكيمية بإقرارات مستقلة عن هذه الوثيقة.

ملحق رقم 03
نموذج مشارطة تحكيم لغرفة التحكيم الدولية بباريس

MODEL DE COMPROMIS D'ARBITRAGE

Entre les soussigné(e)s :

La société X… *(raison sociale et adresse).*

La société Y… *(raison sociale et adresse).*

Il a été préalablement exposé ce qui suit :
(Exposer sommairement les faits donnant lieu à litige et d'une manière très précise l'objet même du litige. Si les parties ne peuvent convenir d'un exposé conjoint, chaque partie devra alors exposer sa propre version du litige).

En conséquence, les parties sont convenues par le présent compromis d'arbitrage de soumettre ce litige à la Chambre Arbitrale Internationale de Paris qui interviendra conformément à son Règlement que lesdites parties déclarent connaître et accepter.

Les arbitres auront à résoudre les points suivants :

(préciser nettement la mission des arbitres)

Sur la demande la société X... Sur la demande la société Y...

Les parties désignent *(éventuellement)* les arbitres suivants :

Pour la Société X : Monsieur .....
Pour la Société Y : Monsieur .....

Fait en trois exemplaires à Paris le

ملحق رقم 04

نموذج طلب تحكيم إلكتروني وفقا لنظام المحكمة الافتراضية

Demande d'arbitrage
Règlement d'arbitrage du Cyber Tribunal

Les Parties

Identité du Demandeur
*Nom de l'entité ou de
Personne physique
Identité du Défendeur
*Nom de l'entité ou de
Personne physique

Demande

***Nature et circonstances du différend**
Décrivez la nature et les circonstances ayant donné naissance au différend.
Veuillez fournir tous documents contractuels se rapportant au différend en question.

***Valeur du litige**
Note : La valeur du litige est nécessaire pou déterminer les frais et honoraires, sauf circonstances exceptionnelles, la valeur du litige représente le montant maximum que le Tribunal arbitral peut accorder.
Si la demande n'est pas quantifiable, le secrétariat évalue la valeur Du litige.

Détails se rapport au montant
Indiquez tous détails, information ou explications relatifs au montant de la demande.

***Redressement recherché**
Indiquer le redressement que vous rechercher dans le cadre de la procédure d'arbitrage.

Autres Commentaires ou informations
Indiquez tout autre commentaire ou informations qui peut se révéler pertinent dans le cadre de cette demande.

Autres Procédures

Indiquez toute procédure légale, commencée ou terminée, en relation avec le présent différend.

Clause d'arbitrage

Contenu de la clause d'arbitrage

Si vous avez une clause d'arbitrage avec le Défendeur, revoyant ou non au Règlement d'arbitrage de Cyber Tribunal, veuillez la copier dans l'espace prévu ci-dessous.

Commentaires et Propositions

Insérez tout commentaire relatif au siège d'arbitrage, aux règles de droit applicable et a la langue de la procédure.

Tribunal arbitral

*Nombre d'arbitres

Si vous souhaitez que le tribunal arbitral soit composé de trois arbitres, veuillez le noter ci-dessous.

*Trois 3 Arbitres.

* Qualifications de (s) l'arbitre (s).

Indiquez toute information se référant aux qualifications recherchées chez l'arbitre. (Ex langue, localisation géographique, champ d'expertise, etc.)

Déclaration finales du Demandeur

Le Demandeur souhait que la présente Demande d'arbitrage fasse l'objet d'une sentence en accord avec le Règlement d'arbitrage du Cyber Tribunal.

1-Que les réclamations et redressements recherchés ne concernent que le Demandeur, et renonce a lés employer a l'encontre de Cyber Tribunal il ou de ses employés ainsi qu'l'encontre dés arbitres, sauf dans le cas de faute volontaire.

2- Que lés informations contenues dans la présente Demande d'arbitrage sont intégrales et véridiques dans la mesure dès connaissances du Demandeur, que la Demande d'arbitrage n'est pas soumise dans un but impropre, tel que le harcèlement et que les assertions contenues dans la Demande d'arbitrage sont conformes aux règles et la loi applicable.

Date : Insérez la Date
Nom : Insérez votre Nom

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

I- المراجع العامة

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاقد الإلكتروني، مجلس النشر العلمي الكويت، 2003.

2- أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة، القاهرة، 1989.

4- إدريس النوازلي، حماية عقود التجارة الإلكترونية في القانون المغربي، دراسة مقارنة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2010.

5- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، مصر 2000.

6- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2005.

8- إسماعيل عبد النبي شاهين، مدى مسؤولية الوكيل في عقد الوكالة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2014.

9- الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الجزء الرابع، دار الفكر، بيروت، 1978.

10- أمير فرج يوسف، التجارة الإلكترونية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.

11- أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن طريق الإلكتروني وإثباته، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2015.

12- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغداوي، الجزائر 2009.

13- بسمان نواف الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2014.

14- بشار محمود دودين، محمد يحي المحاسنة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.

15- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 7، الجزائر، 2015.
جمال عبد الباقي، الإنترنت والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
16- حمدي المغاوري محمد عرفه، إجازة العقد القابل للإبطال، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
17- خالد حمدي عبد الرحمن، التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية القاهرة، 2005.
18- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2011.
19- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
20- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية مصر، 2008.
21- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
22- سمير دنون، العقود الإلكترونية في إطار تنظيم التجارة الإلكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012.
23- شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016.
24- شحاته غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.
25- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
26- طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2016.

27- عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني بين التطور القانوني والأمن التقني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.

28- عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

29- عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

30- عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني والمصري المقارن، منشأة المعارف الإسكندرية، 1985.

31- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام تحديث وتنقيح المستشار أحمد مدحت المراغى، دار الشروق، مصر، 2010.

32- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، تحديث وتنقيح المستشار أحمد مدحت المراغى، دار الشروق القاهرة، 2010.

33- عبد الفتاح الزيتوني، تنازع الاختصاص في العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، تقديم محمد الأطرش، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، مراكش، 2010.

34- عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007.

35- عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية مصر، 2005.

36- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية، ط 9، الجزائر، 2015.

37- عمر محمد بن يوسف، أشهر المبادئ المتعلقة بالإنترنت في القضاء الأمريكي، موسوعة التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

38- عمرو محمد المارية، عقد البيع الإلكتروني، أحكامه وآثاره، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

39- فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2010.

40- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، الجزائر، 2014.

41- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2005.

42- محمد أمين الرومي، المستند الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

43- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.

44- محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دار هومه، الجزائر، 2014.

45- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، الجزائر، 2007.

46- محمد عبيد الكعبي، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة 2010.

47- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط 2، الأردن، 2008.

48- محمد نور برهان، عز الدين خطاب، التجارة الإلكترونية، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، القاهرة، 2010.

49- محمود جمال الدين ذكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، بدون ناشر، 1978.

50- محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

51- مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى الجزائر، 2009.

52- ميكائيل رشيد علي الزيباري، العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.

53- نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

54- نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 1999.

55- هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.

56- هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري العراق، 2011.

II- المراجع المتخصصة

1- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، بدون دار نشر، 1995.

2- أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار النهضة العربية، القاهرة 2008.

3- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، منشأة المعارف، ط 5، الإسكندرية 1988.

4- أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017.

5- أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.

6- أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم العربية بدون ناشر، ط 2، 2004.

7- أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ط 2، الأردن، 2016.

8- أحمد بلقاسم، التحكيم الدولي، دار هومه، ط 2، الجزائر، 2006.

9- أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

10- أحمد صالح علي مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2011.

11- أحمد صدقي محمود، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة 2001.

12- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظير وتطبيق مقارن دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

13- أمينة خبابة، التحكيم الإلكتروني في التجارة الدولية، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون مصر، 2010.

14- أحمد محمد فتحي الخولي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل المنازعات المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

15- أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية العراق، 2011 .

16- أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

17- إلياس ناصيف، العقود الدولية، التحكيم الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2012 .

18- أميرة حسن الرافعي، التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونية في ظل الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2012.

19- الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2011.

20- إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، ماهيته وإجراءاته وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2009.

21- إيهاب عمرو، التحكيم التجاري الدولي المقارن، في ضوء تحول سياسات التنمية الاقتصادية في الدول النامية، الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.

22- جعفر ذيب المعاني، التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.

23- جمال أحمد هيكل، الاتفاق على التحكيم بين الإجراء والموضوع، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.

24- حسام الدين فتحي ناصيف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

25- حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر 2006.

26- حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 1996.

27- حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

28- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2010.

29- خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فض المنازعات، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2011.

30- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، 2002.

31- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر العربي الإسكندرية، 2008.

32- خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، فض المنازعات بالتحكيم الإلكتروني عبر وسائط الاتصال الإلكترونية، دار النهضة العربية، ط 2، القاهرة، 2012.

33- رضوان هاشم حمدون الشريفي، نحو نظام قانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

34- سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

35- سيد أحمد محمود، نحو إلكترونية التحكيم والتحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية القاهرة، 2010.

36- صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2016.

37- طلعت يوسف خاطر، حياد المحكم واستقلاله بين النظرية والتطبيق، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.

38- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

39- عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، دار المعارف، الإسكندرية، 1999.

40- عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2013.

41- عبد الكريم أحمد الثلاياء، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.

42- عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة لقواعد جمعية التحكيم الأمريكية وتنظيم محكمة الفضاء في ضوء المبادئ العامة للتحكيم التقليدي، دار النهضة العربية، القاهرة 2011.

43- عصام أحمد البهجي، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2017.

44- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، ماهيته، إجراءاته، وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2009.

45- عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية ط 3، الجزائر، 2005.

46- عمر أزوكار، التحكيم التجاري الداخلي والدولي بالمغرب، قراءة في التشريع والقضاء تقديم عز الدين الكتاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2015.

47- عمرو محمد المارية، مشكلات المسؤولية المدنية في نطاق التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

48- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.

49- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2008.

50- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

51- ماهر محمد حامد، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011.

52- محسن جميل جريح، التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2016.

53- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2009.

54- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2002.

55- محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2008.

56- محمد شعبان إمام السيد، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.

57- محمد طه سيد أحمد عاشور، اتفاق التحكيم وإجراءات الخصومة التحكيمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

58- محمد عبد العزيز منسي، موسوعة اتفاق التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت، 2011.

59- محمد كولا، تطور التحكيم الجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغداوي، الجزائر 2008.

60- محمد مأمون سليمان، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

61- محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

62- محمود السيد التحيوى، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2003.

63- محمود السيد التحيوي، مفهوم الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.

64- محمود السيد عمر التحيوى، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2003.

65- محمود السيد عمر التحيوى، حكم التحكيم الإلكتروني، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية 2011.

66- محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

67- محمود محمد الشيخ، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.

68- محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، اتفاق التحكيم دار الفكر العربي، القاهرة، 1990.

69- محمود مختار أحمد بريرى، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط 3، القاهرة 2004.

70- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.

71- مصطفى ناطق صالح الناصري، التطورات الحديثة في التحكيم التجاري، دار الكتب القانونية، مصر، 2015.

72- معوض عبد التواب، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997.

73- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية 2005.

74- منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، التحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2006.

75- مولاي حفيظ علوي قاديري، طرق فض المنازعات في التجارة الإلكترونية، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، المغرب، 2013.

76- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 وتعديلاته، مستقبل التحكيم، التحكيم الإلكتروني واتفاقه، دار النهضة العربية القاهرة، 2016.

77- ناصر محمد الشرمان، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2015.

78- ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2008.

79- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

80- نور الدين قارة، قانون التحكيم، مقدمة عامة، التحكيم الداخلي، مركز النشر الجامعي ط 2، تونس، 2017.

81- هاني محمد كامل المنايلى، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، دراسة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.

82- هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012.

83- يوسف حسن يوسف، التحكيم الدولي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011.

III- الرسائل والمذكرات الجامعية

1- الشنطي سهى نمر، التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية رسالة ماجستير، جامعة بيرزت، 2008.

2- بكلي نور الدين، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2007-2008.

3- بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، تاريخ المناقشة 20-06-2012.

4- حمد حمود الصانع، المسؤولية المدنية للمحكم، رسالة ماجستير مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط 2012.

5- درار نسيمة، واقع المسؤولية المدنية في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2011- 2012.

6- رجاء حافظ بني شمسه، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009.

7- رشيد علام، عوائق تطور التجارة الإلكترونية في الوطن العربي، دراسة حالة الجزائر، رسالة لنيل شهادة الماجستير في إدارة الأعمال، فرع تجارة إلكترونية، الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي، السنة الجامعية 2009-2010.

8- روابحي أمينة، التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مذكرة لإتمام متطلبات نيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي والعلاقات السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 20016-2017.

9- صراع كريمة، واقع وأفاق التجارة الإلكترونية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم التجارية، تخصص إستراتجية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة وهران، السنة الجامعية 2013 – 2014.

10- صلاح سليم حامد النجار، الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الأزهر، غزة، 2014.

11- طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 03-11-2011.

12- عائشة مقراني، مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية 2005.

13- عبير ميخائيل الصفدي، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، رسالة لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، أيار 2009.

14- محمد خالد الحضين، اتفاق التحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والكويتي، رسالة ماجستير مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

15- محمد محمود محمد جبران، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2009.

16- منسول عبد السلام، قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000-2001.

IV- المقالات والأبحاث

1- أحمد شرف الدين، تسوية المنازعات إلكترونيا، مؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية والاتجاهات الحديثة في وسائل حسم المنازعات، جامعة الدول العربية بالقاهرة، 12-13 يناير 2002.

2- أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات حل منازعاتها، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، 10-12 ماي 2003، المجلد الرابع، على الموقع الإلكتروني:
http://www.imtithal.com/uploaded/media/research.pdf
3- أحمد مصطفى الدبوسي السيد، اتفاق التحكيم المصرفي الإلكتروني، مجلة كلية الحقوق لجامعة المنصورة، عدد 55، أبريل 2014، على الموقع الإلكتروني:
http://srv4.eulc.edu.eg/eulc_v5/Libraries/Thesis/BrowseThesisPages.aspx?
4- أسامة إدريس بيد الله، التحكيم الإلكتروني، ماهيته وإجراءاته، على الموقع الإلكتروني:
http://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2010/04/%
5- أسامة بن غانم العبيدي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المجاد 28، العدد 56 نوفمبر-ديسمبر 2012، على الموقع الإلكتروني التالي:
https://www.nauss.edu.sa/Ar/CollegesAndCenters/ResearchesCenter/
6- أسعد فاضل منديل، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، المجلد الرابع، كانون الأول 2011، على الموقع الإلكتروني:
http://iasj.net/iasj?func=search&query=
7- ألاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد السادس، العدد الثاني، 2009، على الموقع الإلكتروني:
http://iefpedia.com/arab/wp
8- ألاء يعقوب النعيمي، الوكيل الإلكتروني، مفهومه وطبيعته القانونية، مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانوني، المجلد 7، العدد 2، يونيو 2010، على الموقع الإلكتروني:
http://www.google.co.uk/ur?sa
9- أمل كاظم كريم الصدام، تقدير القيمة الثبوتية للمحرر الإلكتروني، على الموقع الإلكتروني:
http://almerja.com/reading.php?IDM=73359
10- بريش عبد القادر، حمدي معمر، دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، مداخلة ملقاة بالملتقى العلمي الدولي الرابع حول عصرنة نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر، عرض تجارب دولية، على الموقع الإلكتروني:
http://groups.googels.com

11- توجان فيصل الشريدة، ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية المجلد الثالث، على الموقع الإلكتروني:
http://slconf.uaeu.ac.ae/prev_conf/arabic_prev_conf2008.asp
12- حمزة حداد، الاتجاهات الحديثة في قانون التحكيم الأردني المرقم 31 لسنة 2001، على الموقع الإلكتروني:
http://lac.com.jo
13- حمزة أحمد حداد، آثار اتفاق التحكيم وسقوطه في التحكيم البحري، المؤتمر الدولي للتأمين والنقل البحري المنعقد بتاريخ 12 و14 ماي 2008، على الموقع الإلكتروني:
http://aqabaconf.com/userfiles/2.2008-4.2030
14- حمزة حداد، اتجاهات حديثة في التحكيم التجاري في الدول العربية، مؤتمر خصائص المحكم في دول البحر المتوسط والشرق الأوسط، القاهرة، 2011، على الموقع الإلكتروني:
http://lac.com.jo
15- حيدر مهدي نزال، التحكيم الإلكتروني والقانون العراقي، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين المجلد 17، الإصدار 02، لسنة 2015، على الموقع الإلكتروني:
http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=109151
16- زهيرة كيسي، مبدأ استقلالية شرط التحكيم التجاري عن العقد، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد 08، جوان 2015.
17- سمير برهان، اتفاق التحكيم في التجارة الإلكترونية، ندوة صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية، 25-29 ديسمبر 2007، منشور على الموقع الإلكتروني:
http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/arado/unpan029771.pdf
18- شاهر مجاهد الصالحي، اتفاق التحكيم، ملتقى التحكيم الثاني الذي تنظمه وزارة الصناعة والتجارة بصنعاء بتاريخ 06-05-2014، على الموقع الإلكتروني:
http://moit.gov.ye/moit/sites/default/filles
19- صالح أحمد الطراونه، نور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق جامعة البحرين، المجلد الثاني، العدد الأول، 2005.

20- صالح المنزلاوي، تسوية النزاعات التجارية عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، مجلة المحامين العرب، العدد الثالث.

21- عامر الشابي، علم التشفير وأساليبه وتطبيق خوارزمية RSA على الرابط الإلكتروني:
https://www.isecur1ty.org

22- عبد الحميد الأحدب، مسؤولية المحكم، مجلة التحكيم العربي، العدد 02 يناير 2000.

23- على مصطفى ناطق صالح مطلوب، أضواء على تطورات قواعد التحكيم التجاري لغرفة التجارة الدولية بباريس دراسة مقارنة، مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية المجلد 5، العدد 18، سنة 2013، منشور على الموقع الإلكتروني:
http://www.iasj.net

24- عمر فارس، التحكيم في عقود التجارة الإلكترونية، منتدى محامي سوريا، على الموقع الإلكتروني:
http://www.damascusbar.org/AlMuntada/showthread.php?t=15689

25- غني ريسان جادر الساعدي، الضوابط القانونية لاتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي، دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق لجامعة النهرين، المجلد 17، الإصدار3، سنة 2015، على الموقع الإلكتروني:
http://iasj.net

26- غني ريسان جادر الساعدي، النظام القانوني للوكيل الإلكتروني، دراسة مقارنة، على الموقع الإلكتروني:
http://www.ahlubaitonline.com/karbala/new/html

27- محمد حته، التحكيم الإلكتروني أحدث النزاعات وأحدث طرق الحل، على الموقع الإلكتروني:
http://kenanaonline.com/users/hetta11/posts/81160

28- محمد حسين بشايره، تنفيذ اتفاق التحكيم، مشكلات معاصرة، على الموقع الإلكتروني:
https://dictaconsulting.com

29- مصطفى ناطق صالح مطلوب، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري، مجلة الرافدين للحقوق جامعة الموصل، المجلد 12، العدد 43، السنة 2010، على الموقع الإلكتروني:
https://www.iasj.net/iasj?func=issueTOC&isId=2049&uiLanguage=ar

30- مصلح أحمد الطروانة، نور حمد الحجايا، التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق بجامعة البحرين، المجلد الثاني، العدد الأول، يناير 2005.

31- معاذ علي فضل المولي، التحكيم الإلكتروني، مجلة الدراسات العليا، جامعة النيلين، مجلد 04، الجزء الأول، العدد 14، 2015، على الموقع الإلكتروني:
https://repository.neelai,.edu.sd

32- معتصم نصير، مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الإلكتروني، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة، أكاديمية شرطة دبي، 26-28 أبريل 2003، على الموقع الإلكتروني:
http://www.arablawinfo.com

33- نبيل زيد المقابلة، التحكيم الإلكتروني، على الوقع الإلكتروني:
http://www.f-law.net/law/threads/21066

34- هالة رؤوف أحمد، الفجوة الرقمية، على الموقع الإلكتروني:
http://www.alukah.net/culture/0/62352/

35- هلا الحسن، تصديق التوقيع الإلكتروني، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الأول، 2010، على الموقع الإلكتروني:
http://dannasuniverçity.edu.sy/mag/law/images

36- هند عبد القادر سليمان، دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى، على الموقع الإلكتروني:
http://webcache.googleusercontent.com/search?

37- يتوجي سامية، أهمية التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، على الموقع الإلكتروني:
http://dspace.univ-bouira.dz:8080/jspui/bitstream/123456789/1075/1/doc8.pdf

38- يسعد حورية، التحكيم التجاري الدولي طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 01، 2010.

39- يونس عرب، التجارة الإلكترونية، محددات عامة، مؤتمر التجارة الإلكترونية الذي أقامته الاسكوا، الأمم المتحدة خلال فترة 08-10 أكتوبر 2000، بيروت لبنان، منشور على الموقع الإلكتروني:

https://www.arablaw.org

V- النصوص القانونية

أ- الاتفاقيات الدولية

1- اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها لسنة 1958.

2- اتفاقية جنيف بخصوص التحكيم التجاري الدولي المؤرخة في 21-04-1961.

3- اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار ورعايا دول أخرى.

4- اتفاقية روما حول القانون الواجب التطبيق على العقد لسنة 1980.

5- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية لسنة 2005.

ب- الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر

1- المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 05-11-1988 المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10-06-1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، ج ر، عدد 48 لسنة 1988.

2- المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30-10-1995، المتضمن المصادقة على اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر، عدد 66، لسنة 1995.

ج- النصوص القانونية والتنظيمية

1-القوانين

1- القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25-02-2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، الصادرة بتاريخ 23-04-2008.

2- القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01-02-2015، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصدق الإلكترونيين، ج ر، عدد 06، المؤرخة في 10-02-2015.

3- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10-05-2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر، عدد 28، المؤرخة في 16-05-2018.

2- الاوامر

1- الأمر رقم 75-58، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري، المؤرخ في 20-06-2005، ج ر، عدد 44، لسنة 2005.

3- المراسيم

1- المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30-05-2007، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي01-123 المؤرخ في 09-05-2001، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر، المؤرخة في 07-06-2007.

د- التشريعات العربية والأجنبية

1- التشريعات العربية

1- قانون التحكيم اليمني رقم 22 سنة 1992.

2- قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993.

3- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

4- قانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية والإعلام رقم 01 لسنة 2000.

5- قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000.

6- قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.

7- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001.

8- قانون المعاملات الإلكترونية لإمارة دبي رقم 2 لسنة 2002.

9- قانون المعاملات الإلكترونية البحريني لسنة 2002.

10- قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.

11- قانون الإجراءات المدنية الإماراتي.

12- قانون المرافعات الكويتي.

13- المسطرة المدنية المغربية.

2- التشريعات الأجنبية

1- القانون الفرنسي رقم 960-92 المتعلق بحماية المستهلك.

2- قانون التحكيم الإنجليزي الصادر سنة 1996.

3- قانون الولايات المتحدة الأمريكية الموحد للمعاملات الإلكترونية لسنة 1999.

4- القانون الكندي الموحد للتجارة الإلكترونية لسنة 1999.

5- قانون التحكيم الأمريكي الموحد المؤرخ في 16-03-2000.

6- القانون الفيدرالي الأمريكي بشأن التوقيع الإلكتروني لسنة 2000.

7- القانون الفرنسي لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني رقم 230-2000.

8- القانون الفرنسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية لسنة 2000.

9- المرسوم الفرنسي رقم 272-2001 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني الصادر بتاريخ 30-03-2001.

10- القانون الفيدرالي السويسري لعام 2004.

11- قانون المرافعات الايطالي.

و- القوانين النموذجية

قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1985، مع التعديلات التي اعتمدت عام 2006.

قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996.

3- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001.

قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام 2002.

ل- مواقع الإنترنت

1- الموقع الإلكتروني للمنظمة العالمية للملكية الويبو WIPO على الرابط الإلكتروني
http://www.wipo.int/portal/ar/index.html

2- الموقع الإلكتروني لمنظمة الإيكان ICANN على الرابط الإلكتروني
https://www.icann.org/ar

3- الموقع الإلكتروني لمركز الوساطة والتحكيم للتقنيات المتقدمة ATA online
https://www.legalis.net/ata
4- الموقع الإلكتروني للائحة الموحدة لهيئة الإيكان UDRP
https://www.icann.org/resources/pages/bylaws-2012-02-25-ar
5- الموقع الإلكتروني لغرفة التجارة الدولية بباريس CCI
http://tfig.itcilo.org/AR/contents/org-icc.htm
6- اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام 1958، على الموقع الإلكتروني
http://www.uncitral.org/pds/arabic/textes/arabitration/nl-arb-a-pbf
7- القانون النموذجي لليونسترال UNCITRAL للتحكيم التجاري الدولي المؤرخ في 21-06-1985، على الموقع الإلكتروني
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ny-conv/new-york-convention
8- الاتفاقية الأوروبية لجنيف المؤرخة في 21-04-1961، المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي على الرابط الإلكتروني
http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/service_showrest.aspx?fid=7&pubid=6173
9- قانون النموذجي لليونسيترال الخاص بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996، على الرابط الإلكتروني
http://www.unictral.org/fr-index-htm
10- القانون النموذجي اليونسيترال بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001 على الموقع الإلكتروني
https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/électom/ml-elecsig-a-pdf
11- قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوفيق التجاري الدولي لعام 2002، على الرابط الإلكتروني
https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-conc/04-90951_Ebook.pdf
12- القانون النموذجي لليونسترال للتجارة الإلكترونية لعام 2006، على الموقع الإلكتروني
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/07-86996-ebook.pd.f

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

I- LES OUVRAGES

A- LES OUVRAGES GENERAUX

1- Jacques GHESTIN, Traité de droit civil, La formation du contrat, 3éme éd, LGDJ Paris, 1993.

2- Jean VINCENTN, Serge GUINCHARD, procédure civile, Dalloz, Paris, 1999.

3- M.FONTAINE, le processus de formation du contrat, LGDJ, Bruxelles, Bryant 2002.

4- Michael BODE, le groupe international des sociétés: le système de conflit de lois en droit comparé français et Allemand, Peter Lang SA Editions, Bern, 2010.

5- Petit Robert 1, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française paris,1988.

6- Pierre JULLIEN, NATATLI FRICERO, Droit judicaire privé, LGDJ, Paris, 2001.

B- LES OUVRAGES SPECIAUX

1- Ahmed EL SHAKANKIRY, Les litiges du commerce international et l'arbitrage électronique, Editions universitaires Européennes, Saarbrucken, Allemagne, 2012.

2- Bertrand MOREAU, Thierry BERNARD, Doit interne et droit international de l'arbitrage, 2éme éd, Delmas, Paris, 1985.

3- Ch. JARROSSON, La Notion d'arbitrage, LGDJ, 1987.

4- Christophe SERAGLINI, Jérôme ORTSCHEIDT, Droit de l'arbitrage interne et international, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, cedex 02, 2013.

5- Eric A.CAPRIOLI, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, Edition du juris-classeur, Litec, Paris, 2002

6- Eric LOQUIN, L'arbitrage du commerce international, Joly éditions, Lextenso éditions, Issy les moulineaux, 2015.

7- J.M JAQUET, P.DELEBECQUE, Droit du commerce international, 3eme éd Dalloz édition, Paris, 2014.

8- Jean Baptiste RACINE, Droit de l'arbitrage, Editions point Delta, Liban 2017.

9- Jean ROBERT, L'arbitrage, Droit interne, Droit international Privé, Dalloz 6éme éd Paris, 1993.

10- Karim BENYAKHLEF, Fabien GELINAS, Remy KHOUZAM, Le Règlement en Ligne des Conflits, Enjeux de la cyber justice, Edition Romillat, Paris, 2003.

11- Lionel BOCHURBERG, Internet et commerce électronique, 1er éd, Delmas, Paris 1999

12- Lionel BOCHURBERG, Internet et commerce électronique, 2éd, DELMAS, 2001.

13- M. DE BOISSESON, Le droit français de l'arbitrage, Gide Loyrette Novel, Joly, Paris, 1990.

14- P.GAUTIER, Arbitrage et Internet, Droit et patrimoine, juin 2002, N°105

15-Patrick THIEFFRY, Commerce électronique international et européen, Litec Paris 2002.

16- Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, Edition litec, paris, 1996.
17- Pierre TRUDEL, Lex Electronica, Edition BRYLANT, Bruxelles, 2001.
18- René DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris 1982.
19- Romain V.GOLA, Droit du commerce électronique, Guide pratique du e-commerce, Gualino éditeur , Lextenso édition, Paris, 2013.
20- Thibault VERBIEST, Commerce électronique : Le nouveau cadre juridique Edition Larcier, Bruxelles, Belgique, 2004.
21- Thibault VERBIIEST, La protection juridique du cyberconsommateur, Litec Paris, 2002.
22- Thomas SCHULTZ, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, Une approche critique, Brulant Bruxelles, LGDJ, Pris, 2005.
23- Vincent TILMAN, Arbitrage et nouvelles technologies, alternative cyber dispute résolution, revue ubiquité, N^{02}, 1999.

II- THESES ET MEMOIRES

1- Ahmed MIKLALAH, La résolution Par L'arbitrage Electronique Des Litiges Relatifs a L'internet, Faculté de droit et de sciences politiques et de gestion, Doctorat nouveau régime, Droit privé, Université Robert SCHUMAN, Strasbourg 3, Thèse soutenue publiquement le 26 Aout 2004.
2- Penda NDIAYE, Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique Mémoire présenté a la faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de maitrise en droit, Faculté de droit, Université de Montréal, Décembre 2006.
3- Yousef SHANDI, La formation du contrat a distance par voie électronique doctorat nouveau régime, droit privé, faculté de droit de science politique et de gestion Université Robert SCHUMAN, STRASBOURG 1, 28 juin 2005.

III- ARTICLES

1- Aboudramane OUATTARA, la preuve électronique, étude de droit comparé Afrique, Canada, sur le site internet :
http://www.presses-universitaires.univ-amu.fr
2- Aldine CALVYARC, Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels, théorie critique, sur le site internet :
http://www.lescpi.ca/files/sites/66/cpi-27-1317-calveyrac.pdf.
3- Alexia ROUSSOS, La résolution des différends, p 10, sur le site internet :
https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/9454/articles_167.htm
4- Célian HIRSCH, la validité d'une clause arbitrale pathologique, article publiée le 17 Aout 2015, dans LA WINSIDE, sur le site internet :
https://www.lawinside.ch/68/
5- Christophe BUFFET, Réforme du droit des contrats et les délégations, sur le site internet :
http://www.reforme-droites-contrats.fr/2016/05

6- Emmanuelle LETOURNEAU, nome de domaine, la résolution des conflits sous la politique de règlement uniforme de L'ICANN, disponible sur le site internet :
http://WWW.JURISCON.NET/pro/2/ndm
7- Eric A. CAPRIOLI, le juge et la preuve électronique, Réflexions sur le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique, disponible sur le site internet :
http://www.caprioli-avocats.com/publication/76-commerce-électronique-et-internet/23-jugeetpreuve-électronique
8- Eric A. CAPRIOLI, Aspects légaux et réglementaires de la signature électronique sur le site internet :
http://www.caprioli-avocuts.com/publications/50-securite-de-information.
9- ERIC A.CAPRIOLI, la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, sur disponible sur le site internet :
https://slideplayer.fr/slide/3128332
10- Eric A. CAPRIOLI, De L'authentification à la signature électronique, quel cadre juridique pour la confiance dans les communication électroniques internationales ? sur le site internet :
https://www.scribd.com/document/183570276/caprioli-article
11- Eric BARBEY, Alain BENSOUSSAN, Le contrat de certification de sites internet sur le site internet :
http://www.journaldunet.com/juridique/juridiquel8certification.shtml
12-Gabrielle KAUFMAN-KOHLER, le lien de l'arbitrage à l'une de la mondialisation: Réflexions à propos de deux formes récentes d'arbitrage, revue de l'arbitrage, sur le site internet:
https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44121
13- Houda FERRADI, Introduction à la cryptographie, chiffrement par bloc, sur le site internet :
https://www.di.ens.fr/ferradi/coursdes.pdf
14- Ibrahim FADLALAH, clause d'arbitrage et groupes de sociétés, travaux du conté français de droit privé, Année 1986, Volume 6, Numéro 1984, p 105, sur le site internet :
https://www.persee.fr/doc/tcfdi-1140-5082-1986-num6-1984-1472
15-Jérôme DELACROIX, Le règlement des litiges de consommation, modes alternatifs de résolution des conflits «MARC», sur le site internet :
http://www.reglement-litiges-consomation.com
16-Jérôme Delacroix, Règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, ca change, et c'est demain, sur le site internet :
http://eur-lex.europa.eu
17-Lionel THOUMYRE, L'échange des consentements dans le commerce électronique, Sur le site internet :
https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/9538/articles_169.htm
18- Maxence ABDELLI, Courier électronique et contrat en ligne, Sur le site internet :

http://www.journaldunet.com/juridique/juridique050621.shtml
19-Mistral GOUDREAU, le principe de neutralité technologique, consécration jurisprudentielle et ambigüité conceptuelle, sur le site internet :
http://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/2016/07/2015
20- Monique BANDRAC, Frédéric GUENIN, Contrats sous forme électronique, Sur le site internet :
http://www.doctrine-juridique.com/contrat-sous-forme-electronique.php
21-Murielle CAHIN, le consentement sur internet, disponible sur le site internet :
http://www.droit-intic.con
22- Pierre Louis CAYREL, chiffrement par blocs, sur le site internet :
https://www.cayrel.net
23- Thierry PIETTE COUDOL, Certification électronique, pratique et modélisation sur le site internet :
http://www.e-betobe.com/texteece.htm
24- Vincent GAUTRAIS, Neutralité technologique, rédaction et interprétation des lois face aux technologies, disponible sur le site internet :
http://www.gautrais.com/publications/neutralite-technologique/
25- Xavier VAN OVERMEIRE, le monde virtuel met au défit les législateurs: la problématique de la loi applicable dans le cyberespace, l'ex electronica, vol 13 n°1 printemps 2008 sur le site internet :
http://www.lex.electronica.org/articles/v13-1/vanovermeire.htm
26- Yves POLLET, La conclusion du contrat par agent électronique, Chiers du CRID n°17, p 132, Sur le site internet :
http://www.crid.be/pdf/public/4657.pdf

IV- LEGISLATIONS

1- Code civil français.
2- Code procédure civil français.
3- Loi n^0 2000-230 du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative a la signature électronique, JO du 14 mars 2000.

V- DIRECTIVE EUROPEEN

1- Directive du 20 mai 1997 relative a la protection des consommateurs en matière de contrats a distance.
2- Directive 1999/93/CE du parlement européen et du conseil du 13 décembre 1999 sur le commerce électronique.
3- Directive 2000/31/CE du parlement européen et de conseil relative a certains aspects juridique des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur, du 08 juin 2000.

ثالثا: المراجع باللغة الانجليزية

I- BOOKS

1- Benjamin WRIGHT, Jane WINN, The law of electronic commerce a division of aspenpublishing Inc New york, USA, Third edition, 2000.

2- Jill POOLE, Casebook on contract law, Eighth edition Oxford, 2006.

3- Lillian EDWARDS, Charlotte WAELDE, Law and internet framework of electronic commerce, HARF publishing Oxford, Second edition, 2000.

4- Thomas SCHULTZ, Gabrielle KAUFMAN, Koehler DRIKLANGER and Vincent BONNET, Online Dispute Resolution, The state of the art and the issues, Decembre 2001, sur le site internet :
http://papers.ssrn.com/so13.papers.Cfm?

II- ARTICLES AND RESEARCHES

1- Richard HILL, E-Arbitration security, Pratical approach, 5 septembre 2003, sur le site internet :
http://www.batnet.com/oikoumeme/E-Arbitration

2- Michael FROOMKIN, The essential role of trusted third parties in electronic commerce, sur le site internet :
http://www.law.miami.Edu/Froomkin/articles/tusted.Html

فهرس المحتويات

المقدمة 1

الباب الأول: الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني 11

الفصل الأول: ماهية التحكيم الإلكتروني 12

المبحث الأول: مفهوم التحكيم الإلكتروني 13

المطلب الأول: تعريف التحكيم الإلكتروني ومقارنته بالتحكيم التقليدي 13

الفرع الأول: تعريف التحكيم التقليدي 14

أولا– المفهوم اللغوي للتحكيم.....14

ثانيا– المفهوم الاصطلاحي للتحكيم.....14

الفرع الثاني: تعريف التحكيم الإلكتروني 17

المطلب الثاني: أهمية التحكيم الإلكتروني 20

الفرع الأول: مزايا التحكيم الإلكتروني ومعوقاته.....21

أولا– مزايا التحكيم الإلكتروني 21

ثانيا– معوقات التحكيم الإلكتروني 26

الفرع الثاني: تمييز التحكيم الإلكتروني عن غيره من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإلكترونية 30

أولا– المفاوضات الإلكترونية 30

ثانيا– التوفيق والوساطة الإلكترونية 31

المبحث الثاني: مشروعية نظام التحكيم الإلكتروني وطبيعته القانونية 33

المطلب الأول: المصادر التشريعية للتحكيم الإلكتروني.....33

الفرع الأول: المصادر التشريعية العامة 34

أولا– اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية 34

ثانيا– الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 36

ثالثا– اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965 *CIRDI* 36

رابعا– القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 37
الفرع الثاني: المصادر التشريعية الخاصة..... 37
أولا– القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 38
ثانيا– القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني لسنة 2001 38
رابعا– التوجيه الصادر عن الإتحاد الأوروبي لسنة 2000..... 40
خامسا– المراكز المتخصصة في التحكيم الإلكتروني..... 40
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم الإلكتروني..... 54
الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية للتحكيم الإلكتروني 56
الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم الإلكتروني 58
الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم الإلكتروني..... 59
الفرع الرابع: الطبيعة المستقلة للتحكيم الإلكتروني..... 60
الفصل الثاني: إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني وضوابطه..... 61
المبحث الأول: ماهية اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 62
المطلب الأول: مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 63
الفرع الأول: تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني 63
الفرع الثاني: صور اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 66
أولا– شرط التحكيم الإلكتروني *LA CLAUSE COMPROMISSOIRE* 67
ثانيا– مشارطة التحكيم الإلكتروني *LE COMPROMIS* 70
ثالثا– شرط التحكيم الإلكتروني بالإحالة *CLAUSE ARBITRALE PAR REFERENCE* 74
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم الإلكتروني 78
الفرع الأول: الطبيعة الإجرائية لاتفاق التحكيم الإلكتروني 79
الفرع الثاني: الطبيعة العقدية لاتفاق التحكيم الإلكتروني..... 79
المبحث الثاني: ضوابط اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 81
المطلب الأول: الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم الإلكتروني 82

الفرع الأول: الكتابة الإلكترونية لاتفاق التحكيم الإلكتروني 83
أولا– مفهوم الكتابة الإلكترونية وحجيتها 84
ثانيا– شروط الكتابة الإلكترونية 87
ثالثا– مدى صحة الكتابة الإلكترونية في اتفاق التحكيم الإلكتروني 90
الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني لاتفاق التحكيم الإلكتروني..... 96
أولا– مفهوم التوقيع الإلكتروني وصوره 96
ثانيا– توثيق التوقيع الإلكتروني 104
المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني 107
الفرع الأول: الأهلية في اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 108
أولا– إشكالية التحقق من الأهلية لإبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني 109
ثانيا– الوسائل التقنية للتحقق من الأهلية في التعاقد الإلكتروني 112
الفرع الثاني: التراضي في اتفاق التحكيم الإلكتروني 115
أولا– التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم الإلكتروني 116
ثانيا– وسائل التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 126
ثالثا– عيوب الإرادة في اتفاق التحكيم الإلكتروني 131
رابعا– تحديد زمان ومكان اتفاق التحكيم الإلكتروني 137
خامسا– التعبير عن الإرادة عن طريق الوكيل الإلكتروني..... 148
الفرع الثالث: محل اتفاق التحكيم الإلكتروني وسببه 151
أولا– محل اتفاق التحكيم الإلكتروني 151
ثانيا– السبب في اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 157
الباب الثاني: مضمون اتفاق التحكيم الإلكتروني وآثاره 159
الفصل الأول: العناصر الجوهرية لاتفاق التحكيم الإلكتروني..... 160
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني 161
المطلب الأول: حالة اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق..... 162

الفرع الأول: تفعيل مبدأ سلطان الإرادة عند تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني 163
الفرع الثاني: موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية والهيئات التحكيمية من مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني 167
أولا– موقف التشريعات الوطنية 167
ثانيا– موقف الاتفاقيات الدولية 169
ثالثا– موقف الهيئات التحكيمية الدائمة 170
الفرع الثالث: صعوبات تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 171
أولا– صعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة وأهليتهم 171
ثانيا– عدم اعتراف القانون محل الاتفاق بشرعية المعاملات الإلكترونية 172
ثالثا– الإحالة إلى مركز تحكيم لم ينظم إجراءات التحكيم الإلكتروني..... 173
رابعا– القيود الواردة على تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق..... 173
المطلب الثاني: حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق 176
الفرع الأول: تحديد القانون الإجرائي من قبل هيئة التحكيم الإلكتروني 177
أولا– تطبيق قانون دولة مقر التحكيم 178
ثانيا– تطبيق قانون الدولة الذي يحكم موضوع النزاع 181
ثالثا– تطبيق القواعد الإجرائية لهيئة التحكيم الإلكتروني 182
الفرع الثاني: تحديد القانون الموضوعي من قبل هيئة التحكيم الإلكتروني..... 184
الفرع الثالث: القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية *LEX ELECTRONICA* 187
أولا– تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني 188
ثانيا– أهمية القانوني الموضوعي الإلكتروني 189
ثالثا– مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني 191
رابعا– آليات وضع القانون الموضوعي الإلكتروني 195
المبحث الثاني: هيئة التحكيم الإلكتروني 196

الفرع الأول: تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني 198
أولا– وترية تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني 198
ثانيا– تعيين هيئة التحكيم الإلكتروني باتفاق الأطراف (نظام التحكيم الحر) 200
ثالثا– تعيين هيئة التحكيم الإلكتروني عن طريق القضاء 203
رابعا– تعيين هيئة التحكيم الإلكتروني عن طريق مراكز التحكيم الإلكتروني 206
الفرع الثاني: ضوابط اختيار المحكم في نظام التحكيم الإلكتروني 212
أولا– الشروط القانونية لاختيار المحكم 212
ثانيا– الشروط الاتفاقية لاختيار المحكم 222
الفرع الثالث: قبول المحكم للمهمة التحكيمية 226
المطلب الثاني: نطاق المسؤولية المدنية للمحكم في إطار التحكيم الإلكتروني 232
الفرع الأول: مدى تمتع المحكم بالحصانة القضائية 233
أولا– الاتجاه المؤيد للحصانة القضائية للمحكم 233
ثانيا– الاتجاه المؤيد لتقرير مسؤولية المحكم 235
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لوظيفة المحكم 236
الفرع الثالث: طبيعة المسؤولية المدنية للمحكم الإلكتروني 238
أولا– المسؤولية العقدية للمحكم الإلكتروني 239
ثانيا– المسؤولية التقصيرية للمحكم الإلكتروني 241
الفصل الثاني: آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني وانقضائه 242
المبحث الأول: آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني 243
المطلب الأول: الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم الإلكتروني 244
الفرع الأول: الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم الإلكتروني 245
أولا– التقيد بعرض النزاع على هيئة التحكيم الإلكتروني 245
ثانيا– مبدأ الاختصاص بالاختصاص *COMPETENCE DE LA COMPETENCE* 246
الفرع الثاني: الأثر السلبي لاتفاق التحكيم الإلكتروني 251
أولا– الأثر المانع لاتفاق التحكيم الإلكتروني 251

ثانيا– الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم اختصاص القضاء الوطني 256
ثالثا– الطبيعة القانونية للدفع بوجود اتفاق التحكيم الإلكتروني 259
المطلب الثاني: الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم الإلكتروني 264
الفرع الأول: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني عن عقد التجارة الإلكتروني الأصلي .. 265
أولا– الأساس القانوني لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني 265
ثانيا– آثار الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني 271
الفرع الثاني: مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم الإلكتروني 274
أولا– مفهوم مبدأ القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم الإلكتروني..... 274
ثانيا– نسبية آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني 275
المبحث الثاني: تفسير اتفاق التحكيم الإلكتروني وانقضائه..... 292
المطلب الأول: تفسير اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 293
الفرع الأول: مدى خضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني للقواعد العامة لتفسير العقود..... 293
أولا– حالة وضوح عبارات اتفاق التحكيم الإلكتروني 295
ثانيا– حالة غموض عبارات اتفاق التحكيم الإلكتروني *CLAUSE PATHOLOGIQUE*..... 295
ثالثا– حالة وجود شك في عبارات اتفاق التحكيم الإلكتروني 297
الفرع الثاني: التفسير الموسع لاتفاق التحكيم الإلكتروني 298
الفرع الثالث: اختلاف الإرادة الظاهرة والباطنة من منظور قانون اليونسترال النموذجي 299
الفرع الرابع: أهمية صياغة اتفاق التحكيم الإلكتروني 299
المطلب الثاني: انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني وآثاره 301
الفرع الأول: انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 301
أولا– الأسباب المتعلقة بانقضاء عقد التجارة الإلكتروني الأصلي 301
1– تنفيذ عقد التجارة الإلكتروني 302
2– التقادم 302
3– تجديد عقد التجارة الإلكتروني..... 303
4– فسخ عقد التجارة الإلكتروني أو انفساخه..... 303

5- بطلان عقد التجارة الإلكتروني 303
ثانيا- الأسباب المتعلقة باتفاق التحكيم الإلكتروني ذاته 304
الفرع الثاني: آثار انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني 312
أولا- حالة انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني قبل صدور حكم تحكيم إلكتروني..... 312
ثانيا- حالة انقضاء اتفاق التحكيم الإلكتروني بصدور حكم تحكيم الإلكتروني 314
الخاتمة 315
الملاحق 319
قائمة المراجع 327
فهرس المحتويات 353

ملخص

لقد كان للتطور الهائل في وسائل الاتصالات والمعلومات أثر كبي في إبرام عقود التجارة الإلكترونية، أين أصبح القضاء الوطني عاجزا عن فض منازعاتها، مما أدت الحاجة إلى البحث عن طرق بديلة لحلها من خلال استخدام وسائل إلكترونية، ويعتبر التحكيم الإلكتروني أهم تلك الطرق البديلة.

يعتبر اتفاق التحكيم الإلكتروني دستور نظام التحكيم الإلكتروني، بمقتضاه يتفق الأطراف على إخراج النزاع المتعلق بأحد عقود التجارة الإلكترونية من ولاية القضاء المختص أصلا للفصل فيها وإخضاعها للتحكيم الإلكتروني.

فتثار إشكالية حول إمكانية إخضاع اتفاق التحكيم الإلكتروني لفض منازعات عقود التجارة الإلكترونية إلى نفس القواعد القانونية المطبقة على اتفاق التحكيم التقليدي.

الكلمات المفتاحية: الإنترنت، التجارة الإلكترونية، نزاع، اتفاق، التحكيم الإلكتروني.

Résumé

L'énorme développement des communication et de l'information a eu un impact significatif sur la conclusion de contrats du commerce électronique, lorsque le système judicaire national est devenu alors incapable de résoudre ses litiges. C'est pourquoi il était nécessaire de chercher d'autre moyens alternatifs pour les résoudre, et le plus important de ces moyens est l'arbitrage électronique.

La convention d'arbitrage électronique est considérée comme une constitution du système d'arbitrage électronique, par conséquent les parties conviennent de retirer le litige relatif a un contrat du commerce électronique de la compétence des tribunaux nationaux et de le soumettre a un arbitrage électronique.

Les mots clés : Internet, e-commerce, Litige, Un accord, L'arbitrage électronique.

Abstract

Tremendous devlopment in communications and information has had a significant impact on the conclusion of e-commerce contracts, were the national justice system has become unable to resolve its disputes. This led to the need to look for alternatives ways to solve them, and one of the most important among the mis Online arbitrage.

The Online arbitration agreement is considered as a constitution of the Online arbitration system, Accordingly, the parties agree to remove the dispute relating to e-commece contract from the jurisdiction of the national courts and subject them to Online arbitration.

Then there is the problem of the possibility of subjecting the electronic arbitration agreement to settle disputes relating to e-commerce contracts to the same legal rules as the classic arbitration agreement.

Keywords : Internet, e-commerce, Dispute, Agreement, Online arbitrage.