

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

التحكيم الإلكتروني

Electronic arbitration

بغداد عمار *

أستاذ مؤقت في جامعة مرسلية عبدالله، تيبازة، الجزائر.

i.baghdadi@hotmail.fr

تاريخ النشر: 2021/09/01

تاريخ القبول: 2021/08/01

تاريخ ارسال المقال: 2021/06/08

* المؤلف المرسل

ملخص

إن التحكيم ليس حديث النشأة بحث ظهر منذ وجود الإنسان على وجه هذه المعمورة وتطور على مدى الحضارات، بحيث كل حضارة قامت بتنظيمه.

والتحكيم في العصر الحديث أصبح له دوراً فعالاً وأصبح يمس كل المجالات، بحيث لا يمكن التصور وجود اتفاقية و معاهدة بين طرفين أو أكثر دون إدراج شرط التحكيم في العقد الذي يجمع هذه الأطراف.

ونظراً لتطورات التي مست جل المجالات خاصة مجال التجارة الدولية، أصبح التحكيم الإلكتروني وسيلة قانونية لحماية التجارة الإلكترونية.

الكلمات المفتاحية: التحكيم، الإلكتروني.

Arbitration is not a newly established search that has arisen since the existence of man on the face of this globe and has developed over the course of civilizations, so every civilization has organized it.

Arbitration in the modern era has become an effective role and has touched on all fields, so that it is inconceivable that an agreement and a treaty exist between two or more parties without including the arbitration clause in the contract which brings together these parts.

Given the developments in the fields of international trade, electronic arbitration has become a legal way to protect electronic commerce.

Keywords: Arbitration, electronic

مقدمة

إن التحكيم بصفة عامة يعتبر وسيلة لحل النزاعات بدلا من اللجوء إلى القضاء، إذ يعتبر من أقدم وسائل حل النزاعات لدرجة أن ظهوره سبق ظهور القضاء أين ارتبط بظهور الإنسان على وجه الأرض كنتيجة لغياب النظام القضاء آنذاك وكذلك قاطعاً الطريق أمام ممارسة العدالة الفردية، حيث تم حسم النزاعات منذ الزمن القديم قبل أن تظهر القوانين الوضعية والقضاء فهو قديم قدم المجتمعات البشرية ووجوده كان قبل نشوء الدولة.

وعمل بالتحكيم لحل النزاعات على مر كل الحضارات وقد قامت كل حضارة بتنظيمه بآليات خاصة أين نجد على سبيل المثال الحضارة الإسلامية انتهجت كوسيلة ونظمتها عن طريق القرآن الكريم والسنة النبوية وكذلك عن طريق الإجماع، ورغم اختلاف الحضارات وتنوع قوانينها إلا أن هدف التحكيم بقي ثابتاً ألا وهو حل النزاعات بين الأشخاص بطريقة عادلة ومرنة وعلى ضوء كل ماسبق ذكره بات التحكيم آلية ضرورية يتم اللجوء إليها لفض كل النزاعات.

ومع التطور الذي شهده العالم في كل المجالات وخاصة في المجال الاقتصادي ومجال العلاقات الدولية بحكم التطور التكنولوجي وانفتاح دول العالم⁽¹⁾ على بعضها البعض، كان لابد من تطور القضاء وتوسع دوره وبالرغم من ذلك حافظ التحكيم على مكانته مسجلاً بدوره قفزة نوعية أين أصبح التحكيم التجاري الدولي ظاهرة من ظواهر العصر الحديث وميزة بارزة لا غنى عنها كما أصبح الحل الأنسب لفض النزاعات خاصة فيما يتعلق بالتجارة الدولية المبنية على حركة رؤوس الأموال بين الدول، فأصبحت كل الدول تلجأ إليه أين بات مرجعاً لها نظراً لميزة السرعة السرية والسهولة في الإجراءات وكذا الحرص على المحافظة على العلاقات بين أطراف الخصومة في إطار مجموعة من الاتفاقيات الدولية والتي تعتبر المصدر الرئيسي لإصدار القوانين التي تنظم التحكيم، ومن أهم هذه الاتفاقيات نجد:

بروتوكول جنيف لعام 1923 المتعلق بشروط التحكيم والذي كان يحث كل الدول المنضمة إلى هذا البروتوكول إلى احترام بنود التحكيم والعمل على تنفيذها ومنع الدول من اللجوء إلى القضاء في حالة اختيارها لوسيلة التحكيم.

ثم جاءت اتفاقية جنيف لسنة 1927 الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والتي تعتبر مكملة لبروتوكول جنيف لسنة 1923 والتي بينت الشروط الواجب توفرها في القرار التحكيمي حتى يصبح ساري المفعول.

وفي عام 1958 جاءت اتفاقية نيويورك الخاصة بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها والتي انضمت إليها معظم دول العالم واقتصرت هذه الاتفاقية على معالجة مسألة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وتعتبر هذه الأخيرة من أكثر الاتفاقيات نجاحاً كما ظهرت عدّة اتفاقيات أخرى أين عاجلت كل منها مجال معين من مجالات التحكيم وقد سعت هيئة الأمم المتحدة إلى توحيد القواعد المنظمة للتحكيم، حيث أقرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري ما يعرف باليونسترال.

وعلى هذا الأساس أصبح للتحكيم التجاري الدولي بصمة عالمية أين نجد جل التشريعات العالمية أقرت (2) بمبدأ التحكيم وانتشر اعتماده في معظم المجالات وبفضل هذا نشأت عدّة مراكز للتحكيم غايتها تنظيم إجراءات التحكيم نجد منها غرفة التجارة الدولية بباريس التي تعتبر من أشهر مؤسسات التحكيم الدولية في العالم وهذا نظراً لعدد القضايا التي تعالجها سنوياً خاصة في مجال العلاقات التجارية الدولية (3).

كما نجد المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار المتواجد بواشنطن، والذي تأسس عام 1965 وعايته تشجيع الاستثمارات الأجنبية لتحقيق التنمية الاقتصادية وذلك عن طريق منح الحماية القانونية للمستثمرين (4)، كما نجد أيضاً غرف أخرى منها جمعية التحكيم الأمريكية ومحكمة التحكيم بلندن.

والثابت أن هذه الوسيلة البديلة لحل النزاعات مست كل المجالات بما فيها العقود الإلكترونية وهذا راجع إلى خصوصيات العقود الإلكترونية من جهة و ميكانزمات التحكيم من جهة أخرى.

فكل هذا دفعنا إلى طرح الإشكالية التالية و المتمثلة فيما يلي:

ماهي التحكيم وخصائص التحكيم الإلكتروني؟

المبحث الأول : نطاق التحكيم

إن التحكيم كما سبق ذكره ظهر منذ القدم وتطور مع تطور الحضارات وتوسع مجاله بتوسع العلاقات الاقتصادية المبينة على المعاملات التجارية، فالتحكيم له عدة تعريفات وجلّها تصب في نفس المعنى.

ففي التعريف اللغوي نجد " بأنه تفويض في حكم فهو مأخوذ من حكم وأحكم فأستحكم " أي صار حكماً في ماله إذ جعل الله الحكم فيه فاحتكم عليه ذلك ، وأيضاً كما قال ابن منظور (5) " حكموه أي أمره أن يحكم بينهم، ويقال حكّمنا فلان فيما بيننا أي أجزنا حكمه أما فيما يخص التعريف الاصطلاحي فنجد عدة تعريفات وتصب كلها في نفس المعنى ومن أهمها :

هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معيّن أو أشخاص معيّنين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة للنظر فيه، فبمقتضى التحكيم يعدل الخصوم عن اللجوء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم وقد يكون هذا الاتفاق موجوداً في العقد تحت مسمى شرط التحكيم، كما، قد يكون بمناسبة نزاع معيّن قائم بالفعل بين الخصوم ويسمى في هذه الحالة باتفاق التحكيم (6) كما عرفته كل من المواد 1007 و 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، فالمادة 1007 تبين مفهوم شرط التحكيم على النحو التالي :

" شرط التحكيم 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 (7)، كما عرفته محكمة النقض المصرية على أنه: " طريق

استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات ومن ثم فهو مقصور حتماً على ما تنصرف إرادة المحكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم⁽⁸⁾ ونفس الأمر فيما يخص المادة 1442 من قانون المرافعات الفرنسي الذي عرفه على النحو التالي⁽⁹⁾ "اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد معين من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم."

أما فيما يخص المادة 1011 من نفس القانون التي عرفت مفهوم اتفاق التحكيم كمايلي " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"⁽¹⁰⁾ ، كما عرفه قانون التحكيم الهولندي في مادته 1020 كمايلي : " هو اتفاق الأطراف على إحالة المنازعات التي تنشأ أو قد تنشأ مستقبلاً نتيجة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية إلى التحكيم ."⁽¹¹⁾ ، وأيضاً تم تعريفه بأنه الوسيلة المختارة من قبل الأطراف المتعاقدة لحل النزاعات التي قد تنشأ بينهم وذلك باختيار أشخاص مختصين لحل النزاع بدلا من اللجوء إلى القضاء⁽¹²⁾ ، أي اختيار المتنازعين لقاضيهم قصد التحكيم بينهم وفق الإجراءات معينة⁽¹³⁾.

أما فيما يخص التحكيم التجاري الدولي:

فيعتبر التحكيم التجاري الدولي وسيلة من وسائل القانون الدولي الخاص، ويهدف إلى تسوية المنازعات وذلك باتفاق الأطراف على علاقة قانونية معينة سواء كانت عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في النزاع المطروح عن طريق اختيارهم لمحكمين للفصل في النزاع الذي يحتوي على العنصر الأجنبي⁽¹⁴⁾.

فيصنف التحكيم بمثابة القضاء الخاص، لأنه خاضع لمبدأ سلطان إرادة الأطراف المتنازعة في اختيار إجراءات فض النزاع بعيداً عن تدخل الدولة عن طريق القضاء.

ويعرف أيضاً بأنه الوسيلة لتسوية المنازعات بين الدول بواسطة قضاة من اختيارهم وعلى أساس احترام القانون وأن اللجوء إلى التحكيم ينطوي على تعهد هدفه الخضوع إلى الحكم بحسن نية⁽¹⁵⁾.

كما تم تعريفه بأنه " وسيلة لحسم نزاع بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي

بواسطة حكم صادر عن محكم، أو مجموعة محكمين تختارهم الدول المتنازعة"⁽¹⁶⁾.

كما عالجته المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على " أنه يعد التحكيم دولياً، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل."⁽¹⁷⁾ ، ومنه أن المشرع الجزائري استند على معيارين لتحديد نطاق التحكيم التجاري الدولي، وهما:

المعيار الاقتصادي والذي يشمل التجارة الدولية بصفة عامة، والمعيار الأجنبي الذي يحدد العلاقة بين الدول.

نلاحظ من خلال كل ما ذكرنا بأن التحكيم التجاري الدولي هو عبارة عن علاقة تعاقدية تحتوي على الطابع الأجنبي مفادها حل النزاع بين أطراف العقد دون اللجوء إلى القضاء، وأن اختيار هذه الوسيلة لحل النزاع يرجع إلى المميزات الإيجابية التي يتجلى بها التحكيم التجاري الدولي، إذ أن هذه الوسيلة تتصف بتبسيط الإجراءات وسرعتها في حل النزاعات كون هذه الأخيرة في أغلب الأحيان تنتج بمناسبة خلافات متعلقة بالتجارة الدولية وكما نعلم أن العلاقات التجارية مبنية على السرعة والائتمان، وأن التجارة الدولية لها خصائصها لذلك يتم اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود نزاع، كون أن أطراف العقد لهم الحرية التامة في تعيين هيئة التحكيم.

وتكون للمحكمين الخبرة الكاملة للنظر في النزاع، ولا تطرح مشكلة تنازع الاختصاص القضائي في التحكيم التجاري الدولي لأن أطراف العقد هم الذين يحددون مكان التحكيم وقانونه.

وهذه الميزة تعطي للمستثمرين ضمانات لحماية استثماراتهم، خلافاً للقضاء الذي نجده مجبراً على تطبيق المبادئ الرئيسية السائدة في القانون الخاص والتي قد تتعارض ومصالح المستثمرين⁽¹⁸⁾.

المطلب الأول: أنواع التحكيم

تتمثل أنواع التحكيم فيما يلي :

(1) التحكيم الحر (الخاص) والتحكيم المؤسسي

إن التحكيم الحر أي الخاص ad-hoc هو ذلك التحكيم المبني على سلطان إرادة يعطي للأطراف المتعاقدة الحرية التامة في تعيين إجراءات التحكيم دون اللجوء إلى هيئة مختصة للقيام بذلك⁽¹⁹⁾.

فأطراف النزاع لهم الحرية في تعيين محكمة التحكيم والمكان والقانون المطبق دون تدخل أي مركز للنظر في النزاع⁽²⁰⁾.

مع إلزام كتابة إجراءات التحكيم الحر المتفق عليها بين الأطراف في العقد القائم بينهم، ويتم تعليل هذا الاتفاق عن طريق بنود، وفي حالة وجود خلاف بين طرفي العقد يتم اللجوء إلى التحكيم بدلا من القضاء وفي حالة خرق أحد الأطراف لهذا الالتزام ولجؤته إلى القضاء العادي يصبح القاضي غير مختص بالنظر في النزاع ويحكم بعدم الاختصاص وهذا ما تبينه اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في الفقرة الثالثة من مادتها الثانية.

فأطراف النزاع هم وحدهم دون غيرهم من لهم الحق في اختيار المحكمين وإجراءات التحكيم.

أما فيما يخص التحكيم المؤسسي أي النظامي، فنجدته بكثرة في نزاعات التجارة الدولية حيث تنظمه مراكز تحكيمية نذكر منها : غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) أو هيئة التحكيم الأمريكي (AAA) أو محكمة العدل الدولية للتحكيم بلندن (LCIA)⁽²¹⁾.

يقوم أطراف العقد بإدراج شرط التحكيم في العقد المبرم ويحددون القواعد المتبعة من قبل أي هيئة تم اختيارها، ونجد في وقتنا الراهن أن أغلب الشركات التجارية تلجأ إلى التحكيم المؤسسي وهذا راجع إلى الخبرة التي تتمتع بها هذه المؤسسات التحكيمية .

ومن وجهة نظرنا، لاحظنا أن التحكيم الحر أدرجت به عدة شروط مهمة كالسهر على تعيين محكمين ذوي خبرة للنظر في النزاع، بالرغم من أن التحكيم المؤسسي يتطور باستمرار بتطور التجارة الدولية. ونجد المستثمرين يفضلون الاحتكام للتحكيم المؤسسي وهذا راجع لنوعية المحكمين على مستوى هذه المؤسسات، إذ نجد بأن قيام الأطراف المتعاقدة بالسهر على تعيين المحكمين ومراقبة إجراءات التحكيم فهو أفضل لها من التحكيم المؤسسي لأن التحكيم الحر يتميز بالسرعة والسرية التامة ناهيك عن تكاليفه المنخفضة، كما يمكن أن تترتب عن التحكيم المؤسسي عراقيل يمكن لها كبح تشكيل محكمة التحكيم لتماطلها في تعيين المحكم الثالث وهو ما ينتج ضررا للأطراف المتنازعة.

التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي:

يتميز التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي بنفس الإجراءات من بداية التحكيم إلى غاية نهايته، لكن العنصر الذي يميز بينهما هو العنصر الأجنبي، وهذا راجع إلى أن التحكيم الدولي هو الذي ينظر في النزاعات المتعلقة بين دولتين مختلفتين مثل العلاقات التجارية بين الدول، أما التحكيم الداخلي فتطبق عليه القواعد الداخلية وهو خال من العنصر الأجنبي⁽²²⁾، أي بعبارة أخرى نكون أمام التحكيم الوطني أي الداخلي إذا كانت طبيعة العلاقة تخلو من وجود العنصر الأجنبي، أما في حالة ما إذا كانت العلاقة تنطوي على الصبغة الدولية حينها نكون أمام التحكيم الخارجي أي الدولي وبالتالي فإن الفرق الذي يفصل بينهما هو القانون الواجب التطبيق بالنسبة لإجراءات التحكيم⁽²³⁾، فالتحكيم الداخلي منظم من قبل القوانين الداخلية، أما التحكيم الدولي فنجد خاضعا للاتفاقيات الدولية، فالمرسوم رقم 48-2011⁽²⁴⁾ المؤرخ في 13 جانفي 2011 والصادر بفرنسا، يبين الفرق الموجود بين التحكيم الداخلي والدولي، ويركز على التفرقة بينهما، كون أن التحكيم الدولي يعتبر معقدا مقارنة بالتحكيم الداخلي، ففي إجراءات التحكيم الدولي يجب تحديد القانون الواجب التطبيق وإلزام هيئة التحكيم بإتباعه قبل إصدار الحكم، أي يجب أن يكون الحكم غير مخالف للنظام العام الدولي والداخلي للدولة التي سوف ينفذ فيه القرار التحكيمي⁽²⁵⁾.

وبعبارة أخرى فالتحكيم الداخلي يصدر حكمه داخل الدولة التي تحمل نفس جنسية الأطراف المتنازعة و يخضع إلى القوانين الداخلية على عكس التحكيم الدولي.

3) من حيث الاتفاق الموجود في العقد المبرم بين الطرفين:

يقصد بالاتفاق الموجود بين أطراف العقد بشرط التحكيم ، أي في حالة النزاع بين أطراف العقد يتم اللجوء إلى التحكيم، وشرط التحكيم يكون مكتوب في العقد المبرم بين أطراف العقد وهذا ما بينته كما ذكرنا سابقا الفقرة الثالثة من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك 1958 وكذا الفقرة الأولى من المادة السابعة من القانون النموذجي اليونسسترال التي نصت في مضمونها على أن اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على إحالة نزاعهما إلى التحكيم.

أما فيما يخص مشاركة التحكيم، فهو إمكانية أطراف العقد اللجوء إلى التحكيم بعد قيام النزاع فهنا يمكن للأطراف التفاهم على اللجوء إلى التحكيم بدلاً من القضاء العادي⁽²⁶⁾، كما هو معمول به في مختلف التشريعات كالتشريع الجزائري في مادته 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، كما نجد صورة أخرى من صور التحكيم وهي التحكيم بالإحالة، ففي هذه الحالة لا يتضمن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف شرط التحكيم بل يكتفى بالإشارة إليه عن طريق عقد سابق بينهما⁽²⁷⁾.

4) التحكيم المقيد والتحكيم المطلق⁽²⁸⁾ :

إن التحكيم المقيد هو ذلك التحكيم الذي يكون فيه المحكم مقيدا بأحكام القانون الوضعي، فلا يمكن للهيئة التحكيمية أن تقوم باجتهادها الخاص للنظر في النزاع وهي ملزمة بتطبيق القانون المختار من قبل أطراف النزاع.

أما فيما يخص التحكيم المطلق، فللهيئة التحكيمية السلطة الكاملة في تطبيق أي قانون فأتطراف العقد يخولون لها كل الصلاحيات للنظر في النزاع والفصل فيه وفقاً لمبادئ العدل، لكن في كل الحالات يستلزم على هذه الأخيرة مراعاة النظام العام الداخلي والدولي.

5) التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري :

المتفق عليه أن التحكيم قائم على مبدأ سلطان الإرادة، أي أن الأطراف المتعاقدة هي التي تتفق على اللجوء إلى التحكيم بدلاً من القضاء⁽²⁹⁾ ولها الحرية المطلقة في تعيين إجراءاته وعلى هيئة التحكيم التقيد بهذه الإجراءات، لكن في بعض الحالات يكون اللجوء إلى التحكيم وجوبياً ولا يمكن لأطراف النزاع اللجوء إلى القضاء.

فالتحكيم الإجباري أي الوجوبي تنعدم فيه إرادة أطراف النزاع فهم ملزمون باللجوء إليه بدلاً من القضاء.

المطلب الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم

تتمثل شروط صحة اتفاق التحكيم في شروط موضوعية وأخرى شكلية.

أولاً : الشروط الموضوعية

1_ الرضا:

إن الرضا هو أهم ركن في تكوين العقد⁽³⁰⁾، ويقصد به تطابق إرادة الأطراف المتعاقدة فيجب على كل طرف أن يكون على علم بالتصرف الذي يقوم به فلا بد من تطابق الإيجاب والقبول بين الأطراف قبل الاتفاق على إدراج شرط التحكيم في العقد أي أن الرضا يجب أن يكون متبادلاً بين الطرفين كما يجب توفر أهلية التصرف في الأطراف المتعاقدة قبل إبرام العقد والغاية من ذلك هي إحداث أثر قانوني⁽³¹⁾، فالرضا هو أساس التحكيم كونه الشرط الذي يبين اتفاق الأطراف المتعاقدة على فض نزاعاتهم عن طريق التحكيم بدلاً من اللجوء إلى القضاء، كما تعد سلامة الرضا شرط لصحة التحكيم، أي خلوه من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه أو عيب آخر يقره القانون، وفي حالة وجود عيب من عيوب الإرادة يصبح العقد باطلاً، أو بطلاً مطلقاً وهذا ما يؤدي إلى إلغاء شرط التحكيم المدرج فيه⁽³²⁾.

2 المحل:

يجب تمتع شرط التحكيم بوجود محل له وإلا اعتبر العقد باطلاً بطلاً مطلقاً لأن المحل هو أحد أركان قيام العقد فهو موضوع النزاع الوارد في اتفاق التحكيم والتي ينص على حلها عن طريق التحكيم، ويشترط كذلك أن يكون النزاع قابلاً للتحكيم⁽³³⁾ وغير مخالف للنظام العام الدولي كما بينته اتفاقية نيويورك لسنة 1958، فيجب أن يكون موضوع النزاع ذو صبغة دولية أي متعلقاً بمجالات التجارة الدولية وألاً تكون هذه الأخيرة مخالفة للنظام العام، وقابل للتسوية بواسطة التحكيم، بحيث لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يمكن حلها عن طريق التحكيم.

كذلك محل التحكيم نستخلصه من الصيغ التي تضعها المؤسسات التي سيتم فيها التحكيم ومثال ذلك الشرط النموذجي الذي نجده في المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم IICRA وهو كما يلي :

" إذا نشأ خلاف بين الطرفين حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية (العقد) يحال النزاع إلى هيئة التحكيم لتفصل في النزاع بحكم نهائي ملزم طبقاً للقواعد العامة والإجراءات المنصوص عليها في نظام المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم".

3 السبب :

السبب هو اتفاق أطراف العقد على طرح النزاع أمام الهيئة التحكيمية بدلاً من اللجوء إلى القضاء، ويجب أن يكون السبب مشروعاً ومبنياً على حسن نية، أي يكون اللجوء إلى التحكيم بقصد إيجاد حلول أكثر دقة من القضاء و ليس بقصد التهرب من القضاء⁽³⁴⁾.

ثانياً: الشروط الشكلية :

يقصد بالشكلية الكتابة الرسمية، أي ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وعملاً بأحكام الفقرة الثانية من المادة الثانية⁽³⁵⁾ من اتفاقية نيويورك 1958 الملزمة للكتابة في العقد المبرم بين أطرافه وكذلك المادة السابعة من الفقرة الثانية

من القانون النموذجي، وأيضاً القانون النموذجي (الأونسترالuncitral) الذي نص على الكتابة في مادته السابعة فقرة اثنين⁽³⁶⁾.

كما نجد أن جل التشريعات الدولية وكل قوانين التحكيم نصت على ضرورة أن يكون شرط التحكيم مكتوباً، وهو ما أقره المشرع الجزائري في المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وعلى هذا الأساس تبين لنا بأن الكتابة الرسمية لها أهمية كبيرة في إثبات شرط التحكيم كما عززتها المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تدعو إلى ضرورة الكتابة في شرط التحكيم⁽³⁷⁾ كما نصت المادة 12 من قانون التحكيم المصري⁽³⁸⁾ على وجوب شرط الكتابة في اتفاق التحكيم.

كذلك المادة 10 من قانون التحكيم الأردني⁽³⁹⁾ التي تهدف إلى إلزامية الكتابة وهو ما نجده في قانون الإجراءات المدنية الإماراتي في مادته مائتان وثلاثة الفقرة اثنان 02/203⁽⁴⁰⁾.

ومن خلال كل ما تم ذكره نستخلص أن الشكلية في التحكيم التجاري الدولي تأتي مبنية لفهم أطراف العقد على تسوية النزاعات بينهما عن طريق التحكيم بدلا من القضاء ويجب أن يكون هذا الشرط مكتوباً وفي حالة اللجوء إلى القضاء العادي فيجب على القاضي الإعلان بعدم اختصاصه، كون أن التحكيم من النظام العام.

فالكتابة غايتها انعقاد شرط التحكيم وكذلك يستند عليها للإثبات، وينتج عن عدم إفراغ التحكيم في حكم مكتوب بطلان كل عملية التحكيم.

المبحث الثاني: ماهية التحكيم الإلكتروني

إن التحكيم في العصر الحديث أصبح له أهمية كبيرة ، بحيث لا يمكن التصور وجود معاملات تجارية بين شركات كبرى دون إدراج شرط التحكيم في العقد الذي يربطهم.

ونظراً لأهمية التحكيم ودوره في فض النزاعات بطريقة خاصة أصبح يمس كل المجالات، وأصبح المحكمون يختصون في مسائل وتقنيات قانونية و فنية خاصة ، مما أعطى لذلك مصداقية كاملة لهذه الوسيلة البديلة لحل النزاعات.

والثابت أن التجارة الإلكترونية في الوقت الحالي أصبح لها دوراً فعالاً وأصبحت تلبي حاجيات الشركات الكبرى لاقتناء حاجياتها وذلك بإبرامها لعدد عماليات وصفقات تجارية عن طريق مختلف الوسائل الإلكترونية.

لكن الإشكال المطروح هو أن التجارة في مجال الإلكتروني أصبح لها مكتنة خاصة ،لذلك يستلزم إيجاد آليات قانونية و قائية لحمايتها .

ومن بين هذه الآليات القانونية نجد التحكيم الإلكتروني.

لذا وعلى هذه الحالة يتبادر لنا التساؤل التالي: ما مقصود بالتحكيم الإلكتروني ؟ وماهي مميزاته؟

المطلب الأول : مفهوم التحكيم الإلكتروني

إن فكرة التحكيم الإلكتروني تعد كسلوب حصري لفض النزاعات التي تنشأ نتيجة استخدام الوسائل الإلكترونية كالانترنت، فهو قضاء إتفاقي خاص قائم على إرادة الأطراف لتسوية المنازعات التي تنشأ مستقبلاً عن علاقات عقدية تجارية كانت أو عادية للفصل فيها بواسطة وسائل الكترونية⁴¹.

وكما عرفه الدكتور خالد ممدوح ابراهيم بأنه " التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الاتصالات الدولية ودون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين⁴².

والغاية من التحكيم الإلكتروني هو حل النزاع دون اللجوء إلى المحكمة التحكيمية.

ومنه إن التحكيم الإلكتروني هو عبارة عن نظام قضائي خاص ، ينشأ من الإتفاق بين الأطراف ومن خلال وسائل الإلكترونية، وذلك على إحالة النزاع على هيئة تحكيمية متواجدة في موقع الكتروني خاص ، ثم تقوم هذه الهيئة التحكيمية بالفصل في النزاع في مدّة معينة.

وإن مجال التحكيم الإلكتروني غير محصور ، بحيث يمكن اللجوء إليه في كافة النزاعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية شريطة أن لا تكون مخالفة للنظام العام الدولي.

والثابت أن الأطراف المتعاقدة عن طريق الاليات الإلكترونية هي التي تحدد بنود العقد ، ومن بين هذه البنود يجب على الأطراف المتعاقدة تحديد الجهة المختصة لحل النزاع، فإذا اتفقا طرفي العقد على فض النزاع عن طريق التحكيم الإلكتروني ، فهنا يجب عليهما تبيان هذا الشرط عن طريق الكتابة الإلكترونية وفي هذا الشرط أيضاً يتم فيه تبيان كل إجراءات التحكيم ككيفية اختيار المحكمين ، والقانون المطبق على النزاع وكذا مدّة صدور الحكم التحكيمي.

المطلب الثاني :مزايا وعيوب التحكيم الإلكتروني

للتحكيم الإلكتروني عدّة مزايا ، لكن هذا لا يعني أن ليس له بعض العيوب، وتتمثل هذه الأخيرة فيما يلي:

أولاً: مزايا التحكيم الإلكتروني.

1_ السرعة في فض النزاعات:

يتميز التحكيم الإلكتروني بالسرعة في حل النزاعات وهذا ما يتناسب مع طبيعة التجارة الإلكترونية⁴³ بصفة عامة ، كوّن أن المبدأ العام للتجارة هو السرعة و الائتمان، و أن التحكيم الإلكتروني هو من بين الوسائل القضائية لفض النزاعات في مدّة قصيرة.

2_ تقليل تكلفة ونفقات التقاضي:

بحيث أن التحكيم الإلكتروني يقلل من الأعباء التي تلحق الأطراف المتنازعة من حيث النقل ومصاريف القضائية.

3_ المحاكمة عن بعد:

حيث تقوم الهيئة التحكيمية بعقد جلسات عبر شبكة الانترنت دون اللجوء إلى محكمة التحكيم التقليدية، بحيث يمكن متابعة كل إجراءات المحاكمة من أي مكان في العالم عن طريق مواقع خاصة⁴⁴.

4_ الحصول على الحكم التحكيمي:

إن التحكيم الإلكتروني يتميز بسهولة الحصول على الحكم نتيجة تقديم المستندات عن طريق البريد الإلكتروني أو من خلال الواجهة الخاصة التي صممت لهيئة التحكيم⁴⁵.

5_ الملائمة:

إن التحكيم الإلكتروني متاح على مدار 24 ساعة في اليوم ، وسبعة أيام في الأسبوع ، فهذه الميزة تمكن الأطراف النزاع إلى إرسال مستندات القضية في أي وقت⁴⁶.

ثانياً : عيوب التحكيم الإلكتروني.

تتمثل عيوب التحكيم الإلكتروني فيما يلي:

1_ عدم ضمان سرية التحكيم

من مساوئ التحكيم الإلكتروني هو إمكانية اختراق سرية عملية التحكيم من طرف القرصنة وتعطيل عمل محكمة التحكيم ، و هذا يؤثر سلباً على هذه التقنية الجديدة.

2_ غياب الحماية القانونية في مجال التجارة الإلكترونية

حيث أنه يوجد بعض الدول بما فيها الجزائر التي لم تعالج مجال التجارة الإلكترونية، فغياب قوانين وضعية خاصة بهذا المجال يمكن أن يؤثر على النزاع للوصول إلى الحقيقة.

الخاتمة:

لقد اتضح لنا من خلال بحثنا بأن التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات أصبح من غير الممكن للمجتمعات الحديثة الاستغناء عنه كونه الأنسب في معظم المجالات مثل التجارة الإلكترونية ، التي أصبحت تلعب دوراً فعالاً في تطوير الاقتصاد العالمي ، وأصبح التحكيم الوسيلة القانونية لحماية هذا النوع من العمليات التجارية الإلكترونية.

قائمة المصادر والمراجع:ثانيا: النصوص القانونية الوطنية:

- 1_ قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الصادر تحت رقم 08-09 بتاريخ 25-__ قانون المدني المصري الصادر بتاريخ 16 يوليو سنة 1948.
- 02_ قانون المدني الأردني رقم (43) لعام 1976.
- 03_ قانون المرافعات المدنية الفرنسي لسنة 1981 الصادر بموجب مرسوم رقم (500/81) بتاريخ 1981/05/12.
- 04_ قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية رقم 90 صادر سنة 1983.
- 05_ المرسوم الملكي رقم م/ 05 لسنة 1382هـ.
- 06_ قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 5 الصادر بتاريخ 15/12/1985 الموافق ل 2 ربيع الثاني 1406هـ.
- 07_ قانون التحكيم الهولندي الصادر بتاريخ 1/12/1986.
- 08_ قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة 1992
- 09_ قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.
- 10_ قانون التحكيم اليمني المعدل رقم (32) لسنة 1997.
- 11_ قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999
- 12_ قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.

2_1 الأوامر:

- 1_ الأمر رقم 07_05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو 2007، يعدل ويتمم الأمر رقم 75_58 المؤرخ في 20 رمضان الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.
- 2_ الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن قانون التجاري الجزائري.

ثانيا المراجع باللغة العربية

01. الكتب

- 1 المعايير الشرعية النص الكامل للبحوث و الدراسات التي قدّمت تمهيدا لإعداد المعايير الشرعية 1-54، هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي)، دار الميمان للنشر و التوزيع-الرياض المجلد الثالث 1437هـ،
- 2_ خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق الطبعة الأولى القاهرة 2002
- 3 احمد حسان مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات دار النهضة العربية 2007
- 4 قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية ، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات دار هومة الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2006
- 5 حسن مؤمن ، الوجيز في التحكيم، مطبعة الفجر، بيروت، لبنان، سنة 1977.
- 6 علاء آباريان، الوسائل الودية لحل النزاعات التجارية "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2008.
- 7 حمد عزيز شكيري، المدخل إلى القانون الدولي العام وقت السلم دمشق، سوريا، دار الكتاب 1968.
- 8 إياد محمود بردان ، التحكيم والنظام العام، منشورات حلبي الحقوقية لبنان، الطبعة الأولى 2004.
- 9 حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار دار هومة الجزائر 2010
- 10 حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي الطبعة الأولى، منشورات الحلبي بيروت لبنان، 2004.
- 11_ عمر سعد الله ، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009

- 12_ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي ، مصر، 1981.
- 13_ أحمد شكري، الوسيط في النظرية العامة و المقاولات ، مطبعة المعارف الجديد، الرباط ، المغرب، الطبعة الأولى، 2001.
- 14_ نادية محمد معوض ، التحكيم التجاري الدولي الطبعة الثانية دار النهضة العربية، مصر، 2000 ، 2001.
- 15_ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية القاهرة، 1997
- 16_ مصطفى الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية ، منشورات الحلبي القانونية، بيروت لبنان، 1998
- 17_ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية القاهرة ، الطبعة الأولى، 2004
- 18_ هاني يسري الدين ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة - دار النهضة العربية القاهرة 2005
- 19_ سامي عبد الباقي ، التحكيم التجاري الالكتروني، دراسة مقارنة ، دار النهضة ، 2004، ص 19.
- 20_ خالد ممدوح ابراهيم ، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية مصر، 2018.
- 21_ هبة تامر محمود عبد الله ، عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة) منشورات زين الحقوقية ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، الطبعة الأولى ، 2011

ثانيا: الرسائل الجامعية

- 1_ سليم بشير ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم القانونية تخصص القانون الخاص ، تحت عنوان "الحكم التحكيمي والرقابة القضائية " جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق، سنة الجامعية 2010 / 2011.
- 2_ رجاء نظام الحافظ بني شمس ، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين، 2009.

ثالثاً: المجالات :

1_ مجلة المحكمة العليا-عدد خاص- الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة و التحكيم، الجزء 1 ، قسم الوثائق 2009.

المراجع باللغة الأجنبية:

الكتب:

1_Christophe SeragliniJeromeortshlidt , droit del'arbitrage interne et international ,Montshretleinlextonsoedition 2013,Paris

المواقع الإلكترونية:

1_ عادل حمادة أبو العز ، التحكيم الإلكتروني في منازعات المعاملات الإلكترونية، مقال منشور على شبكة الأنترنت على الموقع www.aljarirah.com

الهوامش.

¹ انظر سليم بشير ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم القانونية تخصص القانون الخاص ، تحت عنوان "الحكم التحكيمي والرقابة القضائية " جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق، سنة الجامعية 2010/ 2011، ص 09.

² راجع دراسة المعايير الشرعية النص الكامل للبحوث و الدراسات التي قدّمت تمهيدا لإعداد المعايير الشرعية 1-54، هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أبوي) ، دار الميمان للنشر و التوزيع-الرياض المجلد الثالث 1437هـ، ص 2161.

__ خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق الطبعة الأولى القاهرة 2002، ص 150.³

__ خالد محمد القاضي ، نفس المرجع، ص 137⁴

⁵ __ احمد حسان مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات دار النهضة العربية 2007، ص 19.

⁶ __ خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، نفس المرجع ، ص 84.

⁷ __ قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الصادر تحت رقم 08-09 بتاريخ 25-02-2008 المادة 1007.

⁸ __ قرار النقض المدني رقم 1004/لسنة 61، الصادر من محكمة النقض المصرية بتاريخ 1996/12/27، منشور في مجلة الفضاة المصرية الصادرة عن نادي القضاة، القاهرة، السنة الثلاثون، العدد الأول، كانون الثاني، سنة 1998.

⁹ __ انظر المادة 1442 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي لسنة 1981.

¹⁰ __ أنظر المادة 1011 من ف ا م ا د ج.

¹¹ __ أنظر المادة 1020 من قانون التحكيم الهولندي الصادر بتاريخ 1986/12/1.

- ¹² _حسن مؤمن ، الوجيز في التحكيم، مطبعة الفجر، بيروت، لبنان، سنة 1977، ص 10.
- ¹³ راجع، علاء آباريان، الوسائل الودية لحل النزاعات التجارية "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2008، ص 23.
- ¹⁴ _قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات دار هومة الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2006، ص 236.
- ¹⁵ _خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 102.
- ¹⁶ _حمد عزيز شكيري، المدخل إلى القانون الدولي العام وقت السلم دمشق، سوريا، دار الكتاب 1968 ص 412.
- _ أنظر المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.¹⁷
- ¹⁸ _راجع إياهم محمود بردان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، الطبعة الأولى 2004 ص 06.
- _حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مرجع سابق، ص 18.¹⁹
- ²⁰ _حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي الطبعة الأولى، منشورات الحلبي بيروت لبنان، 2004، ص 90.
- ²¹ _أنظر عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009 ص 276.
- ²² _أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر، 1981، ص 50.
- ²³ _أحمد شكري، الوسيط في النظرية العامة و المقاولات، مطبعة المعارف الجديد، الرباط، المغرب، الطبعة الأولى، 2001، ص 29.
- ²⁴ _voir Christophe SeragliniJeromeortshtid , droit del'arbitrage interne et international ,Montshretleinlexonsoedition 2013,Paris, p 37.
- ²⁵ _Christophe SeragliniJerome ortsheidt , droit del'arbitrage interne et international,ibidem, p 485.
- ²⁶ _نادية محمد معوض، التحكيم التجاري الدولي الطبعة الثانية دار النهضة العربية، مصر، 2000، 2001 ص 85.
- (²⁷ _انظر المادة 10 الفقرة 3 من قانون التحكيم المصري الصادر سنة 1994، 14-18 التي تنص : "... و يعتبر اتفاق التحكيم كل إحالة ترد في العقد الى وثيقة تتضمن شرط التحكيم ...")
- _عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، مرجع سابق، ص 279.²⁸
- ²⁹ _محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية القاهرة، 1997 ص 11.
- ³⁰ _مجلة المحكمة العليا-عدد خاص- الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة و التحكيم، الجزء 1، قسم الوثائق 2009، ص 273.
- ³¹ _مصطفى الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، منشورات الحلبي القانونية، بيروت لبنان، 1998، ص 388.
- ³² _أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى، 2004، ص 346.
- _خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 194.³³
- ³⁴ _هاني يسري الدين، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة - دار النهضة العربية القاهرة 2005 ص 78.

³⁵ _أنظر المادة 2/2 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

³⁶ _أنظر المادة 2/7 من قانون النموذجي اليونسفال لسنة 1985.

³⁷ _أنظر المادتين 1008 و 1040 من ق ا م ا د ج.

³⁸ _أنظر المادة 12 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

³⁹ _أنظر المادة 10 من قانون التحكيم الأردني رقم 31، لسنة 2001.

⁴⁰ _أنظر المادة 2/203 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، رقم 11، لسنة 1992.

سامي عبد الباقي ، التحكيم التجاري الالكتروني، دراسة مقارنة ، دار النهضة ، 2004، ص 19.⁴¹
 خالد ممدوح ابراهيم ، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية مصر، 2018، ص 248.⁴²
 عادل حمادة أبو العز ، التحكيم الإلكتروني في منازعات المعاملات الإلكترونية، مقال منشور على شبكة الأنترنت على الموقع

www.aljarirah.com

43

⁴⁴ هبة تامر محمود عبد الله ، عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة) منشورات زين الحقوقية ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، الطبعة الأولى ، 2011، ص 308.

سامي عبد الباقي أبو صالح ، المرجع السابق، القاهرة، ص 36.⁴⁵
 رجاء نظام الحافظ بني شمسة ، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين، 2009 ، ص 16.⁴⁶