

فعالية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الإلكتروني

The Effectiveness of the Principle of Independence of the Arbitration Agreement from the Electronic Contract

مقدم أحلام*

مخبر المرافق العمومية والتنمية

جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس، الجزائر

ahlem.mokaddem@univ-sba.dz

Djillali LIABES University, Sidi Bel Abbes, Algeria

عبار عمر

مخبر المرافق العمومية والتنمية

جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس، الجزائر

Abbar.omar@gmail.com

Djillali LIABES University, Sidi Bel Abbes, Algeria

- تاريخ الإرسال: 2024/01/29 - تاريخ القبول: 2024/07/13 - تاريخ النشر: 2024/12/28

الملخص: يمثل التحكيم أهم الوسائل البديلة التي يلجأ إليها المتنازعون في العقود الإلكترونية لحل خلافاتهم بعيدا عن القضاء، غير أنه قد يتعرض العقد للبطلان أو الفسخ أو الانقضاء، وهو ما يثير التساؤل عن مصير التحكيم بالنسبة للعقد، لذلك جاءت هذه الورقة البحثية لدراسة العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد الإلكتروني.

الكلمات المفتاحية: اتفاق التحكيم؛ العقد الإلكتروني؛ شرط التحكيم؛ مبدأ الاستقلالية.

Abstract: Arbitration represents the most important alternative means that disputants resort to in electronic contract to resolve their differences away from the judiciary. However, the contract may be subject to invalidity, termination or expiration, which raises the question about the fate of arbitration in relation to the contract, so this research paper came to study the relationship between the arbitration agreement and the electronic contract.

Keywords: arbitration agreement; electronic contract; arbitration clause; the principle of independence.

* المؤلف المرسل: مقدم أحلام.

مقدمة:

شكل التقدم التكنولوجي الذي شهده العالم مصدرا مؤثرا على حركية التعاقد الرقمي، مما جعل من هذا الأخير حقيقة تحتاج لضبط قانوني بغية بيان أحكامه والتأسيس لقواعد تضبطه، وهو ما نتج عنه تدخل المشرعين على المستوى العالمي من خلال سن قوانين تضبط هذه العملية، ومنهم المشرع الجزائري، والذي لم يحد عن هذا الاتجاه فسن قانون التجارة الالكترونية سنة 2018.

ونظرا لهذه الديناميكية فقد زادت المنازعات الرقمية، والتي تتميز بالتعقيد وضرورة السرعة في البت فيها، وهو ما جعل المهتمين يبحثون عن آليات فعالة لذلك، والمتمثلة أساسا في التحكيم، والذي يتمظهر نشوء اتفاقه بمظهرين إما متصل بالعقد ويطلق عليه (شرط التحكيم)، وإما منفصلا عنه ويطلق عليه (مشارطة التحكيم).

وتأسيسا على كون العقد مؤسسة قائمة ضمن مسار تفاعلي من الإنشاء إلى الانتهاء مما يجعل احتمالية انقضائه قائمة، لذلك ارتأينا البحث في طبيعة العلاقة الرابطة بين اتفاق التحكيم والعقد الالكتروني، خاصة عند اتصاله به سواء كبند مدرج في العقد أو في وثيقة لاحقة له أما عن المظهر الثاني فهو أصلا مستقلا عنه، وفي هذا السياق، ظهر جدل ونقاش فقهي يرى طرفه الأول أن التحكيم تابع للعقد الأصلي يتأثر به وجودا وعدما، ويرى طرفه الثاني استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الالكتروني مما يصونه عن التأثير بحالات العقد.

وانطلاقا من ذلك فالإشكالية المراد معالجتها في هذا المقام يمكن صياغتها على النحو التالي: لأي مدى يمكن للعلاقة القائمة بين اتفاق التحكيم والعقد الالكتروني أن تؤثر على فعالية التحكيم كآلية للفصل في المنازعات الرقمية؟

وبغية الإجابة على هذا الإشكالية فقد تبيننا خطة قوامها جزأين؛ فأما الأول فخاص بماهية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الالكتروني، وأما الثاني فجعلناه فلبين فعلية تكريس الأنظمة القانونية لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وآثار الأخذ به.

المبحث الأول: ماهية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الالكتروني..:

يتميز العقد المراد دراسته بوجود اتفاق التحكيم، ونظرا لكون العقد قد تطرأ عليه عوارض قد تنتهي، وهو ما يطرح إشكالية عن العلاقة الارتباطية بينه وبين الشرط الذي يتضمنه، والتي يستحيل الوصول لفهمها دون تحديد المقصود بمضمون مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الالكتروني ثم بيان نطاق تطبيقه، ومبررات الأخذ به.

المطلب الأول: مضمون مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الالكتروني:

إن دراسة مضمون مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الالكتروني الأصلي يقتضي التطرق إلى تعريف هذا المبدأ ثم بيان أساسه القانوني.

الفرع الأول: تعريف مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الالكتروني:

يقوم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الالكتروني على بعدين، فالأول يتعلق بالاستقلال المادي، أما الثاني فيرتبط بالاستقلال القانوني، ولذلك سنسبسط البحث في كل منهما على النحو التالي:

(أولا) الاستقلال المادي:

يعتبر الاستقلال المادي أول وأقدم معنى لمبدأ الاستقلالية، فيقصد به انفصال شرط التحكيم¹ عن العقد الالكتروني الأصلي الذي ورد فيه كبنء من بنوده أو في وثيقة لاحقة له، فعدم مشروعية العقد الالكتروني الأصلي، أو عدم صحته، أو بطلانه، أو فسخه لا يؤثر على شرط التحكيم، نفس الأمر يقاس على هذا الأخير، وعلى العموم فإن هذا الاستقلال كما وصفه بعض الفقه بالاستقلال المتبادل بمعنى أوضح: إذا كان الشرط باطلا، فإن هذا يجب ألا يؤثر في العقد الذي يتضمنه، وإذا كان العقد نفسه باطلا أو فسخ فهذا لا يؤثر على شرط التحكيم، وهذا ما يعبر عنه باستقلالية أو ذاتية شرط التحكيم، فشرط التحكيم وإن كان يرد في العقد الأصلي إلا أنه له ذاتية متميزة ومستقلة عن العقد الأصلي².

و بالتالي فإن الأساس الذي يستند عليه الاستقلال المادي هو إن ننظر إلى شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي على أنه عقد في عقد معادلا له ومستقلا بذاته ولا يتأثر بالمؤثرات والعوارض التي قد تؤثر في عدم صحة العقد الأصلي.

(1) الجدير بالذكر، أن إبرام اتفاق التحكيم يتم بصورتين إما شرط التحكيم أو عن طريق مشاركة التحكيم، وعند تطبيق مبدأ الاستقلالية فإنه يخص شرط التحكيم فقط بحكم أنه مدرج في العقد الأصلي، أما عن مشاركته التحكيم فهي أساسا مستقلة عن العقد الأصلي.

(2) ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، الطبعة 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م، ص311.

(ثانيا) الاستقلال القانوني:

لم يقف مفهوم استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي عند المعنى التقليدي، وإنما أخذ تصورا جديدا وهو خضوع كل من اتفاق التحكيم والعقد الالكتروني لنظام قانوني مختلف فالقانون الذي يحكم العقد الالكتروني قد يكون قانون القاضي أو الذي تحدده قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي، أما اتفاق التحكيم فإنه لا يخضع بالضرورة لذلك القانون³؛ إذ يمكن للأطراف المتعاقدة اختيار القانون الواجب التطبيق عملا بمبدأ قانون الإرادة أو القانون المنظم لموضوع النزاع المتعلق بالعقد الالكتروني أو القانون الذي يراه المحكم ملائما وهذا في المسائل المتعلقة بالعقود الدولية⁴.

وعليه فإن الاختصار على إحدى الفكرتين دون الأخرى فإنه يؤدي بنا إلى القول أنه إذا ورد العقد صحيحا لا بطلان فيه وكان القانون الواجب التطبيق عليه يحظر شرط التحكيم أو يجعله باطلا لسبب أو لآخر فإن هذا الاستقلال لن يحول دون أن يقع شرط التحكيم باطلا، فمثلا إذا كان قانون العقد يبطل شرط التحكيم لعيب في الرضا، أو اختلاف صفة الأطراف، أو لطبيعة الالتزامات التعاقدية الوارد بشأنها، أو يمنعه في بعض العقود إلى غير ذلك، فإن ذلك لا أثر له على صحة الشرط المذكور.

واستنادا لما سبق فإن ما يجب قوله أن مفهوم مبدأ الاستقلالية لم يستقر على انفصال شرط التحكيم عن العقد الأصلي واختلاف النظام القانوني لكل منهما بل ذهب إلى ابعاد من ذلك ألا وهو استقلالية شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية المؤدية إلى بطلانه، وتسري عليه قواعد قانونية مستمدة من مبادئ وعادات التجارة الدولية.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الالكتروني

إن تحديد مفهوم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الالكتروني يدفعنا إلى بيان أساسه القانوني الذي يقوم عليه هذا المبدأ فيمكن أن نجد أساسه في القواعد العامة في القانون المدني، وذلك في "نظرية انتقاص العقد" ولقد أخذ بها المشرع الجزائري في المادة 104 من القانون المدني والتي يستشف منها أن العقد الذي في شق منه باطل أو قابل للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، قابل للإبطال فيبطل كله ومؤدى هذه النظرية تقتض أن العقد الأصلي ليس باطل بالكامل بل في جزء منه فقط، فيمكن إزالة الجزء الباطل والإبقاء على الجزء الصحيح

(3) فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، الطبعة 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 96.

(4) هذا ما يستشف من المادة 104/3 من قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 21، الصادر بتاريخ 23-04-2008 وبهذا نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بالقانون السويسري في المادة 178/2 من القانون الدولي الخاص السويسري.

وقياسا على اتفاق التحكيم فإنه في حالة بطلان العقد الإلكتروني الذي يحوي شرط التحكيم فإن العقد يبطل لوحده ويبقى الشرط صحيح طبعاً في حالة توفر شروطه كاتفاق مستقل والعكس صحيح⁵.

أما بخصوص نظرية تحول العقد فلا يمكن تطبيقها لأنه يفترض أن يكون هناك عقد باطل بأكمله لكي يتحول العقد إلى عقد آخر، أما إذا كان في جزء منه باطلاً وآخر صحيح وكان هذا التصرف قابلاً للانقسام فإنه ينتقص العقد ولا يتحول⁶.

ورغم أنه يمكن تطبيق نظرية انتقاص العقد كأساس قانوني على اتفاق التحكيم المدرج في العقد الإلكتروني إلا أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار أن اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أو مشاركة، فإنه ليس عقداً موضوعياً من عقود القانون الخاص الذي ينظمه القانون المدني، إنما هو اتفاق إجرائي من اتفاقات القانون الإجرائي الذي ينظمه قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁷، وبالتالي فإن اتفاق التحكيم لا يرتبط وجوداً وعدمًا بأي عقد موضوعي حتى ولو نشأ بمناسبته.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الإلكتروني ومبرراته

إن مبدأ استقلالية شرط التحكيم لا يُعمل به على إطلاقه، إنما يشترط أن يكون ضمن نطاق معين، لتحقق مبررات الأخذ به، وهو ما سنحاول التفصيل فيه على النحو التالي:

الفرع الأول: نطاق تطبيق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الإلكتروني:

إن تطبيق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الإلكتروني راجع إلى توفر حالات معينة أدت إلى العمل به وقبل الحديث عنها تجدر الإشارة إلى أنه لكي تطبق وجب أن يكون اتفاق التحكيم قد أبرم صحيحاً، مستوفياً لكافة أركان وجوده وشروط صحته القانونية، فلا مجال للحديث عن وجود اتفاق التحكيم مستقل إذا اختل ركن من أركانه أو شرط من شروطه هذا من ناحية الاتفاق.

وعليه سنعرض هذه الحالات التي قد تصيب العقد الإلكتروني وعلى أساسها يتم العمل بالمبدأ :

(أولاً) حالة بطلان العقد الإلكتروني:

قد يختلف نوع الحكم باختلاف نوع البطلان سواء كان بطلان مطلق أو نسبي.

(5) د. محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، الجزائر، 2019، ص 266.

(6) انظر د. محمد صبري سعدي، المرجع نفسه، ص 264-265.

(7) انظر المواد النازمة لاتفاق التحكيم وذلك في الباب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

أ- البطلان المطلق:

يبطل العقد الالكتروني بطلانا مطلقا لتخلف ركن من أركان قيامه كانهدام الرضا أو يكون المحل مخالفا لنظام العام أو الآداب العامة أو عدم مشروعية سببه أو الشكل الذي يتطلبه القانون في العقود الشكلية فتطبيقا لمبدأ الاستقلالية فإذا بطل العقد الالكتروني لأي سبب من الأسباب التي سبق ذكرها فإنه ليس بالضرورة أن يبطل معه اتفاق التحكيم ، وفي الواقع أنه في حالة البطلان المطلق فإن القضاء دوره ليس منشئ وإنما كاشف لحالة البطلان فما الذي يمنع أن يطبق هذا في التحكيم حيث يعتبر المحكم مختصا بالفصل في موضوع بطلان العقد الالكتروني تأكد من صحة الادعاء ببطلان العقد الالكتروني، فصدور الحكم في هذه الحالة لن يختلف كثيرا عن دور القاضي .

ب- البطلان النسبي:

يتحقق البطلان النسبي إذا شاب إرادة أحد المتعاقدين عيب من عيوب الإرادة أو نقص في الأهلية، ويميز جانب من الفقه بين عيوب الإرادة التي تخص شرط التحكيم ذاته والتي تلحق العقد.

فبالنسبة لعيب الغلط فإنه لا يمتد إلى شرط التحكيم بحكم اختلاف محل كل منهما باستثناء الغلط في صفة المتعاقد أو في ذاته لأن المتعاقد في العقد هو نفسه في شرط التحكيم ومنه فإبطال العقد الأصلي يمتد لشرط التحكيم، أما بالنسبة للإكراه فينصب بالضرورة على شخص المتعاقد الآخر في شرط التحكيم، ومن ثم فإن الإكراه الذي يبطل العقد الأصلي يؤدي بالضرورة إلى إبطال شرط التحكيم على نحو يخرج معه الأمر من نطاق تطبيق مبدأ الاستقلالية، لكن إذا تم الاتفاق على التحكيم بعد إبرام العقد الذي تعلق به عيب الإكراه فإن الشرط يبقى صحيحا لزوال الإكراه، نفس الشيء بالنسبة لعيب التدليس فإن الشرط يبقى صحيحا إذا اكتشف العيب قبل إبرام شرط التحكيم، أما عن الغبن والاستغلال فلا يمكن تصورهما في اتفاق التحكيم، حيث أنه ينشأ التزامات متعادلة بين الطرفين، فكل طرف يلتزم باللجوء إلى التحكيم بدل القضاء، وعلى هذا النحو يتجسد مبدأ استقلال شرط التحكيم في مجال إبطال العقد الالكتروني للاستغلال أو الغبن، ويظل شرط التحكيم صحيحا رغم إبطال العقد الالكتروني.

كما قد يبطل العقد الالكتروني لنقص الأهلية ولا يؤثر هذا الإبطال على اتفاق التحكيم لكن إذا كان أحد الأطراف عديم الأهلية ويمس العقد الالكتروني الأصلي واتفاق التحكيم على حد سواء فإنه من المفروض أن يلحق البطلان بالعقدين، ولكن باعتبار أن العقدين دوليين، فيجب أولا معرفة القانون الواجب التطبيق على أهلية الأطراف للحكم بانهدامها.

(ثانيا) حالة انعدام العقد الإلكتروني الأصلي:

يوجد في هذه الحالة الكثير من الجدل حولها خاصة عند الفقه والقضاء، الذي يفرق بين حالتي البطلان والانعدام، المقصود من ذلك أنه في حالة بطلان العقد فإن اتفاق التحكيم لا يتأثر بذلك تطبيقاً لمبدأ الاستقلالية أما في حالة انعدام العقد، فإن اتفاق التحكيم يتأثر بذلك بحكم عدم وجود العقد أصلاً، وهو ما ذهب إليه القضاء الإنجليزي حين وقف موقفاً معادياً لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، بينما يرى اتجاه الغالب إلى أن هذه التفرقة لا يدعمها الفقه والقضاء الغالب خاصة على صعيد التحكيم التجاري الدولي، بل نصت غالبية التشريعات والنظم المتعلقة بالتحكيم على أن الإلغاء بانعدام وجود العقد أو الإبطال ليس من شأنهما التأثير على استقلالية اتفاق التحكيم⁸، بل ترفض التفرقة أساساً والغاية في عدم تطبيق مبدأ الاستقلالية عن العقد الأصلي في حالة الانعدام وهو عدم إتاحة الفرصة أمام الأطراف في إمكانية الالتجاء إلى التسوية، أي الادعاء بالانعدام بدل البطلان وهو ما يسعى مبدأ الاستقلالية إلى تفاديها.

(ثالثاً) حالة فسخ العقد الإلكتروني أو انقضائه:

إن تقديم أحد طرفي العقد الإلكتروني طلب فسخ العقد أو إنهائه، لا يمنع من إعمال شرط التحكيم الوارد في العقد وذلك ما لم يتفق الطرفان صراحة في العقد على أن فسخ العقد أو إنهائه ينصرف إلى العقد بالنسبة لكل بنوده بما فيها شرط التحكيم، وعندئذ يلحق الفسخ أو الإنهاء هذا الشرط أيضاً⁹.

الفرع الثاني: مبررات مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الإلكتروني:

يوجد عدة مبررات لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الإلكتروني نذكر أهمها:

(أولاً) احترام إرادة الأطراف:

يبرر هذا المبدأ على أساس أن الدافع الأول الذي أدى إلى نشوء اتفاق التحكيم، بغض النظر عن الصورة التي نشأ بها وهو توجه إرادة الأطراف إلى حل النزاعات القائمة أو المستقبلية حول العقد الإلكتروني، عن طريق التحكيم معنى ذلك أن الأطراف قصدوا بذلك عرض كافة منازعاتهم بما فيها صحة أو بطلان العقد الإلكتروني، فعدم إجازة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي سينتج عنه تضيق نطاق التحكيم على النقيض من إرادة الأطراف، لأنهم لو أرادوا هذا التضيق لعبروا عنه بوضوح في اتفاق التحكيم، فقد برر الفقيه rebert بقوله أن الأخذ بمبدأ الاستقلالية له طابع وظيفي مستوحى من إرادة الأطراف¹⁰.

(8) انظر في هذا السياق المادة 5 من اتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي، المعقودة في جنيف، بتاريخ 21 نيسان 1961.

(9) فتحي والي، المرجع السابق، ص 98.

(10) عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، الطبعة 01، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص 125.

(ثانيا) اختلاف مضمون اتفاق التحكيم عن العقد الإلكتروني:

يختلف مضمون¹¹ اتفاق التحكيم عن مضمون العقد الإلكتروني، فمحل اتفاق التحكيم هو الفصل في المنازعة يمكن أن تنشأ بشأن العقد الإلكتروني، أما محل العقد فهو العملية القانونية التي أرادها طرفا العقد سواء بأداء شيء معين كبضاعة أو معدات أو برامج حاسوب أو أداء عمل معين كتقديم خدمات ومجمل القول يقوم محل العقد الإلكتروني على نوعين من التجارة تجارة السلع وتجارة الخدمات¹² ومن ناحية أخرى، فإن سبب كل منهما يختلف عن الآخر فبالنسبة لاتفاق التحكيم هو تعهد كل طرف بعدم الالتجاء الى قضاء الدولة أما سبب العقد الإلكتروني وهو الباعث والدافع للتعاقد¹³، ومن ثم فهو أمر مختلف تماما .

(ثالثا) عدم التفرقة بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم:

إن تقرير مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الإلكتروني يؤدي حتما إلى عدم التمييز بين إبرام اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم أم مشاركة، فرضا لو سلمنا بالتمييز بينهما فيعد شرط التحكيم تابع للعقد أما المشاركة فهي مستقلة عن العقد، وبالتالي فالمحكم في الحالة السالفة الذكر سيتمكن من إصدار الحكم نهائي حول بطلان أو صحة العقد الإلكتروني بحكم أنه أبرم بعد وقوع النزاع، أما في شرط التحكيم فإنه في حالة مصادفته لادعاءات الأطراف حول البطلان أو صحة العقد الإلكتروني الذي يلزم عليه الفصل فيها والحكم الصادر يخضع لرقابة قضائية لاحقة قد تلغي حكمه، هذا ما دفع البعض من الفقه بالقول بأن هذه التفرقة بين صورتين اتفاق التحكيم غير مبررة¹⁴ .

(رابعا) حماية اختصاص المحكم بالفصل في المنازعة:

إن القول بعدم استقلالية شرط التحكيم سيقترن عليه حتما عدم صلاحية المحكم بالنظر في المنازعة المتعلقة بالعقد الإلكتروني، وذلك بمجرد أن يدفع أحد الأطراف بعدم صحة العقد الإلكتروني، ويصبح المحكم عندئذ ملزما بإعلان عدم صلاحيته لأنه في هذه سينظر في آن واحد في صحة العقد الإلكتروني، وفي صحة شرط التحكيم ومن غير المستساغ أن يفصل المحكم في صحة عقد هو مصدر سلطته¹⁵، لهذا ضمانا لفعالية إجراء التحكيم يجب الأخذ بمبدأ الاستقلالية حتى لا ترفع يد المحكم عن اختصاصه.

(11) استغنى المشرع الفرنسي بناء على الإصلاحات التي قدمها الفقيه CATALA عن فكرة المحل والسبب والاستعاضة عنها بفكرة المضمون.

(12) للمزيد راجع: بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014-2015، ص 141-142.

(13) بلقاسم حامدي، المرجع نفسه، ص 148.

(14) عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 125.

(15) ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 310.

المبحث الثاني: فعالية تكريس الأنظمة القانونية لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الالكتروني:

تقاس فعالية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الالكتروني بمؤشرين اثنين، فالأول هو فعالية الأخذ به من طرف مختلف الأنظمة القانونية، والثاني بآثاره الإيجابية بعد تطبيقه.

المطلب الأول: فعالية تكريس الأنظمة القانونية لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الالكتروني:

سنحاول دراسة واقع تقرير الأنظمة القانونية لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الالكتروني الأصلي، من خلال عرض موقف التشريعات منه وصولاً إلى موقف القضاء ولوائح التحكيم من المبدأ.

الفرع الأول: موقف التشريعات:

إن بيان موقف التشريعات يقتضي عرض موقف المعاهدات الدولية ثم التشريعات الوطنية.

(أولاً) موقف المعاهدات الدولية:

إن مسألة الاعتراف بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الالكتروني الأصلي الذي يتضمنه لا يستخلص بشكل صريح في بعض المعاهدات الدولية الرئيسية المنظمة للتحكيم، ومن هذا المنطق فإن التصديق على هذه المعاهدات من قبل الدول الأطراف فيها ليس هو السبب في تبني هذه الأنظمة القانونية لهذا المبدأ، ومن هذه الاتفاقيات التي نصت عليه بصورة ضمنية نجد مثلاً: **اتفاقية نيويورك 1958**م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، لم تشر صراحة إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي¹⁶، كذلك معاهدة جنيف الأوروبية لسنة 1961 وفي هذا نجد اختلاف بين الفقهاء حول إقرارها للمبدأ، ولكن بالرغم من أنها لم تقر صراحة بهذا المبدأ إلا أنها قد اتخذت موقفاً صريحاً فيما يخص مسألة اختصاص المحكمين بالفصل في اختصاصهم، من خلال نص المادة 5/ف3 في هذا السياق يبرر بعض من الفقه أن المعاهدة طبقت في النص قاعدة الاختصاص بالاختصاص والذي يعتبر من آثار مبدأ استقلالية شرط التحكيم إلا أنها لم تتخذ موقفاً صريحاً¹⁷.

وهو نفس الاتجاه الذي ذهبت إليه **معاهدة واشنطن 1965** في المادة 41/ف1 حيث اكتفت بالإشارة إلى أن هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها، وسأيرتهم في هذا الاتجاه كذلك الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 ولقد نصت على منح هيئة التحكيم سلطة النظر في اختصاصهم وجاء ذلك في المادة

(16) ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص114.

(17) بخت عيسى وزروالي سهام، مبدأ استقلالية شرط التحكيم البحري عن العقد الأصلي في القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 03، ديسمبر 2015، ص208.

24 والتي تضمنت في فحواها وجوب الفصل بقرار نهائي في الدفوع الشكلية بقرار نهائي قبل النظر في موضوع النزاع التحكيمي¹⁸.

وعلى العموم فإن هذه الاتفاقيات نصت ضمناً على مبدأ الاستقلالية، عن طريق تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص للمحكم والذي يعد من بين آثار هذا المبدأ ما يجعله ينسب بصفة غير مباشرة.

أما عن الاتفاقيات الدولية التي نصت على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بصورة صريحة، فنجد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985 التي نصت على هذا المبدأ في المادة 16/1 والتي تقضي أنه من بين اختصاصات هيئة التحكيم النظر في وجود اتفاق التحكيم وصحته بصفة مستقلة عن العقد، وأي قرار صادر ببطالان العقد لا يترتب عليه بطلان شرط التحكيم¹⁹؛ ومن ثم فإن هذا النص أقر صراحة مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الإلكتروني الأصلي.

(ثانياً) موقف التشريعات الوطنية:

تقر معظم التشريعات الحديثة بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، مما أضفى على المبدأ شرعية وفعالية أكبر سمحت له بأن يصبح قاعدة دولية فعلية في التحكيم التجاري الدولي، لذا سوف نتعرض لبعض من هذه التشريعات الداخلية.

فجدد المشرع الفرنسي قد تميز عن التشريعات الداخلية، فلم يقر صراحة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي تاركاً إياه للقضاء، وبصدور قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بموجب مرسوم 1981/582 الصادر في 1981/5/12 المتعلق بالتحكيم الدولي ما يستشف ضمناً من نصوص المواد حيث تضمنت المادة 1446 أنه عندما يكون شرط التحكيم باطلاً يعد غير مكتوب وبالتالي في حالة بطلان شرط التحكيم في العقد الأصلي فالشرط لا وجود له ويبقى العقد صحيحاً وبمفهوم المخالفة، لهذا النص يستنتج أنه إذا كان العقد الأصلي باطلاً فإن ذلك لا يؤثر على صحة شرط التحكيم.

أما المشرع المصري فقد سائر تطور قوانين التحكيم التجاري الدولي معترفاً بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي في قانون التحكيم المصري الجديد لسنة 1994م رقم 27 في نص المادة 23 التي تأسست على أن شرط التحكيم مستقل عن شروط العقد الأخرى وإذا كان العقد باطلاً أو تم فسخه أو

(18) المادة 24، من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987، المنشور على الموقع: www.aifa-eg.com، تاريخ الإطلاع 2022/03/10، ساعة الإطلاع 10:00.

(19) المادة 16، من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي (اليونسترال)، الصادر بتاريخ 21/يونيو/1985، ص 7-8.

إنهائه فإن شرط التحكيم لا يتأثر ما دام الشرط صحيحا في ذاته على عكس ما كان عليه الحال في القانون المصري السابق فلم يكن يشير صراحة إلى استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي وكان الفقه منقسم بين مؤيد ورافض للمبدأ، وبتركيسه في القانون الجديد يكون المشرع المصري قد وضع حدا للخلاف الفقهي الذي كان سائدا²⁰، وما يلاحظ من نص المادة أن المشرع أكد أصالة واستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي بشكل صريح وواضح، ومتبنيها بجميع أبعادها (بطلان، فسخ، إنهاء) فكان الأجدر على المشرع الجزائري أن يساير المشرع المصري في ذلك.

أما المشرع الجزائري قد كرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم من خلال المرسوم التشريعي 09/93 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية رقم 154/66 في نص المادة 458 مكرر 1/4 التي تضمنت أنه لا يحتج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأساسي ليبقى على فحوى وموقع نص المادة²¹ في ظل التعديل الجديد المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك في المادة 1040/4، وبالتالي فإن المشرع الجزائري سار على خطى القانون السابق، متبني مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي ولم يتبناها في التحكيم الداخلي ما يصوغ عند منازعة أحد الطرفين بشأن صحة العقد الالكتروني وكان نوع التحكيم داخلي، فإنها تشل اختصاص المحكمين ويعود الاختصاص إلى القضاء فإذا قضى بصحة العقد عادت الحياة إلى الشرط التحكيمي، أما إذا قضى عكس ذلك بالبطلان يصبح القضاء أهلا للنظر في النزاع التعاقدية.

إضافة إلى ذلك أن هذا التكريس لم يأتي بصفة صريحة ومباشرة وإنما يستنتج ضمنا، من نص المادة بقولها عدم ارتباط شرط التحكيم عند الادعاء بعدم صحة العقد الأصلي الوارد فيه²² بمعنى عند وجود بطلان ما يستنتج أن المشرع اقتصر على حالة واحد يمكن على أساسها العمل بهذا المبدأ مستغنيا عن الحالات الأخرى السابق ذكرها، وعالجها إلا من جانب واحد عدم ارتباط اتفاق الحكيم بمصير العقد الأصلي إلا أن الاستقلالية متبادل ما يفتح مجال للتساؤل عن مصير العقد الالكتروني الأصلي إذا بطل اتفاق التحكيم.

(20) ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص109.

(21) المقصود من موقع النص، أن المشرع الجزائري أدرج نص المادة 458/4 ضمن الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي وقد أبقى على موقع النص حتى في التعديل الجديد المادة 1040 ما يفهم أن المشرع مدام لم يدرجها ضمن أحكام التحكيم الداخلي فهناك فرق بينهم كل من التحكيمين الداخلي والدولي ما يجعل الأمر موضع جدل الفقه والقضاء.

(22) بخيت عيسى وزروالي سهام، المرجع السابق، ص206.

وتعقبا على ذلك حبذا لو أن المشرع الجزائري عالج مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، بصفة واضحة من كل جوانبه الرئيسية حتى لا تدع مجالا للشك، وذلك لما يتمتع به المبدأ من أهمية كضمانة إجرائية لفعالية نظام التحكيم وما يرتب من آثار هامة سوف نبينها في حينها.

كما أنه من جهة أخرى لابد من الإشارة إلى التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية²³، والذي قد تبنى رسميا رقمنة المسار الإجرائي من خلال تفعيل إمكانية مباشرة الدعوى الكترونيا؛ إذ تنص في مضمون المادة 06 من القانون 13/22 المعدلة لمجموعة من المواد لاسيما المادة 815، على رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة ورقية أو بالطريق الإلكتروني، وهو ما يفيد احتمالية تجسيد التحكيم الإلكتروني مستقبلا لاسيما أننا لم نقف على تطبيق له حاليا في الجزائر، وفي حال تجسيد ذلك فسيعطي ضمانات أكثر لتفعيل التجارة الإلكترونية في الجزائر وجعلها موردا ماليا هاما للدولة، وهو ما يمكنها من تطبيق سياساتها الاقتصادية وبرامجها التنموية المختلفة.

الفرع الثاني: تكريس القضاء ولوائح التحكيم لمبدأ الاستقلالية:

نستعرض الموقف الذي اتخذته القضاء بشأن مبدأ الاستقلالية ثم نبين موقف لوائح التحكيم.

(أولا) تكريس القضاء لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم:

يعد القضاء الانطلاقة الأولى لبروز مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وتطور نظامه القانوني ويعد هو السبب الرئيسي في تبني التشريعات الدولية والداخلية، لهذا المبدأ فيمكن القول أن القضاء الهولندي كان أول من أقر صراحة انفصال اتفاق التحكيم الدولي عن العقد الأصلي فصدر بتاريخ 1935/12/27 حكم عن المحكمة الهولندية يقضي بأنه في حالة تنازع الأطراف حول صحة أو بطلان العقد، فإن ذلك لا يمنع من اختصاص المحكم بالفصل في النزاع رغم احتمال عدم صحة العقد الذي ورد به شرط التحكيم، كما أصدر القضاء الألماني في 1952/05/4 حكما يقضي بأن مصير شرط التحكيم ينفصل تماما عن مصير العقد الذي يتضمنه، وهو ما قرره القضاء الإيطالي في الحكم الصادر عن محكمة النقض الإيطالية بتاريخ 12 يناير 1959²⁴.

أما القضاء الفرنسي فقد حسم الأمر عام 1963 وأنهى الجدل الفقهي القائم حول استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي وذلك بمناسبة قضية Gosset²⁵، حيث أقرت محكمة النقض صراحة في حكمها

(23) القانون رقم 13_22 المؤرخ 12 يوليو 2022، المعدل والمتمم للقانون رقم 09_08 المؤرخ 25 فبراير 2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 48، الصادر 17 يوليو 2022.

(24) نور الدين بكلي، دور وأهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية (في القانون الجزائري والقوانين العربية)، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل المنازعات، 15-16 جوان 2008، ص 293.

²⁵ Arret Gosset, Cour de cassation, chambre civile, du 7 mai 1963, publié au bulletin.

الصادر في 1963/05/7 بأنه "في مجال التحكيم الدولي إن اتفاق التحكيم سواء أبرم منفصلاً عن التصرف القانوني، أو متضمناً إياه فإنه يتمتع دائماً إلا في ظروف استثنائية استقلالا قانونياً متكاملاً، يستبعد إمكانية تأثره بعدم الصحة لهذا التصرف " وقد تأكد هذا المبدأ في قضايا أخرى نذكر أهمها قضية ²⁶Menicucci, أبرم العقد الأصلي بين شركة هولندية وفرنسي لا يعد تاجراً، ولما كان القانون الفرنسي يحظر أن يتضمن العقد شرط التحكيم، فإن الطرف الفرنسي متجاهلاً شرط التحكيم الوارد في العقد قام باللجوء إلى القضاء العادي الفرنسي.

ولقد قررت محكمة استئناف باريس صحة اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، بالنظر لاستقلالية شرط التحكيم تحول دون إمكانية تأثره بأسباب البطلان أو عدم المشروعية الواردة في أي قانون وطني، وقد أدرج المبدأ في العديد من القضايا المشابهة التي كرست مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

(ثانياً) تكريس لوائح التحكيم لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم:

أقرت معظم لوائح التحكيم صراحة مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في 1 يناير 1998 في المادة 6/4 والتي تضمنت في معناها أن المحكم يبقى مختصاً إذا تم الإدعاء ببطلان العقد الأصلي أو حتى انعدامه ما دام اتفاق التحكيم صحيح، ويتضح من ذلك أنه يؤكد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ليس فقط في حالة بطلان بل حتى في حالة الانعدام يبقى المحكم مختصاً²⁷.

كما أن نظام هيئة التحكيم الأمريكية لعام 1992م أقر المبدأ في المادة 15/2 التي تأسست على أن الشرط التحكيمي شرط مستقل عن شروط العقد الأخرى، وكذا أقر نظام الغرفة التجارية العربية-الأوروبية في المادة 21/4 في مضمونها أن نزاع أحد الأطراف في صحة أو تطبيق بند التحكيم فلا يحول ذلك دون تأليف محكمة التحكيم وفق أحكام هذا النظام وتفصل محكمة التحكيم هذه فور تأليفها في صحة تعيينها وفي كل المسائل الأخرى المتعلقة باختصاصها.

المطلب الثاني: آثار تطبيق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم:

يترتب على تبني وتطبيق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الإلكتروني الأصلي عدة آثار سواء مباشرة أو غير مباشرة، ولذلك سنبين كلا منها على حدى:

²⁶ Arrêt CA Paris, Menicucci, 13 décembre 1975, JO, DI, 1977

(²⁷) ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص118.

الفرع الأول: الآثار المباشرة

يترتب عن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مايلي:

(أولا) عدم ارتباط اتفاق التحكيم بمصير العقد الإلكتروني:

المقصود من هذا الأثر اختلاف مصير كل من العقد والاتفاق، فإذا لحق أو أصاب أحد العقدين عارض من بطلان أو انعدام أو فسخ أو انقضاء²⁸، فإنه لا يتأثر العقد الآخر بما أصاب العقد تجسيدا لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الإلكتروني ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك²⁹، وتضمن الاتفاق على ارتباط مصير كل من اتفاق التحكيم والعقد الإلكتروني الأصلي، وبالتالي فإنه يتأثر كل منهما بالآخر، فمثلا إذا كان العقد الإلكتروني أصليا صحيحا وقائما قانونا، أما شرط التحكيم باطلا فهنا لا يجوز لهيئة التحكيم النظر في النزاع ويمكن لطرفي المنازع اللجوء إلى القضاء لفض المنازعة.

(ثانيا) خضوع اتفاق التحكيم والعقد الإلكتروني لنظام قانوني مختلف

ترتب كذلك على اعتناق المبدأ عدم خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد الإلكتروني، وإنما إلى قانون آخر، ولقد ذهبت الغرفة التجارية الدولية إلى أبعد من ذلك في قواعدها، إذ للمحكم في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق أن يقرر صحة اتفاق التحكيم بشكل مستقل عن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي³⁰.

الفرع الثاني: الآثار الغير مباشرة

يترتب أيضا على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الإلكتروني آثار غير مباشرة، وهي:

(أولا) اختصاص المحكم بالفصل باختصاصه:

يمنح مبدأ الاستقلالية للمحكم أو هيئة التحكيم سلطة الفصل في مدى اختصاصها في النزاع المتعلق بالعقد الإلكتروني تجسيدا "لمبدأ الاختصاص بالاختصاص" ويعتبر هذا المبدأ من القواعد الأساسية في قانون التحكيم، كما يرى بعض الفقه أن هذا المبدأ هو الملازم لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، لأن عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي واختلاف النظام القانوني، لكل منهما تبقى غير كافية مما ينجر معها بالتبعية منح الهيئة التحكيمية الفصل في اختصاصها وإلا تعد الاستقلالية ناقصة وغير

(28) سبق الإشارة إليها عند الحديث عن نطاق تطبيق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

(29) فتحي والي، المرجع السابق، ص 96.

(30) أحمد بلقاسم، استقلالية شرط التحكيم، كلية الحقوق، جامعة البليدة، ص 93.

كافية، وقد تم الاعتراف بهذا المبدأ في أغلب التشريعات منها القانون الفرنسي ، القانون السويسري، كما تم تكريسه مؤخرا القانون الأنجلوساكسوني، كذلك الأمر بالنسبة للقوانين العربية خاصة الحديثة فقد كرست مبدأ الاختصاص بالاختصاص وجاءت أغلبها بصياغة متطابقة فمثلا كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ بموجب نص المادة 1044 من ق.ا.م.ا أن محكمة التحكيم تفصل في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع، وبالتالي فإن المحكم يبقى مختصا في جميع المسائل.

(ثانيا) استقلال اتفاق التحكيم عن القوانين الوطنية:

لم يكتف مبدأ الاستقلالية بإخضاع اتفاق التحكيم لنظام قانوني مختلف عن الذي يحكم العقد الأصلي، بل ذهب إلى أبعد من ذلك ورتب نتائج جديدة متمثلة، في عدم إخضاع اتفاقية التحكيم لأي قانون وطني بعيدا عن منهج تنازع القوانين ، مما يجعل هذا الاتفاق صحيحا بمجرد في وجوده في العقد الدولي بموجب إرادة الأطراف³¹.

الخاتمة:

وتبعا لما قد بسطنا فيه البحث في هذا المقال وجب القول أنه وتحقيقا لضمان فعالية التحكيم كإجراء بديل عن القضاء لحل المنازعات المتعلقة بالعقد الإلكتروني وجب إعمال فوجب إعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الإلكتروني كأساس للعلاقة الرابطة بينهم، وذلك بغض النظر عن مصدر هذا الاتفاق سواء كان بصورة تبعية للعقد أو بصورة منفصلة عنه.

و تأسيسا على المناقشة العلمية المفردة في المقال فقد تمكنا من التوصل لمجموعة من النتائج والتوصيات التي يمكن صياغتها على النحو التالي:

أولا_ النتائج:

1- ضرورة تطبيق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الإلكتروني بمعناه الكامل المادي والقانوني.

2- عدم تأثير العقد الإلكتروني متى لحقته عوارض تؤدي إلى بطلانه أو فسخه أو إنهائه على اتفاق التحكيم طالما بقي سليما مستوفي شروطه.

(31) نور الدين بكلي، المرجع السابق، ص301.

3- استقرار العمل بالمبدأ في مجال التحكيم التجاري الدولي، راجع إلى الاعتراف به بالدرجة الأولى في القضاء وتكريسه من طرف التشريعات الوطنية ولوائح التحكيم والمنظمات الدولية سواء بشكل ضمني أو صريح.

ثانيا: التوصيات:

- 1- معالجة مكامن القصور في المعالجة التشريعية للمبدأ من خلال سن نصوص قانونية تنظمه بصفة صريحة من كل جوانبه لما في ذلك من تأثير على تحقيق الأمن التعاقدي في المجال الإلكتروني.
- 2- ضرورة خلق هيئات ومراكز خاصة بالتحكيم بديلة عن الجهات القضائية مما يسهل على الأفراد اللجوء إليها نظرا لما تتمتع به من كفاءة وسرعة في الفصل في المنازعات.
- 3- ضرورة إرساء منظومة التشريعية التحكيم الإلكتروني حتى يتلاءم مع طبيعة العقد الإلكتروني.