



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



جامعة محمد خيضر بسكرة

قسم الحقوق

كلية الحقوق والعلوم السياسية

التحكيم في المعاملات المصرفية الإلكترونية

-دراسة مقارنة-

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق

تخصص : قانون أعمال

إشراف:

أ.د حسينة شرون

إعداد:

شعيب ضيف

أعضاء لجنة المناقشة:

أ.د عبد الجليل مفتاح	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	رئيسا
أ.د حسينة شرون	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
د. عبد الحفيظ بقة	أستاذ محاضر أ	جامعة المسيلة	ممتحنا
د. شوقي يعيش تمام	أستاذ محاضر أ	جامعة بسكرة	ممتحنا
د. فهيمة قسوري	أستاذ محاضر أ	جامعة باتنة	ممتحنا
د. أسامة غربي	أستاذ محاضر أ	جامعة المدية	ممتحنا

الموسم الجامعي: 2018/2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى
يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ
لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا
مَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾

سورة النساء

إهداء

إلى أمي ...

إلى أبي رحمه الله...

إلى جميع أفراد أسرتي ...

إلى كل الأصدقاء ...

إليهم جميعا أهدي هذا العمل.

شكر و عرفان

الحمد لله، له الحمد الحسن والثناء الجميل.

الشكر لكل من قدّم لي يد العون من قريب أو بعيد .

الشكر موصول لأعضاء لجنة المناقشة، وللأستاذة الدكتورة حسينة شرون على إشرافها على هذا العمل.

مقدمة

مقدمة

التعريف بالموضوع:

يُعتبر التطور التكنولوجي السّمة البارزة للعصر الحديث، وهو ما انعكس على جميع مجالات الحياة لاسيما التجارية منها. إذ نتحدث اليوم عن التجارة الإلكترونية والتي ما فتئت تتطور بحكم الاستعمال الواسع لمختلف الوسائل التكنولوجية المتطورة على غرار جهاز الإعلام الآلي، شبكة الإنترنت... إلخ. ومع ازدهار عمليات التجارة الإلكترونية أصبح الاحتياج كبيراً لنوعية جديدة من البنوك غير التقليدية تتجاوز الأداء العادي للبنوك التقليدية، ولا تقتيد بمكان معين أو وقت محدد، وهكذا جاءت البنوك الإلكترونية كنتيجة للتطور المتسارع لتكنولوجيات الإعلام والاتصال التي أسهمت في تقديم خدمات متنوعة، وبتكاليف منخفضة تختصر الزمن وتتجاوز حدود المكان. ومن الجليّ دور البنوك في مجال التعامل التجاري سواء فيما يتعلق بالبنك وعملائه أو فيما بين البنوك، لذلك بدأ الاهتمام بتقنين القواعد الخاصة بتنظيم المعاملات المصرفية لاسيما الدولية منها منذ وقت طويل.

ولاشكّ أنّ اتساع حجم المعاملات المصرفية الإلكترونية قد يؤدي إلى حدوث نزاعات، سواء فيما بين البنك والعميل، أو فيما بين البنوك التي تتعاون لتنفيذ إحدى العمليات المصرفية، وهذه المنازعات قد تؤدي إلى ضرورة وضع حل للفصل فيها. وإذا كان اللّجوء إلى محاكم الدول هو الطريق الطبيعي للفصل في المنازعات المتعلقة بالمعاملات المصرفية الإلكترونية، فإنّ اللّجوء إلى التحكيم بدأ يشق طريقه كحلّ بديل.

تحديد إطار الموضوع:

موضوع الدراسة يستدعي البحث في إطار محدّد، وهو ما تمّ اعتماده، حيث نحاول دراسة معالجة القانون الجزائري له بالمقارنة مع التشريعات المقارنة لاسيما الفرنسي والمصري وكذا التشريعات الدولية، والتي تُعتبر ذات أهمية كبيرة في مجال التحكيم بشكل عام، والتحكيم الإلكتروني بوجه خاص، ذلك أنّها تُمثل المصادر القانونية التي يرجع إليها في كل ما يتعلق بهذا الموضوع. وهكذا فقد سلطنا في هذه الرسالة، في مجمل مضامينها، هذا الإطار الذي يقارن بين مختلف التشريعات المذكورة بنوع من التحليل كلّما اقتضت الضرورة، وكل ذلك بما يتناسب بطبيعة الحال مع كل جزئية.

أهمية الموضوع:

يستمد موضوع الرسالة أهميته من الانتشار الواسع للتجارة الإلكترونية في السنوات الأخيرة، وقد تبنت الجزائر سياسة الانفتاح الاقتصادي وهو ما أدى إلى اعتماد العديد من البنوك الخاصة، ناهيك عن تطوير وتحيين آليات العمل في مختلف البنوك الحكومية، فأضحت تعتمد في تعاملاتها المالية على جهاز الإعلام الآلي، وهو الأمر الذي أدى إلى اتساع التعامل المصرفي الإلكتروني.

كما يستمد البحث أهميته من توسع التعامل مع البنوك الإلكترونية، وهو ما يجزنا للخوض في النزاعات التي قد تنشأ عن مختلف هذه التعاملات والتفكير في طرق الفصل فيها.

أسباب اختيار الموضوع:

إن أهمية الموضوع النظرية هي التي دفعتنا للمضي في هذه الدراسة، حيث يكتسي الموضوع أهمية نظرية بالغة، لما يتضمنه من مسائل مرتبطة بعالم اليوم الذي تسوده لغة المال والأعمال، وتسيطر عليه التجارة الإلكترونية والتي تعتبر البنوك أو المصارف المحرك الأساسي لها. ضف إلى ذلك أنه يثير الكثير من التساؤلات لا سيما من حيث المعالجة القانونية له.

كما أنّ الأهمية العملية للموضوع تقودنا للوقوف على العديد من التفاصيل، ومن ثم محاولة البحث عن الإطار القانوني والتنظيمي الذي خصّ المشرع الجزائري به هذه المسألة، وكذا التشريعات المقارنة.

ولا شك أنّ معالجة ذلك تستلزم النظر في العديد من الجوانب القانونية، وهو ما أثار فضولي ودعم رغبتني في معالجة مثل هذا الموضوع. ضف إلى ذلك، أنه موضوع الساعة، إذ يتميز بالتجدد في كل وقت.

الصعوبات العلمية في معالجة الموضوع:

لا يخلو أي عمل أو دراسة علمية من صعوبات قد ترتبط بموضوع البحث في حدّ ذاته، وكذا بالمادة العلمية التي يمكن للباحث أن يستفيد منها، ولعلّه ما وقع معي في إعداد هذه الرسالة التي لم أدخر جهدا في إخراجها - حسب الاستطاعة - بأحسن صورة شكلا ومضمونا.

وعن الصعوبات التي اعترضتني فيمكن أن أذكر قلة المراجع لا سيما الجزائرية منها، والتي عاجلت موضوع التحكيم بشكليه التقليدي والإلكتروني، وكذا عدم وجود النصوص القانونية الجزائرية المتعلقة بالتحكيم الإلكتروني، وهو ما جعل المقارنة تميل إلى التحليل والنقد في كثير من العناوين والجزئيات التي لم يتناولها المشرع الوطني.

الإشكالية المطروحة:

تتمحور الإشكالية الرئيسية حول إمكانية حلول التحكيم محل القضاء العادي للفصل في النزاعات الناشئة عن المعاملات المصرفية الإلكترونية.

فأئى السبيلين أفضل: القضاء العادي أم التحكيم ؟ هل يمكن للتحكيم الإلكتروني أن يكون بديلا للتقاضي؟ ما موقف المشرع الجزائري من هذا الموضوع؟ وكيف تمّت معالجته في القانون المقارن؟

أهداف الدراسة:

الدراسة محاولة للإحاطة بموضوع غاية في الأهمية، إذ كما وسبق وأن قدمنا فإن الساحة المصرفية بدأت تعرف توسعا كبيرا من خلال التطور التكنولوجي الذي أدى إلى انتشار البنوك الإلكترونية التي تعتبر اتجاهها جديدا ومختلفا عن البنوك التقليدية نظرا لما تتميز به من خصائص.

إذ تُتيح هذه البنوك إمكانية الوصول إلى قاعدة أوسع من العملاء وفي أسرع وقت ممكن مهما كان المكان الذي يتواجدون فيه، وهو ما أدى إلى تزايد المعاملات المصرفية الإلكترونية، إن ما بين العملاء والبنوك أو ما بين البنوك نفسها. الأمر الذي يستدعي الوقوف عند المنازعات التي تنشأ على إثرها.

إنّ هذه الأطروحة تتمحور حول إشكالية حلّ هذه المنازعات والنظر فيما إذا كان القضاء العادي كفيلا بالفصل فيها، أو إذا ما كان التحكيم سبيلا أمثل للفصل فيها. لاسيما وأن التعامل الإلكتروني يتميز بخصائص دقيقة جدا تصعب من مسألة القواعد التي يلجأ إليها لحل أي نزاع قد ينشب.

وهكذا قد يبدو أن السرعة التي تقتضيها هذه المعاملات الإلكترونية قد تتعارض مع القضاء العادي الذي يتسم -عادة- بالبطء نظرا للوقت الذي تطلبه المحاكم العادية لحل القضايا، وهو ما قد يرهن عرض النزاعات والدعاوى الناشئة عن هذه المعاملات أمام هذه المحاكم، لذلك فإنّ طريق التحكيم قد يكون حلا بديلا عن القضاء العادي لحل هذه النزاعات.

إنّ الوقوف عند كيفية حل هذه النزاعات عن طريق التحكيم سيكون المحور الرئيس الذي ستركز عليه هذه الدراسة من خلال التعرض لكيفية معالجة الموضوع في القانون الجزائري والقانون المقارن، وإجراء دراسة مقارنة بينهما، للوصول في الأخير إلى مدى استجابة التحكيم لإشكالية الفصل في نزاعات المعاملات المصرفية الإلكترونية.

المنهج المتبع:

اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج التحليلي وكذا منهج المقارنة تماشيا مع مضمون الدراسة، وذلك بالتعرف على مختلف القوانين والتنظيمات التي تضبط مسألة الفصل في النزاعات الناشئة عن المعاملات المصرفية الإلكترونية وكذا عن مدى جدوى التحكيم كحل حديث لها، ومن ثم تناولها بالتحليل، و مراعاة مدى التطبيق العملي لها في الواقع. وهو ما سيصطدم بمشاكل وعراقيل ينبغي استقراءها للوقوف على خلفياتها ومحاولة الوصول إلى حل لها أو التخفيف منها على الأقل.

والحقيقة أنّ الإشكاليات المطروحة في هذا المجال كثيرة وعميقة قد تتجاوز النصوص والاجتهادات، ممّا يستدعي تحليل الظاهرة بشكل أعمق وأوسع، وهو ما يتيح فرصة لاستقراء النصوص مرات متعددة قصد تجلية الموضوع بأحسن طرح ممكن.

الخطة المعتمدة:

مقدمة

فصل تمهيدي

الباب الأول: التنظيم الموضوعي للتحكيم الإلكتروني في المعاملات المصرفية الإلكترونية

الفصل الأول: نحو تحديد مفهوم للتحكيم الإلكتروني

الفصل الثاني: النظام القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني في النزاعات المصرفية الإلكترونية

الباب الثاني: التنظيم الإجرائي للتحكيم الإلكتروني في المعاملات المصرفية الإلكترونية

الفصل الأول: كيفية إجراء التحكيم الإلكتروني في المعاملات المصرفية الإلكترونية

الفصل الثاني: حكم التحكيم الإلكتروني

خاتمة

فصل تمهيدى

فصل تمهيدي: نحو تحديد مفهوم المعاملات المصرفية الإلكترونية

يُثير موضوع المصارف الإلكترونية الكثير من التساؤلات حول طبيعة عملها وكيفية قيامها به. ولأنه لا يمكن التطرق لهذه المعاملات دون معرفة المقصود بالمصارف الإلكترونية التي تقدم هذه العمليات، فسوف نعالج في مبحث أول مفهوم المصارف الإلكترونية، لِنُبَيِّن بعدها أهم العمليات المصرفية الإلكترونية التي تُتيحها هذه المصارف.

المبحث الأول: مفهوم المصارف الإلكترونية

لا يُمكن التطرق لمفهوم المصارف الإلكترونية دون المرور بمفهوم المصارف التقليدية أو المصارف بشكل عام. مما يستدعي الوقوف عند تعريف هذه المصارف الإلكترونية وأهميتها ظهورها قياساً بالمصارف التقليدية (المطلب الأول)، ثم التعرض لشروط العمل بها (المطلب الثاني)، لتتطرق في الأخير للمشاكل التي يثيرها التعامل مع المصارف الإلكترونية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف المصارف الإلكترونية وأهميتها

لا بد من التعرف إلى المقصود بالمصرف الإلكتروني انطلاقاً من تعريف المصرف لغوياً ثم اصطلاحياً، لِنُحاول بعدها تقديم تعريفٍ للمصرف الإلكتروني. بعد التعريف، سوف نَبْسُط أهمية هذه المصارف قياساً بوجودها إلى جانب المصارف التقليدية المعروفة.

الفرع الأول: تعريف المصارف الإلكترونية

كلمة "مصرف" من الناحية اللغوية مشتقة من الفعل "صرف". والصَّرْفُ رُدُّ الشيء عن وجهه، أو هو فصل الدرهم عن الدرهم والدينار على الدينار لأن كل واحدٍ منهما يُصرف عن قيمة صاحبه. والصَّرْفُ بيعُ الذهب بالفضة وهو من ذلك لأنه يُصرف به عن جوهر إلى جوهر. والتصريف في جميع البياعات إنفاق الدراهم. وقيل: الصرف العدل والميل والاستقامة¹. وفي هذا المعنى نجد الآية القرآنية الكريمة: "ورأى المجرمون النار فظنوا أنهم مُؤاقِعُوهَا ولم يَجِدُوا عنها مَصْرَفًا"². وفسر الطبري: "ولم يجدوا عنها مصرفاً"، بقوله: ولم يجدوا عن النار التي رأوا معدلاً يعدلون عنها إليه، يقول: لم يجدوا من مواقعتها بُدْلاً، لأن الله قد حتم عليهم ذلك³.

¹ ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، 1993، ص 724.

² الآية 53 من سورة الكهف.

³ أبو جعفر الطبري، تفسير الطبري، تحقيق: بشار عواد معروف، عصام فارس الحورستاني، المجلد الخامس، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1994، ص 112.

أمّا من الناحية الاصطلاحية، فيُقصد بالمصرف تلك المؤسسة التي يكون من اختصاصها وأغراضها قبول الودائع من العملاء وتنفيذ أوامرهم المتعلقة بحساباتهم وصرف وتحصيل وإصدار الشيكات وكذلك منح القروض وفتح الحسابات الجارية...

وإذا التفتنا إلى الناحية القانونية فالصعوبة تعترضنا لإيجاد تعريف موحد وشامل لمفهوم المصرف وذلك نظرا لاختلاف النصوص القانونية والتنظيمية التي تحكم سير عمل هذه المصارف. ففي الجزائر نجد أن المشرع يُعرّف المصرف (وإن لم ينص عليه بهذا الاسم وإنما تحت مسمى البنك) كما يلي: "البنوك أشخاص معنوية مهمتها العادية والرئيسية إجراء الأعمال المصرفية¹ والتي تتضمن تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض، ووضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل"².

أمّا المشرّع المصري فلم ينص على تعريف للمصرف، وإنما عدّد العمليات التي تقوم بها. ويُقصد بأعمال المصارف -حسب القانون المصري- قبول الودائع والحصول على التمويل واستثمار تلك الأموال في تقديم التمويل والتسهيلات الائتمانية والمساهمة في رؤوس أموال الشركات، وكل ما يجري العرف المصرفي على اعتباره من أعمال البنوك³.

وإذا كان المشرع الجزائري قد اعتمد على المعيار الشخصي في تعريف المصرف، فلم يبتعد المشرع الفرنسي عن ذلك أيضا، حيث يُعرّف المصارف على أنها أشخاص معنوية تمارس بشكل معتاد عمليات مصرفية. كما يشرح هذه الأخيرة على أنها تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض، ووضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل⁴.

وإذا تجاوزنا فكرة أنّ نصّ المشرع الجزائري جاء كترجمة حرفية لنظيره الفرنسي حسب ما أوردنا أعلاه، فإنّ الملاحظ هو التقارب الكبير الموجود بين هذه التعريفات، إذ حصرت جميعها تعريف المصرف في القيام بالأعمال المصرفية المعروفة تقليديا والتي تشمل: قبول الودائع من الجمهور، منح القروض، تنفيذ أوامر الدفع.

¹ نصّت المادة 70 من الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010، المعدّل والمتّم للأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 والمتعلق بالنقد والقرض على ما يلي: "البنوك مخلّقة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد من 66 إلى 68 أعلاه، بصفة مهنتها العادية".

² نصّت المادة 66 من نفس القانون على ما يلي: "تتضمن العمليات المصرفية تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض، وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل".

³ القانون رقم 88 لسنة 2003 بشأن إصدار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد، المنشور بتاريخ 25 جوان 2003.

⁴ Article 511/1 du code monétaire et financier n°003-2002 du 02 février 2002 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit stipule que : « Les établissements de crédit sont les entreprises dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public mentionnés à l'article L. 312-2 et à octroyer des crédits mentionnés à l'article L. 313-1. » .

ونجد من يُعرّف المصرف على أنه مؤسسة تقوم على سبيل الاحتراف بتلقي الأموال من الجمهور على شكل ودائع، أو ما في حكمها، وتستخدمها لحسابها الخاص في عمليات الخصم والائتمان، أو في العمليات المالية¹.

وقد اختلفت الآراء في تعريف البنوك، ولعلّ أطرفها هو الذي يقول إنّها: المؤسسات التي تقوم بالأعمال المصرفية. ومّا لا شكّ فيه أنّ البنوك على اختلاف أنواعها تقوم أساساً بتجميع الودائع واستثمارها².

وبالرجوع للمصارف الإلكترونية، فالمصطلح يُستعمل للإشارة إلى كافة الخدمات المالية التي تؤدي بطريقة إلكترونية. ونجد في الحقيقة عدة مسميات على غرار المصرف على الخط أو مصرف الإنترنت³، المصرف المنزلي، المصرف عن بُعد...

وبعبارة أخرى، فالمصارف الإلكترونية ما هي إلا وسيلة إلكترونية لنقل المنتجات والخدمات المصرفية التقليدية والحديثة مباشرة إلى العملاء عبر الإنترنت، وهي بذلك تمكنهم من الوصول لحساباتهم وإجراء العمليات والحصول على المعلومات دون الحاجة إلى تنقل بين فروع المصارف⁴.

وبالتالي فإنّ أداء مختلف العمليات المصرفية الإلكترونية واستفادة العملاء منها أمرٌ غير مرتبط لا بزمان ولا بمكان محددين، فشبكة الإنترنت تتيح للجميع -دون اعتبار مكاني وزماني- الاتصال بالمواقع والروابط التي يحتاجونها.

الفرع الثاني: أهمية المصارف الإلكترونية

¹ حسن محمد كمال، تطبيقات عملية في محاسبة البنوك التجارية، مكتبة جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1976، ص 7.

² جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم والتقييد والاجتهاد والنظرية والتطبيق، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1993، ص ص 79-80.

³ الحقيقة أنّ مصطلحي (المصرف الإلكتروني و المصرف على الخط أو مصرف الإنترنت) لا يجملان نفس المعنى، فالأول سابق عن الثاني. إذ كانت المصارف الإلكترونية تؤدي أعمالها بواسطة أجهزة إلكترونية مختلفة على غرار الهاتف، الفاكس، التليغراف... إلخ. إلا أن انتشار المعاملات المصرفية الإلكترونية ازداد ولا شك مع ظهور الإنترنت وتزايد استعمالها في كل مجالات الحياة.

⁴ محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2009، ص 25.

قد يتبادر إلينا التساؤل حول سبب نشأة هذه المصارف، وعن إمكانية عملها تماما كمصارف التقليدية أو بعبارة أخرى متطلبات عملها. سوف نحاول الإجابة عن الشرط الأول من السؤال في هذا الفرع، بينما سندرك الشرط الآخر في المطلب الثاني احتراما للمنهجية المتبعة.

الفرع الأول: كيف نشأت المصارف الإلكترونية؟

تمَّ إنشاء شبكة الاتصالات الدولية (world wide web) المعروفة اختصارا باسم الإنترنت في 02 جوان 1969 من طرف الولايات المتحدة الأمريكية إبان الحرب الباردة خوفاً من أيّ تدمير لأيّ مركز من مراكز الاتصال الحاسبي من ضربة صاروخية سوفياتية.

وفي سنة 1972 عُقد المؤتمر الدولي الأول لاتصالات الحاسوب وظهرت خدمة البريد الإلكتروني ثم انضمت كل من بريطانيا والنرويج إلى عمل الشبكة لتصبح شبكة دولية بدلا من كونها شبكة أمريكية¹. وتعدُّ هذه الشبكة أحدث وسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة التي ساهمت بشكل فعّال في ازدهار واتساع عمليات التجارة الإلكترونية، حيث انتقل مجال هذه الأخيرة من المجال الحقيقي إلى المجال الافتراضي، وأصبحت شبكة الإنترنت مسرحا للعمليات التجارية بدلاً من الواقع المادي الملموس².

وتعود نشأة المصارف الإلكترونية إلى بداية الثمانينات من القرن المنصرم بالتزامن مع ظهور النقد الإلكتروني. وخلال منتصف التسعينات ظهر أول مصرف إلكتروني في الولايات المتحدة الأمريكية. وعموما يرجع ظهور وانتشار البنوك الإلكترونية إلى عاملين أساسيين³:

- تنامي أهمية ودور الوساطة بفعل تزايد حركية التدفقات النقدية والمالية، إما في مجال التجارة أو مجال الاستثمار، والناجحة عن عوامة الأسواق.
- تطور المعلوماتية وتكنولوجيا الإعلام والاتصال، أو ما يُعرف بـ "الصدمة التكنولوجية"، والتي كانت في كثير من الأحيان استجابة للعامل الأول.

وقد اتجهت العديد من المصارف للاستجابة إلى هذا التحدي، وشهدت الحركة المصرفية تطورا كبيرا من خلال السماح للزبائن بإجراء عمليات الشراء والبيع وتسوية المعاملات من خلال وسائل الدفع الإلكترونية التي تتيحها هذه المصارف. هذه الأخيرة التي أعادت النظر فيما تقدمه من خدمات وفي

¹ عبد المالك ردمان الدناي، الوظيفة الإعلامية لشبكة الإنترنت، دار الراتب الجامعية، بيروت، لبنان، 2001، ص 52.

² ذكري عبد الرزاق محمد، النظام القانوني للبنوك الإلكترونية (المزايا، التحديات، الآفاق)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 10.

³ رحيم حسين، هواري معراج، "الصيرفة الإلكترونية كمدخل لعصرنة المصارف الجزائرية"، ملتقى المنظومة المصرفية والتحويلات الاقتصادية واقع وتحديات، جامعة حسيبة بن بوعلوي الشلف، الجزائر، 14 و15 ديسمبر 2004، ص 317.

حجم وعدد فروعها وكذلك حجم المخاطر ونوعياتها، ووصلت استجابة المصارف لهذه التطورات إلى ما يتعدى تأسيس موقع خاص بها على شبكة الإنترنت لتزويد العملاء بالمعلومات عن الخدمات التي يقدمها المصرف، أو مجرد استخدام الإنترنت كقناة إضافية لتقديم الخدمات المصرفية التقليدية إلى الانتقال بدور المصرف من مجرد وسيط مالي إلى وسيط تجاري بين البائعين والمشتريين، أو بين منتجي ومستهلكي البضائع والخدمات، من خلال قيام المصرف بتأسيس مواقع على الإنترنت لتمكين المشروعات خاصة الصغيرة والمتوسطة منها من عرض منتجاتها والمشتريين من زيارتها، وتقديم خدمة حماية العملاء أثناء ممارستهم لعمليات التجارة الإلكترونية ضد مخاطر الاحتيال، وبالتالي تؤكد طريقي العملية من صلاحية من يتعاملون معهم¹.

وهكذا فإن ثورة المعلومات والاتصالات واستخدام الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت قد أثر بصورة واضحة على الصناعة المصرفية، سواء من حيث الإدارة الداخلية للمصارف، أو من حيث خدمة العملاء في التجارة الإلكترونية من خلال أدوات الدفع الإلكترونية التي تتيحها المصارف لعملائها، أو حتى على مستوى علاقة المصارف ببعضها البعض².

الفرع الثاني: فائدة المصارف الإلكترونية

إذا كانت الإنترنت قد ساهمت في تطور التجارة الإلكترونية فإنّ للمصارف الإلكترونية نصيباً من هذا الأثر الإيجابي. إذ انعكس على أداء المصارف من جهة، وعلى المتعاملين من جهة أخرى. فالمصارف الإلكترونية تُتيح للزبون -من خلال الاتصال بالإنترنت- إجراء مختلف التعاملات على أساس أن يزود المصرف بحزمة البرمجيات الشخصية مجاناً أو بمقابل³.

وأهم ما توفره الطريقة الحديثة في الاستفادة من الخدمات المصرفية هو اختصار الوقت والجهد والمال بالنسبة للعميل وخفض تكاليف العمل وزيادة الأرباح بالنسبة للمصرف، مما جعل المصارف تستغني عن النظام الورقي في مقابل استخدامها للنظام الإلكتروني للتعامل مع زبائنها ومحاوله ابتكار وسائل جديدة للدفع تتلاءم مع التطور التكنولوجي في مجال الأعمال التجارية.

وقياساً بالمصارف التقليدية فإنه يمكن أن نذكر مجموعة من المجالات التي تتميز بها المصارف

الإلكترونية¹:

¹ ذكرى عبد الرزاق محمد، مرجع سابق، ص ص 12-13.

² المرجع نفسه، ص - ص 13-14.

³ من أمثلة هذه البرامج: Microsoft's Money, Personal Financial Management, Ntuits Quiken, Meca's Managing

your money,

- تتميز المصارف الإلكترونية بقدرتها على الوصول إلى قاعدة عريضة من العملاء دون التقيد بمكان أو زمان معينين، كما تتيح لهم إمكانية طلب الخدمة في أي وقت وعلى طول أيام الأسبوع وهو ما يوفر الراحة للعميل، إضافة إلى أن سرية المعاملات التي تميز هذه البنوك تزيد من ثقة العملاء فيها.
- تقدم المصارف الإلكترونية كافة الخدمات المصرفية التقليدية، وإلى جانبها خدمات أكثر تطوراً عبر الإنترنت تميزها عن الأداء التقليدي².
- من أهم ما يميز البنوك الإلكترونية أن تكاليف تقديم الخدمة منخفضة مقارنة بالبنوك العادية، ومن ثم فإن تقليل التكلفة وتحسين جودتها هي من عوامل جذب العميل.
- ضيفاً لذلك أن تكلفة إنشاء موقع للبنك عبر الإنترنت لا تقارن بتكلفة إنشاء فرع جديد للمصرف وما يتطلبه من مبانٍ وأجهزة وكفاءة إدارية، كما أن تسويق المصرف لخدماته من موقعه على الإنترنت يساعده على امتلاك ميزة تنافسية تعزز من مكانته التنافسية وتؤهله إلى مستوى المعاملات التجارية العالمية³.
- توفر البنوك الإلكترونية خدمات متميزة لرجال الأعمال والعملاء ذوي المستوى المرموق مثل خدمات سامبا الماسية والذهبية المقدمة لفئة محددة من العملاء على شكل بطاقات ائتمانية وبخصم خاص، ومن هذه البطاقات بطاقة سوني التي تمكن العميل من استخدامها في أكثر من 18 مليون من أكبر الأماكن، وتشتمل على خدمات مجانية على مدار الساعة برقم خاص، خدمة مراكز الأعمال، الإعفاء من رسوم وعمولات الخدمات البنكية، بالإضافة إلى كثير من الخدمات الخاصة الأخرى⁴.
- تساهم شبكة الإنترنت في التعريف بالبنوك والترويج للخدمات المصرفية بشكل إعلامي وهو ما يساهم في تحسين جودة الخدمات المصرفية المقدمة وكذا في رفع الأداء من أجل جذب العملاء.
- كما تُؤدّي المصارف الإلكترونية إلى تسيير التعامل بين المصارف، وبناء علاقات مباشرة، وتوفير المزيد من فرص العمل والاستثمار وهو ما يساعد على النجاح والبقاء في السوق المصرفية.
- استخدام الإنترنت يساهم في تعزيز رأس المال الفكري وتطوير تكنولوجيا المعلومات والاستفادة من الابتكارات الجديدة التي يكون لها انعكاس على أعمال البنوك.

¹ منير الجنبهي، ممدوح الجنبهي، البنوك الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص15.

² عبد المنعم راضي، فرج عزت، اقتصاديات النقود والبنوك، البيان للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2001، ص32.

³ حسن شحادة الحسين، "العمليات المصرفية الإلكترونية (الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية)"، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، لبنان، 2002، ص 206.

⁴ نحلة أحمد قنديل، التجارة الإلكترونية، بدون دار نشر، القاهرة، مصر، 2004، ص88.

وإذا كان التعامل مع المصارف الإلكترونية يتميز بخيارات أوسع وحرية أكبر في اختيار الخدمات ونوعيتها، فإنّ التحديّ الأكبر يكمن في مدى قدرة هذه المصارف على كسب ثقة العملاء، وهو ما يستدعي العمل على قاعدة واسعة من البيانات لتأدية الخدمات بكفاءة عالية . كل ذلك يؤدي إلى ضرورة وجود مجموعة من المتطلبات أو الشروط لعمل مثل هذه المصارف حماية لحقوقها ولحقوق المتعاملين معها على اختلافهم (عملاء، مصارف، مؤسسات، شركات...). الأمر الذي يدعونا لإلقاء الضوء على أهم الشروط التي ترتبط بعمل المصارف الإلكترونية.

المطلب الثاني: شروط عمل المصارف الإلكترونية

رأينا أنّ المصارف الإلكترونية تتخذ من شبكة الإنترنت مقرا لها، الأمر الذي يطرح العديد من الإشكاليات المتعلقة أساسا بطبيعة هذه المصارف وكذا شروط ممارستها لمختلف العمليات التي تقدمها.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالمصرف والعملاء

نتطرق في هذا الفرع إلى الشروط المتعلقة بالمصرف في فقرة أولى، وإلى الشروط المتعلقة بالعملاء في فقرة ثانية.

الفقرة الأولى: الشروط المتعلقة بالمصرف

يشترط القانون الجزائري الترخيص لتأسيس المصرف، حيث نصّت المادة 129 من القانون 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض على ما يلي: "يرخص المجلس بتأسيس كل بنك أو كل مؤسسة مالية خاضعة للقانون الجزائري".

ويشترط القانون الجزائري أن يكون البنك التجاري في شكل شركة مساهمة، حيث نصّت المادة 83، الفقرة الأولى من القانون السابق الذكر على ما يلي: "يجب أن تؤسس البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركات مساهمة، ويدرس المجلس جدوى اتخاذ بنك أو مؤسسة مالية شكل تعاضدية". ويمكن أن يُفهم -بالمخالفة- من هذه المادة أنّ البنوك الأجنبية التي ترغب في إقامة فروع لها في الجزائر معفية من الالتزام بهذا الشرط.

وبخصوص الترخيص والشكل القانوني الذي يجب أن يتخذه البنك، نجد أنّ القانون المصري يشترط في المادة 32، الفقرة الأولى ما يلي: "يتم تسجيل أي منشأة ترغب في مزاوله أعمال البنوك في سجل خاص يعد لهذا الغرض لدى البنك المركزي بعد موافقة مجلس إدارته، وطبقا للشروط الآتية:

1- أن يتخذ البنك أحد الأشكال الآتية:

أ- شركة مساهمة مصرية، جميع أسهمها اسمية.

ب- شخصا اعتباريا عاما يكون من بين أغراضه القيام بأعمال البنوك.
ج- فرعا لبنك أجنبي يتمتع مركزه الرئيسي بجنسية محددة ويخضع لرقابة سلطة نقدية في الدولة التي يقع فيها مركزه الرئيسي".

بدوره، اشترط القانون الفرنسي حصول البنوك على الاعتماد لممارسة النشاط، حيث نصّت المادة 10/511 من القانون المالي والنقدي الفرنسي على ما يلي: "قبل ممارسة نشاطاتها، يجب على مؤسسات الائتمان الحصول على الاعتماد الذي تمنحه لجنة مؤسسات الائتمان وشركات الاستثمار المشار إليها في المادة 1/612¹".

وعلى عكس المشرعين الجزائري والمصري، نجد أنّ المشرع الفرنسي لا يحدد نوعا معينا للشخص المعنوي الذي يمكنه القيام بالأعمال المصرفية، حيث ترك المجال واسعا أمام هذه المؤسسات ولا يوجد ما يمنع من أن تأخذ شكل شركة مساهمة أو غير ذلك.
والمعروف أنّ مختلف القوانين المقارنة تنص على جملة من الشروط في البنوك متعلقة أساسا برأس المال حفاظا على الائتمان المصرفي، ناهيك عن بعض الشروط المتعلقة بالمساهمين وما يتعلق بهم.

الفقرة الثانية: الشروط المتعلقة بالعملاء

بعد حصول المصرف على الترخيص من السلطة المختصة بذلك (عادة ما تكون البنك المركزي)، عليه مباشرة أعماله، وإذا كانت العمليات المصرفية التقليدية قد تصحبها مجموعة من المخاطر المتعلقة أساسا بحماية العملاء، فإن هذه الأخيرة تشكل محور اهتمام إدارة المصارف الإلكترونية خصوصا مع التطور المستمر الحاصل في مجال الوسائل الإلكترونية في العالم، حيث يشهد الساحة المصرفية - في مجال وسائل الدفع - استعمالا متزايدا للنقود الإلكترونية كوسيلة لأداء شتى المعاملات بين مختلف الأطراف.
والواقع أن هذه المخاطر لا تقتصر على تلك التي يمكن أن تحدث أضرارا بالمصرف، بل إن العميل بدوره معرض للضرر الناتج عن انفتاح شبكة الإنترنت، فقد يصبح موقع المصرف وحسابات العملاء في ظل هذا الانفتاح عرضة للتلاعب والاختراق مما يؤدي إلى التعدي على الذمة المالية للعملاء الذين هم في أغلب الأحوال مستهلكون عاديون ليست لديهم أدنى فكرة عن التقنيات المستخدمة للحماية ومدى إمكانية تجاوزها، وبالتالي فإن التعامل عبر الإنترنت يجب أن يحاط بمجموعة من الضمانات توفر إمكانية

¹ Article 15 : « Avant d'exercer leur activité, les établissements de crédit doivent obtenir l'agrément délivré par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et visé à l'article 612-1 ».

معرفة العملاء بتلك المخاطر قبل الدخول للعمل في بيئة الإنترنت من خلال إلزام المصرف بإعلام عملائه عن كافة المخاطر المحيطة بالعمل الإلكتروني¹.

وقد أوجبت بعض البنوك المركزية على المصارف إعلام زبائنها عن مخاطر العمليات المصرفية الإلكترونية، وجعلته بمثابة التزام قانوني مفروض على المصرف المقدم للخدمات الإلكترونية وموجه لعملاء المصرف الراغبين وغير الراغبين في التعاقد معه على الخدمات الإلكترونية².

وهكذا فالمصرف ملزم بإعلام زبائنه عن المخاطر المحتملة جراء المعاملات المصرفية الإلكترونية، فإن لم يفعل عُدد مسؤولاً عن الأضرار التي قد تنشأ نتيجة هذا الإخلال.

ويمكن ذكر بعض الشروط التي على المصرف الالتزام بها في إطار حماية العملاء، إذ عليه :

- أن يحدد المصرف المسؤوليات الواقعة عليه من جراء تقديم الخدمات عبر الإنترنت.
- أن يحدد المصرف المسؤوليات الواقعة على العميل جراء الحصول على الخدمات عبر الإنترنت.
- أن يقوم المصرف باستغلال صفحته على الإنترنت بما يتيح للمتصفح التعرف على الخدمات المقدمة، ورقم الترخيص وتاريخ الحصول عليه، مع ربط هذا الموقع بصفحة البنك المركزي المعلن فيه عن أسماء المصارف المرخص لها بذلك حتى يتحقق العملاء من صحة الترخيص³.

الفرع الثاني: الشروط المرتبطة بالمعاملات المصرفية الإلكترونية

تقتضي المعاملات المصرفية الإلكترونية وجود مقدم لخدمة ما وهو المصرف، ومستفيد من هذه الخدمة وهو العميل. الأمر الذي يدعو إلى ضرورة إبرام عقد بين الطرفين يحدد شروط انعقاده ويتضمن حقوق وواجبات كل منهما. غير أنه من الملاحظ أن المصرف يميل إلى تحديد الخدمات المقدمة إلكترونياً للعميل في العقد المبرم بينهما، أي أنه يضعها بشكل انفرادي. فما هي الطبيعة القانونية لهذا العقد؟ وكيف ينقده؟

الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية لعقد تقديم الخدمات المصرفية الإلكترونية

يذهب بعض الفقهاء إلى تسمية العقود التي ينفرد أحد الأطراف -عادةً ما يكون الطرف القوي في العلاقة- على صياغة شروطها دون إمكانية مناقشة الطرف الآخر لتلك الشروط بعقود الإذعان،

¹ محمود محمد أبو فروة، مرجع سابق، ص 32.

² المرجع نفسه، ص 34.

³ وسيم محمد الحداد، شقيري نوري موسى، محمود إبراهيم نور، صالح طهران الزرقان، الخدمات المصرفية الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 2012، ص 196، 1998.

واشترط لإطلاق هذا الوصف عليها أن تتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية ليس بالنسبة للفرد بذاته بل بالنسبة لمجموع الجمهور، حيث لا يستطيع الأفراد الاستغناء عنها في حياتهم، وأن يكون الموجب محتكراً لتلك السلعة سواء أكان هذا الاحتكار قانونياً أم فعلياً أو أن تكون المنافسة على تقديم تلك السلعة محدودة وضيقة النطاق، ثم أن ينفرد الشخص المحتكر بوضع شروط العقد، وأخيراً وجود شروط تعسفية في العقد تخل في التوازن بين الأطراف¹.

بينما لا يشترط البعض الآخر في العقد لكي يُوصف بأنه عقد إذعان إلا شرطي الانفراد في وضع الشروط، وكون بعض هذه الأخيرة تعسفية².

وإذا ما قُمنّا بمحاولة إسقاطٍ لهذه الشروط على عقد تقديم الخدمات المصرفية الإلكترونية، فنجد أنه موضوعٌ بصفة انفرادية من المصرف، وليس للعميل إلا الموافقة على شروطه دون مناقشة، مما يجعله أمام خيار وحيد قبول التعاقد إن أراد الاستفادة من هاته الخدمات، أم عدم قبوله وبالتالي عدم الاستفادة منها بطبيعة الحال. والواقع أنّ معظم المصارف تعتمد إلى تضمين هاته العقود شروطاً تصب في مصلحتها دون الأخذ في الحسبان مصلحة العميل أو الطرف المتعاقد معها، وهو أمر منطقي، إذ أنّ هاته المصارف تهدف لتحقيق الربح من خلال القيام بهاته العمليات التجارية، كما أنّها تنشط في بيئة قانونية تخلو -في أغلبها- من نصوص آمرة تقيّد شروط هاته العقود.

أمّا فيما يخص شرط الاحتكار، فيمكن القول أنه متوفر في عمل المصارف، ذلك أنّها تملك وحدها حق تلقي الودائع من الجمهور، وعليه فهي تشترط ضرورة وجود حساب للعميل لديها ذلك أن هذا الأخير يتلقى الخدمة من المصرف المتعاقد مع هؤلاء الوسطاء .

نعود الآن للشرط الأخير المتعلق بعدم التخلي أو الاستغناء عن السلعة أو الخدمة، ففي هذه المرحلة يجوز ويسمح للشخص أن يتعامل مع مصرفه بطريقة الكترونية أو تقليدية فهناك مجال للاختيار ما دامت النتيجة واحدة، لكن مستقبلاً يصبح التعامل الإلكتروني ضرورة ملحة وخطوة إجبارية لازمة تماشياً مع تطور التجارة الإلكترونية ووسائل الدفع الإلكتروني.

وبناء على ما سبق ذكره فيمكن القول أن شرط ضرورة الخدمة أو السلعة غير موجود وغير متوفر في عقد تقديم الخدمات المصرفية الإلكترونية في هذه الفترة بالذات.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1964، ص 229.

² حسام الأهواني، النظرية العام للالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص 112.

وبهذا الشكل فإن توفر بعض شروط الإذعان في عقد تقديم الخدمات المصرفية الإلكترونية، بالإضافة إلى عدم توفر شروط أخرى يجعلها ضمن العقود النموذجية، التي تفضي إلى نفس نتائج عقود الإذعان والتي تقر بحرمان المتعامل من التفاوض والمساومة بخصوص الشروط التي يضعها المصرف بشكل تعسفي في غالب الأحيان.

والواقع اليوم هو أنّ أغلب المصارف تقوم بتضمين عقودها شروطا تصب - في معظمها - في مصالحها، لا سيما في ظل غياب تشريعات تنظم هذا الأمر في هذا النوع من العقود.

الفقرة الثانية: انعقاد العقد

من أركان انعقاد العقد توافر الإرادة لدى طرفي العقد، وهو ما يعبر عنه بركن الرضا، فإن تخلف هذا الشرط الجوهرى لم ينعقد العقد.

ونصّ القانون المدني الجزائري بهذا الصدد في المادة 59 على ما يلي: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". وبالتالي فتوافق الإرادتين هو اقتران الإيجاب بقبول مطابق له، وأن يقترن هذان التعبيران لانعقاد العقد. وعادة ما يتعاقب التعبير عن هاتين الإرادتين المتطابقتين فيصدر الإيجاب أولا ثمّ يتبعه قبول مطابق له¹.

ولا يثير عقد تقديم الخدمات المصرفية التقليدية أيّ مشاكل بخصوص عنصر الزمن أو بخصوص الإيجاب والقبول بشكل خاص، غير أنّ عقد تقديم الخدمات المصرفية الإلكترونية قد يثير الكثير من المشاكل المتعلقة أساساً بالإيجاب والقبول.

ولأنّ العقد ينعقد بالتطابق بين الإيجاب والقبول، فإنّ التساؤل الذي يُطرح هو حول طبيعة قيام المصرف بعرض خدماته إلكترونياً عبر موقعه على الإنترنت، فهل يُعتبر إيجاباً أم لا؟

هنا يرى البعض أنّ الإعلان والعرض إذا ما تضمّن العناصر الأساسية للتعاقد فإنّه يُعتبر إيجاباً، أمّا إذا لم يتضمنها فهو دعوةٌ للتعاقد².

وعلى هذا الأساس فإنّ عرض المصرف لخدماته الإلكترونية على موقعه في الإنترنت دعوةٌ للتعاقد، لذلك فإنّ الإيجاب هو ما يصدر عن إرادة الزبون الراغب في الاستفادة من الخدمات الإلكترونية، حيث

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 31.

² أحمد السعيد الزقرد، "حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون"، مجلة الحقوق، العدد الثالث، جامعة الكويت، 1999، ص 192.

يقوم بملء النموذج المعد لذلك على الإنترنت، ومن ثم إرساله إلى المصرف عن طريق الضغط على أيقونة خاصة بذلك.

وحين يصل المصرف بالطلب يتحقق من جميع البيانات الخاصة بالعميل، وتكون له الحرية الكاملة في قبول الطلب أو رفضه، فإذا تبين له صحة جميع البيانات ورغب في تقديم خدماته الإلكترونية لذلك العميل، يعبر عن قبوله عن طريق إرسال كلمة السر الخاصة بالعميل إلى بريده الإلكتروني¹. ولتحديد زمان ومكان انعقاد العقد أهمية كبرى في تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة للنظر في النزاعات الناشئة عنه، كما أنه يمكن من تحديد اللحظة التي يمكن فيها للموجب التحلل من إيجابه.

وبالإسقاط على المعاملات المصرفية الإلكترونية فإنّ التعاقد يتم عبر شبكة الإنترنت، مما يجعلنا أمام مجلس عقد حُكْمِي، في إطار تعاقد بين غائبين. وهنا نجد أنّ الفقه اختلف حول الزمن الذي يُعتبر فيه العقد منعقداً بين طرفيه². وبالعودة إلى المشرع الجزائري فقد تبنت مذهب إعلان القبول في المادة 67 قانون مدني، حيث نصّت على ما يلي: "يُعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تمّ في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ويُفترض أنّ الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما بالقبول". وهكذا يكون العقد تاماً في الزمان والمكان اللذين يُعبرّ فيه من وُجّه إليه الإيجاب عن إرادته بقبوله التعاقد، وفق ذلك يُعتبر العقد منعقداً في الزمان والمكان اللذين يُرسل فيهما المصرف الرقم السري للزبون³.

غير أنّ الإعلان عن القبول لا يكفي، بل لا بُدّ من إرسال كلمة السر للزبون حتى يستطيع المباشرة في تنفيذ العقد، وحتى يعلم رغبة المصرف أو عدم رغبته في التعامل مع الزبون عن طريق الإنترنت، لذلك من الأفضل الأخذ بمذهب العلم بالقبول لتحقيق أكبر قدر من الاستقرار للمعاملات، وهو ما تبنته أكثر من 45 دولة منها فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية بتوقيعها على اتفاقية فيينا في 11 أبريل 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع⁴.

¹ محمود محمد أبو فروة، مرجع سابق، ص 45.

² توجد مذاهب أربعة متعلقة بتحديد زمن انعقاد العقد. لمزيد من التفصيل: راجع محمد محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 45.

³ محمود محمد أبو فروة، مرجع سابق، ص 46.

⁴ أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عن طريق الإنترنت، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، 2005، ص 95.

نقلا عن محمد محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 46.

المبحث الثاني: مفهوم المعاملات المصرفية الإلكترونية

الواقع أنّ المعاملات المصرفية الإلكترونية لا تختلف كثيراً عن تلك المعاملات التقليدية إلا من حيث الأداء، الطريقة والسرعة. إلا أنّ صعوبة تعريفها تعود لعدم وجود تعريفٍ مضبوطٍ للعمليات المصرفية نفسها فضلاً عن الإلكترونية منها.

حيث عرّفها البعض بأنها تشمل العمليات التي ترد على النقود والمعادن الثمينة والأوراق المالية. بيد أن هذا التعريف الضيق لم يوضح الصورة الأساسية للعمليات المصرفية، ولم يُعطِ النظرة الشمولية لجميع العمليات المصرفية ولا سيما بعد ازدياد المنافسة بين الصارف وتوسع خدمات هذه الأخيرة، لتشمل نشاطات لم تكن تقليدياً تُعد من النشاطات المصرفية مثل إدارة المحافظ النقدية وطرح منتجات مصرفية تأمينية وغيرها¹.

وحاولت التشريعات المختلفة اعتماد معيار موضوعي يمكن من خلاله تعريف هذه العمليات. إذ نجد أنّ المشرع الجزائري يعرفها على أنّها تلك التي تتضمن تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض، ووضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل².

أمّا المشرع المصري فقد نصّ في المادة 300 من قانون التجارة على ما يلي: "مع مراعاة ما تقرره الفقرة الثالثة من المادة 361 من هذا القانون، تسري أحكام هذا الباب على العمليات التي تعقدتها البنوك مع عملائها تجاراً كانوا أو غير تجار وأيا كانت طبيعة هذه العمليات".

وبتصفح المواد التالية من هذا القانون، نجد أنّ المشرع المصري يعني بهذه العمليات كلاً من: ودائع النقود، ودائع الصكوك، تأجير الخزائن، رهن الأوراق المالية، النقل المصرفي، الاعتماد العادي، الاعتماد المستندي، الخصم، خطاب الضمان، الحساب الجاري.

بينما عدّدت المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 24 لسنة 1984 الأعمال المصرفية دون وضع معيار دقيق لها. فشمل التعداد: الحصول على الأموال من العامة، منح القروض، إدارة رغبات وعمليات مالية للعملاء، إدارة عمليات السحب والدفع. كما ذهبت المادة الخامسة من القانون نفسه لتعدد العمليات الملحقّة بالمؤسسات المصرفية كما يلي: عمليات الصرف وعمليات المتاجرة بالذهب والفضة والمعادن الثمينة الأخرى وشراء الأسهم في الأسواق المالية والتسجيل والبيع وإدارة المنتجات المالية والعقارية وتقديم الاستشارات في إدارة المال... إلخ.

¹ موسى خليل متري، www.arab-ency.com/ar/.

² المادة 66 من الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010، المعدّل والمتّم للأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 والمتعلق بالنقد والقرض.

والملاحظ أن التعاريف السابقة عمدت إلى تعداد العمليات المصرفية التي تقسم تقليدياً إلى ثلاثة أنواع: قبول الودائع من الجمهور، منح القروض، تنفيذ أوامر الدفع. والسبب في عدم وجود تعريفٍ وافٍ يشمل جميع العمليات المصرفية يعود إلى التطور المستمر في أعمال المصارف التي انتقلت من مباشرة العمليات المصرفية التقليدية إلى العمليات المصرفية الشاملة التي تتجاوز نشاطاتها الحدود الجغرافية السياسية، وصولاً إلى العمليات المصرفية حيث تتم بصفة إلكترونية عبر شبكة الإنترنت التي يُصيها التطور التكنولوجي في أي لحظة. وسوف نستعرض فيما يأتي أهم الخدمات التي تشكل محور المعاملات المصرفية المتعددة.

المطلب الأول: النقود الإلكترونية

تُعتبر النقود التقليدية وسيلة للحصول على السلع والحاجيات، فهي وسيط للتبادل، حيث أنّها لا تُطلب لذاتها وإتّما بهدف إشباع حاجات الفرد، لذلك فهي مستودع ومخزن للقيمة، كما أنّها مقياس للقيم الحاضرة والآجلة على حدٍ سواء¹.

ومع تطور المعاملات التجارية وتنامي المعاملات المصرفية الإلكترونية معها، أضحت هذه النقود التقليدية غير مناسبة لمقتضيات التجارة الإلكترونية التي تتطلب السرعة، ممّا أدّى إلى ظهور ما يُسمى بالنقود الإلكترونية أو النقود الرقمية.

ويمكن القول أنّ السبب الأول لظهور النقود الإلكترونية يرجع إلى أنّ بعض المصارف قدّمت عدّة عروض فيما يخص استخدام بطاقات الوفاء، وكذا بطاقات الائتمان لتخزين نبضات رقمية أو حتى إلكترونية تمثل قيمة نقدية. ويتم ذلك عن طريق تثبيت كمبيوتر صغير على هذه البطاقات. ونشير إلى أنّه إذا كان الوفاء الإلكتروني باستعمال البطاقات الإلكترونية أو التحويل الإلكتروني أو سحب الأوراق التجارية الإلكترونية قد عرف قبل حتى ظهور الإنترنت فإنّ النقود الإلكترونية تُعتبر من أحدث وسائل الدفع الإلكتروني المخصّصة لتسوية المعاملات التي تكون عن طريق شبكة الإنترنت إن لن نقل أنّها تُعد الوسيلة الوحيدة التي نشأت لأجل تسوية المديونيات التجارية الإلكترونية والتي تتم عبر شبكات الإنترنت.

¹ مصطفى يوسف كافي، النقود والبنوك الإلكترونية في ظل التقنيات الحديثة، دار مؤسسة رسلان للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 2011، ص ص 15-16.

مع ذلك، علينا أولاً أن نميز بين مسألة النقود الإلكترونية من جهة، ومسألة استخدام الوسائل الإلكترونية في نقل أو تحويل الأموال (بين المصارف أو بين المصارف والشركات...)، فالأولى ظاهرة حديثة بينما تعود الثانية إلى سنوات.

وإذا كانت النقود التقليدية نقوداً ملموسة (ورقية أو معدنية)، فالنقود الإلكترونية¹ نقود غير ملموسة تُستعمل من طرف المصارف الإلكترونية والمؤسسات المالية المختلفة. وبالتالي فهي قيمة مالية تخزن في بطاقة إلكترونية ما.

فبعد ظهور البطاقات المصرفية ظهرت النقود الإلكترونية أو النقود الرقمية والتي هي عبارة عن نقود غير ملموسة تأخذ صورة وحدات إلكترونية تخزن في مكان آمن على الهارد ديسك لجهاز الكمبيوتر الخاص بالعميل يعرف باسم المحفظة الإلكترونية، ويمكن للعميل استخدام هذه المحفظة في القيام بعمليات البيع أو الشراء أو التحويل².

وقد ظهرت النقود الإلكترونية كنتاج طبيعي أفرزته التجارة الإلكترونية، حيث كان لا بد من استحداث وسيلة يتم بها الدفع من خلال قنوات الاتصال الإلكترونية وعلى نحوٍ يستجيب للسرعة التي هي المتطلب الرئيسي في شتى المعاملات الإلكترونية. ومن هنا ظهرت فكرة الصرافة الإلكترونية، حيث تتوارى فيها النقود الورقية، لتظهر بدلا منها النقود الإلكترونية التي تستخدم في كافة المعاملات التي تتم بين المصارف الإلكترونية وعملائها، من دفع فواتير أو تحويلات مالية من وإلى هذه المصارف³.

المطلب الثاني: الاعتماد المستندي الإلكتروني

تُنظم النشرة 600 الصادرة بتاريخ 01 جويلية 2007 عن غرفة التجارة الدولية في باريس الاعتماد المستندي. وينشأ عن عقد بيع دولي بين بائعٍ ومشتريٍّ، وتقوم المصارف بتنظيم العلاقة بينهما بواسطة فتح الاعتماد المستندي، بحيث يضمن البائع ثمن البضاعة ويضمن المشتري شحن البضاعة مقابل المستندات التي تقدم إلى المصرف. ويقوم الاعتماد المستندي على مبدأي استقلال التوقيعات والمطابقة الظاهرية للمستندات⁴.

¹ يرد المفهوم بمصطلحات أخرى : النقود الرقمية، العملة الرقمية.

² طارق عبد العال حماد، التجارة الإلكترونية (المفاهيم - التجارب - التحديات، الدار الجامعية)، الإسكندرية، مصر، 2003، ص140.

³ جاسم سعيد البدرابي، "نقودك الإلكترونية: هل لمخاوفك مبرراتها؟"، مجلة تكنولوجيا، الإمارات العربية المتحدة، يوليو 2001، ص61.

⁴ محمود محمد سعيغان، تحليل وتقييم دور البنوك في مكافحة عمليات غسل الأموال، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص48.

وكغيره من العمليات المصرفية تأثر هو الآخر بالثورة الإلكترونية الأمر الذي أدى إلى التخلي عن الطريقة التقليدية واللجوء إلى الاعتماد المستندي الإلكتروني. حيث كان يؤدي بصورة يدوية إلا أن التطور التكنولوجي أدى إلى الاستغناء عن الاعتماد المستندي البسيط.

وهناك من يعرفه بأنه تعهد صادر من المصرف بناء على طلب عميله الذي يسمى الأمر بفتح اعتماد لصالح الغير الذي يسمى المستفيد مضمونا بجزارة مستندات مماثلة لبضاعة منقولة أو معدة للنقل¹.

وإذا كان من المعروف عن عمل المصارف أنها تقوم بقبول الودائع من الجمهور نظير نسبة فائدة معينة خلال كل فترة، فإن ذلك لا يمثل أهم نشاط تقوم به، إذ أنها توفر أيضا الائتمان لمن يطلبه من المتعاملين الذين تتعذر عليهم مباشرة مشاريع اعتمادا على أموالهم الخاصة، مما يفسر طلبهم الاعتماد على الودائع النقدية التي تتيحها المصارف.

وتقوم المصارف بعمليات ائتمان كثيرة، منها: القرض، الخصم على الأوراق التجارية، فتح الاعتماد. ويمكن تعريف هذا الأخير على أنه الثقة. وهو في صورته البسيطة تعهد من البنك بأن يضع تحت تصرف العميل مبلغا معيناً خلال مدة يتفق عليها معه، ويقوم العميل بسحب هذا المبلغ أو لا يقوم بسحبه على الإطلاق، إذ أنّ له مطلق الحرية في أن يستخدم هذا الاعتماد أو لا يستخدمه، ويختلف الاعتماد بهذا المعنى عن القرض؛ لأنّ العميل يتسلم القرض فعلا تنفيذاً لعقد القرض، بينما لا يتسلم العميل المبلغ في الاعتماد البسيط، وإنما يظل له الحق في قبضه على أن يستخدم هذا الحق وقتما يشاء أو ألا يستخدمه أصلاً².

أما الاعتماد المستندي فيتمثل في تعهد أو التزام يقدمه المستورد للبنك لتسديد مبلغ معين إلى بنك المصدّر (المورّد) في فترة معينة ومقابل تقديم بعض الوثائق (وثيقة شحن، تأمين...) التي من شأنها تأييد فتح الاعتماد وشحن البضاعة³.

ولهذا الاعتماد مزايا بالنسبة لكل من المصدّر والمستورد، فالأول يستفيد من سرعة المدفوعات، وكذا الائتمان المصرفي بدل الائتمان التجاري، بينما يستفيد الثاني من القدرة على الدفع من خلال التأكد من مطابقة المستندات لشروط الاعتماد المستندي مطابقة تامة¹.

¹ محمد الفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2001، ص 348.

² محيي الدين إسماعيل علم الدين، الاعتمادات المستندية، الطبعة الأولى، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، مصر، 1996، ص 14.

³ سعود جايد العامري، المالية الدولية نظرية وتطبيق، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 484.

ولقد كانت الاعتمادات المستندية تتم بصورة يدوية، إلا أنّ التطور التكنولوجي أدى إلى الاستغناء عن تلك الطريقة واستبدالها بطريقة أخرى تعتمد على استخدام الكمبيوتر وشبكة الإنترنت، حيث يقوم المستورد بإرسال طلبه لإصدار اعتماد مستندي عن طريق الإنترنت، فإذا ما وافق المصرف على طلب عميله، يقوم بإرسال نص الاعتماد وبنفس الطريقة. وقبل انتهاء الأجل المحدد في الاعتماد يقوم المستفيد بإرسال كافة المستندات المتعلقة بالشحن، واللازمة للحصول على قيمة الاعتماد بنفس الوسيلة، ويطلب من كافة الأطراف المشاركة في العملية كالمشاحن والمؤمن وأن يقوموا بإرسال مستنداتهم للمصرف مُصدر الاعتماد عن طريق الإنترنت².

الفرع الأول: مفهوم النقود الإلكترونية

لمعالجة مفهوم النقود الإلكترونية، سنتطرق أولاً لتعريف هذه النقود ثمّ إلى الطبيعة القانونية لها، وهو ما سنتناوله في الفقرتين التاليتين.

الفقرة الأولى: تعريف النقود الإلكترونية

يعرف البعض النقود الإلكترونية بأنها عملة نقدية إلكترونية تتمثل في الوحدات الرقمية الموثقة والخاصة بالقيمة المحددة من قبل الجهة المصدرة لها، والمخزنة على أداة أو وسيلة إلكترونية ليتم تحويلها من المشتري إلى البائع أو إلى أي جهة أخرى³.
 وذهب البعض إلى أنّ النقود الإلكترونية هي بطاقات تحتوي على مخزون إلكتروني أو أرصدة نقدية محملة إلكترونياً على بطاقة تخزين القيمة⁴.
 وعرفها آخرون بأنها عبارة عن سلسلة من الأرقام التي تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو الافتراضية لمودعيها ويحصل هؤلاء عليها في صورة نبضات كهرومغناطيسية على بطاقة ذكية أو على القرص الصلب ويستخدمها هؤلاء لتسوية معاملاتهم التي تتم إلكترونياً⁵.

¹ المرجع نفسه، ص 484.

² محمود محمد أبو فروة، مرجع سابق، ص 54.

³ محمد سعيد أحمد، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 329.

⁴ نجوى أبو هيب، التوقيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 60.

⁵ فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، 2003، ص 105.

وقد عرّفها بنك التسويات الدولية النقود الإلكترونية على أنّها قيمة نقدية محسوبة بالوحدات الائتمانية، ومخزنة بشكل إلكتروني أو في شريحة إلكترونية يملكها المستهلك¹.
وعرّفها البنك المركزي الأوروبي على أنّها مخزون إلكتروني لقيمة نقدية على وسيلة تقنية تُستخدم بصورة شائعة للقيام بمدفوعات لمتعهدين غير الذي أصدرها دون الحاجة إلى وجود حساب بنكي عند إجراء الصفقة².
كما عرّف التوجيه الأوروبي رقم 2000/46 الصادر في 18 سبتمبر 2000 النقد الإلكتروني بأنّه قيم نقدية مخلوقة من المصدر مخزنة على وسيط الكتروني وتمثل إيداعا ماليا، تكون مقبولة كوسيلة دفع من قبل الشركات المالية غير الشركة المصدرة³.

الفقرة الثانية: الطبيعة القانونية للنقود الإلكترونية

لا خلاف على أنّ النقود الإلكترونية قد أصبحت إحدى أهم وسائل الدفع في عصر اليوم، لا سيما في ظل تنامي التجارة الإلكترونية، وكذا بالنسبة لمختلف المعاملات المصرفية الإلكترونية. ممّا يجعلنا نتساءل عن الطبيعة القانونية لهذه النقود حتى نعرف النظام القانوني الذي ينطبق عليها، فهل هي من أنواع النقود التقليدية المعروفة؟ أم أنّها نوع مستقل من النقود؟
اختلف الفقه حول حقيقة هذه النقود، فمنهم من رأى أنّها نوعٌ جديد من النقود يتميز بأنّ الوحدات الإلكترونية المستخدمة في الوفاء تحمل على أداة مستقلة عن الحساب المصرفي للعميل، ويتم الدفع من خلال هذه الأداة بعيدا عن الحساب الخاص بالعميل، وقد تكون هذه الأداة البطاقة الذكية أو برنامجا يحمل على ذاكرة الكمبيوتر الخاص بالعميل، وبدليل أنّ هذه النقود تؤدي ذات الوظائف التي تؤديها النقود الورقية أو الكتابية كأداة إبراء تصلح لتسوية الديون وكوسيط للتبادل، بحيث تتناقص قيمتها كلما تمّ استخدامها في تسوية الديون⁴.

¹ Mostafa Hashem Shérif, Paiements électroniques sécurisés, Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, Lausanne, Suisse, 2007, p 45.

² JEAN-MICHEL GODEFFROY ET PHILIPPE MOUTOT, Monnaie électronique enjeux prudentiels et impact sur la politique monétaire, <https://www.aef.asso.fr/telecharger-article/539-la-monnaie-lectronique/pdf>

³ <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-du-numerique-2003-1-page-71.html>

⁴ شريف غنام، محفظة النقود الإلكترونية (رؤية مستقبلية)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 07.

ومنهم من رأى أنّ النقود الإلكترونية ليست نوعاً جديداً من النقود بقدر ما هي طريقة جديدة لإدارة النقود، وذلك بغرض الوصول إلى قيمة نقدية عن طريق وحدة إلكترونية، وهي لا تعدو كونها أموالاً مكتوبة تُدار بوسائل ودعامات إلكترونية، كوحدات إلكترونية مرقمة تُقيد في جانب الأصول من حساب التاجر الدائم، الذي قبل السداد بواسطة هذه النقود لديونه الثابتة في ذمة العميل، وفي جانب الخصوم من حساب حامل الدعامة الإلكترونية التي تمثل هذه النقود¹.

والملاحظ هو اتفاق أغلب الفقهاء حول جوهر النقود الإلكترونية من حيث الوظيفة، بمعنى أنّ الوحدات الإلكترونية المستخدمة في الوفاء عبر الإنترنت، تؤدي تماماً الدور الذي تؤديه النقود بمفهومها التقليدي.

ولسنا ننكر أهمية تحديد الطبيعة القانونية للنقود الإلكترونية، ذلك أنه أمر من شأنه أن يحدد لنا النظام القانوني الأنسب الذي يحكم هذه النقود، إلا أننا نميل إلى اختصار القول بأنّ النقود الإلكترونية - بما تنشؤه من علاقات ثلاثية الأطراف كما سنرى في الفقرة الموالية - يدفع إلى القول بأنّ لها طبيعة منفردة وخاصة.

ولا بأس أن نذكر في الأخير - على سبيل الحصر - أنّ القانون الجزائري لا يمنع إصدار النقود الإلكترونية، حيث جاءت المادة 69 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، كما يلي: "تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل".

ولأنّ وسائل الدفع يجب أن تُحاط بضمانات كافية، فقد منح المشرع بنك الجزائر - باعتباره الجهة المصدرة للنقود - كل الوسائل التي تكفل له ضمان أمن وسائل الدفع، حيث نصّت المادة 12، الفقرة الثانية من النظام رقم 05-07 المؤرخ في 28 ديسمبر 2005، المتضمن أمن أنظمة الدفع، ما يلي: "في حالة ما إذا اعتبر بنك الجزائر بأنه لا يتوفر في إحدى وسائل الدفع على الضمانات الأمنية الكافية، يمكنه أن يطلب من الجهة التي تصدر اتخاذ إجراءات ملائمة لمعالجة الوضع، وفي حالة عدم تطبيق هذه التوصيات، يمكنه بعد استشارة السلطة المكلفة بالمراقبة اتخاذ قرار توقيف إدخال وسيلة الدفع المعنية في هذا النظام".

¹ سامي عبد الباقي أبو صالح، الوفاء الإلكتروني بالديون الناشئة عن المعاملات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 65.

وترتبط على ذلك، لا يُعدّ إصدار وتداول النقود الإلكترونية في الجزائر -باعتبارها وسيلة من وسائل الدفع- أمراً محظوراً من الناحية القانونية، متى احترمت شروط الأمان الواردة في المادة السالفة الذكر¹.

الفقرة الثالثة: الطبيعة القانونية للعلاقات الناشئة عن النقود الإلكترونية

يُتيح استعمال النقود الإلكترونية التعامل بين ثلاثة أطراف هم: المصرف، العميل والتاجر. وتُميز بين العلاقة بين المصرف والعميل من جهة، والعميل والتاجر من جهة أخرى.

أولاً: طبيعة العلاقة بين المصرف والعميل

يرى البعض أنّ العلاقة علاقة وديعة على أساس أنّ المبلغ الذي يتلقاه المصرف ويقوم بتحويله إلى وحدات إلكترونية يُعتبر بمثابة وديعة.

واعتبر البعض الآخر أنّ العلاقة بين المصرف والعميل علاقة عقد حيث يُسلم المصرف الشيء المبيع للعميل مقابل ثمن يدفعه هذا الأخير، وقد أخذ التوجيه الأوروبي رقم 46 لسنة 2000 الصادر عن المجلس الأوروبي بهذا الاتجاه مُعتبراً إصدار النقود الإلكترونية لا يُشكل نشاط تلقي ودائع، ولكنه بالأحرى عملية شراء بقيمة مالية قابلة للاستيراد تمثل حقاً أو ادعاء تجاه المصدر.

بينما ذهب اتجاه ثالث إلى أنّ العلاقة بين المصرف والعميل تُعد علاقة دائنية، حيث تنشأ عن تسليم العميل للمصرف نقوداً حقيقية وأخذ وحدات إلكترونية في مقابلها وبما يساويها، لذلك تبقى ذمة المصرف مشغولة إلى أن يسترد العميل المبالغ التي دفعها ويسلم الوحدات الإلكترونية للمصرف، وفي حالة ما إذا تعامل العميل بالوحدات الإلكترونية فإنّ التاجر يُعتبر بمثابة المُحال إليه، فكأنّ العميل أحال حقه تجاه المصرف للتاجر عندما اشترى منه بضائع وسدّد قيمتها بالوحدات الإلكترونية.

ثانياً: طبيعة العلاقة بين المصرف والتاجر

إذا اتفق المصرف أو مُصدر بطاقة الدفع مع التاجر على التعامل بهذه الأخيرة، فإنّنا نكون أمام عقد رضائي يسمّيه البعض بعقد التاجر أو عقد المورد، والذي يلتزم التاجر بموجبه بقبول البطاقة في الوفاء في مقابل التزام المصرف بضمان الوفاء بقيمة مشتريات صاحب البطاقة أو حاملها.

ويقوم هذا العقد على الاعتبار الشخصي المتعلق بالتاجر دون سواه، لذلك فإنّ إفلاس هذا الأخير أو إعساره أو توقفه عن النشاط ينهي العلاقة التعاقدية مع مصدر البطاقة، ولا يجوز لوكيل التفليسة أو المشتري أو دائني التاجر طلب الاستمرار بذلك العقد.

¹ حوالمف عبد الصمد، النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكتروني في الجزائر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 222.

ومن آثار هذا العقد أنه يولد -بطبيعة الحال- التزامات لدى كل من المصرف مُصدر البطاقة من جهة، والتاجر من جهة أخرى:

1- التزامات مصدر البطاقة:

تجب الإشارة إلى أنّ هناك علاقة عقدية تجمع الجهة المصدرة بالتاجر هذه العلاقة تقوم على عدّة التزامات تتقيد بها الجهة المصدرة تجاه التاجر، منها : - الجهة المصدرة ملزمة بسداد قيمة مشتريات الحامل للتاجر إلا في حالة ما إذا تجاوز العميل في مشترياته الحد المتفق عليه فيتم الوفاء للتاجر بسبب وكالته.

- على الجهة المصدرة توفير الأدوات اللازمة للتاجر لاستخدام البطاقة، وكذا إخطاره بالبطاقات الائتمانية الضائعة أو المسروقة أو منتهية الصلاحية وحتى الملغاة لحظر التعامل بها. وبهذا الشكل يحصل التاجر على قيمة مشتريات حاملي البطاقات الائتمانية أو الوفاء لديه.

2- التزامات التاجر:

قلنا سابقا أنّ هناك التزامات على عاتق مصدر البطاقة في العلاقة العقدية التي يجمعه بالتاجر، وفي المقابل هناك أيضا التزامات على عاتق التاجر.

- أولا على التاجر التأكد والتحقق من البطاقة المقدمة له.

- على التاجر قبول الوفاء بقيمة مشتريات حاملي البطاقات شرط أن يتأكد التاجر من مطابقة توقيع الحامل على الفاتورة لنموذج توقيعه على البطاقة ومن تاريخ صلاحيتها، وبعد كل هذه الاحترازاات التي قام بها التاجر يتوجب عليه الاتصال بمصدر البطاقة قبل إتمام عملية البيع للحصول على الموافقة التي تكون بشكل أوتوماتيكي.

الفرع الثاني: كيفية الوفاء باستخدام النقود الإلكترونية

ابتدعت النقود الإلكترونية كوسيلة للوفاء بالديون الناتجة عن العمليات التجارية عبر شبكة الإنترنت، أو ما يسمى الآن بالصيرفة الإلكترونية. وتُسمى النقود الإلكترونية أيضا بالنقود الرقمية أو الرمزية أو النقود القيمية.

و هناك وسيلتان يتم بهما تخزين النقود أو الوفاء الإلكتروني بهذه النقود:

الوسيلة الأولى: تتيح هذه الوسيلة تخزين الوحدات الرقمية الإلكترونية على البطاقة الإلكترونية المسماة الكارت الذكي حيث يثبت معالج مصغر أو كومبيوتر صغير على الكارت الذكي، وعليه فإن البطاقة عبر هذا المعالج المصغر، تكون معدة لتخزين المعلومات وأداء العديد من العمليات الحاسوبية و التأكد من

شرعية المستخدم، و التحقق من صحة الصفقات و كذا تخزين السجلات و البيانات المتعلقة بقيمة الودائع بعد خصم المدفوعات.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الكارت الذكي كارت بلاستيكي مستطيل الشكل مزود بذاكرة إلكترونية تسمح بتخزين النقود، ويحتوي على بيانات ومعلومات مشفرة من طرف صاحب البطاقة حفاظا على سرية المعلومات كاسم صاحب البطاقة ورقم حسابه وتاريخ انتهاء صلاحية البطاقة، واسم الجهة المصدرة له وأيضا شعارها، والبنك الذي يتعامل معه.

ويتم تخزين القيمة النقدية إلكترونيا على كارت وذلك بتحويلها إلى نبضات إلكترونية، وذلك باستخدام المدفوعات النقدية التي سبق دفعها في الحساب، فهو كارت مدفوع القيمة مسبقا.

ويشبه الكارت الذكي محفظة النقود التقليدية لذا سمي أيضا باسم "حافظة النقود الإلكترونية" غير أنّ نقوده من طبيعة إلكترونية ويتم تحويل الجزء المقابل للثمن من هذه الحافظة إلى حافظة النقود الخاصة بالتاجر عن طريق تبادل المعلومات الإلكترونية بين حساب العميل وحساب التاجر البائع.

الوسيلة الثانية: تعبر هذه الوسيلة عن المفهوم الحقيقي للعملة الإلكترونية، ذلك أنها تسمح بانتقال عملة معينة من المورد إلى العميل دونما الحاجة إلى وسيط آخر (المصرف مثلا). ويكون تخزين النقود الرقمية أو الوحدات على القرص الصلب لجهاز الحاسب الآلي الخاص بالعميل، بحيث تعد المؤسسة المصدرة لهذه الوحدات برنامجا معيناً يقوم البنك بتسليمه للعميل. ومن خلال عقد يبرم بين البنك والعميل، يتسنى لهذا الأخير تثبيت هذا البرنامج على جهاز الكمبيوتر الخاص به ويكون متصلا بالكمبيوتر المركزي الخاص بالبنك. وبهذا الشكل يمكن للعميل أن يحول أمواله الموجودة في حسابه البنكي إلى وحدات إلكترونية بواسطة تبادل المعلومات بين البنك و جهازه.

وبإمكان العميل أن يستعمل هذه الوحدات الإلكترونية في سداد قيمة المعاملات المالية عبر شبكة الإنترنت والتي يتوجب دفع ثمنها بالخصم من الوحدات الإلكترونية المخزنة على مستوى حسابه الخاص لمصلحة المصدر أو البائع.

المطلب الثالث: الأوراق التجارية الإلكترونية

لا تختلف الأوراق التجارية الإلكترونية كثيرا عن الأوراق التجارية العادية لاسيما من حيث النوع، غير أنّ الأوراق التجارية لها سمات تميزها عن تلك العادية. ولهذا سوف نتعرض تباعا لأهم هذه الأوراق التجارية الإلكترونية.

الفرع الأول: الكمبيالة الإلكترونية

تُعتبر الكمبيالة التقليدية أداة وفاء وائتمان، وقد اشترط القانون فيها مجموعة من البيانات الإلزامية في الصك حتى تُعد الكمبيالة صحيحة من الناحية القانونية¹، فإن غابت هذه البيانات كلها أو جزءاً منها، بطل المحرر بوصفه كمبيالة².
ولا تختلف الكمبيالة الإلكترونية عن الكمبيالة الورقية من حيث العناصر التي سبق ذكرها، إلا أنه - وحسب اسمها- تختلف عن التقليدية من حيث طريقة إصدارها.

- 1 نصّت المادة 390، الفقرة الأولى قانون تجاري جزائري على ما يلي: "تتضمن السفتجة على البيانات التالية:
1- تسمية "سفتجة" في متن السند نفسه وباللغة المستعملة في تحريره.
2- أمر غير معلق على قيد أو شرط بدفع مبلغ معين.
3- اسم من يجب عليه الدفع "المسحوب عليه".
4- تاريخ الاستحقاق.
5- المكان الذي يجب فيه الدفع.
6- اسم من يجب الدفع له أو لأمره.
7- بيان تاريخ إنشاء السفتجة ومكانه.
8- توقيع من اصدر السفتجة "الساحب". كما نصّت المادة 379 قانون تجارة مصري على ما يلي: "تتضمن الكمبيالة على البيانات الآتية:
أ - كلمة "كمبيالة" مكتوبة في متن الصك وباللغة التي كتب بها.
ب - أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود.
ج - اسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه).
د - ميعاد الاستحقاق.
هـ - مكان الوفاء.
و - اسم من يجب الوفاء له أو لأمره (المستفيد).
ز - تاريخ ومكان إصدار الكمبيالة.
ح - توقيع من أصدر الكمبيالة (الساحب) على نحو مقروء".
2 نصّت المادة 390، الفقرة الثانية قانون تجاري جزائري على ما يلي: "إذا خلا السند من أحد البيانات المذكورة بالفقرات المتقدمة فلا يعتد به كسفتجة في الأحوال المعينة في الفقرات الآتية:
إنّ السفتجة خالية من بين تاريخ الاستحقاق، تكون مستحقة الأداء لدى الاطلاع عليها.
وإذا لم يذكر فيها مكان خاص للدفع فإنّ المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه يُعد مكاناً للدفع وفي الوقت نفسه مكان موطن المسحوب عليه.
وإذا لم يُذكر فيها تاريخ إنشائها تُعتبر كأنّها منشأة في المكان المبين بجانب اسم الساحب".
كما نصّت المادة 380 قانون تجارة مصري على ما يلي: "الصك الخالي من أحد البيانات المذكورة في المادة 379 من هذا القانون لا يعد كمبيالة إلا في الحالات الآتية:
أ - إذا خلت الكمبيالة من بيان ميعاد الاستحقاق اعتبرت مستحقة الوفاء لدى الاطلاع عليها.
ب - وإذا خلت من بيان مكان الوفاء اعتبر المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه مكاناً للوفاء وموطناً للمسحوب عليه في نفس الوقت.
ج - وإذا خلت من بيان مكان الإصدار اعتبرت صادرة في المكان المبين بجانب توقيع الساحب".

ويتم إنشاء الكميالة الإلكترونية بقيام الساحب بتحرير الكميالة بكافة بياناتها عن طريق الساحب الآلي على دعامة إلكترونية "شريط أو شريحة ممغنطة"، ويقوم بعد ذلك بإرسالها إلى مصرفه الذي يتعامل معه (المفتوح لديه حسابه)، بحيث يُفترض أن تكون قد وصلت إليه قبل تاريخ استحقاقها بوقت معقول، والذي يقوم بتجميع الكميالات المستحقة الوفاء في تاريخ واحد، ويقوم بإرسالها إلى غرفة المقاصة الإلكترونية بالبنك المركزي وذلك لتسويتها إلكترونياً، وذلك بإرسالها للمسحوب عليه عن طريق مصرفه بالطريق الإلكتروني أيضاً، ووفق نظام خاص بالبيانات المدونة على الأشرطة الممغنطة، فإذا قبل المسحوب عليه الوفاء بقيمة الكميالة وأرسل بالقبول إلى مصرفه، قام هذا المصرف بتحويل قيمة المبلغ المحدد في الكميالة من حساب عميله (المسحوب عليه) إلى حساب المستفيد (المحدد في الكميالة)، وذلك بعد إخطاره بقبول المسحوب عليه السداد، وإلا تمّ إبلاغ مصرف المستفيد رفض الوفاء بقيمة الكميالة، وهنا تُعد موافقة المسحوب عليه والمثبتة في إخطارٍ يوجهه إلى مصرفه بالموافقة على قيد قيمة الكميالة في جانب المدين من حسابه، وفي جانب الدائن من حساب المستفيد (لدى مصرفه) دليلاً على حصول هذا الوفاء من قبل مصرف المسحوب عليه¹.

الفرع الثاني: الشيك الإلكتروني

يُعتبر الشيك الإلكتروني بديلاً للشيك التقليدي، لا سيما مع ما تتطلبه الحياة التجارية الحديثة من سرعة في الدفع. ولذلك فإنه يقوم على نفس المبادئ والتي تتطلب وجود وسيط (يتمثل في البنك الإلكتروني أو حتى العادي) لإتمام عملية التخليص، حيث يقوم طرفا العقد بفتح حسابٍ خاصٍ بكلٍ منهما وتسجيله في قاعدة البيانات الخاصة بالبنك.

فالشيك الإلكتروني كما يعرفه البعض ليس سوى "محور ثلاثي الأطراف معالج إلكترونياً بشكل كلي أو جزئي، ويتضمن أمراً من شخص يُسمى الساحب إلى البنك المسحوب عليه، بأن يدفع مبلغاً من النقود لإذن شخص ثالث يُسمى المستفيد"².

وهكذا فإنّ الدول التي تعترف بالتوقيع الإلكتروني تعطي للشيك الإلكتروني القوة والحجية في الإثبات التي يتمتع بها الشيك الورقي، فالمشرع الجزائري مثلاً وإن اكتفى بذكر البيانات التي يجب أن

¹ بلال عبد المطلب بدوي، "البنوك الإلكترونية"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، يناير 2004، ص 96.

² مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 351.

يحتويها الشيك، وذلك بموجب المادة 472 قانون تجاري¹، فإنه أشار إلى إمكانية إصدار الشيك بشكل إلكتروني، وهو ما يمكن فهمه من المادة 03، الفقرة الثانية من النظام رقم 97-03 المؤرخ في 17 نوفمبر 1997 والمتعلق بغرفة المقاصة، حيث نصّت على ما يلي: "تتولى غرفة المقاصة لفائدة المنخرطين فيها مهمة تسهيل تسوية الأرصدة عن طريق إقامة مقاصة يومية فيما بينهم لما يأتي:

- كل من وسائل الدفع الكتائبية أو الإلكترونية لا سيما الشيكات والسندات التجارية الأخرى المستحقة يومياً فيما بينهم .

- التحويلات لفائدة أصحاب الحسابات المقيدة في سجلاتها"².

ومن الخصائص التي يتيحها الشيك الإلكتروني أنه لا يشترط توفر كلٍّ من الطرفين على حساباتٍ بنفس المصرف الذي يقوم بعملية المقاصة، ذلك أنّ ظهور المقاصة الآلية أعطى إمكانية إجراء المقاصة بين المصارف بعيداً عن الإجراءات اليدوية³.

والجدير بالملاحظة هو أنّ الشيكات الإلكترونية أكثر ملاءمة لعمل المصارف، ففضلاً عن السرعة التي تتميز بها المعاملات التي تتم عن طريق هذه الشيكات، تتميز هذه الأخيرة ، قياساً بالشيكات التقليدية، بكلفة معقولة، الأمر الذي يجنب المصارف تكاليف إضافية كانت ستنفقها لو لجأت إلى الشيكات العادية.

غير أنّ هذه التقنية قد لا تتوفر على الحماية المطلوبة، كونها تتم عبر شبكة الإنترنت المعرضة هي الأخرى للاختراق من طرف قرصنة الإنترنت. ولتفادي مثل هذه المشاكل، قامت العديد من المصارف بوضع مواصفات معينة للشيكات الإلكترونية نظراً لأهمية هذا النوع من وسائل الدفع، وبالأخص في إجراء الدفعات التي تتضمن مبالغ كبيرة نسبياً، ففي الربع الثالث من سنة 2002 تمت معالجة 1.46 مليار صفقة تجارية في الولايات المتحدة الأمريكية بواسطة الشيكات الإلكترونية بقيمة إجمالية تقدر

¹ نصّت هذه المادة على ما يلي: "يحتوي الشيك على البيانات الآتية:

- ذكر كلمة شيك مدرجة في نص السند نفسه باللغة التي كُتب بها.

- أمر غير معلق على شرط بدفع مبلغ معين.

- اسم الشخص الذي يجب عليه الدفع (المسحوب عليه).

- بيان المكان الذي يجب فيه الدفع.

- بيان تاريخ إنشاء الشيك ومكانه.

- توقيع من أصدر الشيك (الساحب) ."

² نظام رقم 97-03 المؤرخ في 17 نوفمبر 1997 والمتعلق بغرفة المقاصة ، الجريدة الرسمية، العدد 17، الصادرة بتاريخ 25 مارس 1998.

³ هند محمد حامد، التجارة الإلكترونية في المجال السياحي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 115.

بحوالي 3.95 مليون دولار. ونتيجة لذلك ظهرت مجموعة من الشركات التي قامت بتطوير أنظمة آمنة للتعامل بالشيكات الإلكترونية، كشركة TELECKECK الأمريكية التي تقدم خدماتها لأكثر من 27.000 من المؤسسات المالية، بالإضافة إلى وجود أنظمة أخرى مثل نظام FSTC¹ الذي انخرط به الحكومة الأمريكية ومجلس الخزينة الأمريكية سنة 1998².

المطلب الرابع: التحويل المصرفي الإلكتروني

بعد أن كان المصرف يقوم بتحويل الأموال بطلب مكتوب وموقع من طرف العميل، أصبحت هذه العملية تتم بشكل إلكتروني، وهو ما يُسمى بالتحويل المصرفي للنقود، وهي عملية انتقال النقود من شخص لآخر لكن دون انتقال فعلي للنقود. ويتولى المصرف إجراء هذا التحويل من حساب عمليه إلى حساب شخص آخر باتباع خطوات معينة.

وقد عرّفه البعض أنّه عملية يتم بموجبها نقل مبلغ معين من حساب إلى آخر عن طريق تقييده في الجانب المدين للأمر والجانب الدائن للمستفيد سواء أتمّ هذا التحويل بين حسابين مختلفين في نفس المصرف أم في مصرفين مختلفين³.

ولكي تتمّ عملية التحويل المصرفي الإلكتروني غالباً ما يكون هنالك وسطاء محل ثقة بين العميل الأمر والمستفيد، إذ يرسل العميل رقم حسابه المصرفي ورقم بطاقته الائتمانية للوسيط من خلال البرمجيات التي يوفرها الوسيط، عندئذ يقوم المصرف بتزويد العميل برقم التعريف بالذات الذي يقوم بدور التوقيع الإلكتروني. هذا الرقم يتيح للتاجر - بعد الاطلاع عليه - معرفة هوية العميل والتحقق من أنّ رصيده كافٍ أو غير كافٍ للخدمة المؤداة.

بعد ذلك يتلقى الوسيط من التاجر كافة البيانات الخاصة بالعملية بما فيها الرقم الشخصي الخاص به وبالعميل. حينها يقوم الوسيط بإرسال المعلومات الخاصة بالعملية وتجميع التحويلات المالية وإرسالها إلى غرفة المقاصة الآلية التي تقوم بإخطار المصرف بعملية التحويل المالي الذي أجراه عميلها، إذ أنّها مختصة في تسوية عمليات النقل المصرفي الإلكتروني. لیتم بعد ذلك تحويل المبلغ المقابل لقيمة العملية

¹ Financial services technology consortium

² نبيل صلاح محمود العربي، "الشبك الإلكتروني والنقود الرقمية (دراسة مقارنة)"، مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2003، ص 67.

³ مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1973، ص 388.

من حساب العميل إلى حساب التاجر عن طريق المصرف بإعانة من شبكة المعلومات التي تربط بينه وبين غيره من المصارف التي لها علاقة بالعملية وبين البنك المركزي من أجل عمل المقاصة الإلكترونية¹.

المبحث الثالث: المشاكل القانونية التي تعترض المعاملات المصرفية الإلكترونية

لوقتٍ ليس بالبعيد كانت مختلف المعاملات المصرفية تتم بشكل تقليدي، وهو ما واكبته النصوص القانونية في دول العالم، فلم تكن هناك مشاكل قانونية ذات أهمية كبيرة أو على الأقل كانت ستكون حتماً مختلفة عن المشاكل القانونية التي طرحتها فيما بعد المعاملات المصرفية التي أصبحت تتم بشكل إلكتروني.

فهما هي أهم المشاكل القانونية التي تطرحها هذه المعاملات؟

المطلب الأول: مشكلة إثبات المعاملات المصرفية الإلكترونية

تُعتبر الكتابة أهم دليل في الإثبات، فهي عنصر أمان وموثوقية بالنسبة للمتعاملين وللقاضي على حد سواء، لكن المشكل يُثار بالنسبة لمدى تقبل الوسائط الجديدة والدعامات الإلكترونية، ومدى اعتباره دليل إثبات يُعتد به، ويتعلق الأمر بالكتابة والتوقيع الإلكترونيين.

الفرع الأول: حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات

تتميز العمليات المصرفية الإلكترونية -عكس المعاملات المصرفية التقليدية- بأنها تتم في بيئة غير مادية، وبالتالي فإنها على خلاف هذه الأخيرة، لا تستخدم المحررات الورقية التي لا تتلاءم مع البيئة الإلكترونية، بل تستخدم الكتابة الإلكترونية الافتراضية على محررات أو دعائم إلكترونية، وذلك عن

¹ بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الإلكترونية، مرجع سابق، ص 99.

طريق استخدام ما يُعرف بالرسائل الإلكترونية المتبادلة بين طرفي العقد سواء في عملية إبرام العقد أو في طريقة الوفاء به عن طريق مختلف وسائل الدفع الإلكتروني.

وتُعرف رسائل البيانات الإلكترونية بأنها معلومات إلكترونية تُرسل أو تُستلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه¹.

وتختلف التشريعات الوطنية في مدى حجية المحررات الإلكترونية، إلا أنّ أغلبها يذهب إلى الاعتراف بالكتابة الإلكترونية، وهو أمر يملية التطور المستمر للحياة الاقتصادية والتجارية، وما يتطلبه ذلك من سرعة.

حيث نجد مثلا المادة 7، الفقرة 2 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 الفقرة 4، تنص على ما يلي: "يعني الاتصال الإلكتروني عن الشكل المكتوب الذي يجب أو يتوافر في اتفاق التحكيم إذا كان من الممكن الوصول للمعلومات التي يتيحها في وقت لاحق. ويعني مصطلح "اتصال إلكتروني" كل اتصال يقوم به الأطراف عن طريق رسائل بيانات. ويعني مصطلح "رسائل بيانات" كل معلومة تُنشأ، تُرسل، تُستقبل أو تُحفظ بوسائل إلكترونية مغناطيسية أو بصرية، أو بوسائل تناظرية لاسيما، وليس على سبيل الحصر، تبادل المعطيات المعالجة آليا، البريد الإلكتروني، التلغراف، التيلكس، الفاكس"².

وكذا القانون النموذجي الصادر عن لجنة التجارة الدولية بالأمم المتحدة سنة 2001 والتي أكدت المساواة بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع الخطي، إذا كان التوقيع موثوقا به في ارتباط بيانات التوقيع بالموقع ذاته وخضوعها وقت التوقيع لسيطرتة، وكان التوقيع قد تمّ بغرض تأكيد سلامة المعلومات التي ورد عليها، بحيث يمكن الكشف عن أي تغيير في هذه المعلومات يتم بعد وقت التوقيع³.

وعلى صعيد التشريعات الوطنية، نجد أنّ المشرع الجزائري قد اعترف بالكتابة الإلكترونية من خلال نص المادة 323 مكرر قانون مدني، حيث نصّت على ما يلي: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 143.

² Art 4/2: « Une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement; le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données; le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie».

³ سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 86.

حروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها".

كما أنّ المشرع المصري قد اعترف بأنّ الشكل الكتابي المتطلب في اتفاق التحكيم يتوفر إذا ورد في وثيقة مرسلة بصورة لاسلكية أو إلكترونية، وهو ما نصّت عليه المادة 12 من قانون التحكيم، حيث جاءت كما يلي: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برفقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة".

بالإضافة لذلك، فقد اعترف بالشكل الإلكتروني، حيث منحه الحجية في الإثبات، شأنه في ذلك شأن الكتابة التقليدية، إذ عرّفت المادة الأولى، الفقرة الأولى من القانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن التوقيع الإلكتروني، الكتابة الإلكترونية بأنها: "كل حروف أو أرقام أو رموز أو علامة أخرى تُثبّت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك". أمّا المشرع الفرنسي فقد أعطى الوثيقة الإلكترونية ذات القوة في الإثبات المقررة للوثيقة التقليدية، حيث نصّت المادة 1367 قانون مدني، المعدلة بموجب القانون رقم 23 لسنة 2000، على ما يلي: "التوقيع الضروري لاكتمال التصرف القانوني يحدد هوية من يحتج به. كما أنه يعبر عن رضا الأطراف بالالتزامات الناجمة عن هذا العقد، وعندما يحتج به من طرف ضابط عمومي، فهو يضيف على التصرف الصفة القانونية".

وعندما يكون التوقيع إلكترونيًا، فإنّه يتطلب استخدام وسيلة موثوق منها لتحديد الشخص، بحيث تضمن علاقته بالتصرف الذي وقع عليه.

إنّ موثوقية هذه الوسيلة مُفترضة حتى يثبت العكس. وذلك بمجرد وضع التوقيع الإلكتروني الذي يتحدد بموجبه شخص المُوقّع، ويضمن سلامة التصرف حسب الشروط المنصوص عليها بمرسوم يصدر عن مجلس الدولة¹.

الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

¹ Art 1367 : « - La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat».

إذا كان التوقيع عبارة عن أية إشارة تميز هوية صاحبها، وتمنح الدليل الكتابي حجية، فالأصل أنّ شكل هذا التوقيع لا يهم مادام يحقق الشروط التي يحققها التوقيع الكتابي. حيث أدى التطور المذهل في عالم التكنولوجيا والاتصال إلى الاستعانة بمختلف الوسائل الرقمية والأشكال المختلفة، مما يجعلنا أمام حتمية التساؤل عن حجية الأشكال الجديدة من التوقيع.

وبناء على ذلك فقد اعترفت الاتفاقيات الدولية بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، حيث نصّت المادة 9، الفقرة 3 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الرسائل الإلكترونية في العقود الدولية على ما يلي: "حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد مهوراً بتوقيع طرف ما، أو ينص على عواقب لعدم وجود توقيع، يُستوفى ذلك الاشتراط فيما يخص الخطاب الإلكتروني إذا: أ- استخدمت طريقة ما لتعيين هوية الطرف المعني وتبيين نية هذا الأخير فيما يخص الخطابات الواردة في الخطاب الإلكتروني.

ب- وكانت الطريقة المستخدمة:

- موثوقاً بما بقدر مناسب للغرض الذي أنشأ الخطاب الإلكتروني أو أرسل من أجله، في ضوء كل الملابسات، بما فيها أي اتفاق ذي صلة، أو؛
- قد أثبتت فعلياً، بحدّ ذاتها أو مقترنة بأدلة إضافية، أنّها أوفت بالوظائف المذكورة في الفقرة الفرعية أ أعلاه"¹.

ويُعرّفه قانون الأمم المتحدة النموذجي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 في مادته الثانية، الفقرة أ كما يلي: "التوقيع الإلكتروني يعني بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها، أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، وبيانات موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"².

¹ Art 9/3 : « Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit signé par une partie, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

a) Si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour indiquer la volonté de cette partie concernant l'information contenue dans la communication électronique; et

b) Si la méthode utilisée est:

i) Soit une méthode dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou transmise, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière;

ii) Soit une méthode dont il est démontré dans les faits qu'elle a, par elle-même ou avec d'autres preuves, rempli les fonctions visées à l'alinéa a ci-dessus. »

² Art 2/a : « Aux fins de la présente Loi: Le terme "signature électronique" désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue; ».

أمّا عن التشريعات الوطنية، فنجد أنّ المشرع الجزائري أدرج التوقيع الإلكتروني للمرة الأولى سنة 2005 وذلك بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني. كما نصّ عليه القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فبراير 2015، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، حيث عرّفته المادة الثانية، العنصر الأول كما يلي: "التوقيع الإلكتروني: بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق". وأكدت المادة السادسة دور التوقيع الإلكتروني المشابه تماماً للتوقيع التقليدي، حيث نصّت على ما يلي: "يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني".

وجاءت المادة السابعة بشروط حتى يحقق التوقيع الإلكتروني نفس الحجية المقررة للتوقيع المكتوب، أو حتى يكون موصوفاً حسب المادة، وتمثل فيما يلي:

- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.
- أن يرتبط بالموقع دون سواه.
- أن يمكن من تحديد هوية الموقع.
- أن يكون مصمماً بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.
- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.
- أن يكون مرتبطاً بالبيانات الخاصة به بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات.

وهكذا فنحن أمام اعتراف المشرع الجزائري بالتوقيع الإلكتروني وإعطائه نفس القوة في الإثبات المقررة للتوقيع التقليدي. وهو ما أكّده المادتان الثامنة¹ والتاسعة² من نفس القانون.

من جانبه، أعطى المشرع المصري للتوقيع الإلكتروني نفس الحجية المقررة للتوقيع التقليدي، وذلك بموجب القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني، واشترط لذلك مجموعة شروط نصّ عليها في هذا القانون وكذا في لائحته التنفيذية، وهو ما نجده في المادة 14 من هذا القانون على ما

¹ نصّت هذه المادة على ما يلي: "يُعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده ماثلاً للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي".

² نصّت هذه المادة على ما يلي: "بعض النظر عن المادة 8 أعلاه، لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب:

- شكله الإلكتروني، أو،

- أنه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، أو /

- أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني".

يلي: "للتوقيع الإلكتروني، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقرر للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، إذا روعيت في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

وفيما يخص المشرع الفرنسي فقد اعترف أيضا بحجية التوقيع الإلكتروني بموجب القانون رقم 2000-230 المؤرخ في 13 مارس 2000، والمتضمن تكييف قانون الإثبات مع تكنولوجيات الإعلام والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني، حيث نصّت المادة 1316، الفقرة الرابعة منه على ما يلي: "يحدّد التوقيع، اللازم لكامل العمل القانوني، الشخص الذي يوقعه. كما يبين موافقة الأطراف على الالتزام الناشئة عن هذا العمل. وعندما يُوقع عليه موظف عمومي، فإنه يُعطي المصادقية لهذا العمل.

وعندما يكون ذلك إلكترونيًا، فإنّه يكمن في استخدام عملية تحديد موثوق بها تضمن صلته بالعمل الذي يرفق به. وموثوقية هذه العملية مُفترضة، حتى يثبت العكس، عند إنشاء التوقيع الإلكتروني، وهوية الموقع محققة، وسلامة العمل مضمونة، بموجب شروط يحددها مرسوم في مجلس الدولة"¹.

المطلب الثاني: المشاكل المحتملة المتعلقة باستعمال أدوات الدفع الإلكترونية

تعتمد المصارف الإلكترونية بشكل كبير على مختلف وسائل الدفع الإلكترونية. هذه الأخيرة التي تعتمد أساسًا على شبكة الإنترنت. هنا لا بُدّ أن نتساءل عن مدى تمتع هذه الشبكة بالحماية اللازمة حتى توفر الأمن لهاته العمليات المصرفية.

نتحدث هنا عن إمكانية اختراق الشبكة وهذه المواقع من طرف قراصنة الإنترنت الذين تتعدد أساليبهم في الوصول إلى بطاقات الدفع الإلكتروني، حيث يقوم البعض باختراق مواقع هذه المصارف على الإنترنت، بينما يقوم البعض الآخر بإنشاء مواقع وهمية مشابهة للمواقع الأصلية، ممّا يسمح لهم بالوصول إلى كافة البيانات المتعلقة ببطاقات الدفع ومن ثمّ استعمالها².

وعموماً فإنّنا نميّز بين عدّة أطراف يمكنهم استعمال بطاقات الدفع بشكل سيء، وهم: صاحب البطاقة، مُصدر البطاقة (المصرف)، التاجر، الغير.

الفرع الأول: استخدام البطاقة بشكل سيء من طرف صاحبها

¹ Art 1316/4 : « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ».

² أمين عبد الحفيظ، استراتيجية مكافحة جرائم استخدام الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 257.

ويتعلق الأمر هنا بإساءة استعمال بطاقة الدفع من طرف صاحب البطاقة أو حاملها، حيث يستطيع أن يقدم مستندات مزورة للحصول على بطاقة ائتمان، أو أن يعتمد إلى استعمال البطاقة رغم نهاية صلاحيتها، أو رغم إلغاء المصرف لها¹.

وكنتيجة لهذا الاستعمال فإنّ المصرف لا يمكنه استرداد قيمة ما تمّ سحبه، لا سيما وأنّ بعض الأجهزة الأوتوماتيكية المعدّة للسحب (هناك من يسمّيها الموزعات أو آلات الصرف)، تمنح صاحب البطاقة ائتماناً معيناً، الأمر الذي يسمح له بسحب ما يتجاوز قيمة رصيده. لذلك فقد يتكبد المصرف خسائر أكبر.

و من حاملي البطاقات من يقوم بالتصريح بضياع بطاقته، الأمر الذي يمنحه الحق في تقديم طلب إلى المصرف لرفض هذه البطاقة، فيستفيد من المدة اللازمة لتفعيل هذا الرفض، ويقوم بعمليات مختلفة من خلال البطاقة التي بين يديه. وهنا يتحمّل المصرف مسؤولية هاته الخسائر الناجمة عن الاستعمال المتعسف لهذه البطاقة نتيجة رفضها عقباً لتصريح حاملها².

الفرع الثاني: استخدام البطاقة بشكل سيء من طرف مُصدرها

ونعني بهذا الشكل من الاستخدام قيام موظفي المصرف الذي أصدر هذه البطاقة، باستخدام سيء لها بحكم مناصبهم التي يشغلونها، فيتجاوزون ذلك ولا يلتزمون بالسر المهني، ومثال ذلك أن يتواطؤوا مع حامل البطاقة أو غيره باستخدام بطاقة الدفع بشكل غير قانوني لا يتوافق مع شروط استعمالها. إذ قد يحدث أيضاً أن يتساهل موظف المصرف مع العميل للحصول على بطاقة بناء على معلومات مزورة أو معلومات غير صحيحة، كما قد يسرّب معلومات وبيانات بطاقة هذا العميل أو غيره إلى شخص آخر يتفق معه، فيقوم باستخدامها بشكل غير مشروع ويستفيد منها³.

إنّ هذا الشكل من الاستعمال الشائع في بعض المصارف التقليدية والإلكترونية على حدّ سواء - لا سيما تلك التي لا تتمتع بسمعة طيبة وشهرة واسعة - يجعل المصارف الإلكترونية خصوصاً أمام ضرورة الالتزام بوضع استراتيجيات صارمة تقوم على اختيار الموظفين الذين يتمتعون بروح المسؤولية وحياء الضمير من جهة، وإرساء آليات رقابة على هؤلاء بحيث لا يمكن لأيّ مُتجاوز منهم أن يفلت من الجزاء، من جهة أخرى.

¹ محمد الفاتح محمود بشير المغربي، التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الجنان للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016، ص 52.

² عبد الباسط وفا، سوق النقود الإلكترونية، دار الهاني للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2003، ص 83.

³ محمد الفاتح محمود بشير المغربي، مرجع سابق، ص 52.

الفرع الثالث: استخدام البطاقة بشكل سيء من طرف التاجر

ويُقصد بذلك تلاعب التاجر في بطاقات الوفاء كاستخدامه لبطاقات ليس بها أرصدة كافية، أو قبول لبطاقاتٍ مزورة من العملاء.

وبموجب العقد الذي يربط التاجر بالمصرف مُصدر بطاقة الدفع، فقد يتعمد التاجر الاستفادة من الضمان بالدفع الذي يقدمه له المصرف في حال تجاوز المبالغ حداً معيناً، فلا يوقف العمليات التي تتضمن غشاً أو تتم بعد انتهاء مدة صلاحية البطاقة، وذلك بالاتكال على ضمان تسويتها من قبل المصرف. كما قد يقوم بتزوير توقيع صاحب البطاقة، والحصول على مقابل ما تمّ دفعه من قبل المصرف، دون أن يكون صاحب البطاقة قد استفاد من أية خدمة أو سلعة¹.

الفرع الرابع: استخدام البطاقة بشكل سيء من طرف الغير

الأصل أنّ صاحب بطاقة الدفع مُلزم بالمحافظة عليها، ذلك أنّها ذات استعمال شخصي، ويدخل في مفهوم الاستعمال الشخصي أيضاً أن يستعملها غيره بترخيص من صاحبها. ولما كان الأمر كذلك، فإنّ خروجها من يدي صاحبها -دون رضاه وتحت أي شكل من الأشكال-، قد يؤدي إلى احتمال استخدامها من طرف الغير بشكل سيء.

وتقع الإساءة من قبل الغير في حالة القيام بتزوير بطاقة الدفع، أو السحب عن طريق البطاقات المسروقة واستبدال ما بها من بيانات بوضع بيانات غير صحيحة، أو وضع توقيعات أو أختام مزورة، ومن ثمّ استعمال البطاقة المزورة في القيام بعمليات الوفاء أو السحب².

المطلب الثالث: مشكلة كيفية تحديد المسؤولية

على خلاف المشاكل الناجمة عن المعاملات المصرفية التقليدية، فإنّ مشكلة تحديد المسؤولية في المعاملات المصرفية الإلكترونية قد ترتبط بالمصرف أو بالعميل أو حتى بالغير نظراً للوسائط الإلكترونية التي تؤدي من خلالها هذه المعاملات. الأمر الذي يدعونا إلى التعرض لمسؤولية كل منهم على حدة.

الفرع الأول: مسؤولية المصرف

لا شك أنّ على المصرف الالتزام بمجموعة من الأمور في إطار ممارسته للأعمال المصرفية الإلكترونية لا سيما تلك الالتزامات الواردة بالعقد الذي يربطه بالعميل، وأي إخلال يُعتبر خطأً عقدياً يترتب عليه التعويض.

¹ بلال عبد المطلب بدوي، البنوك القانونية، مرجع سابق، ص 103.

² عبد الباسط وفاء، مرجع سابق، ص 76.

وبناء على ذلك على المصرف أن يدعم وبقوة نظم الرقابة الداخلية، ويتحقق من الشخص الذي تُؤدّى من خلاله الخدمة، كما يشدد على حماية البيانات من خلال استخدام تقنيات وبرمجيات معينة¹. وزيادة على ذلك، فإنّ المصرف الإلكتروني يضع شروطاً في العقد تخفف من مسؤوليته كالتص على إعفاء المصرف من المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن سوء الاستعمال أو التزامه بتقديم أفضل خدمة ممكنة فقط.

ويمكن أن تكون مسؤولية المصرف تقصيرية في حال عدم وجود عقد يربطه بالعميل المتضرر، كأن يقوم المصرف بإنشاء رقم سري لبطاقة الائتمان الخاصة بالعميل. وقد تكون مسؤولية جنائية كما لو قام المصرف بالتلاعب في بيانات العميل أو تزوير مستندات واستخدامها ضد العميل، أو سرقة المعلومات الخاصة به... إلخ.

الفرع الثاني: مسؤولية العميل:

على عاتق العميل مجموعة من الواجبات التي يلتزم بها، وأي إخلال يؤدي به إلى تعويض الضرر. ويمكن أن نوجز هذه الواجبات في التزام العميل بإدخال معلومات صحيحة ودقيقة عبر شبكة الإنترنت لا سيما تلك المتعلقة برقم حسابه، رقم بطاقة ائتمانه... إلخ، لأنّ المصرف يعتمد هذه المعلومات لإتمام معاملاته.

كما على العميل تحمل مسؤولية البيانات الخاصة بالمستفيد، وكذا إخطار المصرف في حال تعرض جهاز الشفرة للسرقة أو في حال ضياعه.

الفرع الثالث: مسؤولية الغير

يمكن أن يقع الاستعمال غير المشروع لأدوات الدفع الإلكتروني من الغير. ويُقصد به الكل ما عدا هؤلاء (العميل، موظفو المصرف، المستفيد)، والذي قد يستولي على بطاقات الدفع أو يقوم بسرقتها أو تزويرها، ثمّ استعمالها في عمليات تحويل أو دفع على هذه البطاقات.

ويُعدّ هذا النوع من الاستعمال غير المشروع من أخطر وأكثر المشاكل التي تواجه عمليات الوفاء الإلكتروني، ممّا يثير الشكّ في كفاءة الأجهزة المصرفية في توفير برامج الحماية لوسائل الدفع الإلكترونية للتصدّي لمثل هذه المخاطر.

المطلب الرابع: صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق

¹ محمد إبراهيم محمود الشافعي، "الأثار النقدية والاقتصادية والمالية للنقود الإلكترونية"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة السابعة والأربعون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2005، ص 333.

يخضع العقد الدولي لقانون إرادة الأفراد، ويكون اختيار هؤلاء للقانون الواجب التطبيق صراحة إذا تضمن شرطاً يسمى شرط الاختصاص التشريعي، أو ضمناً إذا لم يتم النص عليه صراحة في العقد، فيستفاد من خلال مجموعة من القرائن كما لو قام الأطراف بإخضاع العقد لقانون معين.

وبتساءل البعض عن مدى حرية الأطراف في اختيار القانون، حيث ذهب البعض إلى ضرورة توفر صلة بين القانون المختار والعقد، في حين ذهب البعض الآخر إلى عكس هذه الفكرة.

ومع التطور التكنولوجي وازدياد التعامل بالعقود الإلكترونية، فإن قواعد الإسناد التقليدية القائمة على معايير جغرافية لا تتلاءم مع طبيعة المعاملات الإلكترونية، الأمر الذي يدعو إلى ضرورة تطبيق قواعد موضوعية تنسجم مع خصوصية هذه المعاملات.

حيث بدأت المحاولات الدولية لتذليل العقبات في وجه التعامل عبر الوسائل الإلكترونية منذ بداية السبعينات، ويمكن أن نذكر من تلك المحاولات¹:

- تعديل اتفاقية فارسوفيا الموقعة سنة 1929 والمتعلقة بالنقل الجوي بتاريخ 1957 للاعتراف بالأدوات والمعطيات الإلكترونية في عملية النقل أو الشحن الجوي.

- قيام لجنة الخبراء التابعة للمجلس الأوروبي بإعداد دراسة صدرت بناء على توصية لجنة الوزراء في المجلس الأوروبي سنة 1981 للدول الأعضاء لتعديل تشريعاتها والتنسيق فيما بينها بشأن الإثبات المعلوماتي. وقد كان لهذه التوصية فضل في الاعتراف بالقيمة القانونية للسجلات المعلوماتية في الإثبات في المعاملات التجارية.

- إصدار لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عدة توصيات مثل التوصية رقم 14 الصادرة سنة 1979 في شأن الاعتراف بالمستندات التجارية الصادرة بوسائل أخرى غير الكتابة واعتبارها مستندات رسمية.

- تعديل التوصية رقم 12 لسنة 1994 بهدف تذليل العقبات التجارية الدولية واستخدام الوسائل الإلكترونية لتحويل سندات الشحن.

- إعداد نموذج لاستخدام المعطيات المعلوماتية من خلال التوصية رقم 26. إلا أنّ غياب عنصر الإلزام وعدم اقتران هذا القانون بجزء توقيعه السلطة العامة عند مخالفة قواعده، جعل البعض يشكك في قدرة هذا القانون على حل مشكلات التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي،

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنياً، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 157.

لذلك قامت العديد من الدول بوضع قواعد داخلية تحكم المعاملات الإلكترونية مع الأخذ بعين الاعتبار قواعد القانون الموضوعي الدولي للمعاملات الإلكترونية حتى توفر بذلك عنصر الإلزام الذي يغيب عن هذا الأخير.

الباب الأول

التنظيم الموضوعي للتحكيم الإلكتروني
في المعاملات المصرفية الإلكترونية

الباب الأول: التنظيم الموضوعي للتحكيم الإلكتروني في المعاملات المصرفية الإلكترونية

يقتضي البحث في موضوع التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني في المعاملات المصرفية الإلكترونية التعرّيج على عدّة نقاط تُخدم مضمون هذا الباب.

وعلى هذا الأساس سنتطرق في الفصل الأول لمفهوم التحكيم الإلكتروني، وذلك من خلال مبحثين؛ نعالج في الأول مختلف التعريفات التي قُدِّمت له (من الناحية اللغوية، الفقهية والقانونية)، ثمّ دراسة الطبيعة القانونية له، وتحديد مدى الفرق بينه وبين الأنظمة المشابهة له، مع التعرض في نهاية هذا المبحث لنشأة التحكيم الإلكتروني وكيفية تطوره.

ونعالج في المبحث الثاني ثلاثة مسائل: الأولى: مصادر التحكيم الإلكترونيين وذلك من خلال بسط أهم النصوص القانونية التي يستند إليها، أمّا المسألة الثانية فنتطرق فيها لمبادئ التحكيم الإلكتروني، في حين نتعرض لأنواعه في المسألة الثالثة.

ونختتم الفصل الأول بمبحث ثالث نحاول فيه الإجابة على تساءل متعلق بجدوى التحكيم الإلكتروني في المعاملات المصرفية الإلكترونية، وذلك من خلال عرض إيجابياته وسلبياته. ودون استباق الإجابة على الإشكالية الرئيسية للرسالة، ننتقل من هذا المبحث -الذي سنبين فيه جدوى التحكيم الإلكتروني في هذا النوع من المعاملات- في الفصل الثاني من هذا الباب.

ودون مقدمات نبحت في الفصل الثاني موضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني في النزاعات المصرفية الإلكترونية، حيث سنتطرق لمفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني من خلال طرح أهم التعريفات التي تناولته، الصور التي يمكن أن يأخذها اتفاق التحكيم الإلكتروني ومدى الفرق بينها وبين صور اتفاق التحكيم العادي، وكذا أركان هذا العقد (الشكلية منها والموضوعية)، إضافة إلى القانون الواجب التطبيق عليه من كلّ النواحي (من ناحية الشكل، من ناحية الموضوع، ومن ناحية الإجراءات).

بعد ذلك، نتعرض في نهاية المبحث الثاني من هذا الفصل إلى آثار هذا الاتفاق على أطراف المنازعة المصرفية، سواء تعلّق الأمر بالسلبية منها أو الإيجابية.

الفصل الأول: نحو تحديد مفهوم
للتحكم الإلكتروني

الفصل الأول: نحو تحديد مفهوم التحكيم الإلكتروني

لا يمكن أن نشرع في البحث في موضوع التحكيم دون الخوض مبدئياً في محاولة فهم المقصود بمفهوم التحكيم الإلكتروني من كل النواحي، وبالتالي فلا بُدّ من تحديد العناصر المعروفة له، انطلاقاً من تعريف التحكيم من الناحية اللغوية، القانونية والفقهية، وصولاً إلى معنى التحكيم الإلكتروني ومن أي النواحي يختلف عن التحكيم العادي.

ويبدو مهماً أيضاً البحث في مصادر هذا التحكيم ومبادئه وكذا أنواعه، وذلك لمعرفة أهم أشكاله والاختلافات التي يمكن أن توجد بينها، وعلاقة ذلك بالمنازعة، لربط ذلك في الأخير بمبحث جدوى اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني في حل منازعات المصارف الإلكترونية. وسوف نحاول -من خلال هذا الفصل- التطرق لكل هاته النقاط بنوع من التفصيل حسب ما تقتضيه كل نقطة.

المبحث الأول: ما المقصود بالتحكيم الإلكتروني؟

سنطرق في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتعرض فيها تباعاً إلى تعريف التحكيم الإلكتروني (التعريف اللغوي، القانوني، الفقهي)، ثمّ إلى الطبيعة القانونية له، وأخيراً إلى التطور التاريخي الذي عرفه أي كيفية نشأته.

المطلب الأول: تعريف التحكيم الإلكتروني

قبل استعراض أهم التعاريف المقدمة حول التحكيم الإلكتروني، فإنه من الضروري أن نفهم المقصود أولاً بالتحكيم لغة، قانوناً وفقهاً. ثم نربط ذلك بالتحكيم الإلكتروني لنفهم المقصود من هذا الأخير.

الفرع الأول: تعريف التحكيم

ونتعرض في هذا الفرع إلى مختلف تعريفات التحكيم بدءاً بالتعريف اللغوي، مروراً بالتعريف الفقهي فالتعريف القانوني في الأخير.

أولاً: التعريف اللغوي

التحكيم مصدر الفعل حَكَمَ -بتشديد الكاف مع الفتح- وحكّمه في الأمر تحكيماً: أمره أن يحكم فاحتكم. وتحكّم: جاز فيه حكمه. والحكم بضم الكاف: القضاء¹.
و"حَكَمَ" في اللغة بمعنى قضى وفصل. ويقال: حكّموه بينهم: أمرهم أن يحكم، ويقال: حكّمنا فلاناً فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا. وحكّمه في الأمر فاحتكم: جاز فيه حكمه².

¹ محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2005، ص 1095.

² ابن منظور، مرجع سابق، ص 142.

والمحكّم هو الشيخ المجرب المنسوب إلى المحكمة، والحكمة هي العدل، ورجل حكيم، عدل حكيم...¹. قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا﴾².

وقال الله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أُنزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا﴾³. وقال الله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾⁴.

وفي اللغة اليونانية كانت كلمة arbitre تعطي فكرة عن المفهوم المبدئي للتحكيم، فقد ذكرت في (Iliad) و(Odyssée) بكلمة Istor وكانت تعني المحكم الوحيد أو المنفرد، الشخص الذي يعهد إليه الأطراف بمهمة الفصل في المنازعات المثارة بينهم على مقتضى قواعد العدل والإنصاف⁵.

وكلمة تحكيم في اللغة الفرنسية تعني arbitrage، وهي من الفعل arbitrer المأخوذ من الأصل اللاتيني arbitrari، ويُعرّفه القاموس الفرنسي le petit Larousse⁶ على أنه "تسوية نزاع من طرف محكم، أو خلاف بين الأمم من طرف قضاة يختارونهم في ظل احترام القانون"⁷.

أما كلمة (arbitre)، فنجدتها مشتقة من الأصل اللاتيني لكلمة arbīter⁸ والتي استخدمت بمعانٍ كثيرة، فقد كانت تعني شاهد، واستخدمت بمعنى السيد، وأيضاً بمعنى قاض.

ويرجع استخدام هذه الكلمة في اللغة الفرنسية لأول مرة إلى سنة 1213 وكانت تعني معنيين؛ الأول: قانوني وتعني الشخص الذي يختاره الأطراف المتنازعة للحكم بينهم، والآخر: أعم وأشمل ويعني الإرادة، ولكن هذا المعنى الأخير لم يعد يُستخدم الآن، وتم تركه⁹.

ثانياً: التعريف الفقهي

¹ ابن منظور، مرجع سابق، ص 141.

² الآية 35، سورة النساء.

³ الآية 60، سورة النساء.

⁴ الآية 65، سورة النساء.

⁵ J. Velissaropoulos-Karakostas, L'arbitrage dans la Grèce antique, Epoques archaïque et classique, Rev.arb. 2000., p.9., spéc, p.13.

⁶ Petit Larousse illustré, Librairie Larousse, Paris, France, 1984, p57.

⁷ « L'arbitrage est un règlement d'un litige par arbitre, d'un conflit entre nations par des juges de leur choix et sur la base du respect du droit ».

⁸ Louis-Marie QUICHERAT, Amédée DAVELUY, Dictionnaire Latin-Français, Librairie Hachette, Vanves, France, 1955, p.103.

⁹ Ch. Jarrosson, La notion d'arbitrage, préface de B. Oppetit, L.G.D.J, Paris, France, 1987, p.5.

كما هو الشأن بالنسبة للعديد من المفاهيم القانونية، اختلف الفقه حول تعريف التحكيم، فمنهم من رأى أنه "نظام للقضاء الخاص تُقضى فيه خصومة معينة بعيدا عن اختصاص القضاء العادي، ويُعهد بها إلى أشخاص يُختارون للفصل فيها"¹.

وهناك من رأى أنه "طريقة خاصة لفصل المنازعات بين الأفراد والمؤسسات، من قبل محكم أو هيئة تحكيم تُسند إليها مهمة البت في هذه المنازعات بموجب اتفاقية تحكيم، إذ يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا، بصورة عامة، عرض ما نشأ أو ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين، على محكمين. فالتحكيم إذن، هو أسلوب اتفائي لحل النزاع عن طريق التحكيم بدلا من القضاء، سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أو مركزا دائما للتحكيم أو محكما عاديا يختاره الفرقاء وفقا لمجرد اختيارهم"².

ويرى أحدهم أنه "نظام قضائي خاص يختار فيه الأفراد قضاتهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط خاص مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ذات الطابع الدولي، والتي يجوز تسويتها بطريق التحكيم، وذلك بإنزال حكم القانون عليها وإصدار قرار ملزم بشأنها"³.

أو هو إجراء قضائي من نوع خاص، ويتم بأسلوب مشابه للقضاء ويكون لحكم التحكيم قوة إلزامية على الأطراف بخصوص النزاع المطروح أمام هيئة التحكيم"⁴.

ويُعرّف أيضا على أنه "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين لتسويته خارج المحكمة المختصة، وذلك مهما اختلفنا أو اتفقنا حول التعريف الأمثل للتحكيم التجاري الدولي الذي يختص بمنازعات التجارة الدولية، والذي ظهر استجابة لمتطلبات هذه التجارة، وتحقيق العدالة والسرعة، وتقليل التكاليف على أطراف التحكيم، وعدم قطع العلاقات التجارية بينهم"⁵.

¹ نافذ ياسين محمد المدهون، "النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2007، ص 293.

² إلياس ناصيف، العقود الدولية (التحكيم الإلكتروني)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص 13.

³ فيصل محمد كمال عبد العزيز، "الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2008، ص 731.

⁴ محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص 361.

⁵ حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 44.

كما نجد من عرفه على أنه "مجموعة من الأعمال المتوالية تبدأ بعمل من المتنازعين يتمثل في اختيار طرف محايد، يكلان إليه مقدماً مهمة الفصل في نزاعهما وتراضيهما في النزول عما يراه هذا الطرف حلاً قانونياً أو عادلاً له. ويتواصل بقبول هذا الطرف للمهمة التي انتدب إليها وتحريه لوقائع النزاع ولقواعد القانون أو العدالة الواجبة التطبيق عليه وينتهي بحكم منه يجسد القانون أو العدالة شأنه في ذلك شأن الحكم القضائي"¹.

واستقرَّ الفقه والقضاء على أنَّ التحكيم هو "الاتفاق على طرح نزاع معين على شخص أو أشخاص معينين، يعهد إليهم للفصل في النزاع دون المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن اللجوء إلى القضاء الوطني المختص أصلاً بنظر النزاع والتزامهم بعرضه على محكم أو أكثر للفصل فيه بحكم ملزم للخصوم"².

ثالثاً: التعريف القانوني

عالجت مختلف القوانين الوضعية موضوع التحكيم لما له من أهمية فرضت نفسها على أرض الواقع، وإن اختلفت الأشكال اللغوية لهذه التعاريف، فإنها متشابهة من حيث مؤدى العملية التحكيمية بشكل عام أو مدلول التحكيم في حدِّ ذاته.

حيث نجد المادة 37 من الاتفاقية الدولية المتعلقة بالتسوية السلمية للمنازعات الدولية المؤرخة في 18 أكتوبر 1907، عرّفت التحكيم، من خلال هدفه، كما يلي: "يهدف التحكيم الدولي إلى تسوية النزاعات الناشئة بين الدول من خلال قضاة من اختيارها في إطار احترام القانون. إنَّ اللجوء إلى التحكيم يقتضي الخضوع طواعية للحكم التحكيمي"³.

وعلى مستوى التشريعات الوطنية، نجد أنَّ المشرع الفرنسي لم يعرف التحكيم، وإنما أشار في المادة 1442، الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية المعدلة بموجب المرسوم رقم 2011-48 المؤرخ في 13 جانفي 2011 المتضمن إصلاح التحكيم إلى اتفاق التحكيم والذي قد يأخذ إما شكل شرط تحكيم، أو مشاركة تحكيم⁴.

¹ مصطفى الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002، ص475.

² محمود السيد عمر التحيوي، الطبعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص70.

³ Art 37 : « L'arbitrage international a pour objet le règlement de litiges entre les Etats par des juges de leur choix et sur la base du respect du droit. Le recours à l'arbitrage implique l'engagement de se soumettre de bonne foi à la sentence ».

⁴ Art 1442/1: « la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis ».

وإذا كان قد عرّف في الفقرتين الثانية والثالثة من نفس المادة، شكلي اتفاق التحكيم، فإن ذلك لا يغني عن تعريف التحكيم الذي يتميز عن اتفاق التحكيم وصوره. الأمر الذي يجعلنا نعتقد أن القانون الفرنسي خلا من تعريف للتحكيم يميزه عن باقي الأنظمة القانونية القريبة منه.

وتماما مثل المشرع الفرنسي، فقد خلت نصوص المشرعين المصري و الجزائري من مواد صريحة تعرف التحكيم، إلا أنهما أحالا إليه من خلال تعريف اتفاق التحكيم و شرط التحكيم، الأمر الذي يؤدي إلى فهم المراد من التحكيم. أو بعبارة أخرى، فإن المشرعين عمدا إلى تعريف العملية التحكيمية من خلال ما يركز عليه التحكيم.

إذ يشير قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، في المادة 4، الفقرة 1 بأنه : "ينصرف لفظ "التحكيم" في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي ينطبق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك".

كما يُعرف اتفاق التحكيم دون أن يعرف هذا الأخير، في المادة 10، الفقرة 1، كما يلي: "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".

ولا يمكن أن نعرف التحكيم من خلال اتفاق التحكيم، فهذه المادة لم تتعرض لتعريف التحكيم وبيان ماهيته وعناصره الذاتية التي تميزه عن أي نظام آخر شبيه له، وإنما تعرضت لتعريف اتفاق التحكيم وبيان نظامه القانوني كآلية لنظام التحكيم.

ومن جهته، نصّ المشرع الجزائري في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على ما يلي: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

لا يجوز التحكيم في المسائل التي تتعلق بالنظام العام أو حالة الأشخاص أو أهليتهم. ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

كما عرّف اتفاق التحكيم في المادة 1011، حيث نصت على ما يلي: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

وهكذا فإنّ المشرع الجزائري لم يعرف التحكيم وإنما، أشار فقط إلى الأشخاص الذين يمكنهم اللجوء إلى التحكيم، وكذا ارتباط التحكيم باتفاق مسبق، وهو ما يجعلنا إلى مبدأ إرادة الأطراف في اللجوء إلى

التحكيم واختيار ما يترتب على ذلك من تعيين للمحكّمين، والقانون الذي يجب أن يطبق عليهما... إلخ.

والملاحظ أنّ هذه التشريعات لم تُقدّم تعريفاً للتحكيم، وإنما اكتفت بإبراز عناصره وخصائصه الذاتية التي تميزه عن أية وسيلة أخرى من وسائل فض المنازعات بين الأطراف كالصلح والتوفيق. إنّ خلو هذه التشريعات -الدولية والوطنية- من تعريفات صريحة للتحكيم فتح المجال أمام القضاء والفقهاء للاجتهاد ومحاولة تقديم مفهوم قانوني للتحكيم وتمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية التي قد تشابهه.

الفرع الثاني: تعريف التحكيم الإلكتروني

لا يختلف تعريف التحكيم الإلكتروني عن تعريف التحكيم من حيث جوهر المفهوم إلا من حيث الطريقة الإجرائية، إذ يفترض بالتحكيم الإلكتروني أن يتم بصورة إلكترونية عكس التحكيم العادي الذي يتم بصورة تقليدية.

وعلى ذلك نجد من يعرف التحكيم الإلكتروني على أنه عبارة عن نظام قضائي من نوع خاص، ينشأ من الاتفاق بين الأطراف ومن خلال الوسائط الإلكترونية على إحالة النزاع وبشكل اختياري لفض النزاع القائم بينهم والمتعلق في الغالب بالتجارة الإلكترونية ويصدر الحكم باستعمال وسائل الاتصال الحديثة¹.

وعرّفه البعض بأنه "نظام قضائي إلكتروني خاص مؤداه تسوية المنازعات التي تنشأ أو المتحمل نشوؤها إلكترونياً بين المتعاملين في التجارة الإلكترونية بموجب اتفاق بينهم يقضي بذلك"².

كما عرفه أحدهم بأنه "التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية بطريقة سمعية بصرية ودون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع والمحكّمين في مكان معين"³.

وبناء على ذلك نفهم أن التحكيم الإلكتروني يتم عبر الوسائط الإلكترونية المختلفة، من خلال الاتصال بشبكة الاتصالات مثل الإنترنت، "غير أنّ ذلك لا يعني بالضرورة أن يتم بأكمله أو في بعض

¹ نافذ ياسين محمد المدهون، مرجع سابق، ص 294.

² إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص 30.

³ خالد إبراهيم ممدوح، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 248.

مراحلته إلكترونياً، وفي مراحل أخرى بالطرق التقليدية التي تتمثل في التواجد المادي لأطراف العملية التحكيمية¹.

ويجئنا هذا التعريف الأخير إلى الجدل الفقهي القائم بين من يشترطون ضرورة أن تتم إجراءات التحكيم الإلكتروني كلها بشكل إلكتروني، وبين من يرون بإمكانية أن تتم إحدى مراحل التحكيم الإلكتروني بطريقة تقليدية.

والحقيقة أننا نتفق مع الرأي الثاني، إذ لا مانع من أن يتم التحكيم في بعض مراحلته تقليدياً، وفي البعض الآخر إلكترونياً، ذلك أن الأساس هو إرادة الأطراف، فمتى ما اتجهت إلى اختيار طريقة ما كان على المحكم العمل بها، ونفس الشيء بالنسبة لهذا الأخير إذا رأى أنه من مصلحة الأطراف السير نحو إجراء إلكتروني كأن يتعذر وجودهم المادي في لحظة ما أو غير ذلك.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم الإلكتروني

تعددت النظريات في تكييف الطبيعة القانونية للتحكيم بشكل عام، وكنتيجة لذلك فهناك من اعتبر التحكيم الإلكتروني كعقد أو اتفاق، ومنهم من رأى أنه قضاء خاص، وحاول اتجاه آخر التوفيق بين الرأيين من خلال الدمج بين العقد والقضاء في عملية التحكيم، فهو إذن ذو طبيعة مختلطة حسبهم. وسوف نحاول التعرض لهذه الآراء المتباينة.

الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية للتحكيم الإلكتروني

يذهب البعض إلى أنّ التحكيم عقدٌ رضائي، من عقود المعاوضة، وملزمٌ لجانبيين، وذلك لأن نظام التحكيم - حسبهم - يستند إلى مبدأ سلطان الإرادة، فالأطراف يتعاقدون ويتفقون فيما بينهم على التحكيم متخليين عن امتيازات القضاء (الضمانات القانونية والإجرائية) وذلك من أجل تحقيق مبادئ العدالة والعادات التجارية واتباع إجراءات سريعة وأقل رسمية من إجراءات المحاكم، كما أنهم يلتزمون بالحكم الذي يصدر عن هيئة التحكيم.

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن حكم التحكيم يعتبر جزءاً لا يتجزأ من اتفاق التحكيم بل إنه يندمج ويذوب فيه. والمحكمون هم أفرادٌ يُعهد إليهم بمهمة تنفيذ الاتفاق ولا يرتقون إلى مرتبة القضاء².

¹ سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 20.

² أحمد أبو الوفاء، التحكيم بالقضاء وبالصلح، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1965، ص 35.

فالغاية من التحكيم هي رغبة الأطراف في حل نزاعهم بطريقة ودية عن طريق إخراج النزاع من سلطة القضاء، وإسناده إلى محكم خاص وقبول الطرفين بالقرار الذي يصدر من المحكم لكونهما ارتضيا المحكم وقبلًا إصداره لحكم التحكيم¹.

فاتفاق التحكيم هو الذي يؤدي إلى إخراج النزاع من سلطان القضاء وإسناده إلى محكم خاص، ويعين في ذات الوقت القواعد الإجرائية الواجب اتباعها والقانون الواجب تطبيقه، ولذلك فإن القرار الذي يصل إليه المحكم في النهاية هو محصلة لتطبيق الشروط التي اتفق عليها الطرفان، ولذلك يكتسب التحكيم الصفة التعاقدية².

ولعلّ الطبيعة التعاقدية تجدها صداها بقوة، ذلك أنها تدعم العلاقات الدولية لا سيما في مجال التجارة الإلكترونية، إذ يشجع التحكيم - باعتباره إحدى أدوات التجارة الإلكترونية - المعاملات التجارية الإلكترونية بما فيها المصرفية منها، على عكس التشريعات الوطنية التي قد تعارض توسع وانتشار هذه المعاملات نظراً لاختلاف القوانين ومشكلة الاعتراف بالأحكام القضائية للدول الأخرى.

وتؤيد محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه، وذلك في حكمها الصادر في 27 جويلية 1937 والذي نصّ على أنّ قرارات التحكيم الصادرة على أسس مشاركة تحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة وتشاركها في صفتها التعاقدية³.

فإذا كان اتفاق التحكيم هو عبارة عن القاعدة من الهرم، فإنّ حكم المحكمين يمثل قمة هذا الهرم، والذي لا يعدو إلا أن يكون عنصراً تابعاً في عملية التحكيم، ولا شكّ أنّ قرار المحكم يتقيد بإرادة الخصوم، ويتأثر بالعيوب التي تشوبها⁴.

وقد أيدت محكمة النقض المصري في حكمها: "إنّ التحكيم هو طريق استثنائي سنّه المشرع لفض الخصومات، قوامه الخروج على طريق التقاضي العادية، وما تكفله من ضمانات، ومن ثمّ فهو مقصور حتماً على ما تنصرف إليه إرادة المحكمين على عرضه على هيئة التحكيم"⁵.

¹ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1979، ص 152.

² عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 45.

³ خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق، القاهرة، مصر، 2002، ص 112.

⁴ محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص 35.

⁵ طعن رقم 4837، لسنة 65 قضائية، بتاريخ 2001/11/26، الطعن رقم 65 لسنة 31 قضائية. بتاريخ 1966/5/24

كما أكدت المحكمة الدستورية المصرية الطابع الاتفاقي للتحكيم، في حكمها الصادر في 03 جويلية 1999، حيث قضت بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة 57 من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس الجمهورية، بالقانون رقم 66 لسنة 1963، كذلك قضت بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة 18 من قانون إنشاء بنك فيصل الإسلامي، حيث قضت بأنه "لا يجوز للمشرع أن يفرض التحكيم قسراً على أشخاص لا يسعون إليه ويأبون الدخول فيه"¹.

والواقع أنّ هذا الطرح له ما يبرره بقوة، لا سيما وأنّ من دَعَمُوا هذا الموقف استندوا إلى إرادة الأطراف واتفاقهم على حل منازعاتهم بطريقة سلمية، وهي طريقة التحكيم. وبالرغم من كل ما أوردناه، فإنّ هذا الاتجاه تعرّض للانتقاد لمبالغته في الاعتماد على العنصر الإرادي كأساس لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم وتجاهله لإرادة المشرع. فإرادة الأطراف وإن كانت مصدرراً لسلطة هيئة التحكيم في حسم النزاع، فإنّ القانون هو المصدر الأصلي لها².

الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم الإلكتروني

ينطلق أصحاب هذا الاتجاه من فكرة أن وظيفة المحكم مشابهة لوظيفة القاضي لا سيما من حيث المآل أو النتيجة، فكلاهما يُصدر - في الأخير - حكماً يلتزم به الأطراف المتنازعون.

وإذا كان القضاء في المفهوم الحديث سلطة تمارسها الدولة من خلال صلاحية تعيين القضاة وتحديد اختصاصاتهم ومنحهم الاستقلالية في إصدار الأحكام... إلخ، فإن مجال التجارة الإلكترونية قد يؤدي إلى نزاعات يرتبط حلها بعامل السرعة، الأمر الذي أدى إلى اللجوء إلى التحكيم بشكل عام، لا سيما التحكيم الإلكتروني الذي يتماشى وسرعة العالم الافتراضي الإلكتروني.

إنّ هذا الطريق البديل لحل النزاع يأخذه العديد من الفقهاء على أنه ذو طابع قضائي. ولئن كان اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني رهين اتفاق الأطراف، فإن ذلك لا يلغي وظيفته القضائية.

ويرى البعض أن التحكيم هو قضاء إجباري ولو لم يتفق عليه الأطراف، فهو يحل محل قضاء الدولة الإجباري، كما أن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها، مما يجعل الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم. كما أنّ عمل المحكم هو عمل قضائي بحت شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة

¹ طعن رقم 104 سنة قضائية، 20 مكتب في 9 تاريخ الجلسة 03 جويلية 1999، المحكمة الدستورية العليا.

مُشار إليه لدى: عصام أحمد البهجي، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2017، ص 52.

² أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2004، ص 46.

القضائية في الدولة، هذا بالإضافة إلى أن كلاً من المحكم والقاضي يعلان النزاع بحكم يجوز حجية الأمر المقضي به¹.

كما يرى البعض -دعماً لهذا الاتجاه- أنّ الإجراءات المتبعة في خصومة التحكيم ذات طبيعة قضائية، وبالتالي يكون حكم المحكم بمثابة حكم قضائي على اعتبار أن المحكم يخل محل القاضي فتكون له وظيفته القضائية، فأحكام المحكمين تعتبر أحكاماً قضائية سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع².

ويرتب أنصار هذا الاتجاه على فكرة تطابق وظيفة المحكم مع وظيفة القاضي أثراً هامياً؛ الأول: ضرورة تمتع المحكم بالاستقلال والحيدة كذلك التي يتمتع بها القاضي الوطني. والثاني: يتعلق بخضوع المحكم لذات القواعد التي يخضع لها القاضي، فتعيينهم يتطلب توافر نفس الشروط التي يجب توافرها في القاضي، كما يمكن ردهم لذات الأسباب التي يرد بها القضاة على أساسها³.

ويرى أنصار الطبيعة القضائية للتحكيم، أنّ المحك في التعرف على طبيعة التحكيم يجب أن يكون بتغليب المعايير الموضوعية أو المادية، أي بتغليب المهمة التي تُوكَل إلى المحكم والغرض من هذا النظام، هو ليس مجرد الوقوف عند معايير شكلية أو عضوية منبتها الحقيقي ادعاء احتكار الدولة لإقامة العدالة بين الأفراد، عن طريق أعوان لها يسمون بالقضاة⁴.

وقد بدأت هذه النظرية في الانتشار خاصة بعد حكم مجلس الدولة الفرنسي في 17 مارس 1893 في قضية سكك حديد الشمال، وذلك باعتبار التحكيم لاسيما الحكم الذي يصدر فيه عملاً قضائياً⁵. وأهم ما جاء فيه بخصوص الموضوع: "يجوز للوزير أن يضع بين أيادي المحكمين حلّ نزاع معين لأنهم لا يستطيعون التهرب من الولاية القضائية القائمة"⁶.

وبالرغم من أنّ حكم التحكيم يحتاج إلى صدور أمر بتنفيذه من القضاء، إلا أنّ ذلك لا يغير من الطبيعة القضائية للتحكيم؛ ذلك أن الأمر لا يعدو أن يكون مظهراً من مظاهر التعاون بين قضاء الدولة

¹ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 31.

² إيناس الخالدي، مرجع سابق، ص 81.

³ محمد عبد الخالق عمر، النظام القضائي المدني، الجزء الأول، المبادئ العامة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1976، ص 108.

⁴ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1981، ص 26.

⁵ أحمد محمد شتا، "نطاق تطبيق أحكام قانون التحكيم في مصر"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2002، ص 24.

⁶ «Le ministre peut remettre aux mains des arbitres la solution d'une question litigieuse parce qu'ils ne peuvent se dérober aux juridictions établies».

وقضاء التحكيم¹. وبالتالي فأحكام المحكمين تتماثل مع الأحكام الصادرة عن القضاء، فهي ترتب نفس الآثار التي ترتبها الأحكام القضائي.

ويمكن تقديم النقد إلى هذا الموقف على اعتبار أن وظيفة القاضي تعتبر وظيفة قانونية لا ترتبط بوجود النزاع، في حين أن وظيفة المحكم منوطة بقيام نزاع ما، فالقاضي يستهدف تحقيق غاية عامة، في حين يستهدف المحكم تحقيق غاية خاص لا يتعدها. وعلى هذا الأساس تشترط في وظيفة القاضي شروطاً أكثر من تلك المتعلقة بوظيفة المحكم بشكل عام.

كما أن هناك من يرى أن مصدر حجية حكم التحكيم يستند إلى القوة الملزمة للاتفاق على التحكيم وليس إلى طبيعة عمل هيئة التحكيم. فإذا اتفق الأطراف على ألا يكون للحكم الصادر عن هيئة التحكيم حجية إلا بعد موافقتها عليه أو بعد موافقة جهة أخرى، فإنه لا يكون له حجية قبل هذه الموافقة². ولهذا فحجية حكم المحكمين لا تتعلق بالنظام العام، إذ إنه يمكن أن يتفق الطرفان بعد صدور الحكم على خلافه ومن ثم إعادة التحكيم أمام نفس الهيئة أو أمام هيئة أخرى، هذا خلافاً لحجية الحكم القضائي التي تتعلق بالنظام العام³.

وإذا كان الموقف الأول قد رأى بأن التحكيم ذو طبيعة عقدية، في حين أن الموقف الثاني رأى بأنه ذو طبيعة قضائية، فإن هناك من رأى أن التحكيم مزيج بين هاتين الطبيعتين.

الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم الإلكتروني

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة، فهو عقد ملزم من حيث أساس التحكيم المستند إلى إرادة الأطراف واتفاقهم، وذو طبيعة قضائية من حيث الحكم الصادر الملزم للأطراف.

¹ أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 30.

² وجدي راغب، "طبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم"، مؤتمر حول التحكيم الداخلي والقانون الدولي، العريش، مصر، 20-25 سبتمبر 1987، ص ص 143-144.

³ المرجع نفسه، ص 144.

ويعيب أنصار هذا الرأي على النظرية العقدية والقضائية أن كلاً منهما أرادت أن تصف نظام التحكيم في مجموعه وصفاً واحداً، بينما هو في الحقيقة نظام مختلط حيث يبدأ باتفاق ثم إجراء ثم ينتهي بقضاء هو قرار التحكيم¹.

وهناك من يعتقد أن التحكيم ليس إلا قالباً قانونياً يحتوي عملين، الفاعل في أحدهما غير الفاعل في الآخر، وهما اتفاق التحكيم وقضاء المحكم، فالأول يحدثه المتنازعان، والثاني يحدثه المحكم. فاتفاق التحكيم، وإن كان عقداً له كل الخصائص العامة في العقود، إلا أنه يتميز عنه بهدفه وموضوعه في آن واحد؛ فهدفه ليس إقامة علاقة قانونية بين طرفين، وإنما تسوية الآثار التي قد تنشأ عن هذه العلاقة، وأما موضوعه فهو ليس التراضي على تسوية نهائية محددة بذاتها للنزاع، وإنما إقامة محكم - فرداً كان أم هيئة تحكيمية - ترفع إليها ادعاءات الطرفين ويتولى الفصل فيها بشكل مستقل عنهما².

غير أن هناك من يرى أيضاً أن التحكيم ليس اتفاقاً محضاً وليس قضاءً محضاً وإنما هو نظام يمر بمراحل متعددة، فهو في أوله اتفاق، وفي وسطه إجراء، وفي آخره حكم³.

والعيب المشترك في النظريتين هو أن كلا منهما أرادت أن تجري التحكيم في مجموعه وصفاً واحداً، بينما هو في الحقيقة نظام مختلط يبدأ باتفاق، ثم يُصدر إجراءً ثم ينتهي بقضاء هو قرار التحكيم، هذا التحليل هو الذي يقول به أغلب الفقه الحديث ويبرره Jean ROBERT بمصلحة التجارة الدولية التي تتطلب إطلاق حرية الاتفاق على التحكيم في بدايته ثم تحويله في مرحلته الأخيرة إلى قضاء، ليكتسب القرار الذي يصدر فيه حجيته بذاته فلا يحتاج إلى دعوى يعقبها حكم يضيف عليها هذه الحجية⁴.

وأياً ما كان الأمر، فأصحاب هذه النظرية لهم حججهم التحليلية لنظام التحكيم وهم يقتسمون النظريتين التعاقدية والقضائية معاً، وهو أمر يتماشى مع المنطق ويشجع التجارة، خاصة الخارجية، فإعطاء الصفة التعاقدية لطبيعة التحكيم تجعل الأفراد يشعرون بنوع من التميز في نظام التحكيم عن غيره من أنظمة وأساليب فض المنازعات الأخرى، إذ أنه يحقق رغباتهم في الاتفاق بكامل حريتهم على كافة أركان التحكيم، بدايةً من الاتفاق ونهايةً بصدور الحكم وتنفيذه، كذلك يتمتع بالطبيعة القضائية التي

¹ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997، ص 20.

² علاء محيي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 25.

³ محسن شفيق، مرجع سابق، ص 73.

⁴ نفس المرجع، ص 20.

تشبع رغبة الدول في السيطرة على مقاليد الأمور خاصة التحكيمات التي تكون داخل البلاد، حتى لو كانت تلك السيطرة في نطاق غير واسع كما في النظام القضائي العادي¹.

لكنّ هذا الرأي محل نقد من طرف البعض الذين يرون أن الواجب هو حصر العناصر ذات الطابع الإرادي التعاقدية وتمييزها عن تلك العناصر ذات الطابع القضائي، بحيث يمكن في النهاية تحديد مدى تداخل كل من العناصر التعاقدية والقضائية في تكوين نظام التحكيم وإعطائه طبيعته المستقلة الخاصة به².

الفرع الرابع: الطبيعة المستقلة للتحكيم الإلكتروني

يرى أصحاب هذا الموقف أن التحكيم له طبيعته المستقلة التي تميزه عن العقد وعن القضاء على حد سواء، وذلك على الرغم من وجود بعض التشابهات بينه وبين بقية الأعمال القانونية. فمن يقولون أن التحكيم ذو طبيعة عقدية مخطؤون، فالعقد ليس هو جوهر التحكيم، بدليل وجود تحكيم إجباري³.

ضف إلى ذلك أن اتفاق التحكيم الذي يحكم عملية التحكيم، محكوم هو الآخر بقواعد القانون التي تحدد شروط انعقاده، والقانون الواجب التطبيق عليه وآثاره... إلخ.

كما يختلف التحكيم عن القضاء؛ فالقضاء سلطة عامة من سلطات الدولة يباشرها القاضي وتكون غايته حماية الحقوق والمراكز القانونية للأشخاص داخل الدولة، لهذا يتمتع القاضي بسلطة الأمر والجبر، كما يلزم بأداء اليمين... إلخ، على عكس المحكم الذي لا يلزم بذلك، بل يُطلب منه فقط العمل على حلّ خلاف عارض يقوم بين الأفراد أو حتى الدول.

غير أنّ البعض يرى هذه النظرية لا تفرق بين القضاء والقانون. فنصوص القانون أو التشريع بشكل عام ليست سوى مصدراً من مصادر القانون ويوجد بجانبها مصادر أخرى. وهكذا يمكن للقاضي - عند عدم وجود ما يقنعه في المصادر الرسمية أو المباشرة - الاستناد إلى المصادر الاحتياطية أو غير المباشرة. وهذا الدور تلعبه هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع المطروح أمامها، بل إنها تستطيع في حالة تفويضها بالصلح بين الأطراف المحتكمة أن تطبق القواعد القانونية تطبيقاً حرفياً إذا رأت أن ذلك يحقق

¹ هاني أحمد عبد الفتاح عطاي، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2017، ص 56.

² سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، (الكتاب الأول، اتفاق التحكيم)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984، ص 71.

³ وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 135.

العدالة، ومن ثم يكون استناد أنصار النظرية المستقلة للتحكيم لهذه الحجة في غير محلها؛ لأن ذلك لا يؤكد استقلال التحكيم وإنما يؤكد خصوصيته¹.

المطلب الثالث: التطور التاريخي للتحكيم الإلكتروني

إنّ التعرض للتطور التاريخي للتحكيم الإلكتروني يجرنا دون شك إلى التطرق لمسألة شبكة المعلومات الدولية أو ما يُسمى اختصاراً بالإنترنت². حيث ما كان يمكن أن يقوم التحكيم الإلكتروني لولا اعتماده بشكل أساسي على هذه الوسيلة التي ما فتأت تعرف تطوراً متسارعاً. الأمر الذي يدعونا إلى التعرف على أهم المراحل التي مرّت بها شبكة الإنترنت، لنقوم بعدها بالتعرض للتطور الذي عرفه التحكيم الإلكتروني بدءاً من نشأته وصولاً إلى الوضع الذي هو عليه حالياً.

الفرع الأول: نشأة وتطور الإنترنت

يعود أصل الإنترنت إلى مجموعة الأفكار التي نشأت داخل وكالة مشاريع البحث المتقدم³ ARPA التي أنشأتها الحكومة الأمريكية سنة 1957، وذلك كرد فعل واعتبار للولايات المتحدة أمام التفوق السوفيتي وقتها بعد أن نجحوا في إرسال أول قمر إلى الفضاء في 04 أكتوبر 1957. وأمام تخوف الولايات المتحدة من التعرض لهجوم نووي أضافت لهذه الوكالة دور الدفاع، لتحمل اسم الدفاع عن وكالة مشاريع البحث المتقدم DARPA⁴. وللوقوف في وجه الاختراقات المتكررة، تمّ وضع آلية تعمل على تجزئة رسائل الاتصال، مع الإبقاء عليها متصلة ببعضها البعض، فإذا ما تمكّن العدو من تدمير بعض خطوط الاتصال في منطقة معينة، فإنّ الأجزاء الصغيرة يمكن أن تواصل سيرها آلياً عن أيّ طريق بديل إلى وجهتها⁵.

ومع نهاية الستينيات تمكن العلماء من الوصول لتقنية إرسال رسائل عن طريق حزم من البيانات، وهو ما يُعرف بشبكة ARPANET⁶، وبذلك أصبح الجميع، عسكريين ومدنيين، يتواصلون

¹ محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 379.

² الإنترنت أو شبكة المعلومات العالمية، مصطلح مركب من كلمتين إنجليزيّتين: inter وهي اختصار لكلمة international، وكلمة net وهي اختصار لكلمة network. وتمّ استعمال المصطلح لأول مرة من طرف المهندس الأمريكي Robert KAHN سنة 1972.

يمكن العودة لـ Barry M. LEINER and others, Internet society, A Brief history of the Internet, internetsociety.org,

³ ARPA = Advanced Research Project Agency.

⁴ DARPA= Defense Advanced Research Projects Agency.

⁵ Michel BERA, Eric MECOULAN, La machine internet, Editions Odile Jacob, Paris, France , 1999, pp 17-18.

⁶ Advanced Research Project Agency.network.

بسهولة وأقل تكلفة، بل وبجماية أكبر من أي خطر تجسس أو اختراق. وهكذا كان أكثر من 40 موقعا متصلا فيما بينهم مع حلول سنة 1972، ليستمر العمل على تطوير هذه الشبكة في السنوات التي تلت¹.

بعد ذلك عمل المهندسون الغربيون على توسيع المشروع وعدم حصر استعماله على الجانب العسكري، وهو ما تمّ سنة 1983، حيث انقسمت شبكة ARPANET إلى شبكتين، احتفظت إحداهما باسمها الأساسي ARPANET، وكذا بغرضها الأساسي وهو خدمة الاستخدامات العسكرية. بينما حملت الثانية اسم MIL NET² للاستخدامات المدنية، وغرضها تبادل المعلومات وتوصيل البريد الإلكتروني³.

ثمّ ظهر مصطلح الإنترنت حيث أصبح ممكنا تبادل المعلومات بين هاتين الشبكتين. وفي سنة 1986 تمّ ربط شبكات خمسة مراكز للكمبيوترات العملاقة وسُميت NSF NET⁴ والتي شكلت انطلاقة حقيقة للإنترنت في الولايات المتحدة الأمريكية، لنتشر بعدها تدريجيا عبر كل العالم، لا سيما مع ظهور مفهوم العولمة بعد ذلك، والذي استعملها كأداة لتمرير الإيديولوجيا الأمريكية⁵.

وتقوم شبكة المعلومات الدولية المعلومات أو اختصارا شبكة الإنترنت، على مجموعة من أجهزة الحاسب الآلي المتصلة معا، والتي يقترب عددها من خمسمائة مليون جهاز، وهو يتعاظم سنويا، حيث يتم إدخال البيانات والمعلومات وسائر الخدمات الأخرى كالمجموعات الإخبارية والإعلانات الترويجية والمزايدات والمناقصات وغيرها، والبريد الإلكتروني إليها عن طريق مقدمي خدمة الإنترنت من الشركات المتخصصة في تكنولوجيا الاتصال ومعالجة البيانات والمعلومات⁶.

كما يتيح الطابع الدولي لنشاط شبكة الإنترنت لأي مستخدم كل البيانات والمعلومات التي تمّ إدخالها وتحميلها على الشبكة. وعليه فإنّ عولمة الاقتصاد تفتح سوقا واسعا أمام الكثير من التجار والمستهلكين في شتى المجالات كالتسوق وإبرام العقود، الأمر الذي أدّى إلى ظهور التجارة الإلكترونية بشكل واسع ومتنوع، من إجراء المعاملات التجارية، الإعلان عن السلعة بالصوت والصورة، المفاضلة بين السلع المعروضة⁷.

¹ Michel BERA, Eric MECHOULAN, op cit, p 19.

² Military network.

³ Nicole TORTELLO, Pascal LOINTIER, Internet pour les juristes, Dalloz, Paris, France, 1996 , p2.

⁴ The national science foundation network.

⁵ Steven T. KARRIS, Networks :Design and Management, Orchard Publications, 2002, p 33.

⁶ عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 10.

⁷ رضوان هشام حمدون الشريفي، نحو نظام قانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 11.

وعلى هذا الأساس فإنّ النشاط التجاري تغيّر تماماً بما يتماشى مع التطور الاقتصادي المعاصر، وانتقلت التجارة من المحلات والأسواق وحتى الأرصفة إلى التسوق التجاري عبر الإنترنت. ويبدو أنه يتطور ويتسع أكثر نتيجة التطور الحاصل في وسائل الاتصالات وصناعة البرمجيات الخاصة بالتأمين كبطاقات الائتمان المصرفية والدفع الإلكتروني.

الفرع الثاني: نشأة وتطور التحكيم الإلكتروني

يُعدُّ التحكيم من أقدم الوسائل التي كان الأفراد والجماعات يلجؤون إليها لحسم المنازعات التي تنشأ بينهم. متحاشين بذلك اللجوء إلى القضاء؛ ذلك أنهم كانوا يرون أن المحكم أكثر عدلاً و إنصافاً من القاضي. وهنا نجد أن الفيلسوف أرسطو يقول: "الإنصاف يكمن في تفضيل التحكيم عن قضاء المحاكم؛ فالمحكم ينشد الإنصاف مما يعطي قوة للعدالة، بينما لا يعتد القاضي إلا بالقانون"¹.

بدأ اهتمام المجتمع الدولي بمسألة تنظيم التحكيم في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية منذ نهاية الحرب العالمية الأولى، حيث تم إبرام بروتوكول جنيف لسنة 1923، والمتعلق بشروط التحكيم، واتفاقية جنيف لسنة 1927 الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم.

وتُعتبر اتفاقية نيويورك لسنة 1958، الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها، من أهم الاتفاقيات المتعلقة بالتحكيم².

وإلى وقتٍ ليس بالبعيد كانت النزاعات الناشئة بين الأفراد تُحل عن طريق القضاء أو بالاستعانة ببعض الطرق البديلة كالتفاوض والوساطة وحتى التحكيم العادي، لكن عيوب هذه الوسائل المتمثلة أساساً في بطء الإجراءات أدت إلى البحث عن وسيلة جديدة تتلاءم مع السرعة التي أصبحت ميزة التجارة الإلكترونية الحديثة.

وفي بداية التسعينات من القرن الماضي ظهرت فكرة حل المنازعات إلكترونياً عبر الإنترنت وأصبح حل المنازعات يتم بذات الطريقة التي تتم بها إبرام التصرفات العقدية التي تنشأ عنها هذه المنازعات ومن أجل هذا ظهر التحكيم الإلكتروني أو التحكيم على الخط أو التحكيم الشبكي كوسيلة مطورة لحسم المنازعات عموماً والتي تبرم عبر الإنترنت خصوصاً³.

¹ " Être équitable (...) c'est (...) préférer s'en remettre à un arbitrage plutôt qu'à un jugement des tribunaux ; car l'arbitre voit l'équité ; le juge ne voit que la loi ; l'arbitre n'a, d'ailleurs, été inventé que pour donner force à l'équité".

انظر Thomas CLAY, L'arbitre, Dalloz, Paris, France, 2001, p.6.

² انضمت إليها الجزائر بتحفظ بعد التصديق على أحكامها سنة 1988.

³ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 245.

وابتداء من سنة 1991 بدأت إجراءات حل المنازعات إلكترونيا عن طريق البريد الإلكتروني، المواقع الإلكترونية، المؤتمر المرئي، إضافة إلى وسائل أخرى مثل برنامج Ombudsman، وبرنامج الخبرة التحكيمية Expertise arbitrale، وكذا نظام ICAAN¹ الخاص بالمنازعات الناشئة عن استخدام أسماء الدومين².

وفي سنة 1994 أنشأ David STODOLSKI مشروع "شبكة القضاء"، كان الهدف من وراء إقامته هو مكافحة عمليات القرصنة، وجرائم التشهير وانتهاكات حقوق المؤلف. وتمّ الإجراء بإعداد قائمة إلكترونية بأسماء القضاة المشاركين، شملت أكثر من 40 قاضيا على أساس صوت لكل قاض. كما ظهر برنامج آخر هو خدمة فض المنازعات المتعلقة بالأسماء والعلامات الشهيرة، تقدمها مؤسسات معتمدة من قبل هيئة الإنترنت للأسماء والأرقام المشتركة³.

وكانت سنة 1996 البداية الحقيقية لمشروع محكمة التحكيم الافتراضية، غير أن هذا المشروع لم يكن قد فصل في القضية الوحيدة التي عرضت عليه، ذلك أن أطرافها كانوا قد توصلوا لحل النزاع الدائر بينهما قبل صدور حكم التحكيم⁴.

ولمسايرة السرعة التي تعرفها العقود الدولية الإلكترونية وما ينجر عنها من منازعات، تم ابتكار أسلوب التحكيم المعجل سنة 1998. حيث يقوم صاحب القضية بالنقر على مفتاح خاص بملاء النموذج الخاص المعد سلفا من قبل المركز وإرساله له إلكترونيا، ليقوم المركز بعد ذلك بإخطار الطرف الآخر من النزاع، وإعداد صفحة للنزاع على موقع المركز على الإنترنت، على أن يزود طرفا النزاع بكلمة مرور خاصة بكل منهما حتى يتمكن من دخول الموقع وعرض النزاع⁵.

وعمدت معظم التشريعات الدولية والوطنية إلى محاولة تفعيل قوانينها الإجرائية أو المتعلقة بالتحكيم إلى تعديل نصوصها لتتلاءم و طبيعة التحكيم الإلكتروني، وما ينجر عنه من مسائل متعلقة بالكتابة الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني... وغيرها.

¹ The internet corporation for assigned names and numbers.

² نفس المرجع، ص 246.

³ نفس المرجع، ص 245.

⁴ محمد عماد الدين، "طبيعة وأنماط التحكيم عبر الإنترنت"، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، الإمارات العربية المتحدة، 28-30 أبريل 2008، ص 103.

⁵ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 58.

حيث نجد أنّ الاتحاد الأوروبي مثلا يقوم بتوجيه الدول الأعضاء بالألا تضع في تشريعاتها الداخلية عقبات قانونية تحول دون استخدام آليات تسوية المنازعات إلكترونيا بعيدا عن القضاء، إذ نصّت المادة 17، الفقرة الأولى من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الخاص ببعض المظاهر القانونية لخدمة مجتمع المعلومات والتجارة الإلكترونية على ما يلي: " يجب على الدول الأعضاء أن تضمن، في حال الخلاف بين مزود خدمة مجتمع المعلومات والمستفيد من الخدمة، ألا تمنع تشريعاتها استخدام الآليات بديلة المتاحة لتسوية المنازعات في القانون الوطني، بما في ذلك الوسائل الإلكترونية المناسبة"¹.

المبحث الثاني: مصادر التحكيم الإلكتروني، مبادئه وأنواعه

إنّ أغلب مصادر التحكيم الإلكتروني تعتمد على قواعد التحكيم الموجودة في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وكذا قانون التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية بباريس وغيرها من المؤسسات والهيئات المختصة أو التي تهتم بالتحكيم على المستوى الدولي و حتى الإقليمي.

بمعنى أنّ جلّ القواعد التي أفرزتها الكثير من الهيئات والمراكز المتخصصة في مجال فض المنازعات إلكترونيا قد كانت بالاعتماد على قواعد التحكيم التقليدي طبعاً مع إدخال تعديلات تتماشى والتقنيات الحديثة في مجال الاتصالات.

وإذا كان للتحكيم الإلكتروني مثل التحكيم التقليدي مصادر قانونية، فإنّ له مبادئ يرتكز عليها وكذا أنواعاً مختلفة. وسوف نحاول التطرق لكلّ ذلك في مضمون هذا الفصل.

المطلب الأول: مصادر التحكيم الإلكتروني

يُعتبر مبدأ سلطان الإرادة المحرك الرئيسي في عملية التحكيم، إلا أنّ التحكيم الإلكتروني وعلى الرغم من كونه امتداداً للتحكيم التقليدي ولا يختلف عنه إلا من حيث الوسيلة، فإنه لا يستمد شرعيته من اتفاق الطرفين فحسب، بل لا بد من ضرورة تضافر جهود المنظمات العالمية والإقليمية سواء أكانت اقتصادية أم أكاديمية من جهة بالإضافة إلى تدخل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية لضمان نزاهة الحكم الصادر والآلية التي يصدر ضمنها من جهة ثانية، خصوصاً إذا أخذنا بعين الاعتبار الطابع الدولي لأحكام التحكيم الإلكتروني.

الفرع الأول: المصادر غير المباشرة

¹ Art 17/1 : « Les États membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés».

يرجع الدور الأبرز في نشوء التحكيم الإلكتروني لمراكز التحكيم الإلكتروني، حيث أسهمت المحاولات الأكاديمية متمثلة بتجربة كلية الحقوق بجامعة مونتريال في نشأة ما يعرف بالمحكمة الفضائية، ولعبت المنظمة العالمية للملكية الفكرية الدور الأكبر في تطوير وتفعيل نظام التحكيم الإلكتروني.

الفقرة الأولى: القاضي الافتراضي

يختص نظام القاضي الافتراضي بالنظر في المنازعات الناشئة عن استخدام الشبكات المعلوماتية أو بين مستخدميها وبين القائمين على إدارتها والتي يطلب من خلالها أحد المستخدمين جبر الضرر الذي لحقه نتيجة رسائل أو معلومات لا تستوفي الشكل القانوني.

وتتكون محكمة التحكيم حسب هذا النظام من محكم واحد أو ثلاثة محكمين، إذ يقوم القاضي الافتراضي المعين بالتحاوور مع أطراف النزاع الذين طلبوا الخضوع لهذا النظام عن طريق البريد الإلكتروني ويفصل في النزاع خلال 72 ساعة من عرضه، ويكون قرار المحكم مجرداً من القيمة القانونية حتى يقبله الأطراف¹.

ودعم هذا النظام جمعية المحكمين الأمريكيين، ومعهد قانون القضاء، والمركز الوطني لأبحاث المعلوماتية الأمريكي. والهدف الرئيسي لهذا المشروع هو إعطاء حلول سريعة للمنازعات المتعلقة بالإنترنت 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 المواضيع المتصلة بهذه التجارة. ويقوم القاضي الافتراضي المتخصص بالتحاوور مع أطراف النزاع الذين طلبوا الخضوع لأحكام هذا النظام عن طريق البريد الإلكتروني، على أن يفصل في النزاع خلال 72 ساعة².

الفقرة الثانية: المحكمة الافتراضية أو الإلكترونية

أنشأت هذه المحكمة في جامعة كلية الحقوق بجامعة مونتريال في كندا سنة 1996 في إطار مخبر التحكيم الإلكتروني، والذي يندرج في إطار مواصلة الجهود التي يقوم بها مركز البحث في القانون العام. ويعود الفضل في إنشائها إلى البروفيسور كريم بن يخلف، حيث يُعتبر مشروعه (مشروع المحكمة الإلكترونية) أول تجربة عالمية في إطار تسوية المنازعات عبر الإنترنت عن طريق الوساطة والتحكيم.

¹ حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 210.

² عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 83.

وتمكنت هذه المحكمة من حلّ أكثر من 500 قضية طُرحت عليها من أزيد من 50 دولة عبر العالم. وتواصلت الجهود سنة 2001 لتُكَلَّل بإنشاء برنامج ECODIR¹، والذي يختص بمنازعات المستهلك الإلكتروني. وتمّ سنة 2010 تدشين مخبر المحكمة الإلكترونية وكذا قاعة الجلسات، على أن يُطوّر البرنامج الذي يسمح بتبادل المعلومات، تطوير تسيير وسير الجلسات القضائية بين سنوات 2011-2018، مع إطلاق مشروع "نحو العدل الإلكتروني"².

وتختص المحكمة بالنظر في المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية أو بالمنافسة غير المشروعة أو بحقوق المؤلف أو العلامات التجارية، فهي تختص إذن بالنظر في المنازعات المتعلقة باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. وتتم الإجراءات -وفقا لنظامها- على موقعها وبشكل إلكتروني، بداية من طلب التسوية، مروراً بالإجراءات، وانتهاء بإصدار الحكم وتسجيله على الموقع الإلكتروني للمحكمة³. وتقدم محكمة التحكيم الإلكتروني خدماتها بتسوية المنازعات باللغتين الإنجليزية والفرنسية، وذلك لوجودها في مقاطعة ذات طبيعة لغوية مختلطة من هاتين اللغتين، كما أنّها تجمع بين النظامين اللاتيني والأنجلوسكسوني، مما يؤدي إلى توحيد القواعد القانونية بين أنظمة ذات ثقافات متباينة فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية وسبل فض النزاعات المتعلقة بها⁴.

وتتميز هذه المحكمة بتقديم خدمات تسوية المنازعات باللغتين الإنجليزية والفرنسية، وذلك لوجودها في مقاطعة ذات طبيعة لغوية مختلطة من هاتين اللغتين، وكذلك فهي تجمع بين النظام اللاتيني والأنجلوسكسوني، مما يؤدي إلى توحيد القواعد القانونية بين أنظمة ذات ثقافات قانونية متباينة فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية وسبل فض النزاعات المتعلقة بها. ولم تغفل هذه المحكمة بذل عناية من أجل تفسير العقود محل النزاع لصالح المستهلك، والقانون الواجب التطبيق هو قانون المستهلك، ويستطيع المحكم أن يجتهد لتقديم حماية أفضل للمستهلك، وذلك من خلال معلومات تكميلية وأدلة إثبات⁵.

الفقرة الثالثة: المنظمة العالمية للملكية الفكرية

¹ Electronic Consumer Dispute Resolution.

² <http://www.cyberjustice.ca/laboratoire/historique/>

تاريخ الاطلاع : 14 ديسمبر 2017 على الساعة: 21:31

³ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 265.

⁴ نفس المرجع، ص 267.

⁵ عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 84.

المنظمة العالمية للملكية الفكرية أو ما يُعرف باسم (الويبو)¹، هي المنتدى العالمي للخدمات والسياسة العامة والتعاون والمعلومات في مجال الملكية الفكرية. و(الويبو) وكالة من وكالات الأمم المتحدة، أنشأت بموجب اتفاقية سنة 1967، وتمتع بالاستقلال المالي. و يبلغ عدد أعضائها حالياً 189 دولة عضواً. أما مهمتها الأساسية فتتمثل في إرساء نظام دولي متوازن وفعال للملكية الفكرية، يشجع الابتكار والابتكار لفائدة الجميع².

وظهر مركز الويبو للتحكيم والوساطة للوجود سنة 1994 بجنيف السويسرية، وذلك لأجل محاولة تسوية المنازعات بين الأفراد أو الشركات الخاصة أو حتى في مجال التقاضي المتعلق بالتكنولوجيا وفنون الأداء.

كما أنشأ مكتب آخر سنة 2010 بسنغافورة، ويقوم بالإجراءات المتعلقة بالنزاعات التعاقدية كتراخيص البراءات، البرمجيات، عقود توزيع المستحضرات الصيدلانية، وحتى النزاعات غير التعاقدية كما في حالة التزوير والتقليد المتعلق ببراءة الاختراع³.

وتبدأ إجراءات التحكيم بتسجيل أطراف النزاع لطلب التحكيم المعد سلفاً لهذا الغرض، عن طريق الدخول على موقع (الويبو)، ومن ثم الدخول على موقع التحكيم السريع، ثم قيام طالب التحكيم بفتح ملف القضية، ويقوم بملء الطلب الموجود أمامه، ويرسله إلكترونياً إلى المركز.

وللمركز مجموعة كبيرة من الخدمات في إطار إدارة التقاضي، يمكن أن نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي⁴:

- المساهمة في تقديم دعاوى الأفراد للويبو الخاصة بالنزاعات في حال غياب شرط التحكيم من الويبو.
- تقديم المركز للأطراف المعنية ملف بيانات لأكثر من 1500 وسيط محايد يتمتعون بالخبرة في مجال تسوية منازعات الملكية الفكرية.
- إدارة الجانب المالي وتحديد رسوم المحكمين والوسطاء بعد المشاورة.
- توفير خدمات دعم الاجتماعات برغبة الأطراف.

¹ WIPO : World International Property Organization.

² <http://www.wipo.int/about-wipo/ar/>

تاريخ الاطلاع 11 جوان 2017 على الساعة 01.49

³ <http://www.wipo.int/amc/fr/center/background.html>.

تاريخ الاطلاع 22 سبتمبر 2017 على الساعة 16.10

⁴ <http://www.wipo.int/amc/fr/center/background.html>.

تاريخ الاطلاع 22 سبتمبر 2017 على الساعة 16.30

كما يقدم خدمات أخرى مثل¹:

- تقديم برامج تدريبية للوسطاء والمحكمين بشأن حل المنازعات المتعلقة بالملكية الفكرية.
- تهيئة الإجراءات لتسوية منازعات مخصصة لبعض الحالات التجارية.
- تسهيل النقاش بين الأطراف وتحديد فيما إذا كان النزاع يخضع لأحد إجراءات الويبو.
- تقديم خدمات على مستوى عمليات التحكيم المخصصة بموجب قواعد الأونيسترال للتحكيم.

الفرع الثاني: المصادر المباشرة

ازداد الاهتمام بالتحكيم التجاري بازدياد التبادل التجاري وتوسع دائرة المعاملات التجارية والعلاقات الاقتصادية، حيث أصبحت العقود التجارية غالباً ما تتضمن شرط التحكيم، رغبةً من الأطراف المتنازعة في التعامل التجاري الدولي بتجنب إخضاع نزاعاتهم الناشئة عن تلك العلاقات إلى قضاء إحدى الدول، لذا وجد المجتمع الدولي الحاجة تستدعي إعداد اتفاقيات تعالج القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري وكيفية الاعتراف بأحكام المحكمين².

الفقرة الأولى: اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها لسنة 1958

جاءت اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها لسنة 1958 لتفادي المشاكل القانونية التي واجهت الدول والأطراف المتنازعة في ظل بروتوكول 1923 و اتفاقية 1927 لاسيما من حيث الاعتراف بالحكم التحكيمي.

حيث اهتمدى القائمون على اتفاقية 1927 إلى ضرورة الاعتراف بالحكم التحكيمي في البلد الذي يجري فيه التحكيم. وكانت غرفة التجارة الدولية قد أعدت مشروعاً لمراجعة اتفاقية 1927 وعرضه على الأمم المتحدة. وبعد سلسلة من المشاورات تمّ دمج النصين في اتفاقية واحدة وهي اتفاقية نيويورك 1958³.

¹ <http://www.wipo.int/amc/fr/center/background.html>.

تاريخ الاطلاع 22 سبتمبر 2017 على الساعة 17.00

² فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006، ص29.

³ Eric E. BERGSTEN, Cours sur le règlement des différends relatifs au commerce international, aux investissements et à la propriété intellectuelle, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, New York et Genève, 2005, p26.

وُعتبر هذه الاتفاقية الانطلاقة الحقيقية للتحكيم التجاري الدولي. حيث تلتزم الدول الـ 135 الأعضاء فيها بالاعتراف باتفاق التحكيم، وبالاعتراف بأحكام التحكيم الصادرة من بلد أجنبي. وبهذا الالتزام، تتعهد هذه الدول أيضا بعدم إخضاع موضوع النزاع للمحاكم الوطنية طالما تمسك الأطراف بالتحكيم. وهكذا فإنَّ حكم التحكيم نافذ في هاته الدول حسب الإجراءات القانونية المنصوص عليها في كل دولة¹.

وتأخذ الاتفاقية بمكان صدور الحكم لمعرفة الحكم الأجنبي بالنسبة للدولة المراد اعترافها به وتنفيذه فيها. حيث تنص المادة الأولى منها على ما يلي: "تُطبق هذه الاتفاقية على أحكام التحكيم الصادرة في إقليم دولة غير تلك التي يطلب فيها الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، الناشئة عن خلافات بين أشخاص طبيعيين أو معنويين. وتطبق أيضا على أحكام التحكيم التي لا تعتبر أحكاما وطنية في الدول التي يطلب فيها بالاعتراف بها وتنفيذها"².

وجاءت المادة الثانية لتؤكد ضرورة الاعتراف باتفاق التحكيم، واشترطت في هذا الأخير الكتابة، كأن يكون ذلك في العقد أو في الرسائل المتبادلة بينهما. كما أوجبت على الدول المنضمة إلى الاتفاقية الاعتراف باتفاق التحكيم لحل المنازعات التي تنشأ عن العلاقات العقدية أو غير العقدية، طالما كان موضوع النزاع في الأمور التي يجوز حلها بالتحكيم³.

حيث نصّت على ما يلي: "1- تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي تلتزم بموجبه الأطراف اللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتها التي نشأت أو تنشأ عن علاقة قانونية معينة فيما بينها سواء أكانت علاقة تعاقدية أم غير تعاقدية، متى ما تعلقت بمسألة يجوز حلها بالتحكيم.
2- ويُقصد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم الوارد في عقد أو مشاركة تحكيم وقعته الأطراف أو تضمنته رسائل أو بقرات متبادلة بينهم.

¹ Ibidem, p 33.

² Art 1/1 : « La présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées ».

³ فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 38-39.

3- على محكمة الدولة المتعاقدة -عندما يقصدها أطراف أبرموا اتفاقاً بمفهوم هذه المادة- أن تحيلهما إلى التحكيم، بطلب من أحدهما، إلا إذا قُدِّرت أن ذلك الاتفاق باطل أو لا أثر له أو لا يمكن تطبيقه¹.

ونصت المادة الثالثة على ما يلي: "تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه طبقاً لقواعد الإجراءات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ وطبقاً للشروط المنصوص عليها. ولا تفرض -للاعتراض أو تنفيذ أحكام المحكمين التي تطبق عليها أحكام هذه الاتفاقية- شروطاً أكثر شدة ولا رسوم قضائية أعلى قيمة من تلك التي تفرض للاعتراض وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنيين"². ويرى البعض أنّ اتفاقية نيويورك تستبعد المادة 3 من اتفاقية جنيف والتي نصّت على إمكانية تعيين محكمين من الأجانب³. وهكذا تكون اتفاقية نيويورك أحالت تنفيذ الحكم التحكيمي إلى قواعد الإجراءات في بلد التنفيذ، ولكنها أضافت إلى اتفاقية جنيف تكملة أساسية توفر الحكم التحكيمي الدولي فرصاً أفضل، إذ أقرّت في الفقرة الثانية بتنفيذ الأحكام التحكيمية وفقاً لقواعد الإجراءات المتبعة في الإقليم المطلوب التنفيذ فيه⁴، غير أنّها أحالت هذا النص دون التفريق بين الأحكام التحكيمية الأجنبية والأحكام التحكيمية الداخلية، وتشديد تنفيذ الأولى في قواعد الإجراءات، حيث يصبح درب تنفيذ الأحكام الداخلية يسيراً، فيما يصبح تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية عسيراً. ومع هذا النص

¹ Art 2 : « Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.

² On entend par "convention écrite" une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes.

³ Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ».

⁴ Art 3 : « Chacun des États contractants reconnaît l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales ».

³ Art 3 : « Dans les arbitrages soumis à la présente convention , les étrangers peuvent être désignés comme arbitres ».

⁴ Art 3 : « Chacun des États contractants reconnaît l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales ».

أصبح ما يطبق على الأحكام التحكيمية الداخلية، هو نفسه الذي يطبق على أحكام التحكيم الأجنبية من قواعد للتنفيذ. أي أنّ اتفاقية نيويورك حققت مساواة الأحكام التحكيمية الداخلية بالأحكام التحكيمية الأجنبية¹.

الفقرة الثانية: اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1958

وتتلخص أهم أحكام هذه الاتفاقية في ما يلي:

1- من حيث نطاق تطبيق الاتفاقية:

تطبق أحكام الاتفاقية على المنازعات المتعلقة بالاستثمارات والتي تنشأ بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول المتعاقدة الأخرى، وإن أحكام الاتفاقية لا تطبق على أطراف النزاع إلا إذا قبلت الأطراف المتنازعة باللجوء إلى حسم النزاع وفقاً للاتفاقية².

2- من حيث حرية الأطراف،

لم تحدد الاتفاقية صيغة محددة لاتفاق التحكيم، لذا يمكن أن يتم التعبير بوضع شرط التحكيم بالعقد الخاص بالاستثمار أو في اتفاق مستقل أو بالنص بأن المنازعات تحسم وفقاً لاتفاقية واشنطن، كما أكدت الاتفاقية على مبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى الإجراءات. وفي حالة عدم الاتفاق تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة التي هي طرف في النزاع³.

3- حجية حكم التحكيم:

تنص الاتفاقية على أنّ حكم التحكيم يُعتبر مُلزماً بالنسبة للأطراف وغير قابل للطعن فيه فيما عدا الحالات المنصوص عليها في الاتفاقية، كما أوجبت الاتفاقية على الدول الأعضاء الاعتراف بأن جميع الأحكام الصادرة وفق الاتفاقية ملزمة، وأن تضمن تلك الدول تنفيذ الالتزامات المالية المطلوب تنفيذها على إقليمها كما لو كانت حكماً نهائياً صادراً عن محاكم تلك الدول⁴.

¹ عبد الحميد الأحمد، اتفاقية نيويورك حول الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية . تنفيذ أحكام المحكمين الأجانب بين اتفاقيتي نيويورك وجنيف، مجلة الحياة، العدد رقم 13814، المملكة العربية السعودية، 09 جانفي 2001، ص 13.

² فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 57.

³ عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، الجزء الثاني (التحكيم الدولي)، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1998، ص 659.

⁴ عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص 698-699.

وبناء عليه فإنّ هذه الاتفاقية استحدثت نوعاً جديداً من التحكيم الخاص بالنزاعات التي تنشأ بين الدول و الأشخاص الأجانب التابعين للقانون الخاص، وبموجب الإقرار بالقرار التحكيمي يعطي لهذا القرار القوة ذاتها التي يتمتع بها الحكم القضائي الصادر عن أي بلد من البلدان الأعضاء الذين وقعوا على الاتفاقية¹.

الفقرة الثالثة: القانون النموذجي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985

وتتلخص أهم أحكام هذا القانون فيما يلي:

1- نطاق تطبيق القانون:

ينحصر تطبيق القانون النموذجي على التحكيم التجاري الدولي، وقد حدد القانون في المادة الأولى منه الحالات التي يكون فيها التحكيم دولياً.

2- اتفاق التحكيم:

عرّفت المادة السابعة من القانون اتفاق التحكيم بأنه: "اتفاق الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم، جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل".

ويتبين لنا أن اتفاق التحكيم حسب ما ورد في هذه المادة، يمكن أن يكون ضمن شرط تحكيمي سابق للنزاع، أو باتفاق لاحق للنزاع، لكن يجب أن يكون الاتفاق مكتوباً. ويُعتبر الاتفاق مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين، أو في تبادل رسائل أو توكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلبي واللاسلكي، أو في تبادل المطالبة والدفاع الذي يدعي فيه أحد الطرفين وجود الاتفاق ولا ينكره الطرف الآخر، أو بالإشارة إلى عقد ما مشتمل على شرط تحكيم.

3- استقلالية اتفاق التحكيم:

كرّس القانون النموذجي قاعدة استقلالية الاتفاق التحكيمي عن الأصل من خلال إعطاء السلطة للمحكم الفصل في موضوع اختصاصه، وإعطاء السلطة للمحكم البحث في وجوه صحة العقد الأصلي

¹ إيناس الخالدي، مرجع سابق، ص 54-55.

الذي يرد فيه شرط التحكيم واعتبار أن شرط التحكيم الوارد ضمن نصوص العقد الأصلي لا يخضع بالضرورة إلى مصير العقد الأصلي، بل يُعد اتفاقاً مستقلاً عنه¹.

4-حجية القرار التحكيمي:

نصّت المادة 35 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على ما يلي: "يكون قرار التحكيم ملزماً بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه". كما أكّدت المادة 36 من نفس القانون على أنه لا يجوز رفض الاعتراف بأي قرار تحكيم أو رفض تنفيذه بغض النظر عن البلد الذي صدر فيه إلا للأسباب الواردة حصراً في القانون.

وعالجت باقي مواد القانون كافة مراحل التحكيم، ابتداءً من تحديد المقصود باتفاق التحكيم وآثار العقد التحكيمي، إلى تشكيل هيئة التحكيم واختصاصاتها وسير مجريات العملية التحكيمية حتى إصدار القرار التحكيمي والطعن فيه.

وعرف هذا القانون عدّة تعديلات آخرها كان سنة 2010، وهي تعديلات تتماشى مع التطورات التي تمس عالم التجارة المتسارع لا سيما التجارة الإلكترونية التي تفرض يوماً بعد يوم معطيات جديدة تستدعي معالجتها قانونياً.

الفقرة الرابعة: القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996

قامت لجنة الأمم المتحدة بإصدار القانون التجاري الدولي (الأونسترال)، ولعل الغرض من هذا القانون النموذجي هو أن يقدم للمشرعين الوطنيين مجموعة من القواعد المسموحة دولياً، كتهيئة بيئة قانونية تكون أكثر أماناً للمعاملات التجارية الإلكترونية، وكذا وجود آلية أو كيفية لإزالة العقبات القانونية التي تقف في وجه التجارة الإلكترونية. ولأجل تحقيق ذلك أخذ القانون بمبدأ التناظر الوظيفي، أي مبدأ التكافؤ بين الكتابة التقليدية و الكتابة الإلكترونية لا من ناحية الوظائف ولا من ناحية القيمة القانونية.

الفقرة الخامسة: التوجيه الأوروبي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 2000

قام الاتحاد الأوروبي بتوجيه الدول الأعضاء، بالألا تضع في تشريعاتها الداخلية عقبات قانونية تحول دون استخدام آليات تسوية المنازعات إلكترونياً بعيداً عن القضاء، حيث أكّد التوجيه الأوروبي رقم 31

¹ عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص ص 125-126.

لسنة 2000 والمُسمى بتوجيه التجارة الإلكترونية، في المادة 17 منه على ما يلي "حلّ النزاعات بطرق بديلة عن القضاء

1- تعمل الدول الأعضاء، في حالة وجود خلاف بين مقدم خدمات مجتمع المعلومات والمتلقي للخدمة، أن لا تحول تشريعاتها دون استخدام آليات تسوية المنازعات خارج المحاكم المتاحة في القانون الوطني، بما في ذلك الوسائل الإلكترونية المناسبة.

2- تُشجع الدول الأعضاء الهيئات البديلة للقضاء في حل النزاعات، ولا سيما فيما يتعلق بمنازعات المستهلكين، على العمل بطريقة تكفل الضمانات الإجرائية المناسبة للأطراف المعنية.

3- تُشجع الدول الأعضاء هيئات تسوية المنازعات خارج المحكمة على إبلاغ اللجنة بالقرارات الهامة التي تتخذها فيما يتعلق بخدمات مجتمع المعلومات وأية معلومات أخرى عن الممارسات أو الأعراف المتعلقة بالتجارة الإلكترونية"¹.

الفقرة السادسة: القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني لسنة 2001

وهو كالقانون السابق صادرٌ عن لجنة الأمم القانون التجاري الدولي (الأونسترال)، حيث جاء هذا القانون النموذجي ليُطبق حيث ما تُستخدم توقيعات إلكترونية في سياق الأنشطة التجارية، والغاية منه هي التغلب على الصعوبات التي تكتنف إثبات المعاملات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية، وفي سبيل تحقيق ذلك حدّد القانون الشروط الواجب توافرها في التوقيعات الإلكترونية، على نحو يتفق مع مفهوم وشروط التوقيعات التقليدية، وأن يستوي أن يكون الشخص الموقع شخصا طبيعيا أو معنويا، وأنه يجوز أن يقوم بالتوقيع الشخص نفسه أو من يوكله قانونا، كما أخذ القانون بمبدأ التناظر الوظيفي بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي، حيث أكّدت الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذا القانون أنّه حيث

¹ Art 17 : « Règlement extrajudiciaire des litiges :

1. Les États membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés.

2. Les États membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire, notamment en ce qui concerne les litiges en matière de consommation, à fonctionner de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées.

3. Les États membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire des litiges à communiquer à la Commission les décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information ainsi que toute autre information sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique ».

ما اشترط القانون وجود توقيع من شخص، يُعد ذلك الاشتراط مستوفيا بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيعاً إلكترونياً موثقاً به¹.

الفقرة السابعة: اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقد الدولية لسنة 2005

تهدف هذه الاتفاقية إلى اعتماد قواعد قانونية موحدة لإزالة العقبات القائمة أمام استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، وفي سبيل تحقيق الغرض من الاتفاقية أخذت هذه الأخيرة بمبدأ التناظر الوظيفي، أي التكافؤ بين الخطابات الإلكترونية والكتابات الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية من جهة، وبين الكتابات العادية والتوقيعات التقليدية من جهة أخرى، سواء من حيث القيمة أو من حيث الوظيفة².

المطلب الثاني: مبادئ التحكيم الإلكتروني

لا يختلف التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي بشكل كبير من حيث المبادئ التي يركز عليها، وسوف نبسطها تالياً في الفروع التالية.

الفرع الأول: مبدأ سلطان الإرادة

وضعت هذا المبدأ أو القاعدة محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 5 من ديسمبر عام 1910، حيث قضى بحق الأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق على مختلف علاقاتهم التعاقدية، سواء عبّر هؤلاء عن إرادتهم بشكل صريح أو بشكل ضمني³.

ويعني هذا المبدأ أنّ التحكيم اختياري، فلا يملك أحد الأطراف إجبار خصمه على اللجوء إليه في حالة عدم وجود مشاركة تحكيم أو شرط تحكيمي، فإذا لجأ المتخاصمان إلى التحكيم وكانت إرادتهما حرة فعليهما أن يلتزما وينفذا ما يصدر عن المحكم الذي قاما باختياره.

كما يسري مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم أيضاً على تحديد القانون الموضوعي والإجراءات واللغة والمكان وتعيين المحكمين وردهم وغير ذلك بشرط أن يبقى التحكيم في الهدف الذي تم اللجوء إليه من أجله، كما لا يجب أن تعارض مع قواعد النظام العام.

¹ Art 6/1 : « Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données s'il est fait usage d'une signature électronique dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière. ».

² خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 287.

³ Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Traité de droit international privé, L.G.D.J. 1983, 6^e éd, Tome.II, p.257.

ولقد قنّ المشرع الفرنسي مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع في قانون الإجراءات المدنية، فقد نصّت المادة 1496 منه على أنه: "يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف..."¹.

وهو ما ذهب إليه المشرع المصري أيضاً، فقد نصّت المادة 39، الفقرة 1، من قانون التحكيم على ما يلي: "تُطبّق 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".

ونصّ المشرع الجزائري في المادة 18، الفقرة 1 قانون مدني، على ما يلي: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد". والملاحظ هنا، هو أنّ المشرع اشترط لتطبيق القانون المختار من الأطراف أن يكون لهذا الأخير صلة بالمتعاقدين أو بالعقد، وأن تكون هذه الصلة حقيقية. فإن تعذر ذلك يُطبق قانون الموطن أو الجنسية المشتركة أو قانون محل إبرام العقد¹.

ويتضح مما سبق، أنّ هؤلاء المشرعين قد أخذوا بفكرة الاستقلال المطلق لإرادة الأطراف في اختيار القانون أو القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، حيث لم يقيدوا إرادة الأطراف بأي قيد في هذا الخصوص. وبالتالي يجوز لهم اختيار أي قانون وطني لدولة معينة ولو لم يكن له صلة بالعقد محل التحكيم².

الفرع الثاني: مبدأ المواجهة

يُعد هذا المبدأ أمراً جوهرياً يتعين على المحكمة احترامه باعتباره ضماناً أولية للوصول إلى حكم عادل، وفي ضوء المرونة التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني، فإن للأطراف الحرية في اختيار الشكل الذي يروونه مناسباً لتوجيه الدعوة، والتكليف بالحضور، حيث نصت غالبية التشريعات الخاصة بالتحكيم على المستويين الدولي والوطني، على أن يكون إعلام المطلوب إبلاغه بواسطة البريد الإلكتروني، أو أية وسيلة اتصال أخرى تعطي إثباتاً على إرسالها.

الفرع الثالث: مبدأ الاستمرارية

¹ المادة 18، الفقرة 2 و 3: "...وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد".

² سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 56.

إن ضمان مبدأ الاستمرارية أمر ضروري ومرتكز أساسي تقوم عليه عملية التحكيم، ولا يتصور أن يحقق التحكيم النتائج المرجوة منه إذا ما كان هناك مساس بهذا المبدأ، فالتحكيم الإلكتروني يستجيب لتحقيق الهدف من مبدأ الاستمرارية، وهو سرعة الفصل في النزاع بشكل أوضح مما هو عليه في التحكيم التقليدي.

الفرع الرابع: مبدأ المساواة

يقوم هذا المبدأ على أساس تساوي مراكز الأطراف أمام هيئة التحكيم بخصوص إجراءات نظر النزاع الخاص بها والمساواة بهذا المفهوم يمكن أن تتحقق في مجال التحكيم الإلكتروني وهذا يفترض إلمام أطراف المنازعة بشكل كاف بكيفية التعامل مع الأجهزة الإلكترونية.

الفرع الخامس: مبدأ استقلال شرط التحكيم

إذا كانت اتفاقية نيويورك قد خلت من بند صريح بخصوص استقلالية اتفاق التحكيم، فإن البعض يرى أنّ الاتفاقية أشارت إلى أنه يمكن أن يخضع إلى قانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي. مما يعني أن اتفاقية نيويورك تضمنت فكرة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي¹.

ومن البديهي أن تكون هناك آثار لهذه الاستقلالية. حيث يؤدي استقلال مصير اتفاق التحكيم الإلكتروني عن العقد الأصلي إلى نتيجتين أساسيتين يمكن تلخيصهما على النحو الآتي²:

- إمكانية خضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني لقانون آخر غير قانون العقد الأصلي.
- تمكين المحكم من الفصل في مسألة اختصاصه بالفصل في النزاع: بحيث إذا كان هناك ترابط بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم، فلا يمكن للمحكم أن يباشر الفصل في الدعوى وذلك لعدم وجود العقد الأصلي، في حين أنه يترتب على مبدأ الاستقلال ممارسة المحكم لاختصاصه. وقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 1040، الفقرة الرابعة، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على استقلالية شرط التحكيم، حيث جاءت كما يلي: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

وفي مصر أكدّت المادة 23 على أنّ اتفاق التحكيم لا يتأثر بالعقد الأصلي من حيث البطلان أو الفسخ أو الإنهاء، حيث نصّت على ما يلي: "يُعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد

¹ سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 97.

² عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 82.

الأخرى ولا بترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنتهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته".

وعالج المشرع الفرنسي مسألة أثر بطلان شرط التحكيم على العقد الأصلي الذي يشتمل على الشرط مقررًا أن بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على العقد الأصلي الذي تضمن شرط التحكيم، إذ نصّت المادة 1446 من قانون الإجراءات المدنية على مايلي: "اتفاق التحكيم مستقل عن العقد الذي يتعلق به، ولا يتأثر ببطلانه.

إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً، فإنه يعد غير مكتوب"¹.

الفرع السادس: مبدأ الاختصاص

أي أنّ هيئة التحكيم المعينة في مشاركة التحكيم هي الوحيدة التي لها الحق في الفصل بنظر منازعة التحكيم والفصل فيها.

ولا يجب الخلط بين صلاحية هيئة التحكيم وسلطتها المطلقة في الفصل في النزاع المطروح عليها، وفكرة إمكانية اللجوء إلى القضاء للمساعدة، لا سيما وأنّ المحكم لا يجوز سلطة الجبر والقهر التي يجوزها القاضي بموجب القانون.

الفرع السابع: مبدأ عدم قابلية حكم التحكيم للطعن

من المفترض أن لا يخضع حكم التحكيم لإجراءات الطعن التي ترد على الأحكام القضائية كالاستئناف والنقض أو إعادة النظر، وهو ما ينسجم مع أهم مزايا التحكيم وهي السرعة في فض المنازعات والرغبة في تفادي إجراءات المحاكم، وإلا فما الغاية من اللجوء للتحكيم إذا سمحنا للمحكّمين إمكانية الطعن بالأحكام الصادرة عن المحكمين؟²

المطلب الثالث: أنواع التحكيم الإلكتروني

لا يصعب التمييز بين التحكيم العادي والتحكيم الإلكتروني إذ ليس هناك فرق كبير بينهما، فإذا كان الأول يعتمد على المستندات والوثائق فالثاني يعتمد على قواد الحياة الإلكترونية. أما ما سوى ذلك فلا يختلف التحكيم الإلكتروني عن التحكيم العادي.

إنّ ما يميز التحكيم الإلكتروني عن التحكيم العادي، كما هو الأمر في الفرق بين العقد الإلكتروني والعقد العادي، هو استعمال الوسائل الإلكترونية، وهذه الوسائل تنسحب فيما بعد على المحكمة

¹ Art 1446 : « Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite ».

² عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 56.

التحكيمية، وما يتبعها من شهود وخبراء، وحكم تحكيمي وتنفيذ لهذا الحكم ونفقات تحكيمية ونقود إلكترونية، وذلك كله ضمن مفهوم المستند الإلكتروني، والاتصال عن بعد، وقواعد التحكيم الإلكتروني، بوجه عام¹. وعلى هذا الأساس فإن أنواع التحكيم الإلكتروني هي نفسها المتعلقة بالتحكيم العادي. وسوف نتعرض لها تباعا.

الفرع الأول: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري

الأصل في التحكيم هو أن يكون اللجوء إليه خاضعا لإرادة الأطراف أي أن لا يكون مفروضا عليهم، وهذا هو التحكيم الاختياري. ويرتكز التحكيم الاختياري على إرادة الأطراف وإقرار المشرع لهذه الإرادة².

ونجد أنّ المشرع الجزائري قد نصّ في المادة 1006 على حرية الأفراد في اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي يملكون التصرف فيها، حيث جاءت الفقرة الأولى من هذه المادة كما يلي: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

وقد أكد ذلك المشرع المصري عندما نصّ في المادة الرابعة، الفقرة 1 من قانون التحكيم على ما يلي: (ينصرف لفظ "التحكيم" في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي يتفق عليها طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أو مركزا دائما للتحكيم أو لم تكن كذلك).

أما القانون الفرنسي فقد نصّ في القانون المدني بموجب المادة 2059 على نفس العبارة الموجودة في القانون الجزائري، حيث جاءت المادة كما يلي: "لكل الأشخاص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي لهم مطلق التصرف فيها"³.

أما التحكيم الإجباري فهو التحكيم الذي يلزم الأطراف يلزم المشرع المتخاصمين باللجوء إليه كطريق لحل النزاع. وهو غالبا ما تسبقه عملية التفاوض بين المتنازعين، وعند فشل مفاوضات التسوية الودية، يصار عندها إلى عملية التحكيم الإجبارية، حيث يتم طرح النزاع على هيئة التحكيم التي نص القانون على تشكيلها⁴.

¹ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 49.

² تنظم القوانين المختلفة قواعد التحكيم في قوانين خاصة للتحكيم كما هو الحال في فرنسا و مصر، أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما في الجزائر.

³ Art 2059 : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ».

⁴ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص 64.

ونجد هذا التحكيم في التشريعات المقارنة إجباريا حسب المسائل، ففي القانون الجزائري تكون النزاعات التي تكون المؤسسات العمومية طرفا فيها خاضعة للتحكيم الإلزامي. ونظم المشرع المصري التحكيم الإجباري في منازعات العمل الجماعية. ونصّ عليه أيضا في القانون المصري رقم 97 لسنة 1983 بإصدار قانون هيئات القطاع العام وشركاته، إذ قضى في المادة 56 منه بما يلي: "تختص هيئات التحكيم المنصوص عليها في هذا القانون دون غيرها بنظر المنازعات التي تنشأ بين شركات القطاع العام بعضها وبعض أو بين شركة قطاع عام من ناحية وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو مؤسسة عامة من ناحية أخرى". وعلى الصعيد الدولي نجد التحكيم الإجباري موجودا في بعض الاتفاقيات الدولية أو في صورة شروط عامة يجب اتباعها في بعض المجالات، كما هو الشأن في الشروط التي وضعها مجلس المعونة الاقتصادية المتبادلة (الكوميكون) في عام 1968 وهي تلك التي تحكم بيع البضائع بين منظمات التجارة الخارجية في بلدان الكوميكون¹.

الفرع الثاني: التحكيم بالقانون أو بالقضاء والتحكيم بالصلح

تبعاً لهذا المعيار نجد أن المحكم في "التحكيم بالقانون" يكون ملزماً بسلطة القضاء في المنازعة المعروضة عليه، فيتقيد حكمه بالقواعد الموضوعية والإجرائية للقانون الذي يحكم من خلاله في النزاع. وكما يمكن أن يكون هذا القانون موحداً لسائر مراحل عملية التحكيم، فإنه يجوز أن يتم إخضاع كل مرحلة لقانون مختلف، وذلك حسب إرادة المحكّمين². أما "التحكيم بالصلح"، فهو التحكيم الذي لا يتقيد فيه المحكم بقواعد القانون الموضوعي، ولا يكون حكمه قابلاً للطعن فيه، لأن له سلطة الحكم في النزاع المعروض عليه، وفقاً لما يراه عادلاً أو ملائماً لمصلحة الأطراف، بغض النظر عن موافقة رأيه لقواعد القانون الموضوعي، أو عدم موافقته له³.

¹ سمير جاويد، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://www.law-arab.com/2015/02/Optional-arbitration-and-compulsory-arbitration.html>

تاريخ الاطلاع: 28 سبتمبر 2017 على الساعة 18:01

² إبراهيم أحمد إبراهيم، "اختيار طريق التحكيم ومفهومه"، الدورة العامة لإعداد المحكم، مركز حقوق عين شمس، مصر، 22-27 جانفي 2000، ص 251.

³ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص ص 28-29.

وينص المشرع المصري على هذا النوع من التحكيم في المادة 39 الفقرة 4 من قانون التحكيم المصري رقم 27 سنة 1994 كما يلي: "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح، أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقييد بأحكام القانون".

الفرع الثالث: التحكيم الخاص (الحر) والتحكيم النظامي (المؤسستي)

التحكيم الحر هو ذلك التحكيم الذي يعطي الحرية الكاملة للخصوم في تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعها المحكم الذي يختارونه لكي يفصل في النزاع المطروح عليه وفقا لهذه القواعد سواء كانت إجرائية أو موضوعية وفي المكان الذي يحددهونه بما لا يتعارض مع القواعد الآمرة أو النظام العام. وقد ظهر التحكيم الحر قبل ظهور التحكيم المؤسسي، وفيه يعطي حرية كبيرة للأفراد في اختيار المحكمين الذين يضعون فيهم ثقتهم اعتمادا على خبرتهم في حل النزاع، وقد تكون القواعد والإجراءات المتبعة لحل النزاع أكثر مرونة وواقعية عنها في قواعد التحكيم المؤسسي، كما أن عامل السرية والسرعة في حل النزاع، قد يكون أكثر ما يميز هذا النظام، كما أنّ الاعتماد على مؤسسة أو هيئة لحل النزاع القائم، قد يأتي بكثير من القواعد والإجراءات التي قد تكون على عكس توقعات الأفراد والتي قد تساعد على إطالة زمن التحكيم لتأخر فهم الخصوم لها وما يتبعها من تحضير مستندات، ودفع تستطيع الرد على هذه القواعد والإجراءات.

والتحكيم الحر يعطي الخصوم حرية اختيار من يشاؤون من المحكمين مع تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعونها، وكذلك القانون الواجب التطبيق، ومكان التحكيم وهوية المحكم، فهو تحكيم طليق من أي قالب جاهز مسبقا، وهو تحكيم خاص بحالتهم دون غيرهم، ويتميز بأنه أسلوب مثالي إذا تصدى له محكم كفء لحسم منازعات التجارة الدولية، وهو قليل التكاليف ويحقق سرية أكبر من التحقيق المؤسستي، حيث أنّ هذا الأخير يضم محكمين من جنسيات مختلفة، ويؤدي إلى تسريب الأسرار وإفشائها، ويتبع التحكيم الحر القواعد الإجرائية بمرونة أكبر ويحقق أيضا السرعة¹.

والتحكيم الحر يراعي مصالح الدولة فلا يثير الاعتبارات المتعلقة بسيادة الدولة، وذلك خلافا للتحكيم المؤسستي الذي تحرض الدول على تجنبه وتفضل التحكيم الحر عليه، وذلك لأنّ مراكز التحكيم قلما تخلو من تحيز أو ارتباط بدولة المقر، وهي اعتبارات تم الكثير من الدول ولا سيما الدول

¹ شاكر العبسي، التحكيم التجاري الدولي، ابن اليمن للطباعة والنشر، صنعاء، اليمن، 2000، ص 148.

النامية¹. لذلك فإنّ كثيرا من المنازعات يفضل أطرافها اللجوء إلى التحكيم الحر كما هو الشأن في حالات التحكيم في عقود البترول².

أمّا التحكيم المؤسسي فهو ذلك التحكيم الذي تتولاه هيئات ومنظمات دولية أو وطنية، وفق قواعد وإجراءات موضوعة ومحددة سلفا، تحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات، وقد شاع انتشار مراكز التحكيم، وبخاصة بعد الحرب العالمية الثانية، وقد عظمت أهميتها بعد انتشار الاقتصاد الحر والتجارة الدولية، ومن هذه المراكز ما هو متخصص في مجال معين كتجارة القطن أو الحبوب مثلا، ومنها ما هو عام يتولى التحكيم في مختلف أوجه النشاط التجاري، ومنها ما هو وطني. ولقد أصبح التحكيم المؤسسي هو الأساس في مجال التجارة الدولية، فالأطراف عادة ما يفضلون الاستعانة بأنظمة التحكيم المؤسسي لما تكلفه من تنظيم مسبق ومفصل لمعظم مسائل التحكيم، مما يمكنهم من تفادي مسألة عدم الخبرة في وضع قواعد وإجراءات التحكيم واستهلاك مزيد من الوقت في الاتفاق على هذه القواعد كما هو الحال في نظام التحكيم الحر، هذا فضلا عن الإمكانيات الإدارية والمالية والتنفيذية التي تتمتع بها تلك الهيئات وتضعها بين أيدي الأفراد، وكذا الخبرة التي تتمتع بها تلك الهيئات نظرا لوجود قواعد عملية وواقعية ثم تجربتها وثبت نجاحها في العديد من المنازعات التي فصلت فيها.

وللتحكيم المؤسسي هيئات أو منظمات دولية أو وطنية قائمة تتولاه، ويطبق بشأنه قواعد وإجراءات محددة وموضوعة مسبقا من قبل الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لها³. ولوائح هذه الهيئات تكون واجبة التطبيق بمجرد اختيار الأطراف هذه الهيئات للفصل في النزاع، ولقد أصبح التحكيم المؤسسي هو القاعدة في مجال التجارة الدولية⁴، حيث يفضل الأطراف اللجوء إلى هذه المراكز التحكيمية لأنها توفر لهم الكوادر المتخصصة والمدربة، الأمر الذي يسير عملية التحكيم، وإجراءاته⁵.

وعند عدم اتفاق الأطراف على مقر التحكيم، وعلى القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع، فإنّ لوائح هذه المراكز تتضمن قواد تساعد على تخطي هذه العقبات⁶.

1 نفس المرجع، ص 150.

2 سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 144.

3 عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص 31.

4 محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1990، ص 49.

5 شاكر العبسي، مرجع سابق، ص 148.

6 محمد يوسف عنوان، "تسوية منازعات العقود الاقتصادية الدولية"، مجلة نقابة المحامين، الأردن، ملحق رقم 1، أكتوبر 1977، ص 105.

و يتناسب التحكيم المؤسسي مع مصلحة الأطراف في إنهاء النزاع، وذلك حتى لا يعرقل أحدهما العملية التحكيمية ، فيؤمن سيرها بفاعلية إلى حين إصدار الحكم، كما قد يكون هو المخرج الوحيد وذلك عندما يتعلق الأمر بتحكيم متعدد الأطراف حيث تثار مشكلة اختيار المحكمين وتشكيل هيئة المحكمين. ويتم حل هذا الأمر عن طريق قيام المؤسسة التي يجري التحكيم فيها باختيار المحكمين وتشكيلها، وهذا الأمر لا يكون إلا في التحكيم المؤسسي، حيث أنّ المؤسسة التي تجري التحكيم هي السلطة المختصة بتعيينهم¹.

غير أنّ البعض يرى أنّ التحكيم المؤسسي تكاد تنعدم فيه مظاهر الرضائية والاختيارية وحرية الإرادة، ممّا يمكن القول معه أنه أقرب للقضاء الإلزامي منه إلى التحكيم الاختياري الحر².

ويُعد مركز التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية أهم مركز للتحكيم المؤسسي على مستوى العالم خاصة فيما يتعلق بالمنازعات المصرفية. لذلك تولي غرفة التجارة الدولية عناية خاصة به، لضمان تسوية المنازعات التجارية الدولية حتى تظل التجارة تساهم في تطوير العلاقات بين كل الدول والمجتمعات والشعوب، خاصة إذا عرفنا أن جل التجارة العالمية يتم عن طريق القنوات المصرفية المتعددة³.

ويتم تمويلها عن طريق تسهيل الاعتمادات المستندية و الضمانات المصرفية بين العملاء وبنوكهم من جهة، وفيما بين البنوك من جهة أخرى، و من خلال هذا النشاط التجاري المصرفي يتوفر للمستهلك مختلف المتطلبات الأساسية.

وتجدر الإشارة إلى أنّ غرفة التجارة الدولية بباريس تتولى بكفاءة واستحقاق -عبر لجائها الفنية- إصدار التعليمات والأنظمة واللوائح المتعلقة بالاعتمادات المستندية والسداد والتسويات والضمانات المصرفية.

حيث تقوم الغرفة بدراسة وتقييم اللوائح والأنظمة الخاصة بأهم النشاطات المصرفية وفق المستجدات والممارسات التجارية حتى يتسنى الوقوف على الصعوبات والمشاكل ، وفي المقابل تقديم الحلول، والبدائل الفنية الأفضل.

¹ محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014، ص 308.

² شاكر العبسي، مرجع سابق، ص 148.

³ <http://www.law-arab.com/2015/02/Free-institutional-arbitration.html>

تاريخ الاطلاع: 28 سبتمبر 2017 على الساعة 11:30

بالإضافة إلى هذه المهام فإنّ الغرفة قامت أيضا بإصدار نظام خاص بالتحكيم في المنازعات التي تطرأ بين الأطراف عند استخدامها للوائح المنظمة للاعتمادات المستندية والضمانات المصرفية وكذلك أنظمة التسويات الموحدة بين البنوك وأنظمة التحصيل الموحدة، ونظام التحكيم هذا يسمى اختصارا بنظام "دوكدكس".

هذا النظام يتيح لأي طرف أن يتقدم بالطلب أو الشكوى إلى غرفة التجارة الدولية، وتقوم هذه الأخيرة بإحالة الشكوى إلى هيئة الخبراء الذين تختارهم لجنة الممارسات المصرفية التابعة لغرفة التجارة الدولية، ومن الشروط التي يجب التزام الخبراء بها هي السرية، و الاستقلالية التامة، و تجنب تضارب المصالح.

تطلع هذه اللجنة المتكونة من ثلاثة خبراء على الوقائع، ويتم تداول الطلبات و الردود و الإضافات بين الأطراف. كل هذا في فترة لا تتعدى 30 يوما ليتم تقديم مسودة قرارها التحكيمي إلى المركز، وهنا يجوز للمركز -بموجب نظام دوكدكس- الاستعانة برأي الخبير الفني التابع للجنة الممارسات المصرفية قبل صدور القرار النهائي ضمانا لتحقيق العدالة المهنية¹.

المبحث الثالث: أهمية التحكيم الإلكتروني في المعاملات المصرفية الإلكترونية

ربما أصبح التحكيم في الوقت الحاضر سمة هذا العصر، لأهميته الكبيرة وتزايد اللجوء إليه كأسلوب لحل المنازعات المتعلقة بالتجارة والاستثمارات الدولية، ولا سيما بعد انتشار العالم الإلكتروني، والتحكيم الإلكتروني².

ولأن التحكيم الإلكتروني غدا آلية من آليات تسوية منازعات التجارة الإلكترونية لاسيما المصرفية منها، فهناك من يرى أنه يتلاءم والمنازعات المتعلقة بعمل المصارف الإلكترونية نظرا للسرعة التي يتيحها اللجوء إليه وهو ما يتماشى مع التجارة الإلكترونية التي لا تتحمل الانتظار لوقت طويل. غير أنه هناك من يرى أن التحكيم الإلكتروني وفي مجال المعاملات المصرفية الإلكترونية محفوف بمجموعة من المشاكل والعيوب. سوف نحاول التطرق لوجهتي النظر المختلفتين من خلال المطالبين القادمين.

¹ <http://raqaba.co.uk/?q=content>

تاريخ الاطلاع: 15 أكتوبر 2017 على الساعة 16:30

² إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 17.

المطلب الأول: إيجابيات التحكيم الإلكتروني

لطريق التحكيم الإلكتروني ما يبرره، فهناك العديد من المزايا التي يجدها المتخاصمون فيه مقارنة بالسبيل العادي المتمثل في القضاء. وفيما يلي سنتناول أهم النقاط المحفزة للجوء إلى هذا الحل للفصل في النزاع.

الفرع الأول: التحرر من النظم القانونية المختلفة

عندما يوصف التحكيم بكونه دوليا، فهذا يعكس رغبة المتعاملين في التجارة الإلكترونية عموما والمعاملات المصرفية الإلكترونية خصوصا في التحرر، بقدر الإمكان، من القيود التي تفرضها النظم القانونية المختلفة. حيث تفرض هذه الأخيرة على القاضي الوطني تطبيق بعض القواعد التي لا تتسم بالمرونة أحيانا مع ما تقتضيهما أحيانا بعض المعاملات، الأمر الذي قد يؤدي إلى بقاء الإجراءات، وكذا زيادة التكاليف.

إنَّ تجاوز القوانين الوطنية - كما تحلو للبعض هذه التسمية كذلك - يؤدي إلى بعض النتائج الإيجابية على مستوى السرعة في حل النزاع وبأقل تكلفة ممكنة.

أولا: سرعة الإجراءات

يمتاز التحكيم بالسرعة في الفصل في النزاع، وهو ما يتماشى مع أهم خصائص التجارة الإلكترونية التي تُعنى بعامل توفير الوقت. ويتيح التحكيم الإلكتروني للأطراف المتنازعين خدمة ربح الوقت، حيث لا يُضطرون للتنقل إلى محكمة التحكيم التي لا تبعد عنهم سوى مسافة الارتباط بالإنترنت من خلال أي وسيلة إلكترونية تدعم ذلك. وهو أمر غير مشروط بزمان أو مكان معينين عكس ما هو الحال في التحكيم العادي، حيث يضطر الأطراف إلى الانتقال إلى محكمة التحكيم التي قد تبعد عن مجال إقاماتهم.

ويمكن أيضا من خلال الإنترنت تبادل الوثائق وتقديم الأوراق المطلوبة عبر خدمة البريد الإلكتروني مثلا أو غيرها من الخدمات التي لا تأخذ إلا وقتا يسيرا لا يكاد ذكرا مقارنة بالطريقة التقليدية.

كما أن إخضاع النزاع للتحكيم الإلكتروني من شأنه تجنب الإجراءات الشكلية التي تتعلق بالإثبات أو غيرها من الإجراءات التي تعوق حل النزاع أو تأخير الفصل فيه. والحقيقة أن إخضاع المنازعات للقضاء الوطني بما يتضمنه من إجراءات شكلية تؤدي إلى تأخير حصول الأطراف المعتبرة على حقوقها على العدالة في الوقت المناسب، يعد أمرا بالغ الضرر، إذ لا يعقل أن يلحق الضرر شخصا ولا يحصل على

حقه في جبر هذا الضرر إلا بعد سنوات طويلة. إن الحصول على التعويض بأسرع ما يمكن يكون ضرورياً وإلا أصبح الحكم الصادر بتقديره مفرغاً من مضمونه. ويبدو هذا الأمر واضحاً جلياً في مجال العلاقات التجارية التي لا يكفي فيها حصول الشخص على حقه، بل يجب أن يحصل عليه بسرعة¹. وبالمقارنة بالقضاء العادي فإن النظر في النزاع يتم من قبل محكم واحد، بينما يتولاه - في قضاء الدولة - أكثر من قاضٍ، وقد تتم حركة تنقلات إدارية في نفس المحكمة التي تتابع القضية، فيسند النزاع إلى قاضٍ آخر، فيحتاج هذا الأخير لفترة أخرى للإحاطة بالدعوى؛ وهذا لا يخدم مصالح المتنازعين. ويتميز التحكيم الإلكتروني بسهولة الحصول على الحكم، وذلك بسبب تقديم المستندات عبر البريد الإلكتروني أو من خلال الواجهة الخاصة التي صُممت من قبل المحكم أو مركز التحكيم الإلكتروني لتقديم البيانات والحصول على الأحكام موقعة من المحكمين².

وللسرعة أهميتها في العمليات المصرفية كالحساب الجاري وعمليات التمويل والاعتمادات، فطبيعة هذه العمليات قد تؤدي لإلحاق الضرر بالمصرف أو أحد عملائه، نتيجة للتغير المفاجئ في أسعار صرف العملات، أو في أسعار السلع والفوائد، وقد يتحقق الضرر نتيجة عدم الالتزام بصيغة الاعتماد، وهذا يؤدي لتحمل مصاريف إضافية وينجم عن ذلك ارتفاع في التكلفة وصعوبة في تصريف السلع والخدمات لكن إذا لم يكن المحكمون الذين يفصلون في النزاع من ذوي التأهيل المناسب فلن يتحقق تفادي النتائج السلبية المرتبطة ببطء القضاء³.

ثانياً: الاقتصاد في التكاليف

تؤدي سرعة حل النزاع عن طريق التحكيم إلى نتيجة أخرى وهي الاقتصاد في النفقات نظير ما يتيح من راحة للأطراف المتنازعة، إذ ليس عليهم أن يتحملوا مصاريف التنقل من مكان لآخر، وهو ما ينطبق أيضاً على المحكمين والشهود إن اقتضى الأمر ذلك. فشبكات الإنترنت تستوعب الجميع وإمكان كلٍ منهم أن يقوم بما مطلوب منه من خلال الاتصال بهذه الشبكة.

¹ سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 36.

² هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2012، ص 50.

³ هشام صادق، التوفيق والمصالحة، "وسائل حسم المنازعات في العمليات المصرفية"، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، 21 جوان

1998، ص 4.

كما يتميز التحكيم الإلكتروني بقلة التكلفة حيث تستعمل نظم الوسائط المتعددة التي تتيح استخدام الوسائل السمعية والبصرية في عقد جلسات التحكيم على الخط المباشر للأطراف وللخبراء، وهذا يقلل من نفقات السفر والانتقال¹.

ويُعد التحكيم أقل تكلفة أيضاً من ناحية أن نظر المنازعة غالباً ما يكون بمعرفة محكمين يتصفون بالحيادة والاستقلالية تجاه أطراف ينتمون إلى دول مختلفة في الثقافة والعادات القانونية. والحقيقة أن هذه الحيادة والاستقلالية تقلل من فرص الطعن في حكم التحكيم من جانب المحكوم ضده وذلك بما تعكسه هذه الحيادة والاستقلالية من ثقة الأطراف في محكمة التحكيم، وهذا ما يوفر من النفقات اللازمة للقيام بإجراءات الطعن².

الفرع الثاني: السرية والمرونة

أولاً: السرية

تناسب السرية معاملات المصارف عامة، والمعاملات الإلكترونية، وعقود نقل التكنولوجيا، أو تراخيص استغلال براءات الاختراع بشكل خاص والتي تحتاج للسرية وعدم نشر الأحكام؛ لذا نصت مختلف قوانين التحكيم على أن جلسات التحكيم سرية، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك.

ويتميز التحكيم بإحاطة معاملات المتعاملين في مجال التجارة بوجه عام، والتجارة الإلكترونية بوجه خاص بقدر كبير من السرية لما قد يؤدي الإفصاح عن هذه المعاملات، من إلحاق خسائر فادحة بهم، وفي سبيل ذلك يدرجون من الشروط ما يهدف إلى تشديد الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات³، ذلك لأن استخدام الوسائل الفنية في إدارة التحكيم الإلكتروني من شأنها أن تجعل الوصول إلى المعلومات، والبيانات الخاصة بالتجارة الإلكترونية، والنزاعات ذات العلاقة أمراً شبه مستحيل، وتقضي على حالات الإهمال المادي التي قد تؤدي إلى الكشف عن مضمون بعض الأحكام الخاصة بالنزاع⁴.

فاللجوء إلى التحكيم يجنب أطراف النزاع المصرفي مبدأ العلنية الذي يعتبر من أسس النظام القضائي، فالتحكيم يكون سريراً، حيث يحقق للأطراف كذلك اشتراط عدم نشر الأحكام، وهو الأمر الغير موجود في القضاء، حيث يعد مبدأ العلنية من أسس التقاضي، وإذا كان صحيحاً أن أحكام

¹ عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 55.

² فادي محمد عماد الدين توكّل، عقد التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 202-203.

³ محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 13-14.

⁴ بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 111.

التحكيم يتم نشرها، وهناك العديد من الدوريات المتخصصة في هذا المجال، فإن هذا النشر لا يتم رغم إرادة الأطراف والمحكمين، علاوة على أن عامل السرية لا يتوفر في كل عقود التجارة الدولية، ولكن يظل زمام الأمر دائماً في يد الأطراف والمحكمين¹.

أما بالنسبة للمصارف فإنّ علانية الخصوم تضر بسمعة المصرف والعميل، وهو ما يتفاداه نظام التحكيم سيما التحكيم بالصلح، حيث يمكن أن تكون الجلسات سرية لا يحضرها إلا الأطراف أو ممثلوهم والمحكمون ومن استدعت الضرورة حضوره، وبذلك يتمكن رجال الأعمال من إخفاء طبيعة نزاعهم وإجراءات التقاضي².

ثانياً: المرونة

إذا كان القانون التجاري مجموعة نصوص تنظم عمل التجارة التي تمتاز بالسرعة والمرونة، فإنّ التحكيم يأتي ليقدم الحلول للنزاعات المحتمل نشوؤها أثناء مباشرة هذه الأعمال، والتي لا تحتل التأخير الذي قد يعترضها عند اللجوء للقضاء. فالتحكيم إذن يقدم الحل السريع للخلاف، نتيجة اتباع إجراءات أكثر مرونة، تؤدي إلى تبسيط الإجراءات و تقليل التكلفة، مما يعني تقديم موضوع النزاع على شكلية الإجراءات خصوصاً في ظل ارتباط التحكيم بشكل عام بإرادة الأطراف، وعلى العكس من ذلك، فإنّ الإجراءات التي تتم أمام القضاء، تتسم بأنها طويلة ومعقدة، فالقاضي لا يأبه لموضوع النزاع وما يحتاجه من سرعة فصل، بقدر ما يتقيد النصوص الخاصة بالإجراءات.

وتسمح المرونة في الإجراءات للمتنازعين بتنظيمه على نحو ما يرونه، حيث يستطيع أطراف النزاع اختيار هذا النوع من التحكيم كوسيلة لحل منازعاتهم من بين الوسائل الأخرى المختلف عليها، وتنظيمه وفق الشكل الذي يرونه، وهذه الميزة التي أدت إلى بالتحكيم الإلكتروني أن يكون واسع الانتشار، ولأنّ التحكيم هو نابع عن رغبة الأطراف وإرادتهم وحدهم حيث يمكنهم أن يختاروا القانون الواجب التطبيق الذي يرونه مناسباً وكذلك الإجراءات وهيئة التحكيم، وهي أمور من شأنها أن تجهل حكم التحكيم مقبولاً لدى الأطراف³.

الفرع الثالث: الملاءمة

¹ محمود مختار بريزي، مرجع سابق، ص 14.

² حسين شحاده الحسين، "التحكيم في منازعات العمليات المصرفية (دراسة في إطار القانون السوري)"، مجلة القضائية، العدد الرابع، 2012، وزارة العدل، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص ص 166-167.

³ رضوان هشام حمدون الشريفي، مرجع سابق، ص 30.

عادة ما يكون المحكمون أصحاب خبرات فنية متعددة وهو ما يتلاءم مع ما يُعرض عليهم من مُنازعات متعلقة بالمعاملات المصرفية الإلكترونية، إذ لا تتوافر - في أغلب الأحيان - في القضاة هذه الخبرات.

وتعني ميزة الملاءمة أيضاً أنّ التحكيم الإلكتروني مُتاح على مدار اليوم والأسبوع وفي أي وقت، هذه الميزة تمكن الأطراف من إرسال رسائل البريد الإلكتروني أو الاتصال في أي وقت دون الاضطرار إلى تحمل مشقة التنقل لمسافات طويلة¹.

وبالتالي فهي مرتبطة بميزتي: الكفاءة (الخبرة والتخصص)، والحياد والعدالة.

أولاً: الخبرة والتخصص:

قد يكون القاضي بارعاً في مجال اختصاصه، ولكنه في أغلب الأحيان قد يكون قليل الخبرة في شؤون المصارف والعمليات الفنية التابعة لها، الأمر الذي قد يتعذر معه الفصل القضائي في المنازعات المتعلقة بها إلا بعد الاستعانة بخبير فني يعينه في كشف ما كان غامضاً عليه من جوانب النزاع، مما يؤدي لإطالة أمد النزاع وإصدار الحكم، كما أن طبيعة النزاع بين البنك والعميل لا تكون بالضرورة ذات طابع قضائي، بل غالباً ما يكون النزاع متعلقاً بتنفيذ عملية مصرفية أو تطبيق لأعراف مصرفية، ومثل هذه المنازعات يصعب حلها عن طريق المحاكم، بينما يستطيع المتخصصون حلها في سهولة ويسر².

وعرفت الأعمال المصرفية بشكل عام و الصيرفة الالكترونية بشكل خاص، تطوراً ونموً متسارعاً، غير أن هذا التقدم يصعب مسابته. حيث لا نعثر إلا على القلة من المصرفيين و الندرة من القضاة الذين بإمكانهم مسابته، و السبب في ذلك طبعاً يعود إلى حداثة الأعمال المصرفية من جهة و الفنية العالية و الدقيقة من جهة أخرى. مثلما هو الحال في الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية، أو الودائع، أو عمليات القطاع الأجنبي، أو طريقة احتساب الفوائد المدينة أو الدائنة، أو الأصول، و عليه فإذا ما عرض النزاع على القضاة فسيحيلون النزاع إلى خبير متخصص أو يتم اللجوء إلى التحكيم عن طريق اختيار محكم فني معتمداً على قواعد عرفية معينة . مثلما هو الحال في القضايا البتروولية، أو الاعتمادات المستندية ، أو النزاعات الهندسية.

¹ Philippe GILLIERON, from face to face to screen to screen real hope or true fallacy ?, University of Lausanne, Switzerland, May 2007, p 10.

² رقية رياض، "التحكيم في المنازعات المالية والمصرفية"، دورة المعهد المصرفي للتحكيم في المنازعات المالية والمصرفية، 2006، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص 79.

وتجدر الإشارة إلى أنه على المحكم المتخصص أن يكون على دراية كافية بالتطورات المصرفية، و التشريعات الوطنية و الدولية، وأن يواكب التقنيات الجديدة، وهذا لأهمية التحكيم حيث تستدعي منازعات الاعتمادات المستندية التخصص الدقيق، والخبرة العالية الكافية . وعملت الأعراف المستقرة في مجال التجارة الدولية على تقويض و تضيق بؤر ومجالات تنازع القوانين إلى حد كبير وملفت، دفع البعض إلى الاعتقاد بميلاد قانون خاص مشترك دولي، أو ميلاد نوع من قانون الشعوب الحديث.

إنّ المنازعات المصرفية إذا ما نشبت وتعمقت، فإنها بحاجة إلى محكمين على قدر عالٍ من الخبرة والاختصاص الفني المتقدم، ذلك أن العمليات المصرفية في تطور مستمر، ونظام التحكيم "بما يتيح من حرية اختيار المحكمين من قبل الأطراف" يجعل في يد هؤلاء الأطراف اختيار المحكمين ذوي الخبرة في المجال الذي يتصل النزاع به، الأمر الذي يؤدي إلى تشجيع المؤسسات التحكيمية على إنشاء لجان متخصصة من بينها التحكيم المصرفي، مما يتيح للأطراف المتنازعة اختيار الخبرة التي يرونها مناسبة لهم بدلاً من تعيين المحكمة أحد الخبراء، لإبداء الرأي في الدعاوى المصرفية المعروضة أمام المحاكم¹.

ثانياً: الحياد والعدالة

هناك بعض المصارف و المؤسسات المالية التابعة لدولة ما التي ترفض اللجوء إلى محاكم دولية أخرى لعرض المنازعات. وفي المقابل قد يرفض أيضا الخصم عرض النزاع على محاكم الدولة المعينة. لذا و كحلٍ وسط قد يتم عرض النزاع على هيئة تحكيم محايدة في دولة محايدة. ونظراً لما يقوم عليه التحكيم من مرونة تتمثل في عدم خضوعه لأية جهة رسمية ولأي قانون خلاف الذي اختاره المتكلمون، فقد غدا التحكيم أكثر قدرة على تحقيق العدالة، لما يتمتع به المحكم من مساحة واسعة للوصول للحكم العادل دون تقييد بنظام رسمي شكلي أو قانوني يقيده². وكان "أرسطو" يقول في هذا المعنى أن أطراف النزاع يفضلون التحكيم على القضاء، لأن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع³.

¹ فلاح بن موسى الزهراني، "التحكيم في المنازعات المصرفية في دول مجلس التعاون الخليجي"، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 2010، ص 180.

² إبراهيم أحمد إبراهيم، "اختيار طريق التحكيم ومفهومه"، مرجع سابق، ص ص 7-8.

³ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 18.

الفرع الرابع: حكم التحكيم الإلكتروني: إلزام، نهائية وتنفيذ دولي أولاً: إلزامية حكم التحكيم

يمكن القول أنّ الحكم التحكيمي يملك القوة الإلزامية فور صدوره، طبعاً هذه القوة مستمدة من توقيع الأطراف على اتفاق التحكيم . وغالباً ما يتم التعبير عنه بشكل صريح على النحو التالي: "قرار التحكيم يعتبر ملزماً ونهائياً هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ هذه القوة الإلزامية مستمدة أيضاً من كون أن المحكم له نفس الدور الذي يقوم به القاضي وبالتالي يكون الحكم ملزماً للخصوم"¹.

كما يتمتع بالحجية إلى درجة تصل إلى عدم إمكانية عرض نفس النزاع الذي صدر فيه الحكم على قضاء التحكم أو على القضاء العام مرة أخرى².

الأمر الذي أكدت عليه النصوص القانونية في مختلف الدول، إذ نصّ المشرع الجزائري في المادة 1030 م قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّ أحكام التحكيم تحوز حجية الشيء المقضي فيه فيما يخص النزاع المفصول فيه. بالإضافة إلى أنّ المادة 1476 من قانون المرافعات الفرنسي تنص على أنّ لحكم التحكيم منذ صدوره حجية الشيء المقضي فيه فيما يخص الخلاف الذي يحسمه³.

وعلى هذا الأساس فإنّ هذه الخاصية التي يتميز بها حكم التحكيم تجعله يتميز عن غيره من الأنظمة المشابهة له.

ثانياً: نهائية حكم التحكيم

يمكن الطعن في الأحكام القضائية بطرق مختلفة، وهو أمر من شأنه أن يطيل أمد النظر في النزاع، في حين أن أحكام التحكيم - في معظم القوانين الحديثة - لا تقبل الطعن، وهو أمر يستمد شرعيته قوته من اتفاق الأطراف.

وفي إمكان الأطراف إذا كان قانون التحكيم في البلد المعني - بلد مقر التحكيم - لا يتضمن النص على عدم جواز الطعن في أحكام المحكمين أن يضمنوا هم شرط التحكيم، أو اتفاقه، النص على ذلك.

¹ فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 340.

² حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 1996، ص 82.

³ محمد مختار أحمد بريري، مرجع سابق، ص ص 266-267.

ولا ينال من نهائية أحكام المحكمين ما تنص عليه بعض القوانين من جواز النعي عليها بالبطلان لأسباب ترد في تلك القوانين على سبيل الحصر ، لأنّ هذه الأسباب تتصل عادة بصلاحيّة الهيئة واختصاصها والضمانات الأساسية للتقاضي والنظام العام في بلد مقر التحكيم – أو في بلد تنفيذ الحكم الصادر عن هيئة التحكيم – ومن ثم فهي ضروريات لأي حكم منه للخصومة إذا لم يستوفها لم يكن جديراً بالتنفيذ، ولا حائزاً للحجّة التي لا قواه له، باعتباره حكماً قضائياً، إلا بها¹.

ثالثاً: إمكانية تنفيذ حكم التحكيم دولياً

بالرغم من وجود بعض الاتفاقيات الثنائية والإقليمية المتعلقة بالأحكام القضائية من حيث الاعتراف الدولي والتنفيذ، فإنه لا توجد اتفاقيات دولية في هذا الشأن. في المقابل نجد اتفاقية نيويورك الصادرة سنة 1958 و الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها. وتتيح هذه الاتفاقية لتنفيذ أحكام المحكمين خارج البلد الذي صدرت فيه نظاماً ميسراً إجرائياً لتنفيذ أحكام التحكيم.

كما أنّ هنالك اتفاقيات دولية حاولت هي الأخرى أن توفر ذات الطريقة التي وفرتها اتفاقية نيويورك في جانب الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها في الدول المنظمة للاتفاقية، ومن تلك الاتفاقيات على سبيل المثال : الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي والموقعة في جنيف في 1961، واتفاقية واشنطن الموقعة في 1966، حول حسم منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني دول أخرى، وقد نشأ عنها مركز دولي للتحكيم التجاري وهو المعروف باسم² ICSID ويختص بحسم منازعات الاستثمار، وهكذا يجتنب الأطراف " المصرف وعميله " صعوبات تنفيذ حكم قضائي في بلد غير الذي صدر فيه باللجوء إلى التحكيم الذي يمكن تنفيذ حكمه في غير بلد صدوره، دون صعوبة تذكر³.

وأصبح مركز القاهرة الإقليمي بموجب قرار مجلس الجامعة العربية في دور انعقاده العاشر بتاريخ 27-28 أبريل 1994 آلية تنفيذ اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري.

ويكتسب قرار التحكيم حجّيته باعتباره عملاً قضائياً، ولا يكتسب هذه الحجية من أمر التنفيذ؛ لأنّ أمر التنفيذ ليس من قبيل الأعمال القضائية، ولا يتعدى دور قاضي التنفيذ الفحص الظاهري لقرار

¹ محمد سليم العوّا، "التحكيم في الأعمال المصرفية الإلكترونية"، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد الخامس، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 10-12 ماي 2003، ص 2382.

² International centre for settlement investment disputes.

³ محمد سليم العوّا، مرجع سابق، ص ص 2383-2384.

التحكيم، ومعرفة ما إذا كان يتعارض مع مقتضيات النظام العام الدولي، والقاضي عندما يقوم بذلك يقوم به كونه ممثلاً للسلطة العامة للدولة، وليس كجهة قضائية تتصدى لفض نزاع. والقوة التنفيذية التي يكتسبها الحكم نتيجة الأمر بتنفيذه، تختلف -إذاً- عن حجية الشيء المقضي به في قرار التحكيم باعتباره عملاً قضائياً، كما أن أمر التنفيذ هو أمر واقع يفرض على هذه القرارات لغياب سلطة تعلق فوق الدول يمكنها إعطاء الأمر بتنفيذ هذه القرارات¹.

بالإضافة إلى ذلك فإن أهمية أمر التنفيذ، تبدو ضعيفة لأن معظم قرارات التحكيم تنفذ طوعاً، حيث إن عدم تنفيذ قرارات التحكيم يرتب جزاءات قاسية على الطرف الممتنع، كحرمانه من الدخول مستقبلاً في علاقات تجارية أو نشر هذه الجزاءات، وبالتالي فإن قرارات التحكيم تنفذ جبراً بما يشبه تنفيذ الأحكام القضائية، ولم يعد قرار التحكيم التجاري الدولي أسيراً لأمر قاضي التنفيذ، بل أصبح ينظر لاعتبارات التجارة الدولية².

الفرع الخامس: إمكانية تطبيق قانون أجنبي

بطبيعة الحال فإن القانون الذي تقوم عليه هيئات التحكيم يخضع لإرادة الأفراد الأطراف في التحكيم، فقبل نشوء النزاع أو بعده، الأفراد الأطراف هم المعنيون بتحديد القانون الواجب التطبيق. وكذا اختيار قانون أجنبي عن جنسية الطرفين أو أحدهما، في حين المحاكم لا تملك إلا تطبيق القوانين السارية في البلد الذي تنتمي إليها المحكمة.

ولأن الوثائق المصرفية، والمعاملات المصرفية الإلكترونية، تجري وفق نماذج يصدرها كل من مصرف ويلزم عملاءه بالتعامل على أساسها فإنه من الملائم دائماً أن يخضع التحكيم للقانون الذي صدرت بموجب قواعده تلك النماذج، ولا يتيح ذلك إلا اللجوء إلى التحكيم³.

الفرع السادس: تشجيع الاستثمار الأجنبي

يُعد التحكيم ذا أهمية كبرى في النشاط الاقتصادي سواء بين الأفراد أو الشركات الاستثمارية، إذ يتم اللجوء إليه أولاً قبل اللجوء إلى التقاضي سواء تعلق الأمر بعقد تجاري أو صناعي أو حتى عقد عقاري كالبيع والإيجار أو الرهن، مثال ذلك لجوء الطرفين إلى التحكيم مع امتناع القضاء عن النظر في

¹ حسين شحاده الحسين، مرجع سابق، ص 171-172.

² نفس المرجع، ص 172.

³ محمد سليم العوّا، مرجع سابق، ص 2382-2383.

مشكلة النزاع، فهنا يكون التحكيم في فصل النزاع بشكل سريع مع مجهود أقل، ويرجع سبب ذلك إلى بساطة التحكيم الذي لا يضع شروطا من شأنها أن تعرقل أكثر مما تسرع، إذ لا يتطلب اللجوء إلى التحكيم سوى رفع الدعوى أمام المحكمة.

كما للتحكيم أهمية أخرى تختلف عن الأولى ويمكن تلخيصها في كونه يساهم بشكل كبير في انتعاش النشاط التجاري من خلال تشجيع المستثمرين على الاستثمار والدخول في علاقات تجارية بدون الخوف من ضياع الحقوق في حال حدوث منازعة في أي عملية تجارية، أو في تنفيذ عقد مثلا، فضلا عن ذلك فإنّ التحكيم يساعد بشكل كبير أيضا في تشجيع الاستثمارات الأجنبية، فمن الواضح جدا أن المستثمر الأجنبي يهاب القوانين المحلية لبطء إجراءات التقاضي فيها، لذا يمكنه أن يشترط القانون الواجب تطبيقه في حال ما حدثت منازعة¹.

ويمكن القول أنّ ازدهار التجارة الدولية جعل التحكيم التجاري ضرورة ملحة لا غنى عنها لتسوية النزاعات و الخلافات التي تنشأ عنها، ذلك أن المتعاملين والمستثمرين في التجارة الدولية هم من جنسيات مختلفة، ومن الصعب إن لم نقل من المستحيل أن يقبل أحدهم الخضوع للاختصاص القضائي والتشريعي للآخر.

والسبب جلي فهو يجهل قانون الدولة الثانية ، فلا يطمئن لقضائها ، وبالتالي لا يبقى أمام المتنازعين إلا التحكيم لإنهاء النزاع .

ومن هذا المنطلق وجد المستثمر الأجنبي أن التحكيم يجسد العدالة لفك النزاعات لأنه قضاء مستقل موضوعي متجرد من الاعتبارات الشخصية و على دراية تامة بمفاهيم التجارة العالمية .

المطلب الثاني: سلبيات التحكيم الإلكتروني

تمتّع التحكيم الإلكتروني بجملة كبيرة من الإيجابيات لا يعني أنه لا يحتوي على عدد من النقاط السلبية، أو لنقل، أنه قد تعترض طريقه بعض العراقيل التي تحول دون أدائه لوظيفته بشكل إيجابي. وسوف نحاول أن نستظهر بعض هذه المشاكل تاليا.

الفرع الأول: عدم مواكبة بعض التشريعات الوطنية للتطور السريع في مجال التجارة الإلكترونية

¹ زياد محمد حمود عبد الله السبعواوي، التحكيم التجاري الدولي ما بين الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2014، ص ص 28-29.

الملاحظ في قوانين بعض الدول أنها لا تأخذ بعين الاعتبار التطور الحاصل في مجال التجارة الإلكترونية، بل ولا تواكبها في نصوصها، الأمر الذي قد يطرح العديد من المشاكل القانونية لا سيما في حال حدوث نزاعات بين الأطراف. وهنا نجد الكثير من الإشكالات القانونية المتعلقة بالتحكيم الإلكتروني بدءاً بمسألة الاعتراف بأحكام التحكيم الإلكترونية¹.

ولأنَّ التجارة الإلكترونية - شكل عام - تتم عبر شبكات الإنترنت، فإنَّ مشكل تحديد المكان تثور بقوة عند اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني لحل النزاعات المحتمل حدوثها. لذلك فلا مناص للكثير من الدول من مسايرة هذا التطور الذي يمس كل المجالات.

كما نجد أنَّ المتعامل قد يقبل شرط التحكيم عن عدم خبرة وجهل بحقوقه، لا سيما إذا كان قبل نشأة النزاع لأنه يؤدي إلى حرمان المتعامل من اللجوء إلى القضاء، حيث لا يمكنه التفاوض على الشروط التي يضعها المصرف في موقعه ويمكن لكل من يرغب الوصول إليها.

ويرى البعض أنه لا يوجد في نظام التحكيم الإلكتروني مكان تحكيم حقيقي، بل يحدد هذا المكان مجازاً أو افتراضاً ولا يلتقي فيه الأطراف أو المحكمون، بل يتم ذلك على الخط عبر شبكة الاتصال الإلكتروني، وهو ما يثير مشكلة المكان والوقت الذين يعتبر حكم التحكيم قد صدر فيهما، ولذلك يلجأ أطراف التحكيم في مرحلة التفاوض على الاتفاق مسبقاً على تحديد مكان وزمان صدور الحكم². ويعتقد آخرون أن الصعوبة مرتبطة بالانتشار الواسع للعقود النموذجية بشكل كبير على الإنترنت³.

الفرع الثاني: عدم تطبيق المحكم للقواعد الآمرة

عادة ما تسن القوانين بخلفية سياسية معينة، ولذلك فإنَّ القواعد الآمرة والتي لا يجوز الخلاف على تطبيقها تعتبر محور السياسة التشريعية في الدول لا سيما عندما يتعلق الأمر بالعقود التي يكون أحد أطرافها ضعيفاً كما هو الشأن بالنسبة للمستهلكين بشكل عام. وبناء على ذلك فإنَّ اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني قد يهدد هذه المصالح الاجتماعية، فالحكّم لا يأخذ بعين الاعتبار هذه القواعد بقدر ما يكون اهتمامه منصباً على حل النزاع.

والحقيقة أن هذه القواعد - كما هو معروف - لا يجوز الاتفاق على خلافها، والعبرة من ذلك هي أنّها غالباً ما تتعلق بالمصلحة العامة التي يقوم عليها المجتمع. وبالتالي فإنَّ عملية التحكيم الإلكتروني قد تصطدم بهذا العائق الذي قد يرهن تنفيذ الحكم.

¹ ففي الجزائر لا يوجد قانون خاص للتجارة الإلكترونية لحد الآن.

² خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 255.

³ عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 296.

غير أنّ هناك من يعتقد أنّ المحكم لا يهمل المصلحة العامة، بل على العكس تماماً، فهو يأخذ في اعتباره القواعد الآمرة التي تنص عنها التشريعات الوطنية، كما أنه يمكن أن يطبق قواعد أدبية وذلك من خلال اهتمامه بالمصالح الخاصة والعامة¹.

وبالرغم من الطابع التعاقدى للتحكيم الإلكتروني، تُبذل جهود من أجل التفرقة بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي، فما يُعد من النظام العام الدولي لا يُعد بالضرورة من النظام العام الداخلي والعكس صحيح².

الفرع الثالث: مشكل إنكار العدالة

بالرغم من لجوء الأطراف المتخاصمين إلى التحكيم الإلكتروني لمزاياه العديدة، وعلى رأسها السرعة، فإن هاجس عدم الاعتراف بحكم التحكيم الإلكتروني يبقى مسيطراً على المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية بشكل عام والمصرفية بشكل خاص.

ويرى البعض أن عدم التأكد من تنفيذ حكم التحكيم الصادر إلكترونياً راجع لعدم استجماع اتفاق التحكيم للشروط التي يتطلبها القانون، ومنها الكتابة على وجه الخصوص أو لعدم التيقظ بتجنب خرق القواعد القانونية في الدولة التي يُراد تنفيذ الحكم فيها³.

والواقع أنّ القوانين الدولية تستوعب التطور التكنولوجي، وبالتالي تدعم الاتجاه الذي لا يشترط أن تكون الكتابة محررة على دعائم ورقية، فهي لا يمانع أن تكون الكتابة محررة على دعائم إلكترونية مادامت تحقق الهدف. غير أن هذه الكتابة مقيدة بشرطين ها: الكتابة، التوقيع. وهو ما نجده في المادة 7، الفقرة 2 و 3، من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، حيث نصّت على ما يلي: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، ويُعتبر كذلك إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو توكسات أو برقيات أو غيرها"⁴.

وجاءت المادة 10، الفقرة 1 من هذا القانون بمجموعة من الشروط في الكتابة، إذ نصّت على ما يلي: "عندما يشترط القانون أن يتم الاحتفاظ ببعض الوثائق، التسجيلات أو المعلومات، يكون هذا الاشتراط محققاً متى ما استوفت رسائل البيانات المحتفظ الشروط الآتية:

¹ عادل أبو هشيمة محمود حوته، مرجع سابق، ص 298.

² رضوان هاشم حمدون الشريفى، مرجع سابق، ص 34.

³ سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 46.

⁴ Art 7/2et3 : « -La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite.

- Une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si son contenu est consigné sous une forme quelconque, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens ».

أ- إمكانية الوصول إلى المعلومات التي تحتويها رسالة البيانات ومراجعتها في أي وقت لاحق.
ب- وجوب حفظ رسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت، أرسلت أو استلمت به أو بالشكل الذي يبين أنها تتيح بدقة المعلومات المنشأة، المرسله أو المستلمة.

ج- وجوب حفظ المعلومات التي تسمح بمعرفة مصدر واتجاه رسالة البيانات، وكذا البيانات المتعلقة بالتاريخ وساعة الإرسال أو الاستلام، وذلك في حال وجودها".
وهكذا فإنه يُشترط في الكتابة حتى تؤدي وظيفتها القانونية:

- أن تكون مقروءة، بحيث يدل الدليل الكتابي على مضمون التصرف القانوني أو البيانات المدونة بالمحرر.

- أن يكون هذا الدليل مستمرا، ويُقصد بذلك لزوم تدوين الكتابة كدليل على دعائم تضمن ثبات هذه الكتابة بشكل مستمر، بحيث يكون لأصحاب الشأن الرجوع إليها¹.

- عدم وجود عيوب فنية يمكن أن تقلل من قيمة الكتابة أو تغير مضمون ما جاء فيها، أو بعبارة أخرى ألا يكون من المتصور تعديل ما تم كتابته إلا من خلال إتلاف المستند الذي ورد به أو على الأقل ترك أثر مادي عليه، وهذا مما يظهر في الكتابة اليدوية بوضوح، حيث لا يمكن تعديل ما كتب في المستند الورقي إلا بتمزيقه أو كشط أو محو ما جاء فيه، وهو أمر يبدو اكتشافه سهلا. أمّا المستند الإلكتروني فحتى وإن كان من الصعب اكتشاف أي تعديل أو تغيير لمحتواه، حيث يمكن القيام بذلك دون ترك أثر، فإن الأمر لا يعد مستحيلا وهناك من وسائل التشفير وغيره ما يمنع حدوث أي من هذه الأمور إلا برضا أصحاب الشأن وموافقته على ذلك².

وسارت الكثير من القوانين الوطنية في هذا الطرح، حيث يعترف القانون الجزائري مثلا بالكتابة الإلكترونية، وذلك بنص المادة 323 مكرر 1، التي جاءت كما يلي: "يُعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، كإثبات على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

وبالتالي فقد عادل المشرع من خلال هذا المادة بين الكتابة الإلكترونية والكتابة العادية، غير أنه اشترط أمرين هما:

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

¹ محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 99.

² هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، مرجع سابق، ص ص 71-72.

- أن تكون محفوظة في ظروف تضمن سلامتها وتدل على مصداقيتها وصلاحياتها لمدة طويلة دون تلف أو تعديل محتواه.

الفرع الرابع: ضمان سرية العملية التحكيمية

لا يُعتبر شرط السرية سببا للجوء إلى التحكيم الإلكتروني فحسب، بل يُعد أيضا شرطا من شروط نجاح العملية التحكيمية لاسيما في التحكيم في المعاملات المصرفية التي تعتمد بشكل أساسي على المهنية و الحفاظ على السرية.

ونجد أن بعض المراكز التحكيمية تشترط على المحكمين ضرورة الاحتفاظ بالسر المهني وعدم إفشاء ما يتحصل عليه من معلومات أثناء العملية التحكيمية (من الوثائق أو الأطراف أو حتى الشهود...).

إلا أن المجال الإلكتروني الافتراضي الذي يجري فيه التحكيم الإلكتروني أضاف أطرافا أخرى (ربما لا حصر لها) تهدد السرية، ولم يعد يخشى فقط من المحكمين، فالإنترنت عرضة للعديد من الاختراقات أو بما يسمى بالقرصنة حتى أصبحنا نتحدث عن الجريمة الإلكترونية، والتي قد تمتد إلى المعلومات والبيانات الخاصة بالمصارف والحسابات وإجراء مختلف المعاملات المالية... إلخ. وبالرغم من تصميم المواقع على نحو يستحيل معه اختراقها، إلا أن قرصنة الإنترنت عادة ما يلجؤون إلى طرق احتيالية قد تلقي بالشك على الأطراف المتنازعة في المجال المصرفي. الأمر الذي قد يعاب على التحكيم الإلكتروني.

والواقع أن المسألة ترتبط بتوعية المتعاملين مع الإنترنت أكثر من مسألة الاختراق، حيث تعتمد الكثير من الشركات الكبرى إلى إتمام صفقاتها عن طريق الإنترنت دون تعرضها لمخاطر حقيقيّة، وإن كانت هناك بعض الجرائم التي قد تقع - بالرغم من التحصينات الأمنية من خلال برامج الحماية المختلفة- فإن الدول مطالبة بالاعتراف القانوني بالتجارة الإلكترونية بشكل عام، ومن ثم متابعة مختلف الجرائم التي تقع عليها حماية للمتضررين منها.

الفرع الخامس: التخوف من المُحكّم

إذا كان التخوف من عدم ضمان السرية بالنسبة للمتخاصمين مُرتبطا بالمحكمين وبغيرهم، فإن التخوف من المحكمين يكون على أساس الحصر، وذلك عندما يمتلك الأطراف المتنازعة خوفًا من نزاهة المحكمين وبالتالي عدم المساواة بينهم، مما يرهن حقوقهم المتساوية في التقاضي أو التنازع أثناء العملية التحكيمية.

وللخشية من عدم المساواة بين المتخاصمين ومن عدم نزاهة المحكمين ما يبررها، إذ قد تكون هناك علاقات مالية بين المهنيين ومراكز التحكيم، مما يجعل المحكمين يميلون لصالح المهنيين مراعاة لحجم الأعمال التي يُخضعها هؤلاء المهنيون لمركز التحكيم. أمّا المتعاملون فيكون أمام تعاملات محدودة مع مركز التحكيم، فلا توجد علاقة سابقة معه.

غير أنّ هذا يبقى مجرد افتراض، إذ أنّ إرادة الأطراف هي التي تنصرف إلى اختيار المحكم، وعلى كل طرف أن يتحرى حسن الاختيار لكي يلتزم به فيما بعد. كما أنّ المصارف تتعامل مع مؤسسات مالية مختلفة لها وزنها هي الأخرى، ولا يرتبط الأمر بعملاء بسطاء فقط، الأمر الذي يفند الطرح السابق من إمكانية حدوث تواطؤ بين مراكز التحكيم بشكل عام من جهة، وأحد أطراف النزاع من جهة أخرى. وكنتيجة لعدم نزاهة المحكمين فإنّه يمكن ترتيب الإخلال بحقوق الدفاع كخطر يحدق بالأطراف، ويرجع هذا الخطر إلى أن التحكيم الإلكتروني يلغي روح القانون، كما يلغي حقوق الدفاع في كثير من الأحيان بتقليص فرص المطلوب في أن يستفيد من الدفوع الإجرائية والموضوعية التي هي أساس مهنة المحاماة، كما تلغي حقه في الاستفادة من المشاعر الإنسانية التي يطبعها العفو والتسامح والظروف المخففة¹.

وبناءً على ما سبق فإن نجاح التحكيم الإلكتروني يقتضي رفع أية قيود تشريعية موضوعية أو إجرائية تحول دون اللجوء إليه، كما يقتضي أن تلجأ إليه السلطات العمومية في مختلف الدول تأسيساً بما يفعله الاتحاد الأوروبي من خلال التوجيهات والتوصيات التي يصدرها للدول الأعضاء بتبني التحكيم الإلكتروني كطريق لحل النزاعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية².

¹ عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص ص 61-62.

² سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 46.

الفصل الثاني:
النظام القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني
في النزاعات المصرفية الإلكترونية

الفصل الثاني : النظام القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني في النزاعات المصرفية الإلكترونية

بالرغم من أنّ التحكيم الإلكتروني بدأ يشق طريقه كوسيلة فعالة لحلّ النزاعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية بجميع أشكالها، إلا أنّ هذا النوع من الحلول يجد بعض المشاكل القانونية التي تعترضه، وهي مشاكل مرتبطة بطبيعة الوسائط التي يتم بها، ناهيك عن مشاكل الاعتراف بها من الناحية القانونية. وإذا كان اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني يُعبّر عن إرادة الأطراف في اختيار الوسيلة المناسبة لحل نزاعاتهم، فإنّ اتفاق التحكيم الإلكتروني هو المحدّد الأساسي لهذه الإرادة، إذ أنّه المنشئ لعقد التحكيم الإلكتروني.

ولا يطرح اتفاق التحكيم العادي أية مشاكل من الناحية القانونية، باعتبار أنّه يتم بالكتابة العادية، ومن ثمّ لا تُشترط فيه سوى الأركان العامة الخاصة بالعقود بوجه عام، عدا بعض الأحكام الخاصة بعقد التحكيم، بينما يثير عقد التحكيم الإلكتروني مشاكل كثيرة، ذلك أنّه يتم عبر وسائط إلكترونية لا تعتمد على الكتابة بالمفهوم التقليدي، إضافة إلى تقنيات أخرى، الأمر الذي يطرح مسألة الاعتراف بهذا الشكل القانوني من الاتفاق من عدمه، ومدى استيعاب النصوص القانونية الوطنية والدولية لذلك. وسوف نتطرق في هذا الفصل، ومن خلال المبحث الأول للعناصر المعرّفة لاتفاق التحكيم الإلكتروني، بدءاً بالتعريفات المختلفة له (الفقهية والقانونية)، وكذا مختلف الصور التي يمكن أن يأخذها هذا الاتفاق، مروراً بأركان هذا العقد الذي يربط المتنازعين، وصولاً في الأخير إلى الأحكام التي تعترضه، ومسألة القانون الواجب التطبيق عليه، إنّ من ناحية الموضوع، الشكل أو الإجراءات. كما سنتطرق إلى الآثار التي تنتج عن هذا الاتفاق، على أطراف النزاع أو على الغير إن وُجدت، وهو ما يسميه البعض بالآثار الإيجابية والآثار السلبية.

كل هذه النقاط وُضعت في هيكل هذا الفصل على شكل مباحث ومطالب، وهو ما سيتم عرضه فيما يلي تباعاً.

المبحث الأول: مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني

يختلف التحكيم الإلكتروني عن التحكيم العادي - من حيث اتفاق التحكيم - في مشروعية هذا الأخير عندما يُبرم إلكترونياً، لا سيما وأنَّ أغلب القوانين تشترط الكتابة في اتفاق التحكيم. وهو ما يُثير العديد من الإشكالات عندما يتعلق الأمر بالكتابة الإلكترونية.

إذ نصّت التشريعات على بطلان اتفاق التحكيم في حالة عدم كتابته، حيث نصّت المادة 1012، الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائي على الآتي: "يحصل الاتفاق على التحكيم كتابياً".

كما نجد المشرع المصري ينص في المادة 12 من قانون التحكيم المصري على ما يلي: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو بقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة". أما المشرع الفرنسي، فقد نصّ في المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية على ما يلي: "يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا وقع باطلاً. ويكون كتابياً في حال تبادل خطابات أو وثائق يشار إليها في اتفاق التحكيم"¹.

غير أنّ القانون النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية الدولية لسنة 1996 أقرّ إبرام عقد اتفاق التحكيم إلكترونياً، حيث نصّ في المادة 11، الفقرة الأولى منه على: "في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض، وقبول العرض في تكوين العقد، ولا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته، لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض"².

المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني وصوره

يُعد اتفاق التحكيم أساس العملية التحكيمية، سواء أكنّا بصدد تحكيم تقليدي أو إلكتروني، إذ أنّ قيامه قياماً للتحكيم في ذاته والعكس صحيح. لذلك سوف نحاول تقديم أهم التعريفات المعروضة فقهياً كانت أم قانونية، ثمّ التعرض لأهم صور هذا الاتفاق.

الفرع الأول: تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني

¹ Art 1443 : « A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale ».

² Art 11/1 : « Dans le contexte de la formation des contrats, sauf convention contraire entre les parties, une offre et l'acceptation d'une offre peuvent être exprimées par un message de données. Lorsqu'un message de données est utilisé pour la formation d'un contrat, la validité ou la force exécutoire de celui-ci ne sont pas déniées pour le seul motif qu'un message de données a été utilisé ».

ونتطرق في هذا الفرع إلى فقرتين، نطرح في الأولى أهم التعريفات الفقهية لاتفاق التحكيم الإلكتروني، وفي الثانية أهم التعريفات القانونية.

الفقرة الأولى: التعريف الفقهي

إنَّ اتفاق التحكيم هو، بصورة عامة، اتفاقٌ بين فريقين على عرض نزاع معين، على محكمين بدلاً من القضاء، والقبول بتنفيذ حكمهم. وبالتالي فالتحكيم هو عقد بين متعاقدين، يخضع -كسائر العقود- إلى أحكام الأركان العامة للعقد، من رضا وأهلية وموضوع وسبب، وفقاً للشروط العامة التي يتطلبها العقد بشكل عام¹.

وذهب البعض إلى تعريفه بأنه " اتفاق بين الخصوم، في نزاع معين، قائم بينهم بالفعل يلتزمون بمقتضاه بعرض هذا النزاع على محكم أو محكمين يختارونهم للفصل فيه بدلاً من المحكمة صاحبة الولاية والاختصاص"².

وذهب آخرون إلى أن اتفاق التحكيم هو قضاء خاص ينشأ عادة عن مصدر اتفاقي، يجعل محاكم الدولة غير مختصة بنظر النزاع، وهو الذي يمنح المحكم سلطة الفصل فيه بقرار ملزم، بل إن هذا الاتفاق هو الذي يهيمن على مسيرة التحكيم ابتداءً من اختيار المحكم وانتهاءً بمدى قابلية قراره للطعن مروراً بالقواعد التي يطبقها المحكم موضوعيةً كانت أم إجرائية، فضلاً عن تحديد مهمة المحكم³. كما يُعرف أيضاً على أنه ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينها أو المحتمل نشوؤها بينها من خلال التحكيم، وذلك إذا كانت هذه المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية⁴.

الفقرة الثانية: تعريف بعض التشريعات الدولية و الوطنية

تُعرِّف المادة السابعة، الفقرة 1 من قانون الأمم المتحدة التجاري الدولي لسنة 1985 ، بأنه "اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما

¹ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 53.

² أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة في قضاء التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997، ص 103.

³ أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 27.

⁴ حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 117.

بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل¹.

ونصت المادة الثانية، الفقرة 2، من اتفاقية نيويورك 1958 على أنه يقصد باتفاق التحكيم "شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف، أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات"².

أمّا عن القوانين الوطنية فتعريفه المادة 1442، من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، بأنه "اتفاق التحكيم يجوز أن يأخذ شكل شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم.

شرط التحكيم هو اتفاق بمقتضاه يلتزم أطراف عقد أو عدة عقود بأن يتم الفصل في المنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد أو تلك العقود بطريق التحكيم.

مشاركة التحكيم هي اتفاق بمقتضاه يلتزم أطراف منازعة ما بإخضاعها للتحكيم"³.

والملاحظ على هذه المادة التي عُدلت سنة 2011 بموجب المرسوم رقم 48-2011 المؤرخ في 13 جانفي 2011 المتضمن إصلاح التحكيم، حيث وضعت شرط التحكيم ومشاركة التحكيم ضمن تعريف واحد، عكس ما كان عليه الأمر في ظل المرسوم رقم 80-354 المؤرخ في 14 ماي 1980 المتعلق بالتحكيم والمدمج بقانون الإجراءات المدنية، حيث كان يشترط أن يكون شرط التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا، وهو ما نصت عليه المادة 1443: "يقع شرط التحكيم تحت طائلة البطلان إذا لم يكتب في الاتفاق الأصلي أو في وثيقة لاحقة"⁴. أما في مشاركة التحكيم، فالكتابة فقط للإثبات، وهو ما نصت عليه المادة 1449: "مشاركة التحكيم تثبت بالكتابة، ويكون ذلك في محضر يمضيه المحكم والأطراف"⁵.

¹ Art 7 : « Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel ».

² Art2/2 : « On entend par "convention écrite" une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes ».

³ Art 1442: « la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.

Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige soumettent celui-ci à l'arbitrage».

⁴ Art 1443 : « La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère ».

⁵ Art 1449 : « Le compromis est constaté par écrit. Il peut l'être dans un procès-verbal signé par l'arbitre et es parties ».

وعرّفه قانون التحكيم المصري¹ في المادة العاشرة، الفقرة 1، بأنه "اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت ويمكن أن تنشأ بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".

وبالرجوع إلى القانون الجزائري فنجد أنه يُقدّم تعريفاً لاتفاق التحكيم في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نصّت على ما يلي: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع معين سبق نشوؤه على التحكيم".

والحقيقة أنّ تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن تعريف اتفاق التحكيم إلا من حيث أن يتم عبر وسائط إلكترونية، وشبكات الاتصالات مثل شبكة الإنترنت، ودون حاجة إلى الوجود المادي لأطراف عملية التحكيم في مكان واحد، وإذا كان التحكيم الإلكتروني يتم عبر وسائط إلكترونية، فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يتم بأكمله، أو في بعض مراحله إلكترونياً، وفي مراحل أخرى بالطرق التقليدية التي تتمثل في الوجود المادي لأطراف العملية التحكيمية. إلا أننا نميل إلى رأي من يقولون بضرورة أن يتم التحكيم الإلكتروني في كل مراحله بصورة إلكترونية².

ولا يوجد في نظام التحكيم الإلكتروني مكان تحكيم حقيقي، بل يحدد هذا المكان مجازاً أو افتراضياً، ولا يلتقي فيه الأطراف أو المحكمون، بل يتم ذلك على الخط عبر شبكات الاتصال الإلكتروني، وهو ما يثير مشكلة المكان، والوقت الذي يعتبر حكم التحكيم قد صدر فيهما، ولذلك يلجأ أطراف التحكيم في مرحلة التفاوض إلى الاتفاق مسبقاً على تحديد مكان و زمان صدور الحكم³.

ويتضح من التعاريف السابقة أنّ اتفاق التحكيم الإلكتروني يُعتبر دستور التحكيم ومصدر سلطة المحكمين، وهو الحائل دون اختصاص القضاء بالنزاع موضوع التحكيم، ومن ثم تتخذ صياغة اتفاق التحكيم الإلكتروني أهمية كبرى، ويشمل اتفاق التحكيم الإلكتروني تحديد العناصر الجوهرية للاتفاق، مثل محل العقد من حيث مشروعيته ومن حيث الالتزامات المتعلقة به من تسليم و ضمان والمقابل من حيث كيفية الوفاء ونوع العملية لما ينطوي على السداد الإلكتروني من مغالطات، إضافة إلى كل الشروط المتفق عليها والحقوق والالتزامات والضمانات⁴.

الفرع الثاني: صور اتفاق التحكيم الإلكتروني

¹ القانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجريدة الرسمية، العدد 16، 21-04-1994.

² نائلة قمر عبّيد، "التوجهات الحديثة للتحكيم الدولي"، مركز دبي للتحكيم الدولي، أيام 13، 14، 12 نوفمبر 2014، ص 6.

³ لزه بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 2014، ص ص 247-248.

⁴ هشام بشير، إبراهيم عبد ربه، مرجع سابق، ص 57.

انطلاقاً من تعريفات اتفاق التحكيم الإلكتروني المختلفة، نستطيع أن نتصور أن هذا الاتفاق قد يأخذ أحد الصور الثلاث: مشاركة التحكيم، شرط التحكيم، شرط التحكيم بالإحالة. وسوف نحاول التطرق لكل صورة من الصور على حدة في هذه الفقرة، لنقف في الأخير على أهم الخصائص التي تميزها عن بعض.

الفقرة الأولى: مشاركة التحكيم

قد يتفق الأطراف بعد نشوب النزاع على عرضه على التحكيم طبقاً لاتفاق مكتوب يحدد فيه الأطراف موضوع النزاع وأسماء المحكمين، ومكان التحكيم وإجراءات التحكيم، وهذا الاتفاق أطلق عليه الفقه اسم "مشاركة التحكيم"¹.

وبالتالي فهو اتفاق يبرمه طرفا العقد الأصلي بعد وقوع النزاع الخاص بذلك العقد، ويحيلان بموجبه نزاعهما إلى التحكيم، ففي هذه الحالة لا يرد الاتفاق على التحكيم في صيغة شرط التحكيم بالمفهوم المذكور سابقاً، وإنما بصيغة اتفاق مستقل عن العقد الأصلي، وعلى غرار شرط التحكيم².

وعرّفه المشرع الجزائري في نص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

وجاء في نص المادة 1442، الفقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي كما يلي: "مشاركة التحكيم هي اتفاق بمقتضاه يلتزم أطراف منازعة ما بإخضاعها للتحكيم"³.

وأشارت المادة 10، الفقرة 2 من قانون التحكيم المصري إلى مشاركة التحكيم بنصها على ما يلي: "... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً".

وهو ما جاء به المشرع الجزائري أيضاً، حيث نص في المادة 1011 على أن "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم". ويضيف في نص المادة 1012، الفقرة 2، أنه "يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم".

¹ خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 164.

² خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 276.

³ Art 1442/3 : « Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige soumettent celui-ci à l'arbitrage ».

والملاحظ هو أنّ المشرع الجزائري اكتفى بالنص على إمكانية الاتفاق مسبقاً على التحكيم بشأن نزاع سينشأ مستقبلاً عن عقد معين بين أطرافه، دون الإشارة إلى الصور التي يمكن أن يتخذها هذا الشرط الوارد بخصوص هذا العقد.

الفقرة الثانية: شرط التحكيم

يمكن أن يعرف على أنه الاتفاق الذي يرد عادة كبنود من بنود عقد معين، يلتزم بمقتضاه أطراف هذا العقد بعرض ما قد ينشأ بينهم من منازعات بشأن هذا العقد على محكم أو أكثر يختارونه للحكم بدلا من المحكمة المختصة، أو هو الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه أطراف عقد معين على عرض ما قد ينشأ من منازعات بخصوصه على نظام التحكيم¹.

وعرّفه المشرع الجزائري في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما يلي: "شرط التحكيم هم الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

بينما عرّفه المشرع الفرنسي في المادة 1442، الفقرة 2، كما يلي: "شرط التحكيم هو اتفاق بمقتضاه يلتزم أطراف عقد أو عدة عقود بأن يتم الفصل في المنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد أو تلك العقود بطريق التحكيم"².

وأشار إليه المشرع المصري في المادة 10، الفقرة 2 عندما نصّ على ما يلي: "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة (30) من هذا القانون".

وعادة ما يرد شرط التحكيم بصيغة مُقتضبة تتضمن فقط الإحالة للتحكيم، كالقول مثلا أن أي خلاف أو نزاع بين طرفي العقد يحال إلى التحكيم، وقد يتوسع الأطراف في ذلك فيضيفون أحكاماً أخرى لشرط التحكيم مثل مكان التحكيم، ولغة التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على النزاع، وصفات، ومؤهلات كل أو بعض الأشخاص الذين سيعينون محكمين في هيئة التحكيم³.

¹ عادل أبو هشيمة محمود حوته، مرجع سابق، ص 306.

² Art 1442/2 : « La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats».

³ محمود مختار أحمد بري، مرجع سابق، ص 73.

ويأخذ شرط التحكيم ثلاثة أشكال: إما أن ينص العقد الأصلي المنظم للعلاقة بين الطرفين على إمكانية اللجوء إلى التحكيم بخصوص المنازعات الناشئة عن تنفيذه، أو أن يخلو هذا العقد من شرط التحكيم، ثم يبرم طرفاه اتفاقاً لاحقاً ومستقلاً يقرران فيه اللجوء إلى التحكيم بخصوص المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد الأصلي بينهما، وإما أن يتضمن العقد الأصلي نصاً بمقتضاه يحيل طرفاه إلى وثيقة خارجية عنه تتضمن شرط التحكيم كما لو تعلق الأمر بعقد كفالة يشار فيها إلى عقد القرض المكفول أو عقد مقابولة من الباطن يشار فيها إلى عقد المقابولة الأصلي¹.

وهكذا فالفرق بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم متمثل في أن الأول يتفق عليه قبل نشوء النزاع سواء أكان على شكل بند في العقد الأصلي، أو أدرج في عقد مستقل. أمّا بالنسبة لمشاركة التحكيم فيكون الاتفاق عليها بعد نشوب النزاع.

كما يتعين أن ترد هذه الأخيرة في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي، حيث أنه يتم الاتفاق بشأنها بعد إبرام العقد ونشوء النزاع².

الفقرة الثالثة: شرط التحكيم بالإحالة

يُقصد بشرط التحكيم بالإحالة إشارة المتعاقدين في عقد من العقود إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم واعتبارها جزءاً لا يتجزأ من العقد³.

فشرط التحكيم في هذه الحالة لا يكون مُدرجاً في العقد الذي يكون التحكيم بمناسبة المنازعات الناشئة عنه، وإنما في وثيقة أخرى يحيل عليها هذا العقد كعقد نموذجي، أو عقد آخر متصل بهذا العقد، كما لو تعلق الأمر مثلاً بعقد كفالة يشار فيه إلى عقد القرض المكفول، أو عقد مقابولة من الباطن يشار فيه إلى عقد المقابولة الأصلي⁴.

وقد نصّت على ذلك المادة السابعة، الفقرة 6، من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي: "وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشمل على شرط تحكيم بمثابة اتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد"⁵.

¹ مصطفى الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 348-349.

² أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الدولية والداخلية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 145.

³ أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 43.

⁴ عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 75.

⁵ Art 7/6: « La référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat ».

وُستفاد من هذه المادة أنّ الإشارة إلى شرط التحكيم يجب أن تكون واضحة وصريحة، وهو ما يعني أن سلامة وصحة هذا الشرط مرتبطة بصحة إرادة التحكيم وخلوها من عيوب الإرادة. وأشار المشرع الجزائري إلى هذا الشرط في المادة 1008، الفقرة الأولى، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نصّت على ما يلي: "يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الوثيقة الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها". ونجد أنّ قانون التحكيم المصري نصّ على ذلك في المادة العاشرة، الفقرة الثالثة: "ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد".

وحسب الاجتهادات القضائية في عدّة دول، فإنّ شرط التحكيم بالإحالة لا يفترق عن شرط التحكيم العادي أو مشاركة التحكيم من حيث قوته الإلزامية. إذ بمجرد أن تتضمن الوثيقة المشار إليها في العقد الأساسي، يصبح وكأنه منصوص عليه في هذا العقد. ولا يقدح في ذلك ادعاء أحد الأطراف بحجة أنه كان يجهل تضمن الوثيقة له. إذ أنه وبمحكم تعامله في نشاط تجاري معين محل تنظيم شروط عامة أو عقود نموذجية، يُفترض أنه يعلم به. أما إذا كانت الإحالة إلى وثيقة محل تنظيم خاص من أحد الأطراف أو إلى عقد سابق ليس محرراً بينهما، فإنه يشترط إطلاع الطرف الآخر على هذه الوثيقة لحظة إبرام العقد وقبوله بما فيها من أحكام حتى يحتج عليه بشرط التحكيم الوارد فيها عند تسوية النزاع¹.

المطلب الثاني: أركان اتفاق التحكيم الإلكتروني

رأينا سابقاً أن اتفاق التحكيم قد يأخذ صورة شرط أو مشاركة تحكيم، لكنه في كلتا الحالتين لا يعدو أن يكون عقداً مبرماً بين طرفين أو عدّة أطراف. الأمر الذي يدعونا للتعرض لأركان هذا العقد أو هذا الاتفاق الإلكتروني.

ويُفهم من ذلك، أنّ اتفاق التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن سائر العقود من حيث الأركان أو الشروط، غير أنه ينفرد بخصائص معينة تجعله مختلفاً مما قد يؤدي إلى اختلاف طفيف في الأركان.

الفرع الأول: الأركان الموضوعية

باعتبار اتفاق التحكيم عقداً كبقية العقود، فإنّه يخضع مثلها لمجموعة من الأركان الموضوعية المتعلقة أساساً بالرضا، المحل والسبب.

الفقرة الأولى: الرضا

¹ أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص ص 44-49.

يُعتبر اتفاق التحكيم من العقود الرضائية التي تستوجب رضا الطرفين. والرضا، باعتباره ركنا في العقود بشكل عام، هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني.

وقد نصّ القانون المدني الجزائري على ذلك في المادة 59 منه، حيث أفادت بما يلي: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". ولا يُثير عنصرا الرضا، وهما الإيجاب والقبول، صعوبة تُذكر متى انتهى الطرفان إلى وثيقة مكتوبة تسجل ما اتفقا عليه، سواء كانت واردة في صلب العقد أو واردة في وثيقة مستقلة عنه.

لكنّ الصعوبة تثور في حالة ما إذا اقتصر الأمر على المراسلات المتبادلة بين الطرفين كالرسائل والبرقيات، إذ في هذه الحالة يكون ما رضي به كل طرف ثابتا في الوثائق الصادرة عنه هو، دون أن تكون هناك وثيقة واحدة جامعة لفحوى ما تم التوصل إليه بين الطرفين. وحتى ينعقد اتفاق التحكيم فإنّ العرض الذي قدمه أحد الطرفين لا بدّ أن يصادف قبولا من الطرف الآخر¹.

ولمّا كان إبرام اتفاق التحكيم إلكترونيا يتم عبر وسيلة إلكترونية تتمثل بشبكة الإنترنت، فإنّ هذا معناه أنّ التعبير عن الإرادة يكون من خلال هذه الوسيلة الإلكترونية، حيث يتم توجيه الإيجاب من خلالها ويتم كذلك تلقي القبول عبرها؛ إذ يُضْمَن التاجر موقعه على الإنترنت شروط التعاقد ومن بينها شرط التحكيم، فإذا أراد زائر الموقع أن يبرم العقد فإنه يقوم بالضغط على أيقونة تتضمن عبارة تفيد القبول مثل: "أنا أقبل"، أو "أضف إلى السلة"... كإشارة إلى القبول بالشراء. فإذا كانت هذه الوسيلة صالحة للتعبير عن الإرادة ونقلها إلى الطرف الآخر، فإن التساؤل يبقى قائما حول مدى اعتداد القانون بما كوسيلة للتعبير عن الإرادة بالشكل الذي تترتب معه الآثار القانونية على التعبير، وأهمها إبرام العقد وإلزام الطرفين بما فيه².

ويُسبب الإيجاب الإلكتروني بعض الإشكاليات القانونية نظرا لخصوصيته، إذ يتم في بيئة إلكترونية، فبمجرد الضغط على زر "قبول" الموجود في لوحة مفاتيح أو الضغط على "قبول" الموجود على مخرجات شاشة الكمبيوتر، فذلك يعني موافقة العميل وقبوله بشروط العقد³. وهو ما ينطبق أيضا على القبول.

¹ عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 88.

² آلاء يعقوب النعيمي، "الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني"، المؤتمر السادس عشر المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص 322.

³ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 71.

إلا أنَّ المبدأ أن يكون صاحب الإيجاب غير مُلزم بالبقاء على إيجابه، فيجوز له الرجوع فيه مادام لم يقبله الموجه إليه، لكنه يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه إذا حدد مدة معينة للقبول، فلا يستطيع الرجوع في إيجابه طوال هذه المدة¹.

ذلك أنَّ الأصل في التعبير أنَّه لا يخضع لشكل معين، فللمتعاقد أن يفصح عن إرادته بالطريقة التي يريدها بشرط أن تكون لها نفس المدلول عند الطرف الآخر، فكل ما يدل على وجود الإرادة يصلح قانوناً للتعبير عنها².

إضافة إلى ذلك فالمقرر في القاعدة العامة أنَّه ما لم يستلزم القانون طريقة أو إجراءً معيناً، فإنَّ التعبير عن الإرادة يمكن أن يجري بأي طريقة، ولذلك يستوي أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً أو ضمناً. فإذا اتخذ الطرف الذي وُجِّه إليه الإيجاب سلوكاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على القبول، فإنه يُعامل على ذلك الأساس. وتطبيقاً لذلك فإنه لا يوجد ما يمنع من اعتبار الضغط على مفتاح الموافقة على جهاز الحاسب الآلي الذي تلقى عرض الإيجاب كتعبير عن إرادة الموجب له عن قبول الاتفاق مادام القابل قد أكد أنه قرأ محتويات الوثيقة الخاصة بالتحكيم وقبلها كما وردت إليه³.

وبالتالي يمكن القول أنَّ الإيجاب والقبول الإلكترونيين لا يمكن أن يؤثرًا على صحة الاتفاق، ذلك أنَّ القوانين الوطنية والدولية لا تشترط طريقة معينة للتعبير عن الإرادة.

حيث أقرَّ القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 تبادل التعبير عن الإرادة من خلال تبادل البيانات إلكترونياً في الأعمال التجارية، حيث نص في المادة 12، الفقرة 2 على ما يلي: "في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ بمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض"⁴.

¹ عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 89.

² إيناس الخالدي، مرجع سابق، ص 216.

³ أحمد شرف الدين، "الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته"، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات

الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، أبريل 2003، ص 1.

⁴ Art 12/2 : « En ce qui concerne la relation entre l'expéditeur et le destinataire d'un message de données, l'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une manifestation de volonté ou autre déclaration ne sont pas déniés pour le seul motif que cette manifestation de volonté ou autre déclaration prend la forme d'un message de données. ».

وهكذا فإنَّ اتفاق التحكيم الإلكتروني المتعلق بتسوية المنازعات المصرفية الإلكترونية مرهون بتلاقي الإيجاب والقبول الإلكترونيين على اختيار التحكيم الإلكتروني كطريق لحل النزاع الذي قد ينشأ بينهما، شريطة أن يُفرغ الاختيار في اتفاق صريح في أحد أشكاله التي تطرقنا لها سابقاً. إذن يمكن القول أن تطابق إرادة الإيجاب وإرادة القبول ينشئ اتفاق التحكيم صحيحاً، غير أن ذلك غير كافٍ، إذ يجب أن يُكتب هذا الاتفاق الإلكتروني كما سنرى لاحقاً.

الفقرة الثانية: الأهلية

لا يختلف اتفاق التحكيم الإلكتروني، فيما يتعلق برضا المتعاقدين، من حيث القواعد العامة عن سائر العقود التي يتوجب لصحتها صحة الرضا وخلوه من العيوب. إلا أنَّ الظروف والأوضاع الخاصة التي يثيرها الاتفاق تستدعي بحث رضا الطرفين المتعاقدين، لا سيما أنه يتم بين الطرفين عن مسافة بعيدة، وقد لا يعرف أحدهما الآخر، وقد لا يكون ثمة تعارف مسبق بينهما، مما يخشى من صعوبة اكتشاف عدم أهلية الطرف الآخر، طالما أنهما لا يلتقيان وجهاً لوجه¹.

غير أنَّه ليس من المُتصور أن يكون اتفاق التحكيم مشوباً بعيب من عيوب الإرادة كالغلط أو الإكراه أو التدليس، ذلك أن التحكيم الإلكتروني تديره مراكز متخصصة موثوق بها وتحرص على صحة الرضا كما تقتضيه القواعد العامة بخلو رضا الطرفين من عيوب الإرادة من جهة، وأن يكون صادراً عن ذي أهلية من جهة أخرى².

والحقيقة أنَّ الجانب العملي للتأكد من أهلية الطرفين المتعاقدين يثير بعض الإشكالات، ذلك أنَّ الإنترنت مفتوحة للجميع ومُتاحة للجاد والعاث، مما قد يطرح إمكانية تعاقد شخص حسن النية مع آخر عن بعد، لا يستعمل هذه الوسيلة إلا للهو. وتعمم الصعوبة في حال تعرض موقع يتيح هذه التعاملات إلى الاختراق أو القرصنة... إلخ.

ويرى البعض بخصوص هذه البطاقات أنَّها وسيلة تساعد على تحديد هوية وأهلية المتعاقدين، غير أن هناك من يرى أنها تشكل عبئاً مادياً إضافياً على فريق النزاع، الأمر الذي قد يؤدي إلى العزوف عن اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني³.

¹ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 88

² عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، المملة العربية السعودية، 2013، ص 112.

³ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص 65.

إنَّ هذه الإشكالات تتفاقم خصوصا ونحن ندرك أنَّ التكنولوجيا -لحدِّ الآن- لا تُقدم حلا قاطعا بالرغم من وجود البطاقات الذكية والممغنطة... إلخ.

ومن بين الوسائل التي تَوَصَّل إليها الفن والتقنية معا: البطاقة الإلكترونية، الاستعانة بوسيط إلكتروني واستخدام وسائل تحذيرية¹:

فالبطاقة الإلكترونية بمثابة الحاسوب المتنقل تحتوي البيانات الخاصة بحاملها، ومزودة برقم سري. كما أنها مزودة بعناصر تحمي صاحبها من عمليات التزوير وسوء الاستخدام من قبل الغير في حال ضياعها، أو سرقتها، أو محاولة تقليدها.

وعن طريق **الوسيط الإلكتروني**، يمكن تنظيم العلاقة بين المتعاقدين، إذ تُعهد إليه مهمة التحقق من هوية الطرفين وأهليتهما القانونية، وإصدار شهادة مصدق عليها تتعلق بأطراف العقد الإلكتروني.

أمَّا الوسائل التحذيرية، فهي التي تُمارس عن طريق وضع تحذيرات على الإنترنت، تنبه إلى عدم الدخول إلى موقع ما، إلا من طرف شخص يتمتع بالأهلية القانونية، ويلتزم هذا الشخص -قبل الدخول إلى الموقع- بالكشف عن هويته، والإفصاح عن عمره، وذلك من خلال ملء نموذج معلومات معروض على الإنترنت. فإذا كان هذا الشخص متمتعا بالأهلية القانونية، فإنه يستطيع الدخول وإبرام العقود. وعلى العكس من ذلك، فهو لا يستطيع الدخول إلى الموقع، إذا لم يقم بملء المعلومات، أو إذا اتضح من خلالها عدم أهليته².

وبالرجوع إلى القانون الجزائري فإننا نجد المادة 1006، الفقرة 1، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تنص على ما يلي: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

أمَّا قانون التحكيم المصري فقد نصَّ في المادة 53، الفقرة ب، على أنه: "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: - إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم الأهلية".

¹ ناصيف إلياس، مرجع سابق، ص 91.

² نفس المرجع، ص 94.

كما نصّت المادة 2059 من القانون المدني الفرنسي على اشتراط تحقق الأهلية في أطراف اتفاق التحكيم، حيث نصّت على أنه : "يجوز لكل شخص الاتفاق على التحكيم بشأن الحقوق التي يملك التصرف فيها"¹.

وُستفاد من هذه النصوص أنّ الأهلية المطلوب توفرها عند الأطراف هي أهلية التصرف، وإلا اعتبر اتفاق التحكيم باطلاً.

على أنّ الفقه انقسم حول طبيعة البطلان المترتب على نقص الأهلية، فذهب البعض إلى أنه إذا رضي بالتحكيم من لا يملك التصرف فإنّ اتفاق التحكيم يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، وكذلك إجراءات التحكيم². بينما ذهب البعض الآخر إلى أنّ البطلان الناشئ عن نقص الأهلية بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام³.

وتبقى مسألة القانون الواجب التطبيق على الأهلية قائمة، حيث نجد أنّ اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لم تقرر بشأنها، بل تركت لمحاكم الدول المختلفة أن تُطبق القواعد المعمول بها في كل دولة. ويعود السبب في ذلك إلى تخوف واضعي الاتفاقية من الدخول في مسألة تنازع التكييف بالنظر لاختلاف قواعد الإسناد ولتعذر وضع نصوص موحدة، لذلك تركت مسألة تقدير أهلية أطراف اتفاق التحكيم للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع في الدولة المطلوب إليها تنفيذ حكم التحكيم⁴.

الفقرة الثالثة: المحل

يُقصد بمحلّ اتفاق التحكيم مواضيع النزاع التي تُحال إلى التحكيم. وإذا كان الأصل أن يخضع تحديد هذه المواضيع لاتفاق الطرفين، فإن هذا لا يمنع من خضوع هذا العقد للأحكام التي تحكم العقود من حيث محل الالتزام. وإذا كان المشرع الجزائري لم يعرّف محل الالتزام، فإنّه نصّ على شروطه في القانون

¹ Art 2059 : «Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.»

² أحمد أبو الوفاء، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974، ص 54.

³ محمود هاشم، مرجع سابق، ص 114.

⁴ آلاء يعقوب النعيمي، مرجع سابق، ص 189.

المدني، حيث يجب أن يكون ممكناً غير مستحيل¹، مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة²، معينا أو قابلاً للتعيين³.

ولا يختلف اتفاق التحكيم الإلكتروني عن اتفاق التحكيم التقليدي من حيث محل الاتفاق، إذ يُشترط -إضافة للإمكان وعدم الاستحالة- أن يكون غير مخالف للنظام العام، وأن يكون في المسائل التي يجوز فيها الصلح.

والواقع أنه على الرغم من اعتراف معظم الدول بالتحكيم كطريق لحل النزاعات بديلاً للقضاء الوطني، لاسيما في المعاملات الإلكترونية، فإنّ هذا الاعتراف ليس كاملاً، حيث تتفق الكثير من التشريعات الوطنية على استبعاد المسائل المتعلقة بالنظام العام.

وأما فيما يتعلق بالتحكيم الإلكتروني، فبالإضافة إلى المنازعات المتعلقة بالنظام العام، تُشكّل النزاعات المتعلقة بالعقود التي يكون المستهلك طرفاً فيها، وكذا المنازعات المتعلقة بالملكية الفكرية، أكثر المنازعات التي تثير كثيراً من المشاكل⁴.

ونصّت المادة 1006، الفقرة 2، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، أو حالة الأشخاص وأهليتهم".

كما نصّت الفقرة 3 على أنه: "لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

ونصّت المادة 11 من قانون التحكيم المصري على أنه: "... لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".

كما نصّت المادة 551 قانون مدني مصري على أنه: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام".

وبالتالي فإنه لا يجوز التحكيم في المسائل الجنائية، مسائل الأحوال الشخصية، المسائل المتعلقة بالحقوق السياسية.

أما عن القانون الفرنسي فنجد المادة 2060 قانون مدني، والتي نصّت على ما يلي: "لا يجوز

¹ نصّت المادة 1/92 على ما يلي: "يجب أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً".

² نصّت المادة 93 على ما يلي: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً".

³ نصّت المادة 1/94 على ما يلي: "إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه فقط، ومقداره وإلا كان العقد باطلاً".

⁴ شيماء جمال مجاهد، التحكيم الإلكتروني، المركز العربي لأبحاث الفضاء الإلكتروني، مارس 2012، القاهرة، مصر، ص 10.

التحكيم في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، والطلاق والانفصال، وكذا المسائل المتعلقة بالجماعات المحلية والمؤسسات العمومية، وعموما بكل المسائل المتعلقة بالنظام العام. ومع ذلك، يمكن أن يرخص للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أن تلجأ إلى التحكيم، بموجب مرسوم¹.

على أنّ التحكيم يُعتبر جائزا في الحالات الآتية²:

- يجوز التحكيم سواء كانت العلاقة بين الطرفين تعاقدية أو غير تعاقدية، فإذا كانت العلاقة تعاقدية وُضع شرط التحكيم في العقد أو في اتفاق مستقل عن العقد حسب رغبة الطرفين.
- يجوز إجراء التحكيم بين الأفراد، وبين الشركات، وبين أفراد مع شركات، وبين أشخاص من أشخاص القانون الخاص أو أفراد أو أشخاص معنوية.
- يجوز التحكيم في المسائل التجارية بصفة أساسية، ويجوز كذلك في المسائل المدنية التي لا يحول النظام العام دون النظر إليها.

ولعلّ العبرة في ذلك هي أنّ أغلب المسائل التي لا يجوز فيها الصلح مسائل مرتبطة بالنظام الاجتماعي، ممّا يعني ارتباطها بالنظام العام.

ومفهوم النظام العام واسع، إذ يشمل القوانين المتعلقة بالحق العام (القانون الدستوري، القانون الإداري، قانون المالية...)، وبعض قوانين الحق الخاص التي تسود فيها فكرة المصلحة العامة (قانون الأحوال الشخصية...)، وبعض القوانين التي تمت بصلة وثيقة إلى حالة البلاد الاجتماعية (قانون الملكية العقارية...)³.

وبالإجمال، إنّ القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام، هي قواعد يُقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بالنظام الأعلى للمجتمع، وتعلو على مصالح الأفراد⁴.

الفقرة الرابعة: السبب

¹ Art 2060 : «On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ».

² عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 91.

³ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 106.

⁴ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 107.

يقتضي البحث في سبب انعقاد الاتفاق على التحكيم الإلكتروني، البحث في سبب لجوء الطرفين إلى حل نزاعهما المحتمل عن طريق التحكيم الإلكتروني بدلا من القضاء. و الحقيقة أن اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني لاسيما في المجال المصرفي خصوصا، والمجال التجاري عموما، له مزايا عديدة - كما أشرنا آنفا-، أهمها سرعة حل النزاعات التي لا تتطلب التأخير.

ولا داعي لذكر سبب اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني في الاتفاق بطبيعة الحال، ذلك أن السبب مشروع افتراضاً. وهو الأمر الذي نصت عليه مختلف القوانين.

كما أنه لا يُتصور عدم مشروعية اللجوء إلى التحكيم إلا إذا ثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون الذي كان سيتعين تطبيقه لو طُرح النزاع على القضاء، نظرا لما يتضمنه القانون من التزامات يُراد التحلل منها، وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون، فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يُراد بها الاستفادة من حرية الأفراد أو حرية المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق¹. وفي ذات السياق نصّت المادة 98 قانون مدني جزائري على ما يلي: "كل التزام يفترض له أن له سببا مشروعاً، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك.

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

كما نصّت المادة 137، الفقرة 1 قانون مدني مصري، على ما يلي: "كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك".

ونصّ المشرع الفرنسي -ضمن شروط صحة العقد- على ضرورة أن يكون محتوى العقد مشروعاً ومؤكداً، وهو ما جاءت به المادة 1128 قانون مدني².

والملاحظ هو أنّ أركان صحة الاتفاق حسب المادة 1108 الملغية، هي أربعة: - رضا الطرف الملتمزم. - أهليته للتعاقد. - محل مؤكد يشكل موضوع الالتزام. - سبب مشروع للالتزام³. غير أنّ المادة الجديدة 1128 والتي ألغت المادة 1108، أتت بجديد متعلق بالسبب والمحل، حيث نجد الركنين الأول

¹ أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص 58.

² Art 1128 : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

1- Le consentement des parties ;
2- Leur capacité de contracter ;
3- Un contenu licite et certain».

³ Art 1108 : «Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :

-Le consentement de la partie qui s'oblige ;
-Sa capacité de contracter ;
-Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;
-Une cause licite dans l'obligation».

والثاني، لكن في المقابل، نجد أن مفهوم السبب والمحل تمّ استبدالهما بمفهوم: محتوى العقد. هذا الأخير الذي يجب أن يكون مشروعاً ومؤكداً¹.

الفرع الثاني: الأركان الشكلية

تُعتبر الكتابة في اتفاق التحكيم من الشروط الشكلية التي يتطلبها اتفاق التحكيم. ويُقصد بالشكلية في اتفاق التحكيم وجود شكل معين في اتفاق التحكيم حتى تثبت صحة الاتفاق. ولعلّ نقطة الاختلاف بين التحكيم الإلكتروني والتحكيم العادي من حيث اتفاق التحكيم، هي مشروعية اتفاق التحكيم المبرم إلكترونياً، خاصة وأنّ معظم القوانين تتطلب الكتابة في اتفاق التحكيم. إنّ شرط الكتابة يتوافر بالكتابة الخطية التقليدية، فهو ضروري لانعقاد اتفاق التحكيم، إذ له أهميته فيما يلي انعقاد العقد، لا سيما في مجال الإثبات. غير أنّ التساؤل يثور حول مدى انطباق هذا الشرط مع التحكيم الإلكتروني، وبالتالي حول مشروعية وصحة الكتابة الإلكترونية.

تنص الكثير من القوانين الوطنية والدولية على ضرورة كتابة اتفاق التحكيم وإلا كان باطلاً. إذ نجد أن اتفاقية نيويورك المتعلقة بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها تنص في المادة 2، الفقرة 2 على ما يلي: "يشمل اصطلاح اتفاق مكتوب؛ أيّ شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين وارد في رسائل أو برقيات متبادلة"².

كما تنص المادة 7، الفقرة 2 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 على أنّ اتفاق التحكيم يجب أن يقدم مكتوباً³. غير أن الفقرة 4، توسعت في مفهوم الكتابة، حيث نصت على ما يلي: "يعني الاتصال الإلكتروني عن الشكل المكتوب الذي يجب أو يتوافر في اتفاق التحكيم إذا كان من الممكن الوصول للمعلومات التي يتيحها في وقت لاحق. ويعني مصطلح "اتصال إلكتروني" كل اتصال يقوم به الأطراف عن طريق رسائل بيانات. ويعني مصطلح "رسائل بيانات" كل معلومة تُنشأ، تُرسل، تُستقبل أو تُحفظ بوسائل إلكترونية مغناطيسية أو بصرية، أو بوسائل تناظرية لاسيما، وليس على سبيل الحصر، تبادل المعطيات المعالجة آلياً، البريد الإلكتروني، التلغراف، التيلكس، الفاكس"⁴.

¹ Clément FRANÇOIS, « Présentation de l'article 1128 de la nouvelle section 2 "La validité du contrat" », La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contracts/titre3/stitre1/chap2/sect2/> [consulté le 23/11/2017].

² Art 2/2 : « On entend par "convention écrite" une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes ».

³ Art 7/2 : « La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite ».

⁴ Art 7/4 : « Une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement; le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données; le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment,

وبالرجوع للقانون الجزائري، نجد أنه نصّ في المادة 1012، الفقرة 1، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابياً" التأكد من نص المادة. والملاحظ هو أن المشرع الجزائري - بالرغم من أنه نص على كتابة اتفاق التحكيم - لم يحدد المقصود من الكتابة. وعلى العكس من ذلك، نصت المادة 12 من قانون التحكيم المصري على ما يلي: " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو بقرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة". والملاحظ هو أن أغلب التشريعات توسعت في مفهوم الكتابة، وذلك رغبة في عدم جعل الشكلية سبباً يعرقل اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني¹.

وبعد معرفة المقصود من الكتابة التقليدية، سنحاول معرفة المقصود بالكتابة الإلكترونية للوقوف على مدى توافر هذه الأخيرة على شروط صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني.

الفقرة الأولى: الكتابة الإلكترونية

إذا كانت الكتابة - بمفهومها التقليدي - شرطاً لانعقاد اتفاق التحكيم العادي، فإنّ التطور التكنولوجي طرح بدائل أخرى للكتابة التقليدية، ويتعلق الأمر بالكتابة الإلكترونية. الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن المانع من أن تكون الكتابة محررة بشكل إلكتروني.

إن الاتجاه نحو التحكيم الإلكتروني لاسيما في مجال المعاملات المصرفية الإلكترونية هو الذي أدّى إلى ضرورة الاهتمام بالكتابة الإلكترونية ومعالجتها بمختلف النصوص القانونية.

وتُعرّف الكتابة الإلكترونية على أنها تبادل الرسائل الإلكترونية من قبل طرفين أو أكثر. إذ أثناء تبادل الإيجاب والقبول بين المتعاقدين في مجال التجارة الإلكترونية، فإنّ كلاً من المتعاقدين يقوم بالتفاوض على مضمون العقد قبل إبرامه².

وقد عرّفها المادة 1، الفقرة أ، من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004، كما يلي: " الكتابة الإلكترونية : كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تُثبّت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك".

mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie».

¹ عبد المنعم زرم، قانون التحكيم الإلكتروني (دراسة مقارنة لقواعد جمعية التحكيم الأمريكية وتنظيم محكمة القضاء في ضوء المبادئ العامة للتحكيم التقليدي)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 70.

² محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 99.

ونشير إلى أن اتفاق التحكيم الإلكتروني يكتسب حجيته من التوقيع الإلكتروني الذي يقوم به الطرفان، غير أن ذلك قد يتعذر في بعض الحالات لأسباب تقنية متعلقة أساساً بمبدأ الاتفاق الذي يجري بشكل إلكتروني. الأمر الذي يميلنا إلى التساؤل عن مدى حجية هذه الكتابة.

وكإجابة على ذلك نجد أن المشرع المصري في ذات القانون المذكور أعلاه، وبموجب المادتين 15¹ و 217² قد ساوى بين الكتابة العادية والمحرم العادي من جهة، والكتابة الإلكترونية والمحرم الإلكتروني من جهة أخرى. مما يعني أن للكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني الحجية الكاملة.

وحتى تكتسب الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني الحجية في الإثبات، جاءت المادة 18 بمجموعة من الشروط، تمثلت أساساً فيما يلي:

- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره.

- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

- إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل للمحرم الإلكتروني، أو التوقيع الإلكتروني.

وتماشياً مع توصيات التوجيه الأوروبي رقم 93-1999 الصادر عن البرلمان الأوروبي في 13 ديسمبر 1999، عمد المشرع الفرنسي إلى إصدار القانون رقم 230-2000 بتاريخ 13 مارس 2000، والمتضمن تكييف قانون الإثبات مع تكنولوجيات الإعلام والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني. وعدّل هذا القانون مواد من القانون المدني لا سيما 1316.

حيث نصّت هذه المادة على ما يلي: "ينتج الإثبات الكتابي أو الإثبات الخطي، عن تسلسل كل تدوين للحروف والصفات، للأرقام أو للعلامات والرموز الأخرى، ذات الدلالات التعبيرية الواضحة أياً تكن دعامتها أو طرق نقلها.

ويكون للكتابة التي تتم على شكل إلكتروني، نفس القوة الثبوتية التي تكون للكتابة على دعامة ورقية شرط أن يكون بالإمكان تحديد هوية الشخص الصادرة عنه، وأن يكون تدوينها وحفظها قد حصل في ظروف تدعو إلى الثقة.

تتمتع الكتابة على دعامة إلكترونية بنفس القوة الثبوتية التي تكون للكتابة على دعامة ورقية"¹.

¹ نصّت المادة 15 على ما يلي: " للكتابة الإلكترونية وللمحرمات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحرمات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفى الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

² نصّت المادة 17 على ما يلي: " تسري في شأن إثبات المحرمات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني، فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في لائحته التنفيذية الأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية".

وهكذا فالمشرع الفرنسي لم يشترط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً بالطريقة التقليدية، و بمعنى آخر، فإنه أعطى للكتابة الإلكترونية مشروعية وحجية في الإثبات حالها حال الكتابة العادية. إنَّ هذا المنحى يستوعب التطور التكنولوجي، وبالتالي يدعم الاتجاه الذي لا يشترط أن تكون الكتابة محررة على دعائم ورقية، فهو لا يمانع أن تكون الكتابة محررة على دعائم إلكترونية مادامت تحقق الهدف. غير أن هذه الكتابة مقيدة بشرطين ها: الكتابة، التوقيع. وهو ما نجده في المادة 7، الفقرة 2 و 3، من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، حيث نصّت على ما يلي: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، ويُعتبر كذلك إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو توكسات أو بريدات أو غيرها"².

وجاءت المادة 10، الفقرة 1 من هذا القانون بمجموعة من الشروط في الكتابة، إذ نصّت على ما يلي: "عندما يشترط القانون أن يتم الاحتفاظ ببعض الوثائق، التسجيلات أو المعلومات، يكون هذا الاشتراط محققاً متى ما استوفت رسائل البيانات المحتفظ الشروط الآتية:

أ- إمكانية الوصول إلى المعلومات التي تحتويها رسالة البيانات ومراجعتها في أي وقت لاحق.

ب- وجوب حفظ رسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت، أرسلت أو استلمت به أو بالشكل الذي يبين أنها تتيح بدقة المعلومات المنشأة، المرسله أو المستلمة.

ج- وجوب حفظ المعلومات التي تسمح بمعرفة مصدر واتجاه رسالة البيانات، وكذا البيانات المتعلقة بالتاريخ وساعة الإرسال أو الاستلام، وذلك في حال وجودها".

وهكذا فإنه يُشترط في الكتابة حتى تؤدي وظيفتها القانونية:

- أن تكون مقروءة، بحيث يدل الدليل الكتابي على مضمون التصرف القانوني أو البيانات المدونة بالحرر.

¹ Article 1316 : « - La preuve littérale, ou preuve par écrit résulte d'un suit de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission.

- L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifié la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

- L'écrit sous support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier ».

² Art 7/2et3 : « -La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite.

- Une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si son contenu est consigné sous une forme quelconque, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens ».

- أن يكون هذا الدليل مستمرا، ويُقصد بذلك لزوم تدوين الكتابة كدليل على دعائم تضمن ثبات هذه الكتابة بشكل مستمر، بحيث يكون لأصحاب الشأن الرجوع إليها¹.

- عدم وجود عيوب فنية يمكن أن تقلل من قيمة الكتابة أو تغير مضمون ما جاء فيها، أو بعبارة أخرى ألا يكون من المتصور تعديل ما تم كتابته إلا من خلال إتلاف المستند الذي ورد به أو على الأقل ترك أثر مادي عليه، وهذا مما يظهر في الكتابة اليدوية بوضوح، حيث لا يمكن تعديل ما كتب في المستند الورقي إلا بتمزيقه أو كشط أو محو ما جاء فيه، وهو أمر يبدو اكتشافه سهلا. أمّا المستند الإلكتروني فحتى وإن كان من الصعب اكتشاف أي تعديل أو تغيير لمحتواه، حيث يمكن القيام بذلك دون ترك أثر، فإن الأمر لا يعد مستحيلا وهناك من وسائل التشفير وغيره ما يمنع حدوث أي من هذه الأمور إلا برضا أصحاب الشأن وموافقتهم على ذلك².

ويُطلق على الشكل الذي تأخذه الكتابة عادة لفظ محرر سواء أفرغت على الورقة أو أي دعامة أخرى، وتنقسم المحررات - مهما كان شكلها- إلى نوعين هما: المحررات الرسمية والمحررات العرفية. على أنها لا تتساوى في قوتها، بل تتفاوت فيما بينها قوة وضعفا في حجية الإثبات³.

وإذا كانت صورة المحرر الإلكتروني الرسمي حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل؛ فهل يُنصّر بعد كل ذلك أن يتشكك أحد في صحة شرط التحكيم الوارد في محرر إلكتروني بدعوى عدم استجابته لشرط الكتابة؟ في الحقيقة نعتقد أن الإجابة ستكون لا⁴.

الفقرة الثانية: التوقيع الإلكتروني

إذا كانت الكتابة بمفهومها التقليدي لا تكفي للإثبات إلا إذا كانت مصحوبة بتوقيع صاحبها، فإن الأمر ينطبق على الكتابة الإلكترونية على حد سواء. وكغيره من العقود الإلكترونية، يحتاج اتفاق التحكيم الإلكتروني إلى توقيع حتى تكتمل حججته القانونية في الإثبات.

انطلاقا من ذلك، يثور التساؤل عن المقصود بالتوقيع الإلكتروني، وعن كيفية اعتراف التشريعات الدولية والوطنية به.

أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني

¹ محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 99.

² هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، مرجع سابق، ص ص 71-72.

³ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، دار الكتب القانونية، 1991، القاهرة، مصر، ص 163.

⁴ عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 76.

اختلفت تعريفات الفقهاء له، فمنهم من عرفه على أنه "عبارة عن مجموعة من المعلومات مُدرجة بشكل إلكتروني في رسالة بيانات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ارتباطاً منطقياً، تُستخدم لتحديد هوية المُوقِّع وإثبات موافقته على فحوى الرسالة، وتؤكد سلامتها. وتُشترط فيه ضرورة إتقانه وفقاً لإجراءات حسابية، بحيث تستحيل سرقة وتزوير مضمون السند"¹.

وعرفه البعض على أنه "كل إشارات أو رموز أو أحرف مرخص بها من الجهة المختصة باعتماد التوقيع ومرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالتصرف الإلكتروني، وتسمح بتمييز شخص صاحبها وتحديد هويته ودون غموض، وبرضاه بهذا التصرف القانوني"².

كما نجد من عرفه على أنه "مجموعة من الإجراءات التقنية التي تمكن من تحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بشأنه"³.

وانطلاقاً مما سبق، يمكن القول أن التوقيع الإلكتروني لا يختلف كثيراً عن التوقيع العادي من حيث المبدأ، إذ -وحتى يتمتع بالحجية في الإثبات- لا بُدَّ أن يكون دالاً على شخصية صاحبه أو مُوقِّعه، ومُميّزاً لهويته.

وبالتالي فالتوقيع الإلكتروني صحيح مكتسب للحجية، منسئ لآثاره طالما صدر صحيحاً عن صاحبه، وعبر بشكل صحيح ومؤكّد عن هوية مُوقِّعه.

وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من أولى الدول التي أصدرت تشريعات تعترف بالتوقيع الإلكتروني، وتمنحه حجية كاملة في الإثبات، شأنه شأن التوقيع العادي. حيث أصدرت ولاية "يوتا" في ماي 1995 قانون التوقيع الرقمي لتضفي بمقتضاه على التوقيع الإلكتروني الحجية في الإثبات، كما تمّ عن طريق المفتاح العام، وتمّ توثيقه بشهادة إلكترونية.

وإذا انتقلنا إلى التعريفات التي جاءت بها التشريعات الدولية، نجد تعريف قانون الأمم المتحدة النموذجي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 في مادته الثانية، الفقرة أ كما يلي: "التوقيع الإلكتروني يعني بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها، أو مرتبطة بها

¹ ضياء أمين مشيمش، التوقيع الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المنشورات الحقوقية، صادر، بيروت، لبنان، 2003، ص 124.

² عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 15.

³ نجوى أبو هيبه، التوقيع الإلكتروني: مدى حجيته بالإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ماي 2003، ص 442.

منطقياً، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، وليبانات موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"¹.

ويُستفاد من هذه المادة أنه يجوز للشخص أن يوقع بنفسه أو يُعيّن من يمثله. وبعبارة أخرى، فقد أكدت المادة المعلومات العامة المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني، والمتمثلة أساساً في تحديد هوية الشخص الموقع، وكذا تأكيد موافقته على ذلك.

إنّ ذلك ينسجم مع الأصل العام للتوقيع في الدلالة على شخص الموقع والتأكد أن إرادته قد اتجهت للالتزام بما وقع عليه"².

بينما عرّف قانون التوجيه الأوروبي رقم 1999-93 المؤرخ في 13 ديسمبر 1999 في مادته الثانية، التوقيع الإلكتروني على أنه "يعني التوقيع الإلكتروني بيانات أو معطيات في شكل إلكتروني، ترتبط منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى، وتستخدم كوسيلة للمصادقة"³.

وأضافت الفقرة الثانية⁴ من نفس المادة مجموعة من الشروط التي يجب توافرها في التوقيع الإلكتروني، والتي تتمثل في ما يلي:

- أ- أن يكون مرتبطاً بالموقع فقط.
- ب- أن يسمح بتحديد هوية الموقع.
- ج- أن يُنشأ بواسطة وسائل يمكن للموقع التحكيم فيها بشكل حصري.
- د- وأن يكون مرتبطاً بالمعلومات التي يشير إليها على نحو يؤدي إلى اكتشاف أي تعديل قد يطرأ على البيانات لاحقاً.

¹ Art 2/a : «Aux fins de la présente Loi: Le terme "signature électronique" désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue; ».

² فادي محمد عماد الدين توكّل، مرجع سابق، ص 146.

³ Art 2/1 : «Aux fins de la présente directive, on entend par: «signature électronique», une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification ».

⁴ Art2/2 : « Aux fins de la présente directive, on entend par: «signature électronique avancée» une signature électronique qui satisfait aux exigences suivantes:

- a) être liée uniquement au signataire;
- b) permettre d'identifier le signataire;
- c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif et
- d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable;

أمّا عن التشريعات الوطنية، فنجد أنّ المشرع الجزائري قد أدرج التوقيع الإلكتروني للمرة الأولى سنة 2005 وذلك بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، والذي تمّ من خلاله الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات من خلال المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1.

حيث نصّت المادة 323 مكرر على ما يلي: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها". فالمقصود بالكتابة الإلكترونية حسب هذا النص ذلك التسلسل في الحروف والأوصاف والرموز والأرقام أو أية علامة ذات معنى مفهوم، والمكتوبة على دعامة إلكترونية مهما كانت طرق إرسالها. وتأخذ حكم الكتابة الإلكترونية كمثال، نتيجة لذلك، المعلومات التي تحتويها الأقراص الصلبة والمرنة أو أية دعائم إلكترونية أخرى...

والملاحظ أنّ المفهوم الذي جاءت به المادة 323 مكرر مفهوم واسع، الأمر الذي يعني أنه يُعتد -لإثبات التصرفات القانونية- بأية دعامة تتضمن الكتابة سواء كانت على الورق أو مختلف الدعائم الإلكترونية كالقرص الصلب أو القرص المرن وغيرها، كما يُعتد أيضا بأية وسيلة نقلت بها الكتابة سواء بالطريقة اليدوية أو بالطرق الإلكترونية المختلفة.

ولأنّ الكتابة الإلكترونية مُعرّضة للتبديل والتغيير اللاحق، ممّا يمس قوتها الثبوتية، فقد أحاطها المشرع بضمانات، حيث تنص المادة 323 مكرر 1 "يُعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، كالإثبات على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

وبالتالي فقد عادل المشرع من خلال هذا المادة بين الكتابة الإلكترونية والكتابة العادية، غير أنّه اشترط أمرين هما:

- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي صدرت عنه هذه الكتابة.
- أن تكون محفوظة في ظروف تضمن سلامتها وتدل على مصداقيتها وصلاحيتها لمدة طويلة دون تلف أو تعديل لمحتواه.

وعرّفته المادة الثانية، الفقرة ج من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004، كما يلي: "التوقيع الإلكتروني : ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره".

والملاحظ هو أنّ المشرع المصري قد جعل أيضا ضمانا للتعامل مع التوقيع الإلكتروني من خلال إعطائه الحجية في الإثبات أمام القضاء، والمتمثلة في الطابع المنفرد للتوقيع وتحديد هويته لشخصية المُوقِّع وتمييزه عن غيره¹.

بينما عمد المشرع الفرنسي إلى تعريف التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني في صورة مادة واحدة، وهي المادة 4 من القانون رقم 2000/230 المؤرخ في 13 مارس 2000، المتضمن تكييف قانون الإثبات مع تكنولوجيات الإعلام والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني، حيث أضافت فقرة رابعة للمادة 1316 قانون مدني، ونصّت على ما يلي: "التوقيع الضروري لاكتمال التصرف القانوني يحدد هوية من يحتج به. كما أنه يعبر عن رضا الأطراف بالالتزامات الناجمة عن هذا العقد، وعندما يحتج به من طرف ضابط عمومي، فهو يضمن على التصرف الصفة القانونية.

وعندما يكون التوقيع إلكترونيًا، فإنّه يتطلب استخدام وسيلة موثوق منها لتحديد الشخص، بحيث تضمن علاقته بالتصرف الذي وقع عليه.

إنّ موثوقية هذه الوسيلة مُفترضة حتى يثبت العكس. وذلك بمجرد وضع التوقيع الإلكتروني الذي يتحدد بموجبه شخص المُوقِّع، ويضمن سلامة التصرف حسب الشروط المنصوص عليها بمرسوم يصدر عن مجلس الدولة"².

وقد سبق الفقه والقضاء الفرنسيان، المشرّع في اعترافهما بالتوقيع الإلكتروني. ويُعتبر حكم المحكمة الابتدائية في مونيبييه أول حكم قضائي فرنسي يعترف بصحة وحجية التوقيع الإلكتروني، من خلال الاعتراف بحجية العمليات المصرفية، التي تتم عبر بطاقة الاعتماد المصرفية³. وقد أبرمت محكمة التمييز الفرنسية، قرار محكمة مونيبييه، لتسبق المشرع الفرنسي في اعترافه بالحجية القانونية للدليل الإلكتروني، حينما اعترفت بحجية بطاقة الائتمان (الصراف الآلي)، وبصحة الاتفاق عليه بين المصرف وعميله⁴. كما اعترفت محكمة التمييز الفرنسية بصحة الدفع النقدي الإلكتروني، عندما أعطت الكتابة الإلكترونية،

¹ محمود محمد الشيخ، مرجع سابق، ص 73.

² Art 1316-4 : « - La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat».

³ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 126.

⁴ نفس المرجع، ص 126.

والتوقيع الإلكتروني، الحجية نفسها، التي تكون للكتابة التقليدية، والتوقيع الإلكتروني، في الإثبات، وذلك بشرطين أساسيين هما:

- أن يحدد التوقيع الإلكتروني هوية الموقع.

- ضمان صحة التوقيع¹.

ثانياً: صور التوقيع الإلكتروني

أشرنا إلى أنَّ الهدف من التوقيع -بشكل عام- هو التعرف على هوية صاحبه، والتأكد من رضاه بالتصرف الذي يباشره. وهكذا فإنَّ للتوقيع الإلكتروني الحجية في الإثبات طالما يحقق الشروط المنصوص عنها في مختلف القوانين، الأمر الذي لا يتعارض مع احتمال تعدد الصور التي قد يأخذها، والأشكال التي يكون عليها.

1- التوقيع الرقمي

ويُعرف أيضاً باسم التوقيع المشفّر، وذلك نسبة للكود السري الذي يعني مجموعة حروف وأرقام ورموز يختارها صاحب التوقيع ليتم تركيبها وترتيبها ورففها بشكل يُمكن من تحديد هويته، على ألا يكون معلوماً إلا من طرفه.

وتتضمن هذه الصورة استخدام اللوغاريتمات المعقدة من خلال معادلة رياضية تعمل على تحويل الأحرف إلى أرقام، بحيث لا يمكن لأحد أن يعيدها إلى صيغتها الأولى إلا الشخص الذي يملك المعادلة الأصلية، أو ما يسمى بـ 'المفتاح'².

وهناك نوعان من المفاتيح: مفتاح عام، يسمح لكل شخص القيام بقراءة رسائل البيانات عبر الإنترنت، ولكن من دون أن يتمكن من إدخال أي تعديل عليها، ومفتاح خاص، لا يملكه إلا صاحب التوقيع الرقمي، بحيث لا يمكن لأي عميل أو تاجر إجراء أي تعديل على الرقم، لأنه لا يملك المفتاح الخاص بصاحب التوقيع، بمعنى أنه يوضع التوقيع على رسالة البيانات، سواء كانت عقداً أو محرراً، وتنغلق الرسالة تماماً، ولا يستطيع أي طرف المساس بها، أو التعديل فيها، إلا باستخدام المفتاحين معاً، الخاصين برسائل البيانات وبصاحب التوقيع³.

¹ نفس المرجع، ص 126.

² فادي محمد عماد الدين توكّل، مرجع سابق، ص 160.

³ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 128.

ويرى البعض أنه على الرغم من أن المفتاحين، العام والخاص، مرتبطان رياضياً، إلا أنه يُعد من المستحيل اكتشاف المفتاح الخاص من خلال معرفة المفتاح العام، وبالتالي يمكن نشر المفتاح العام عن طريق دليل عام مثلاً دون التعرض لخطر اكتشاف المفتاح الخاص واستخدامه لتزوير التوقيعات الرقمية¹. ويكثر استعمال هذا التوقيع في مجال المعاملات المصرفية كالصراف الآلي والدفع الإلكتروني، حيث أعتد في بطاقة 'فيزا' و 'ماستر كارد'². ويعود ذلك لما يؤمنه من ثقة لدى المتعاملين إلكترونياً، لاسيما عندما تخلو المعاملات الإلكترونية من المخاطر، الأمر الذي يمنح المحرر الإلكتروني مصداقية عالية. غير أن هذا الطرح غير مطلق، لا سيما مع تنامي ظاهر القرصنة الإلكترونية والاحتيايل عبر شبكة الإنترنت. إذ أصبح بإمكان قرصنة الإنترنت تحدي مختلف الأنظمة الأمنية واختراق شبكاتنا الإلكترونية.

2- التوقيع البيومتري

هناك أيضاً من يسميه التوقيع باستخدام الخواص الذاتية³، وبالتالي فهو يعتمد على الصفات المميزة للإنسان وخصائصه الطبيعية والسلوكية، التي تختلف من شخص لآخر، كبصمة الإصبع، وبصمة شبكة العين، واصل الشعرة، ونبرة الصوت، والتعرف على الوجه البشري، والتوقيع الشخصي وغيرها من الصفات الجسدية والسلوكية⁴.

ويتم التأكد من شخصية المتعامل عن طريق إدخال المعلومات للحاسب الآلي أو الوسائل الحديثة مثل النقاط صورة دقيقة لعين المستخدم أو صوته أو يده، ويتم تخزينها بصورة مشفرة في ذاكرة الحاسب ليقوم بعد ذلك بالمطابقة⁵.

إن ارتباط هذا النوع من التوقيع الإلكتروني بالصفات المتعلقة بالإنسان يجعله محل ثقة، إذ يصعب التحايل عليه نظرياً.

غير أن الجانب العملي يُبين لنا العكس في بعض الأحيان؛ حيث يمكن أن تخضع هذه الصفات الذاتية المشفرة إلى بعض التعديلات من خلال القرصنة وكسر الشفرة... إلخ. كما أن تقنيات التوقيع البيومتري ذات تكلفة عالية نسبياً، الأمر الذي يُفسر استعمال هذه الصورة من التوقيع في حالات محددة على غرار وثائق الهوية التي تصدرها مختلف السلطات العمومية.

¹ عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 110.

² نجوى أبو هيبه، مرجع سابق، ص 66.

³ فادي محمد عماد الدين توكلي، مرجع سابق، ص 161.

⁴ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 128.

⁵ عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 114.

حيث يرى البعض أنّ هذه الصورة من التوقيع يمكن أن تزور عن طريق ارتداء عدسات لاصقة يتم تصميمها بالكمبيوتر، بحيث تطابق رسم قزحية العين للشخص المراد انتحال شخصيته. كما أنّ بصمة الصوت من الممكن تسجيلها ثم إعادة التسجيل بعد ذلك والدخول إلى النظام، وكذلك من الممكن تزوير بصمة الإصبع من خلال وضع مادة بلاستيكية أو مطاطة مطابقة تماما لبصمة أصابع الشخص صاحب التوقيع. ويمكن أيضا تعرض طرق التوثيق البيومتري للهجوم من قراصنة الإنترنت عن طريق فك الشفرة الخاصة بها¹.

3- التوقيع بالقلم الإلكتروني

يُستخدم في هذه الصورة قلمٌ إلكتروني، يمكنه الكتابة على شاشة الحاسب الآلي، عن طريق برنامج معلوماتي يتيح النقاط التوقيع والتحقق من صحته، وعندما يقوم المستخدم بتحريك القلم على الشاشة، وكتابة توقيع، يلتقط البرنامج حركة اليد، ويظهر التوقيع على الشاشة، بِسِمَاتِهِ الخاصة التي تميز صفات المُوقِّع، كما هو الأمر في الكتابة العادية².

وبتميز هذا النوع بالمرونة والسّهولة ظاهرياً، حيث لا يتطلب الأمر سوى نقل التوقيع اليدوي إلى توقيع إلكتروني، بالرغم من الحاجة المتكررة إلى حاسوب بخصائص معينة.

إلا أنّ الكثير من الفقهاء لا يرون بذلك، بل يعتقدون أنّ هذه الصورة من التوقيع تثير العديد من الإشكالات أبرزها هو كيفية إثبات العلاقة بين التوقيع والمحرر أو رسالة البيانات، خصوصا في ظل عدم وجود تقنيات تثبت وجود العلاقة الحصرية بينهما. وهكذا فالاحتمال مفتوح بشكل واسع، إذ بإمكان المستلم الاحتفاظ بنسخة من صورة التوقيع وإعادة وضعها على أية وثيقة إلكترونية أخرى، والادّعاء أنه صاحب التوقيع. الأمر الذي من شأنه أن يرهن موثوقية هذا التوقيع³.

لذا يرى بعضهم أنّ هذه المشكلات من شأنها أن تخلّ بشروط الاعتراف بالحجية للتوقيع في الشكل الإلكتروني، ذلك أنّ متانة واستمرارية الصلة بين التوقيع ورسالة البيانات تمثل جوهر هذه الشروط⁴.

4- ختم الملقم أو الخادم: وسيلة موجهة للشركات

ختم الملقم أو الخادم هو نوع من الطوابع الإلكترونية التي تظهر على جميع الوثائق الصادرة عن الشركة مثل الفواتير، وكشوف الدفع والعقود وأوامر الطلبات...إلخ.

¹ إبراهيم سليمان، الحكومة الإلكترونية، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 65.

² إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 129.

³ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 227.

⁴ إبراهيم سليمان، مرجع سابق، ص 62.

يسمح هذا الختم بالتصديق على أصل الملفات المرسلّة، والإقرار باستلام المعلومات وإغلاق محتويات الوثيقة إلكترونياً. الجدير بالذكر هو أنّه لا يمكن استخدام هذا الختم إلا إذا كانت لدى الشركة شهادة إلكترونية صادرة عن جهة خارجية موثوق بها ومعترف بها¹.

5- التوقيع الإلكتروني السريع

ويُستخدم هذا النوع من التوقيع على نطاق واسع من قبل البنوك وشركات التأمين، التي تتيح لعملائها إمكانية التوقيع على عقد عبر الإنترنت. في المقابل يجوز المستخدم وسيلة للتصديق، والتي يمكن من خلالها إثبات هويته. عموماً، يتم إرسال رمز استخدام واحد له على هاتفه. يحدد المستخدم نفسه عن طريق إدخال رمز، وبمجرد التعرف على التوقيع الإلكتروني من طرف قاعدة البيانات، يُدمر المفتاح الخاص بذلك تلقائياً، وذلك حتى لا يمكن إعادة استخدامه.

6- التوقيع الإلكتروني المستقل

للموقع برنامج توقيع الكتروني وشهادة تمّ الحصول عليها من سلطة التصديق التي تقوم بتركيب بطاقة ذكية على محطة عملهم. عندما يرغب في التوقيع على وثيقة، يجب على المستخدم إدخال رمز معيّن لقبول التوقيع الإلكتروني. وهذه العملية موضع تقدير خاص من جانب المحاسبين².

7- التوقيع باستعمال البطاقات المغناطيسية

تنقسم هذه البطاقات إلى نوعين: بطاقات ثنائية الطرفين تربط بين العميل والمصرف، وبطاقات ثلاثية الأطراف (العميل، المصرف، طرف ثالث).

أ- البطاقات الثنائية الأطراف

يسود استعمال هذه البطاقات عند التعامل مع المصارف بشكل خاص، وترتبط أساساً بعمليات السداد المالي التي تتم بواسطة جهاز الصراف الآلي أو الموزع الآلي، حيث ما على صاحب البطاقة سوى إدخالها في المكان المخصص لها في هذا الجهاز، ثم القيام بإدخال كلمة المرور أو كلمة السر حتى يستجيب الجهاز ويقوم بمعاملته بشكل سلس، ويسحب من حسابه حداً ما من المال حسب الاتفاق.

¹ <https://www.certeurope.fr/les-dossiers-certeurope/les-differents-types-de-signatures-electroniques#>

تاريخ الاطلاع: 15 ديسمبر 2017 على الساعة: 22:14

² <https://www.certeurope.fr/les-dossiers-certeurope/les-differents-types-de-signatures-electroniques#>

تاريخ الاطلاع: 15 ديسمبر 2017 على الساعة: 22:14

وبالرغم من سهولة هذه الإجراءات وأهميتها، إلا أنّ هذه الصورة من التوقيع الإلكتروني تفقد من قيمتها نوعاً ما، لاسيما إذا ما أدركنا أنّ هذه البطاقات عرضة للسرقة ومن ثمّ الاستعمال من طرف شخص آخر خصوصا في الفترة التي تسبق التبليغ عن فقدان البطاقة أو سرقتها من طرف صاحبها، حتى يقوم المصرف أو الجهة المصدرة لها بتجميد كل العمليات المتعلقة بها.

ب- البطاقات الثلاثية الأطراف

ويُقصد بهذه البطاقات، تلك البطاقات التي تربط بين العميل والمصرف والتجار أو أصحاب المحلات، حيث تُحوّل هذه البطاقة المغناطيسية صاحبها وفاء وسداد ما يقتنيه، إذ يقوم صاحب المحل بتمريرها عبر جهاز مُعدّ لذلك الغرض، فإذا ما تأكد من صحة البيانات وصحة التوقيع الإلكتروني من خلال إدخال الرقم السري للعميل، استوفى صاحب المحل حقوقه من خلال تحويل إلكتروني من رصيد العميل في المصرف إلى رصيد صاحب المحل.

8- التوقيع عن طريق الشيكات الإلكترونية

تشيع هذه الصورة عند المصارف بشكل واضح، حيث تصدر هذه الأخيرة شيكات مستخرجة من الكمبيوتر، وبدل التأكد من صحة التوقيع وما يأخذه ذلك من وقت، ليس على الموظف -للتأكد من شخص العميل- سوى التأكد من الرقم السري الذي يوضع على جهاز قراءة كلمة المرور. وفي مجال الإثبات، تكون لهذا الرقم السري حجيته في الإثبات على أساس أن هذا الرقم السري يصدر لعميل واحد، ويختلف رقمه عن أرقام العملاء الآخرين، مما يؤدي إلى استحالة قيام أي شخص بتزوير هذا الرقم أو سرقة¹.

9- التوقيع بالضغط على مربع الموافقة

كثيرا ما يحدث في العقود الإلكترونية أن تتم الموافقة عن طريق النقر على زر الموافقة في المكان المخصص لذلك بلوحة مفاتيح الكمبيوتر، أو بالضغط على الخانة المخصصة للقبول في نموذج العقد المعروض على شاشة الكمبيوتر، وزيادة في التأكيد قد يتطلب من العميل أن يضغط مرتين لضمان الجدوية في التعامل².

¹ عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 116.

² Alain Bensoussan, le commerce électronique (Aspects juridiques), Edition HERMES, Paris, France, p 31.

ولكنّ هذه الطريقة لا تعتبر في حد ذاتها توقيعاً يكتسب به المحرر الإلكتروني العناصر اللازمة لاعتباره دليلاً كاملاً، ولذلك تلجأ المنشآت التجارية، في الغالب الأعم، إلى إضافة خانة في نموذج التعاقد الموجود على صفحة الويب يضع فيها المتعاقد الرقم السري بالإضافة إلى إمكانية استخدام المفتاح الخاص الذي تقوم على منح الشهادة الخاصة به، جهات معتمدة من قبل الدولة¹.

الفقرة الثالثة: توثيق اتفاق التحكيم المصرفي الإلكتروني

تقوم التجارة على عنصرَي الثقة والائتمان إضافة إلى عنصر السرعة الذي يتدعم أكثر عندما نكون بصدد التجارة الإلكترونية التي تزدهر يوماً بعد يوم في أيامنا الحالية.

ولأنّ العقود الإلكترونية غالباً ما تتم عن بعد بين أطراف قد لا يعرف بعضهم بعضاً، فإن هؤلاء الأطراف بحاجة إلى وسائل تضمن تعبيرهم الصريح والصحيح عن إرادتهم، إضافة إلى وسائل تتيح لهم إمكانية معرفة هوية بعضهم البعض لاسيما في ظل استعمال الوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة والتوقيع... إلخ، إضافة إلى تفاقم ظاهرة القرصنة الإلكترونية.

وانطلاقاً مما سبق، فإنّ مرحلة تأكيد صحة التوقيع الإلكتروني في غاية الأهمية، ذلك أنّها تصدّق على كل المراحل التي سبقتها والمتعلقة بانعقاد العقد الإلكتروني.

ويُعهد بهذه المهمة عادة إلى طرف محايد، يطلق عليه مقدم خدمات التصديق أو مورّد خدمات التصديق أو جهة التوثيق. ويمكن أن يكون هذا الطرف فرداً أو مجموعة أفراد أو شركة أو هيئة حكومية. وهكذا فإن خدمة التوثيق أو التصديق في غاية الأهمية، الأمر الذي أدى إلى معالجتها في التشريعات الدولية والوطنية.

أولاً: تعريف مُقدّم خدمة التصديق أو التوثيق

يُعرّف البعض على أنه جهة، أو منظمة عامة، أو خاصة، مستقلة ومحايدة، تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق معاملاتهم الإلكترونية، بإصدار شهادات إلكترونية².

وعرّفه قانون التوجيه الأوربي رقم 93 المؤرخ في 13 ديسمبر 1999 في مادته الثانية، الفقرة 11، كما يلي: "مزود خدمة التوثيق هو كل كيان أو شخص طبيعي أو معنوي يقدم شهادات أو خدمات مرتبطة بالتوقيعات الإلكترونية"¹.

¹ حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرّفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 39.

² سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 75.

وعرّفه قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001، في المادة الثانية، الفقرة ج، على أنه: "نقصد بمقدم خدمات التوثيق أي شخص يصدر الشهادات، ويمكن أن يقدم خدمات أخرى مرتبطة بالتوقيعات الإلكترونية"².

أما عن التشريعات الوطنية، فإننا نجدّ المشرع الفرنسي يعرف مزود خدمات التوثيق في المادة الأولى، الفقرة 11، من المرسوم رقم 272-2001 المؤرخ في 30 مارس 2001 تطبيقاً للمادة 4-1316 قانون مدني، والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني، كما يلي: "مزود خدمة التوثيق الإلكتروني هو كل شخص يحرر وثائق إلكترونية أو يزود بخدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني"³.

بينما جاء القانون المصري المتعلق بالتوقيع الإلكتروني خالياً من أي تعريف لمزود خدمة التوثيق، واكتفى بتعريف شهادة التوثيق بموجب المادة الأولى، الفقرة 4، كما أسند لـ "هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات"⁵ في هذا المجال هدف تنظيم خدمات التوقيع الإلكتروني⁶، لذلك أوكل لها مهمة إصدار التراخيص والأنشطة المتعلقة بخدمات التوقيع الإلكتروني⁷.

غير أنّ اللائحة التنفيذية رقم 109 لسنة 2005 للقانون رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني، عرفت في المادة الأولى منها، الفقرة 6، جهات التصديق الإلكتروني على أنّها "الجهات المرخص لها بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني وتقديم خدمات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني".

¹ Art2/11 : « Aux fins de la présente directive, on entend par: «prestataire de service de certification», toute entité ou personne physique ou morale qui délivre des certificats ou fournit d'autres services liés aux signatures électroniques ».

² Art 2/E : « Le terme "prestataire de services de certification" désigne une personne qui émet des certificats et peut fournir d'autres services liés aux signatures électroniques ».

³ Art 1/11 : « Au sens du présent décret, on entend par : Prestataire de services de certification électronique : toute personne qui délivre des certificats électroniques ou fournit d'autres services en matière de signature électronique ».

⁴ نصّت المادة 1، الفقرة و على ما يلي: "شهادة التصديق الإلكتروني: الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع".

⁵ نصّت المادة 2 على ما يلي: "تنشأ هيئة عامة تسمى "هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات" تكون لها الشخصية الاعتبارية وتتبع الوزير المختص، ويكون مقرها الرئيسي محافظة الجيزة، ولها إنشاء فروع في جميع أنحاء جمهورية مصر العربية".

⁶ تنص المادة 3، الفقرة ط، على ما يلي: "تهدف الهيئة إلى تحقيق الأغراض الآتية:

ط) تنظيم نشاطات خدمات التوقيع الإلكتروني وغيرها من الأنشطة في مجال المعاملات الإلكترونية وصناعة تكنولوجيا المعلومات".

⁷ تنص المادة 4، الفقرة أ، على ما يلي: "تباشر الهيئة الاختصاصات اللازمة لتحقيق أغراضها على الأخص ما يأتي:

أ) إصدار وتجديد التراخيص اللازمة لمزاولة أنشطة خدمات التوقيع الإلكتروني وغيرها من الأنشطة في مجال المعاملات الإلكترونية وصناعة تكنولوجيا المعلومات، وذلك وفقاً لأحكام القوانين واللوائح المنظمة لها".

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد عرّفه في المادة الثانية من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فبراير 2005، المحدّد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، حيث جاءت كما يلي: "مؤدّي خدمات التصديق الإلكتروني شخصٌ طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدّم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني".¹ وقد أوكل هذا القانون لمؤدي هذه الخدمة مجموعة من المهام، حيث نصّت المادة 41 منه على ما يلي: "يُكلّف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بتسجيل وإصدار ومنح وإلغاء ونشر وحفظ شهادات التصديق الإلكتروني، وفقا لسياسة التصديق الإلكتروني الخاصة به، التي وافقت عليها السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني".

كما اشترط القانون حصول هذا المؤدي على شهادة تأهيل أداء خدمات التصديق الإلكتروني¹، وكذا حصوله على ترخيص تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني². والجدير بالملاحظة أنّ المشرع الجزائري وضع ثلاث سلطات للتصديق الإلكتروني: السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني³، السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني⁴، السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني⁵، غير أنّه خصّ هذه الأخيرة بكلّ ما يتعلق بخدمات مؤدي التصديق الإلكتروني، حيث وضعت المادة 30، الفقرة الأولى، الإطار العام لمهام هذه السلطة، وذلك بنصّها على ما يلي: "تُكلّف السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني بمراقبة ومراقبة مؤدبي خدمات التصديق الإلكتروني الذين يقدّمون خدمات التوقيع والتصديق الإلكتروني لصالح الجمهور".

ثانيا: مقدّمو خدمة التصديق أو التوثيق

بعد تعريف الجهة التي تتكفل بتوثيق اتفاق التحكيم الإلكتروني، سوف نتطرق لأهم الجهات التي تتولى هذه المهمة لا سيما في المجال المصرفي.

1 المادة 35: "تمنح شهادة التأهيل قبل الحصول على الترخيص لمدة سنة واحدة (1) (قابلة للتجديد مرة واحدة، وتمنح لكل شخص طبيعي أو معنوي لتهيئة كل الوسائل اللازمة لتأدية خدمات التصديق الإلكتروني).

وفي هذه الحالة، يتم تبليغ الشهادة في أجل أقصاه ستون (60) يوما ابتداء من تاريخ استلام الطلب المثبت بإشعار بالاستلام.

لا يمكن لحامل هذه الشهادة تأدية خدمات التصديق الإلكتروني، إلا بعد الحصول على الترخيص".

2 المادة 33: "يخضع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني إلى ترخيص تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني"

3 المادة 1/16: "تُنشأ لدى الوزير الأول سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تُسمى السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وتدعى في صلب النص "السلطة".

4 المادة 26: "تُنشأ لدى الوزير المكلف بالبريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال سلطة حكومية للتصديق الإلكتروني تتمتع بالاستقلال المالي والشخصية المعنوية".

5 المادة 29: "تعين السلطة المكلفة بضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية في مفهوم هذا القانون، سلطة اقتصادية للتصديق الإلكتروني".

1- السجل المصرفي الإلكتروني

يشبه السجل المصرفي الإلكتروني إلى حدٍ كبير الدفاتر التجارية التي يُلزم التجار بإمسакها لبيان معاملاتهم التجارية، فإذا قامت منازعة بين الأطراف، جاز الاستناد إلى هذه السجلات لإثبات الحق، وكذلك الحال في العمليات المصرفية الإلكترونية، فإنه إذا ثار النزاع بشأنها، جاز لأطراف المنازعة الاستناد لتلك السجلات المصرفية الإلكترونية المتبادلة داخل الكمبيوتر لإثبات الاتفاق¹.

ونجد أنّ المشرع المصري قد ساوى بين السجل الإلكتروني والسجل الورقي، إذ أُلزم المؤسسات المصرفية بضرورة إمساك سجل تحتفظ فيه بكل العمليات التي تقوم بها، وذلك في المادة 90 من القانون رقم 80 لسنة 2002 الخاص بمكافحة غسيل الأموال، والتي نصّت على ما يلي: "يتعين على البنوك والمؤسسات المالية أن تحتفظ بالمستندات والسجلات التي تلتزم بإمسакها، لمدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ انتهاء التعامل مع المؤسسة، أو من تاريخ قفل الحساب".

إضافة لذلك، ساوى بين المحررات الإلكترونية والعادية من خلال اللائحة التنفيذية رقم 109 للقانون رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني، وذلك بنص المادة 8 التي جاءت كما يلي: "تتحقق الحجية المقررة للمحركات الإلكترونية إذا توافرت عدة شروط، منها أن يكون متاحا فنيا تحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية، الرسمية أو العرفية، وأن تتم هذه الإتاحة من خلال نظام حفظ إلكتروني مستقل وغير خاضع لسيطرة مُنشئ هذه المحررات".

أمّا المشرع الجزائري، فقد أدرج التوقيع الإلكتروني للمرة الأولى سنة 2005 وذلك بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، والذي تمّ من خلاله الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات من خلال المادتين 323 مكرر² و323 مكرر³.

2- مراكز التوثيق المتخصصة

¹ أحمد مصطفى الدبوسي السيد، التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول "دراسة تحليلية مقارنة"، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2015، ص ص 571-572.

² نصّت المادة 323 على ما يلي: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها".

³ نصّت المادة 323 مكرر 1 "يُعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، كالأثبات على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

نظرا لتنامي التعامل الإلكتروني في مجال التجارة، فقد أصبحت العقود الإلكترونية محور اهتمام مختلف التشريعات الدولية والوطنية. وقد رأينا أن توثيق المحررات الإلكترونية على شبكة الإنترنت أصبح ضرورة لا بُدَّ منها، وذلك لاستكمال مراحل انعقاد العقد الإلكتروني بشكل صحيح مُنتج لآثاره. وانطلاقاً من قانون التوجيه الأوربي رقم 93 لسنة 1999، مروراً بقانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001، فإنَّ عدد المراكز والهيئات المتخصصة في تقديم خدمات التوثيق الإلكتروني في تزايد مستمر، وهو ما يعني أيضاً المحررات المتعلقة بالعمل المصرفي. ويمكن أن تكون هذه المراكز تابعة للقطاع الخاص، أو تابعة للقطاع العمومي، غير أنَّ إنشاءها مشروط بالحصول على الترخيص من الهيئات العمومية المختصة والتي يحددها القانون. ففي القانون الفرنسي نجد أنَّ هيئة التوثيق متمثلة في اللجنة الفرنسية للاعتماد، وهو ما نصَّت عليه المادة الأولى من القرار المؤرخ في 26 جويلية 2004، المتعلق بالاعتراف بتأهيل مزودي خدمات التوثيق الإلكتروني و اعتماد الهيئات التي تباشر تقييمها، حيث نصَّت على ما يلي: "اللجنة الفرنسية للاعتماد، مؤسسة مصرح بها في 04 ماي 1994، أو أي هيئة اعتماد موقعة على اتفاق متعدد الأطراف بشأن الاعتراف المتبادل في إطار التعاون الأوربي لهيئات الاعتماد، المسماة هنا، مركز الاعتماد، تُكَلَّف باعتماد المؤسسات التي تباشر في تقييم مزودي خدمات التوثيق الإلكتروني بغية الاعتراف بتأهيلها. مرجع الاعتماد يتضمن المعيار NF EN 45012 أو معيارا مكافئا، وكذلك القواعد التطبيقية المعدة من مركز الاعتماد"¹.

في حين أنَّ المشرع المصري أسند بموجب المادة الثانية من القانون رقم 15 الخاص بالتوقيع الإلكتروني لسنة 2004، لـ "هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات"² مهمة إصدار الترخيصات للأنشطة المتعلقة بخدمات التوقيع الإلكتروني³. مع الإشارة إلى أنَّ مباشرة نشاط إصدار شهادات التوثيق الإلكتروني متعلق بشرط واقف وهو الحصول على الترخيص من هذه الهيئة¹.

¹ Art 1 de l'arrêté du 26 juillet 2004 relatif à la reconnaissance de la qualification des prestataires de services de certification électronique et à l'accréditation des organismes qui procèdent à leur évaluation : « Le Comité français d'accréditation (COFRAC), association déclarée le 4 mai 1994, ou tout organisme d'accréditation signataire de l'accord multilatéral de reconnaissance mutuelle pris dans le cadre de la coopération européenne des organismes d'accréditation (EA), ci-après nommé centre d'accréditation, est chargé d'accréditer les organismes qui procèdent à l'évaluation des prestataires de services de certification électronique en vue de reconnaître leur qualification. Le référentiel d'accréditation comprend la norme NF EN 45012 ou une norme équivalente, ainsi que les règles d'application établies par le centre d'accréditation ».

² نصَّت المادة 2 على ما يلي: " تنشأ هيئة عامة تسمى " هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات " تكون لها الشخصية الاعتبارية وتتبع الوزير المختص، ويكون مقرها الرئيسي محافظة الجيزة، ولها إنشاء فروع في جميع أنحاء جمهورية مصر العربية".

³ تنص المادة 4، الفقرة أ، على ما يلي: " تباشر الهيئة الاختصاصات اللازمة لتحقيق أغراضها على الأخص ما يأتي:

وإذا كان من بين أهداف هذه الهيئة، تنظيم خدمات التوقيع الإلكتروني²، فإن طلب الحصول على الترخيص بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني مرهون بمجموعة من الشروط نصت عليها اللائحة التنفيذية للقانون المذكور أعلاه³.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني وآثاره

يملك الأطراف المتعاقدة -وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة- الحرية التامة في تعيين القانون الذي يحكم العلاقة العقدية الناشئة بينهم.

إلا أنّ مدى هذه الحرية محل خلاف فقهي بين الفقهاء؛ فأنصار المذهب الشخصي يتجهون إلى إعطاء الحرية المطلقة لإرادة الأطراف، وعدم خضوع العقد لحكم أي قانون وطني لدولة محددة⁴، بينما يتجه أنصار المذهب الموضوعي إلى تحديد القانون الموضوعي المطبق على العقد، وفي إطار مساحة الحرية المعترف بها في هذا القانون، يمكن للأطراف ممارسة حق اختيار القانون الأجنبي إذا اقتضى الأمر ذلك⁵. وتنبغي الإشارة هنا إلى أنّ اتفاقية روما الموقعة بتاريخ 19 من يونيو عام 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية قد أخذت بالمذهبين معاً؛ حيث أعطت المادة 3، الفقرة 1 منها، الحرية للأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية، وذلك بنصها على ما يلي: "يخضع العقد للقانون الذي يختاره الطرفان، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو نتيجة لأحكام معينة من العقد أو ظروف القضية. وبموجب هذا الاختيار، يمكن للأطراف أن يُعيّنوا القانون المطبق على

أ) إصدار وتجديد التراخيص اللازمة لمزاولة أنشطة خدمات التوقيع الإلكتروني وغيرها من الأنشطة في مجال المعاملات الإلكترونية وصناعة تكنولوجيا المعلومات، وذلك وفقاً لأحكام القوانين واللوائح المنظمة لها."

1 نصت المادة 19 على ما يلي: "لا تجوز مزاولة نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني إلا بترخيص من الهيئة،...".

2 تنص المادة 3، الفقرة ط، على ما يلي: "تهدف الهيئة إلى تحقيق الأغراض الآتية:

ط) تنظيم نشاطات خدمات التوقيع الإلكتروني وغيرها من الأنشطة في مجال المعاملات الإلكترونية وصناعة تكنولوجيا المعلومات".

3 المادة 12 من اللائحة التنفيذية رقم 109 لسنة 2005 للقانون رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني.

4 Pierre MAYER, Vincent HEUZE, Droit international privé, 11^e édition, LGDJ, Paris, France, 2014, p 456.

5 Bernard AUDIT, Droit international privé, 3^e édition, Economica, Paris, France, 2000, p146.

كلّ العقد أو جزء منه¹. ثمّ أردفت المادة 4، الفقرة 1 أنّه في حالة غياب كل اختيار يتم تحديد القانون الواجب التطبيق بالقانون الأوثق صلة بالعقد، حيث جاءت كما يلي: "إذا لم يتم اختيار القانون المطبق على العقد وفقا لأحكام المادة 3، فإنّ العقد يحكمه قانون البلد الذي توجد فيه أوثق الروابط. غير أنه إذا كان جزء من العقد قابلا للفصل عن بقية العقد ولديه صلة أوثق مع بلد آخر، فإنّ هذا الجزء من عقد قانون ذلك البلد الآخر يمكن أن يطبق بصورة استثنائية"².

وهو ما أخذت به الكثير من التشريعات، حيث تعطي للأطراف حرية تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فإنّ تعذّر ذلك تتولى هيئة التحكيم في هذه الحالة مهمة تعيين القانون واجب التطبيق على الموضوع.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني

ذكرنا سابقا أنّ اللجوء إلى التحكيم يعني حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يرتضونه للتطبيق على النزاع. ونميز بين ثلاث حالات بخصوص القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم: أولا من حيث الشكل، ثانيا من حيث الموضوع، وثالثا وأخيرا من حيث الإجراءات. وهو ما سنتناوله في الفروع التالية.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني من حيث الشكل

يخضع العقد بشكل عام -من حيث الشكل- إلى قانون مكان إبرامه، أي إلى قانون الدولة التي أبرم فيها. غير أنه يمكن أن يخضع أيضا لقانون دولة من دول الأطراف المتعاقدة. ونجد المادة 19 من القانون المدني الجزائري تنص على ما يلي: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الوطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية". وهكذا فقد أخذ المشرع الجزائري في هذه المادة بقاعدة خضوع العقد من حيث شكله لقانون محل الإبرام و سواء اعتبرنا هذه القاعدة اختيارية أو إلزامية فإنه مما لا خلاف فيه أنه قد فرضتها الاعتبارات العملية و هي التيسير على المتعاقدين ذلك أنه لو ألزمتنا المتعاقدين بإتباع الشكل الذي يفرضه قانون

¹ Art 3/1 : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat. ».

² Art 4/1 : « Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays».

جنسيتها أو قانون موطنهما لوقعا في حرج كبير إذ قد يجعلان الشكل الذي يقرره كل من هذين القانونين، و إذا لم يجعلا هذا الشكل فقد يتعذر عليهما مباشرته في بلد إبرام تصرفهما¹. وقبل ذلك أقرت معاهدة روما المؤرخة في 07 جوان 1980 إمكانية الأخذ، إضافة إلى مكان العقد، بالشروط المنصوص عليها في إحدى دول الموطن من حيث شكل العقد، وهو ما جاء في المادة 9، الفقرة 2². وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي، حيث تمّ التوقيع على المعاهدة ودخلت حيز التنفيذ منذ 01 أبريل 1991.

كما أكد المشرع المصري هذه القاعدة أيضا عندما نصّ في المادة 20 من القانون المدني على ما يلي: "العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين، أو قانونهما الوطني المشترك".

غير أنّ العقود الإلكترونية تطرح العديد من الإشكاليات القانونية لاسيما فيما يتعلق بقواعد الإثبات. ولذلك ظهرت محاولات لإثبات إمكانية اعتماد المستند الإلكتروني في الإثبات. ونتكلم هنا عن مختلف الأنظمة المعتمدة في النظام الإلكتروني.

ويمكن أن نذكر مثلا نظام القاضي الإلكتروني الذي يُعرّف على أنه "عملية نقل مستندات التقاضي إلكترونياً إلى المحكمة عبر البريد الإلكتروني حيث يتم فحص هذه المستندات بواسطة الموظف المختص وإصدار قرار بشأنها بالقبول أو الرفض وإرسال إشعار إلى المتقاضي يفيد علماً بما تم بشأن هذه المستندات".

ووفقاً لهذا التعريف فإن المتقاضي أو المحامي عند رغبته في إقامة الدعوى بطريقة إلكترونية سوف يرسل صحيفة الدعوى عبر البريد الإلكتروني من خلال موقع إلكتروني مخصص لهذا الغرض، وهذا الموقع متاح أربعة وعشرون ساعة يومياً لمدة سبعة أيام في الأسبوع، حيث تستلم هذه المستندات بمعرفة الشركة القائمة على إدارة هذا الموقع ثم تقوم بإرساله إلى المحكمة المختصة، حيث يتسلمه الموظف المختص بقلم كتاب المحكمة ويقوم بفحص المستندات ثم يقرر قبول هذه المستندات أو عدم قبولها ويرسل للمتقاضي رسالة إلكترونية يُعلمه فيها باستلام مستنداته والقرار الصادر بشأنها³.

¹ بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 324.

² Art 9/2 : « Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans des pays différents est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi de l'un de ces pays ».

³ <http://www.kenanaonline.net/ws/khaled17/page/77872>

ومن الأنظمة أيضا نظام غرفة التجارة الدولية الذي يهدف إلى تعديل استخدام القواعد والخدمات المقررة في غرفة التجارة الدولية بشأن التحكيم التجاري الدولي. ومن شأنه تسهيل الاتصالات بين أطراف اتفاق التحكيم، وذلك عن طريق تخصيص موقع على الإنترنت لكل قضية على حدة. حيث يكون لكل طرف من أطراف العملية التحكيمية "كلمة مرور" خاصة بالموقع الذي تجري عليه تلك العملية، يمكن من خلاله إرسال وتسليم المستندات الخاصة بالعملية التحكيمية. وإذا رفض أحد أطراف التحكيم الاستمرار فيه على هذا النظام، يستمر التحكيم وفقا للنمط التقليدي، مع الاحتفاظ بنسخة عن المستندات التي سبق إرسالها وفقا للنظام المذكور¹.

ولنظام رفع الدعوى إلكترونياً العديد من المميزات، حيث يسمح للمحامين والمتقاضين بتقديم المستندات القانونية بطريقة إلكترونية، بل ويسمح بالاطلاع على مختلف الوثائق في أي وقت، مما يؤدي إلى التقليل من تكاليف التقاضي، الأمر الذي من شأنه أن يرفع من وتيرة عمل المحاكم، ويُجسِّن من أدائها على حدِّ سواء.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني

ينطبق مبدأ سلطان الإرادة على اتفاق التحكيم الإلكتروني، حيثُ لأطراف النزاع الاتفاقُ على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

ومعنى ذلك أنَّ الأطراف يقومون بتحديد القانون الموضوعي الذي يروونه مناسباً ليتم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا حدَّد الأطراف القانون الموضوعي واتفقوا على ذلك، كان عليهم احترام هذه الإرادة من خلال الامتثال لما تم الاتفاق عليه وتطبيق القانون أو القواعد التي حددتها إرادة كلِّ منهم².

وإذا كان المبدأ العام هو اتفاق الأطراف على تحديد القانون الذي على المحكم تطبيقه على نزاعهما، فإنه قد يحدث وأن يختلفوا على ذلك، الأمر الذي قد يثير بعض الصعوبات القانونية. لذلك سنحاول في هذا المبحث التطرق للحالتين مع التعرّيج على الآثار التي تنجم في كليهما.

الفقرة الأولى: اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع

يسري قانون الإرادة - كما أسلفنا - في حال اتفاق الأطراف، على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. ولا يكون على المحكم حينئذٍ إلا تطبيق ما اتجه نحوه هذا الاتفاق من قانون.

تاريخ الاطلاع 30 مارس 2017 على الساعة 21.35.

¹ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 134-135.

² محمود محمد الشيخ، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،

2015، ص 34.

ونجد أن المادة 7 من اتفاقية جنيف المبرمة عام 1961 والتي جرى نصها كالتالي: " للأطراف حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع (...)"¹. وهو قريب من موقف المشرع الفرنسي، حيث قُتِن مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع في قانون الإجراءات المدنية، فقد نصّت المادة 1496 منه على ما يلي: " يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية، إلا إذا منحه الأطراف مهمة المحكم غير المقيد"². وهو ما سار عليه المشرع المصري في المادة 19 قانون مدني³، إذ جاءت في ثناياها عبارة "يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه". ويُفهم من ذلك أن إرادة الأطراف هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على الموضوع في حالة اتفاق الإرادتين، أي أن إرادة الأطراف لها القوة المستمدة من نصوص القانون. وعبارة " ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه" تؤكد أن الكلمة في الاتفاق ترجع لإرادة المتعاقدين⁴.

وبعد التعديل الذي مسّ القانون المدني سنة 2005، فإنّ المشرع الجزائري نصّ في المادة 18، الفقرة 1 منه، على ما يلي: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد". والملاحظ هنا، هو أنّ المشرع اشترط لتطبيق القانون المختار من الأطراف أن يكون لهذا الأخير صلة بالمتعاقدين أو بالعقد، وأن تكون هذه الصلة حقيقية. فإن تعذر ذلك يُطبق قانون الموطن أو الجنسية المشتركة أو قانون محل إبرام العقد⁵.

¹ Art 7/1 : « Les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige. À défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espèce. Dans les deux cas, les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce.»

² Art 1478 : «Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition».

³ نصّت على ما يلي: " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه".

⁴ محمود محمد الشيخ، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015، ص ص 35-36.

⁵ المادة 18، الفقرة 2 و 3: "...وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد".

وتجدر الإشارة إلى أنّ الاتفاق¹ قد يكون صريحاً كما قد يكون ضمناً². وإذا كان الأصل أن يكون صريحاً، كما لو تضمن العقد بنداً يحدد القانون الواجب التطبيق، أو جرى هذا التحديد في اتفاق مستقل لاحق. وقد يتم ذلك بسند إلكتروني، وفي هذه الحالة، يجب، للاعتداد بهذا السند أن يحفظ مضمونه على جهاز المتعاقد بصورة دائمة تضمن سلامته³.

وجاءت المادة 39 من قانون التحكيم المصري بنفس الفكرة، حيث تنص على: "أن تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قواعد دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يُتفق على غير ذلك". وهو ما يعمل به المشرع الجزائري تطبيقاً للمادة 18، الفقرة 1 السابقة الذكر، حيث أصبح القاضي يعتد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين وذلك بالبحث في مضمون العقد وظروف انعقاده وجنسية موطن المتعاقدين... إلخ.

وأكدت المادة 17، الفقرة 1 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس الصادر سنة 1998، حرية الأطراف في الاختيار بنصها على أنه "للأطراف الحرية التامة في اختيار القواعد القانونية التي يتوجب على المحكمة تطبيقها على مضمون النزاع. فإن تعذر ذلك جاز للمحكم تطبيق القواعد التي يراها ملائمة"⁴.

وهو ما تقرره أيضاً المادة 7، الفقرة 1 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي (المعروفة باتفاقية جنيف، والموقعة سنة 1961)، إذ نصت على: "أن الفرقاء أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على المحاكم تطبيقه بصدد أساس النزاع، وفي حال إغفال الإشارة من قبل الفرقاء إلى القانون الذي يقتضي تطبيقه، يعمد المحكمون إلى تطبيق القانون المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين، التي يرون أنّها مناسبة بهذا الصدد، وفي الحالتين فإن المحكمين يأخذون بعين الاعتبار أحكام العقد والأعراف التجارية"⁵.

¹ يكون الاتفاق عند إبرام العقد على شكل بند، أو يلحق بالعقد. غير أنه قد يُتفق على القانون الواجب التطبيق عند تنفيذ العقد، كما لو تم الاتفاق على ذلك عند حدوث النزاع بشأن العقد المبرم بين المتعاقدين.

² خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 199.

³ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 145.

⁴ Art 17/1 : « les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. A défaut de choix par les parties de règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées ».

⁵ Art 7/1 : « Les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige. A défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle

كما تُقرُّه المادة 28، الفقرة 1 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي، إذ تنص على ما يأتي: "تفصل هيئة المحكمة في النزاع، وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان، بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع. وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني، يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة، وليس إلى قواعدهما الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك"¹.

والملاحظ هو أن أغلب التشريعات الوطنية والدولية استخدمت مصطلح "قواعد قانونية" بدلا من "قانون"، لأنَّ المقصود بـ "القواعد" أعمُّ من القانون، كأن يتفق الأطراف على تطبيق قواعد اتفاقية دولية لحلّ النزاع وبالتالي فإنه يجوز لهم عند الاتفاق على تطبيق "القواعد" أن يرجعوا إلى عدة مصادر فيستخلصوا من كل مصدر ما يرونه مناسباً لحل منازعاتهم².

وفيما يتعلق بالتعبير الضمني عن إرادة الطرفين في تحديد القانون الواجب التطبيق، فإنه يستمد من ظروف الواقع وملابساته، ولا يثير أمره حكما خاصا بشأن العقد الإلكتروني، لأنه يتعلق بمسألة واقع تُترك إلى تقدير محكمة الموضوع. فاستخدام عقد نموذجي لمنظمة ما مثلا، قد يعني رغبة الفرقاء في تطبيق قانون الدولة التي توجد فيها هذه المنظمة. وبالإجمال، ففي حالة عدم وجود بند صريح يحدد القانون الواجب التطبيق، فيجوز للمحكمة المختصة أن تستخلص وجود اختيار ضمني للقانون الواجب التطبيق في ضوء شروط الاتفاق التحكيمي، وظروف الدعوى، ووقائعها³.

الفقرة الثانية: اختلاف الأطراف حول تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع

تثور الصعوبة في حالة الغياب الصريح للقانون الواجب التطبيق، أي في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في المعاملات الإلكترونية، وفي هذه الحالة تكون الكلمة لهيئة التحكيم أو لمركز التحكيم لتحديد القواعد القانونية التي يجب تطبيقها على موضوع النزاع الإلكتروني⁴.

de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espèce. Dans les deux cas, les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce ».

¹ Art 28/1 : « Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un État donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet État et non ses règles de conflit de lois ».

² محمد سليم العوا، دراسات في قانون التحكيم المصري، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2008، ص 110.

³ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 146.

⁴ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 316.

إنّ عدم اتفاق الأطراف يمنح للجهة التحكيمية مهمة تحديد القانون المناسب لحلّ النزاع، الأمر الذي يدعونا إلى دراسة موقف التشريعات الوطنية والدولية من هذا الاختلاف من جهة، ودور المحكم مركزاً كان أو هيئة من جهة أخرى.

وعند تفحص نصّ المادة 18 قانون مدني جزائري المشار إليها سابقاً، فإننا نختدي بمفهوم المخالفة- إلى أن اختلاف الأطراف حول القانون الواجب التطبيق على العقد، يحيل إلى تطبيق قانون الموطن أو الجنسية المشتركة أو قانون محل إبرام العقد.

وهو ما أكّده المادة 19 قانون مدني مصري، حين ذهبت إلى تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها موطن المتعاقدين إن كان مشتركاً، أو تطبيق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد في حال اختلاف الموطن. وقد أشارت المادة 39 من قانون التحكيم المصري إلى ذلك، حيث أنه متى اتفق المحكمان على الموضوع محل النزاع، تعين على هيئة التحكيم أن تطبق عليه القواعد القانونية المتفق عليها، فإذا لم يتفقا، طبقت القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع، وعلى هُدى من ذلك، فإذا اتفق المحكمان على تطبيق القانون المصري، تعين على تلك الهيئة أن تطبق فرع القانون الأكثر انطباقاً على موضوع التحكيم¹.

ويُقصد بالقانون الأكثر اتصالاً بالموضوع أن هناك أكثر من قانون يمكن لهيئة التحكيم أن تختار من بينها القانون الذي تطبقه على موضوع النزاع، أي أنه يُفترض قيام تنازع بين هذه القوانين تتصل بالعلاقة محل النزاع، وهذا يتطلب من هيئة التحكيم أن تختار قانون دولة ما لتطبيقه على النزاع ولا يجوز لها أن تطبق قانون تجارة دولية أو اتفاقية دولية معينة².

أمّا عن التشريعات الدولية فقد قرّرت المادة 4، الفقرة 1 من معاهدة روما لسنة 1980 أن يخضع العقد إلى القانون الأكثر صلة به³. وهو ما يُعتبر قرينةً على الاعتراف بموطن المدين باعتباره مُطالباً بالأداء⁴.

ورأينا سابقاً أن المادة 17، الفقرة 1 من نظام غرفة التجارة الدولية، أقرّت حرية الأطراف في الاختيار بنصها على الحرية التامة للأطراف في اختيار القواعد القانونية التي يتوجب على المحكمة

¹ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 148.

² محمد سليم العوا، مرجع سابق، ص 113.

³ Art 4/1 : « Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits.

⁴ ناصيف إلياس، مرجع سابق، ص 147.

تطبيقها على مضمون النزاع. غير أنّ التساؤل يثور بخصوص المقصود من هذه القواعد، ومدى حرية المحكم في اختيارها.

وسواء تمّ تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع من جانب الأطراف أو المحكم أو الهيئة التحكيمية، فإن ذلك يتطلب مراعاة القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة للتحكيم والمساواة في التعامل ما بين الأطراف¹.

إنّ هذا يميلنا إلى فهم أنّ حرية المحكم، بشكل عام، وإن كانت واسعة قصد تمكينه من الفصل في النزاع بما يضمن تحقق مبادئ التحكيم، فهذا لا يعني أنها حرية مطلقة غير مقيدة. إذ نجد في هذا الإطار أنّ المادة 15 من نظام المحكمة الإلكترونية قد عدّدت مجموعة من الالتزامات والضوابط، على المحكم الالتزام بها أثناء الفصل في النزاع المعروض عليه إلكترونياً.

ففي الفقرة الأولى² نصّت على ضرورة اختيار القواعد الملائمة والمناسبة لحل النزاع القائم بين الأطراف، وذلك في حال عدم اتفاق الأطراف بطبيعة الحال على قانون معين أو قواعد معينة.

أمّا في الفقرة الثانية³ فنصّت على أنّ على محكمة التحكيم في جميع الأحوال أن تأخذ بعين الاعتبار العقد، والعادات التجارية في مجال الإنترنت. وإن لم يجز بعدّ تحديد مفهوم العادات التجارية في المجال الافتراضي⁴.

كما وضعت في الفقرة الثالثة⁵ قيوداً على القانون المختار لصالح تطبيق قانون موطن المستهلك، وهو قيد يتعين تطبيقه أيضاً في مجال التحكيم الإلكتروني إذا كان أحد الأطراف مستهلكاً⁶.

وهو، تقريباً، نفس مضمون المادة 21، الفقرة 2 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية التي أكّدت على ضرورة التزام الهيئة التحكيمية بنصوص العقد، والعادات التجارية الملائمة⁷.

¹ محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 115.

² Art 15/1 : « Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le Tribunal arbitral applicable au fond du litige. A défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, le tribunal appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées ».

³ Art 15/2 : « Dans tous les cas, le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat et des usages du commerce pertinents ».

⁴ حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص 41.

⁵ Art 21/2 : « Le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat entre les parties, le cas échéant, et de tous les usages du commerce pertinents. ».

⁶ لزه بن سعيد، مرجع سابق، ص 262.

⁷ Art 21/2 : « Le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat entre les parties, le cas échéant, et de tous les usages du commerce pertinents ».

ويُلاحظ أنّ نظام المحكمة الإلكترونية في صياغته الأساسية جاء بنفس المعنى، حيث نصّت المادة 15، الفقرة الأولى والثانية منه على ما يلي: " - للأطراف الحرية في اختيار قواعد القانون التي تطبقها محكمة التحكيم على موضوع النزاع. وفي حال عدم اختيار الأطراف لهذه القواعد، تطبق محكمة التحكيم القواعد التي تراها مناسبة.

- تأخذ محكمة التحكيم - في كل الأحوال - بالأحكام المتعلقة بالعقد وبأعراف التجارة الملائمة"¹.

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني

لاختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني أهمية كبرى، لأن هذا القانون، هو الذي يحدد - بصورة خاصة - نظام الإثبات، والوسائل التقنية التي من شأنها احترام حقوق الدفاع، كالوجهة ومبادئ السرية، والعلانية وغيرها، وتنظيم المداولات المتلفزة والاجتماعات الإلكترونية². وانقسمت آراء الفقهاء بخصوص القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم إلى فريقين. حيث يرى البعض أن إجراءات التحكيم مرتبطة لا محالة بمكان التحكيم، وذلك أنها منذ بدايتها عند طلب التحكيم من أحد أطراف النزاع إلى حين صدور قرار التحكيم بصيغة نهائية مرتبطة بقانون المكان الذي تتم فيه³.

بينما يرى آخرون بضرورة إخضاع إجراءات التحكيم الإلكتروني إلى قانون الإرادة، وبالتالي فإن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم يُحدد في ظل مبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم⁴.

وهكذا فنحن أمام اتجاهين، أحدهما يرى بتطبيق قانون مقر التحكيم، والآخر يرى بضرورة الانصياع لقانون إرادة الأطراف.

الفقرة الأولى: تطبيق قانون مقر التحكيم

يرى هذا الاتجاه أن التحكيم مجرد صورة من صور التقاضي، وأن اتفاق التحكيم مجرد حلقة إجرائية من حلقات قضاء التحكيم، وإذا كانت الإجراءات تخضع لقانون محل التقاضي، فإن اتفاق التحكيم يخضع بدوره لقانون مقر التحكيم⁵.

¹ Art 15/1 et 2 : « -Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral applique au fond du litige. A défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, le tribunal appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées ».

² إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 136.

³ فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 162.

⁴ محسن شفيق، مرجع سابق، ص 295.

⁵ مصطفى الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 305.

وإذا كان هذا الطرح مقبولاً من الناحية القانونية بالنسبة للتحكيم الإلكتروني، فإنه يثير بعض الصعوبات العملية خصوصاً وأن هذا النوع من التحكيم لا يتم في مكان محدد، وإنما في مكان افتراضي بحكم أنه يُدار على شبكة الإنترنت.

انطلاقاً من ذلك انقسم الفقه حول تحديد مكان التحكيم الإلكتروني حيث قُدمت العديد من الآراء والاقتراحات:

أولاً: تطبيق قانون مكان وجود المحكم

يرى أنصار هذا الاتجاه أن مكان التحكيم هو مكان تواجد المحكم. إلا أن تطبيق هذا المعيار يؤدي في الحقيقة إلى مشاكل عملية كبيرة تتعلق أساساً بتحديد هذا المكان.

وقد وُجّه النقد لهذه النظرية، وذلك، من جهة، لصعوبة تحديد مكان التحكيم عندما يكون إلكترونيًا، فهل يُؤخذ بمكان وجود المحكم عند بداية الإجراءات، أو يُعتمد بقانون موطنه أو محل إقامته؟ ومن جهة أخرى، كيف يُحدد مكان المحكم، عندما لا يكون فرداً، بل هيئة مؤلفة من عدة محكمين، ومكان وجود كل منهم مختلف عن مكان الآخر؟¹

ثانياً: تطبيق قانون مكان مزود الخدمة عبر الإنترنت

يرى أنصار هذا الاتجاه أن مكان التحكيم هو مكان تواجد مزود الخدمة عبر الإنترنت، أي الموقع الجغرافي لمن يقدم هذه الخدمات إلكترونياً. إلا أن هذا المعيار يبدو غير واقعي لسببين²:

- قد يشترك العديد من مزودي الخدمة المعلوماتية على شبكة الإنترنت في معاملة واحدة، وقد يختلف الموقع الجغرافي لكل مزود خدمة، فأى موقع سيكون مكاناً للتحكيم الإلكتروني؟
- قد يكون المحكم أو هيئة التحكيم في مكان، والموقع الجغرافي لمزود الخدمات في مكان آخر، وليس لهذا الموقع أية صلة بموضوع النزاع أو أطراف النزاع أو حتى هيئة التحكيم.

ثالثاً: التحكيم غير المرتبط بمكان محدد (التحكيم الطليق)

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التحكيم الإلكتروني مرتبط بشبكة الإنترنت، ومن ثمّ فلا مكان له، فهو طليق متحرر من المكان، وغير وطني أي أنّه لا يرتبط بقانون مكان التحكيم.

والمأخذ على هذه النظرية كثيرة لعلّ أهمها هو أنّها لا تتوافق مع اتفاقية نيويورك 1958، والتي تربط التحكيم بمكان معين، حيث نصّت المادة الأولى، الفقرة الأولى من هذه الأخيرة على ما

¹ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 140.

² فادي محمد عماد الدين توكّل، مرجع سابق، ص 231.

يلي: "تُطبق هذه الاتفاقية على تنفيذ أحكام التحكيم والاعتراف بها في إقليم دولة غير ذلك الذي يُطلب فيه التنفيذ والاعتراف بهذه الأحكام، والتي تنشأ عن نزاعات بين أشخاص طبيعيين أو معنويين. وتطبق أيضا على أحكام التحكيم التي لا تُعتبر أحكاما وطنية في الدولة التي يُطلب منها التنفيذ والاعتراف بها"¹. إنَّ هذا الاختلاف قد يؤدي إلى عدم الاعتراف بأحكام هذا التحكيم على المستوى الدولي.

والملاحظ أنَّ نظام التحكيم الإلكتروني² لم يضع حلاً لمشكلة مكان التحكيم، الأمر الذي ترك المجال لبعض الآراء الفقهية.

حيث يرى البعض ضرورة تبني معيار "موقع القضية على شبكة الإنترنت" مكاناً للتحكيم الإلكتروني، وتطبيق قواعد التجارة الإلكترونية على هذه الإجراءات³.

بينما ذهب آخرون إلى أنَّ الحل الأنسب هو أن يُترك للمتعاقدین تحديد المكان الافتراضي للتحكيم الإلكتروني⁴، وهذا ما يتوافق مع نص المادة 14، الفقرة 1 من نظام غرفة التجارة الدولية التي أفادت بأنه "على المحكمة أن تحدد مكان التحكيم إلا إذا لم يكن الأطراف قد حدّدوه"⁵. وهو كذلك ما يتوافق تقريبا مع نص المادة 20 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي، التي أكدت على أنه: "للفريقين حرية الاتفاق على مكان التحكيم، على أن تؤخذ في الاعتبار ظروف القضية، بما في ذلك راحة الطرفين.

واستثناء من أحكام الفقرة 1 من هذه المادة، يجوز لهيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً للمداولة بين أعضائها، وبسماع أقوال الشهود أو الخبراء أو طرفي النزاع، أو لمعينة البضائع، وغيرها من الممتلكات، أو لفحص المستندات، ما لم يتفق الفريقان على خلاف ذلك"⁶.

¹ Art 1/1 : «La présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées».

² لم تشر مختلف الأنظمة التحكيم الإلكترونية لحل هذا المشكل، مثل نظام المحكمة الإلكترونية، نظام مركز الوساطة والتحكيم... إلخ.

³ فادي محمد عماد الدين توكّل، مرجع سابق، ص 232.

⁴ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 141.

⁵ Art 14/1 : « La cour fixe le lieu de l'arbitrage à moins que les parties ne soient convenues de celui-ci ».

⁶ Art 20: «1) Les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage. Faute d'une telle décision, ce lieu est fixé par le tribunal arbitral, compte tenu des circonstances de l'affaire, y compris les convenances des parties. 2) Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral peut, sauf convention contraire des parties, se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour l'organisation de consultations entre ses membres, l'audition des témoins, des experts ou des parties, ou pour l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces ».

وتنتفق مع من يرى أنّ هناك فرقا بين مكان التحكيم ومقر التحكيم، حيث يُعتبر الأول المكان الذي تجري فيه إجراءات التحكيم، بينما يُعتبر الثاني مفهوما قانونيا، يمثل العلاقة بين هيئة التحكيم وقانون وطني ما، أو مجموعة قواعد قانونية معينة. وهكذا فالمقر نتاج اتفاق الأطراف مهما كان شكل هذا الاتفاق ومضمونه¹.

الفقرة الثانية: تطبيق قانون الإرادة

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

وهذا التنازع يُفض بموجب قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية، والتي تقرر أن الاختصاص التشريعي يكون لفائدة الإرادة، أي القانون الذي اتفق عليه واختاره الأطراف بإرادتهم الحرة². ولأنّ اختيار القانون يكون بإرادة الأطراف وليس لأحد أن يملي عليهم قانونا معيناً لتطبيقه، فليس بالضرورة أن تخضع إجراءات التحكيم لنفس القانون الذي اختاره الطرفان لتطبيقه على الموضوع، كما أنه ليس بالضرورة أيضا أن يكون قانون مكان إجراء التحكيم هو القانون الواجب التطبيق على الإجراءات³.

وباتباع قانون الإرادة يكون الطرفان أمام عدة إمكانيات عند اختيار إجراءات التحكيم⁴:

- قد يتولى الخصوم بأنفسهم وضع إجراءات التحكيم. ويسمى التحكيم في هذه الحالة بالتحكيم الطليق، ويقصد به "التحكيم الذي يجر في الأطراف من كل القواعد الوطنية، حيث تقوم إرادة الأطراف بصياغة أو تقنين القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة فيه بشكل مفصل".
- قد يتفق الخصوم على ترك هذه المهمة لهيئة التحكيم بالنيابة عنهم.
- الاتفاق على اتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون وطني معين.
- قد يتفق أطراف التحكيم على اتباع الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم.

¹Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, LITEC, Paris, France, 1996, p196.

² عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 84.

³ حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2006، ص 341.

⁴ فادي محمد عماد الدين توكّل، مرجع سابق، ص ص 227-228.

وقد سارت أغلب القوانين الدولية في هذا الاتجاه، حيث نصّت اتفاقية نيويورك لسنة 1985 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها في المادة الخامسة، الفقرة الأولى على أنه: "يمكن رفض الاعتراف بحكم التحكيم وعدم تنفيذه، إذا أثبت الطرف المحكوم ضده أن اتفاق التحكيم لم يكن صحيحا طبقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف، أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم"¹.

ونصّت المادة الخامسة، الفقرة الثانية من الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري المبرمة في جنيف سنة 1961 على أنه: "عند البت في وجود أو صحة اتفاق التحكيم، فإنّ محاكم الدول المتعاقدة تبت في أهلية الأطراف وفقا للقانون المطبق عليهم وفيما يتعلق بالمسائل الأخرى"².

وفي نفس الطرح جاءت المادة 34، الفقرة 2 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 حيث نصت على ما يلي: " لا يمكن إلغاء الحكم التحكيمي من قبل المحكمة المشار إليها في المادة 6 إلا إذا:

أ- قدّم الطرف صاحب الطلب إثباتا.

ب- أصيب أحد أطراف اتفاق التحكيم المشار إليه في المادة 7 بعارض في الأهلية؛ أو كان الاتفاق غير صحيح بموجب القانون الذي جعله الأطراف موضوعا أو، في حالة عدم وجود أي إشارة في هذا الصدد، بموجب قانون هذه الدولة"³.

ونصّت على نفس الفكرة المادة 36، الفقرة 1 من نفس القانون: "لا يجوز رفض الاعتراف بأي قرار تحكيم أو رفض تنفيذه، بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه، إلا بناء على طلب الطرف المطلوب تنفيذ القرار ضده، وقدّم دليلا يثبت أن الاتفاق المذكور غير صحيح بموجب القانون الذي أخضع الطرفان الاتفاق له"⁴.

¹ Art 5/1 : « La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve ».

² Art 5/2 : « Quand ils auront à se prononcer sur l'existence ou la validité d'une convention d'arbitrage, les tribunaux des États contractants statueront en ce qui concerne la capacité des parties selon la loi qui leur est applicable et en ce qui concerne les autres questions ».

³ Art 34/2 : « La sentence arbitrale ne peut être annulée par le tribunal visé à l'article 6 que si:

a) La partie en faisant la demande apporte la preuve:

i) Qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité; ou que ladite 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, en vertu de la loi du présent État ».

⁴ Art 36/1 : « La reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, ne peut être refusée que:

وأكدت القوانين الوطنية بدورها على قانون الإرادة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، إذ نجد أنّ المشرع الجزائري نصّ في المادة 1040، الفقرة الثالثة على ما يلي: "تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً".

ونصّت المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على ما يلي: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

وبخصوص تنظيم إجراءات التحكيم، جاءت المادة 25 من نفس القانون بما يلي: "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 جمهورية مصر العربية أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق، كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة".

غير أنّ المشكلة تنور في حال عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من حيث الإجراءات. هنا نجد أنّ البعض يرى بوجوب إخضاع إجراءات التحكيم لقانون البلد الذي تمّ إجراء التحكيم فيه، حيث نصّت المادة الخامسة، الفقرة الثانية من اتفاقية نيويورك 1958 على ما يلي: "يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها:

أ- أنّ قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم أو

ب- أنّ في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد¹، بينما يرى آخرون بوجوب إعطاء هيئة التحكيم سلطة تحديد الإجراءات الواجبة التطبيق على خصومة التحكيم، وهو ما نصّت عليه المواد 125¹، 228² و 339³ من قانون التحكيم المصري.

a) Sur la demande de la partie contre laquelle elle est invoquée, si ladite partie présente au tribunal compétent auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution la preuve ».

¹ art 5/2 : «- La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate:

a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage;

والملاحظ هو أنّ لوائح التحكيم الإلكتروني لا تتضمن حلاً لمشكلة تحديد مكان التحكيم، سواء في ذلك لائحة محكمة التحكيم الإلكترونية، أو لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية حتى من خلال قواعد التحكيم الخاصة بأسماء حقول الإنترنت أمام لجان المنازعات الإدارية⁴.

المطلب الثاني: آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني

لاتفاق التحكيم قوته الإلزامية متى توافرت شروطه الموضوعية والشكلية، وهذه القوة تقوم في مواجهة أطرافه ولا تقوم في مواجهة الغير، إلا في أحوال خاصة يقرها القانون استثناءً عن الأصل وهو ما يعرف بنسبية آثار العقد.

فإذا تحققت هذه الشروط فإنها تصبغ الاتفاق بقوته الملزمة والمتمثلة في الامتناع عن اللجوء إلى القضاء في شأن النزاع المحكم فيه.

ويُعبّر عن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم بين الطرفين بالآثار الموضوعية. أما الآثار المنجزة عنه والتي قد تكون سلبية أو إيجابية، فهي الآثار الإجرائية⁵.

الفرع الأول: الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم المصرفي الإلكتروني

يُعدُّ مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم هو أحد أهم الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم، ومقتضى هذا المبدأ هو أنّ هناك التزاماً بنتيجة يقع على عاتق كل من طرفي التحكيم، وهو ضرورة قيام كل منهما بالمساهمة في اتخاذ إجراءات التحكيم والامتناع عن عرض نزاعه على الدولة⁶.

وتطبيقاً لأحكام قانون الالتزامات والعقود لا ينصرف أثر العقد "التحكيم" إلا على المتعاقدين فقط. وبالتالي يكون على الأطراف التقييد بعقد التحكيم وعدم اللجوء إلى القضاء، وهكذا لا يستفيد

ou

b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.

¹ نصّت المادة 25 على ما يلي: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق، كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة".

² نصّت المادة 28 على ما يلي: "لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها ولا يحل ذلك بسلطة هيئة التحكيم في أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الإطلاع على مستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك".

³ نصّت المادة 2/39 على ما يلي: "وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع".

⁴ حسام الدين فتحي ناصيف، مرجع سابق، ص 38.

⁵ عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 121.

⁶ نفس المرجع، ص 121.

من التحكيم إلا أطرافه ولا يضار منه غير هؤلاء، وهذا ما يسمى بالنطاق الشخصي لاتفاق التحكيم ولا يحق التمسك ببطلان اتفاق التحكيم لغير أطرافه ما لم يتصل الأمر بالنظام العام، فيكون لكل خصم في الدعوى حق التمسك بالبطلان وللنيابة العامة كذلك إذا كانت طرفاً منضمماً فيها، كما يمكن للمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها¹.

ونصت المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ما يلي: "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 يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

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

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

وقد نصت المادة 17 من قانون التحكيم المصري -بهذا الصدد- على ما يلي: "1- لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم فإذا لم يتفقا اتبع ما يأتي: (أ) إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكوم واحد تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين.

(ب) فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر هيئة من ثلاثة محكمين.

¹ فدوى ابن العابدین، "القوة الملزمة لاتفاق التحكيم"، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، السويسي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، المغرب، 2008، ص 33.

2- وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو لم يتفقا أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن وتولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون بناءً على طلب أحد الطرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب ما لم ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل.

3- وتراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة ومع عدم الإخلال بأحكام المادتين 18 و 19 من هذا القانون لا يقبل هذا القرار الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن".

وعلى ذلك فإنّ اتفاق التحكيم الذي أبرم صحيحاً يلزم طرفيه ولا يجوز الانسحاب منه بالإرادة المنفردة، بل يتعين على الأطراف اتخاذ إجراءات التحكيم والتي تنتهي بأحد الأمرين¹:
- صدور حكم حاسم للنزاع بينهما.

- اتفاق الطرفين على الانسحاب وإنهاء الإجراءات قبل صدور حكم التحكيم.

الفرع الأول: الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم المصرفي الإلكتروني

يترتب على اتفاق التحكيم المصرفي الإلكتروني، بخصوص الآثار الإجرائية، آثار إيجابية وأخرى سلبية. وسوف نتعرض لكل منهما من خلال الفقرتين الآتيتين.

الفقرة الأولى: الآثار الإيجابية

تتمثل هذه الآثار في ضرورة التزام الأطراف بالخضوع للقرار الصادر من هيئة التحكيم في المسألة المتفق على حسمها عن طريق التحكيم، فهذا الاتفاق يُعدّ هو الأساس أو المصدر الذي تستمد منه محكمة التحكيم اختصاصها بالفصل في المنازعة².

وينصرف مفهوم الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم إلى التزام أطراف الاتفاق باللجوء إليه أو بالاستمرار فيه، ذلك أنّ الاتفاق على التحكيم لا يعني بالضرورة سحب النزاع من ولاية القضاء، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة التخلي عن اتفاق التحكيم، أو في حالة لجوء أحد الأطراف إلى القضاء مع سكوت الطرف الآخر عن الدفع بوجود اتفاق التحكيم³.

¹ عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 122-123.

² حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 110.

³ عبد السلام زوير، التحكيم التجاري في القانون المغربي، مقال منشور على: <http://www.majalah.new.ma> تاريخ الاطلاع: 05 نوفمبر 2017 على الساعة: 19.38.

وإذا كانت القاعدة العامة السائدة في اتفاق التحكيم الإلكتروني هي الأثر النسبي لهذا الاتفاق، وذلك بمعنى أنّ اتفاق التحكيم الإلكتروني لا يقيد غير أطرافه، وأنّه يقتصر فقط على الموضوع محل الاتفاق، وأنّه لا يمتد إلى غيره من الموضوعات. إلا أنّه استثناءً من هذا الأصل العام، فإنّه قد ينتقل أثر التحكيم الإلكتروني إلى غير أطرافه، كما يتسع نطاقه ليشمل بعض الموضوعات المرتبطة بموضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني¹.

فإذا أبرم البنك الضامن في خطاب الضمان مع المستفيد اتفاقاً على اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتهما، ففي هذه الحالة لا يجوز للعميل الأمر أن يحتج بهذا الاتفاق؛ لأنّ آثار الاتفاق لا تمتد إليه، فهو ليس طرفاً في الاتفاق، يُضاف لذلك أنه يصعب في كثير من الحالات تحديد طرفي اتفاق التحكيم من ناحية، كما إنّ فكرة الطرف لا تعني فقط شخص الموقع على الاتفاق من ناحية أخرى، وإنما تشمل أيضاً خلفه العام أو الخاص².

وهكذا فإنّ التعرض لهذه الآثار يجرّنا إلى التطرق لثلاث نقاط أساسية، وهي: آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني المصرفي على أطرافه، على الخلف العام والخاص، وأخيراً على الغير.

أولاً: آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني المصرفي على الأطراف

1- تحديد الطرف

قد يحدث وأن لا يوقع أطراف العقد بأنفسهم على العقد، كأن يؤكّل العميل من ينوب عنه في عقد يبرمه مع مؤسسة مصرفية، وبالرغم من ذلك، فإنّ الوكيل ليس طرفاً في العقد. وهو نفس ما ينطبق على هذه المؤسسة التي يستحيل عليها مباشرة تصرفاتها القانونية بنفسها، إذ لا بدّ من شخص يمثلها، وهكذا فالنيابة عن العميل أو الطرف الأصلي في العقد لا تكفي ذلك حتى يكون الوكيل طرفاً في العقد.

وبعبارة أخرى، فإنّ توقيع الشخص على الاتفاق لا يجعله طرفاً فيه، ذلك أنّ معيار اعتبار الأشخاص أطرافاً في اتفاق التحكيم المصرفي الإلكتروني هو أن تتجه إرادتهم إلى الارتباط بالاتفاق واختيار التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم، وإقضاء قضاء الجولة عن هذه المنازعات³.

فمتى يكون ممثل المؤسسة المصرفية طرفاً في اتفاق التحكيم، وجب عليه أثناء التوقيع أن يعلن صراحة أنه يوقع بصفته مديراً للمؤسسة أو ممثلاً لها، لا بصفته الشخصية.

¹ عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 123.

² حسين الماحي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 98.

³ محمد نور شحاته، مفهوم الغير في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 35.

وقد حدّدت بعض قوانين البنوك المركزية الأشخاص الذين لهم الحق في التوقيع على العقود بصفتهم ممثلين عن المؤسسات المصرفية، حيث نجد أنّ المشرع المصري نصّ في المادة الثانية من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم 88 لسنة 2003، على ما يلي: "تسري على البنوك الخاضعة لأحكام القانون المرافق فيما لم يرد بشأنه نص فيه، أحكام قانون شركات المساهمة، والتوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة".

ووفقاً لهذا النص يسري على المؤسسات المصرفية ما يسري على الشركات المساهمة، والحق في التوقيع في هذه الشركات غالباً ما يكون للمديرين، أو أعضاء مجلس الإدارة¹.

وهكذا، يكون لرئيس مجلس إدارة المؤسسة المصرفية أو مديرها، الحق في إبرام التحكيم نيابة عن المؤسسة المصرفية. إذ يوكل المدير في هذا العمل على وجه التعيين، ذلك أنّ التحكيم أضحى من متطلبات إدارة المؤسسات المصرفية خصوصاً فيما يتعلق بالعلاقات التجارية الدولية².

2- المراكز القانونية المرتبطة باتفاق التحكيم المصرفي الإلكتروني

نقصد بهذه المراكز تلك المراكز التي قد تتقاطع مع مركز الطرف، ممّا يجعلنا نتساءل عمّا إذا كانت آثار اتفاق التحكيم المصرفي الإلكتروني تمسه أم لا. ويمكن أن نعدد هذه المراكز في ثلاثة، هي: الوكيل، المتضامن، الكفيل. فهل المؤسسة المصرفية الوكيلة، أو المتضامنة، أو الكفيلة في عقد تحكيم تشملها هذه الآثار؟ أو بعبارة أخرى هل تنتقل هذه الآثار إليها؟

أ- الوكيل

عرّف القانون المدني الجزائري الوكالة في المادة 571 كما يلي: "الوكالة أو الإنابة هي عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

وبالقفز على شروط الوكالة حتى تكون صحيحة، فإنّ انتقال آثار اتفاق المصرفي الإلكتروني إلى الموكل، مُقيد بتوافر شرطين، هما³:

– أن يظهر الوكيل صفة الوكالة عند إبرام الاتفاق، فإذا لم يظهر الوكيل هذه الصفة فلا تنصرف آثار الاتفاق إلى الموكل، بل تنصرف إلى الوكيل، ويصبح هو طرف اتفاق التحكيم، وليس مجرد وكيل.

– أن يأخذ الوكيل على عاتقه القيام بالعمل، أو التصرف الذي وكل به، وتنفيذه بشكل صحيح وموافق لرغبة الموكل، وأن يراعي في تنفيذه للوكالة حسن النية، والعرف الجاري، وما تتطلبه مصلحة موكله، من

¹ أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 339.

² محسن شفيق، مرجع سابق، ص 178.

³ أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 344.

حيث اختيار المتعاقد معه، وضمنان تحقيق شروطه العقد. وإذا قام الوكيل بما يمليه عليه هذا الواجب، فإنّه يكون قد أدى دوره في تنفيذ الوكالة.

وقد نصّت المادة 702 قانون مدني مصري على ما يلي: "لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، ويوجه خاص في البيع، والرهن، والتبرعات، والصلح، والإقرار، والتحكيم، وتوجيه اليمين، والمرافعة أمام القضاء). فهذه المادة إذن تشترط الوكالة الخاصة في الصلح والتحكيم. فإذا أراد الوكيل إبرام اتفاق تحكيم مع المؤسسة المصرفية، فلا بدّ أن يكون مُفوضاً بتوكيل خاص عن الأصيل بإبرام هذا الاتفاق، إذ لا تكفي الوكالة العامة للقيام بإبرام اتفاق التحكيم، إن على المستوى الداخلي أو الدولي، إلا إذا أجاز موكله ذلك. ولأنّ بطلان اتفاق التحكيم ليس مُقررًا لمصلحة المؤسسة المصرفية، فإنه لا يجوز لها، في هذه الحالة، التمسك ببطلانه، أو بطلان حكم التحكيم الذي بُني عليه، ، بينما يجوز للوكيل ذلك باعتباره صاحب مصلحة به لأنّه يبرم الاتفاق نيابة عن الأصيل¹.

ب- المتضامن

نصّت المادة 551 من قانون التجارة الجزائري على ما يلي: "للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة. ولا يجوز لدائني الشركة مطالبة أحد الشركاء بوفاء ديون الشركة إلا بعد مرور خمسة عشر يوما من تاريخ إنذار الشركة بعقد غير قضائي".

وأما المادة 217 قانون مدني فقد نصّت على ما يلي: "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يُفترض، وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نصّ في القانون".

وهكذا فقد ميّز المشرع الجزائري بين الأعمال المدنية والتجارية من حيث التضامن، ففي الأولى التضامن لا يُفترض إلا بنص قانوني أو اتفاق، بينما في الثانية فالمدينون متضامنون بقوة القانون.

ونصّت المادة 47 من قانون التجارة المصري على ما يلي: "1- يكون الملتزمون معا بدين تجاري متضامين في هذا الدين، ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.

2- يسري هذا الحكم في حالة تعدد الكفلاء في الدين التجاري". كما نصّت المادة 426 قانون مدني مصري على ما يلي: "لا يكون التضامن بين المدينين إلا باتفاق أو بنص في القانون".

وحسب هاتين المادتين، فإنّ التضامن بين المدينين لا يمكن أن يُفترض، وإنما هو نتيجة اتفاق بين الدائن والمدين، أو بنصّ قانوني صريح.

¹ نادية محمد معوض، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 100.

ولا نجد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ولا في قانون التحكيم المصري ما يشير إلى مبدأ التضامن. ولأنّ هذا الأخير في اتفاق التحكيم المصرفي الإلكتروني يحتل أن يكون إيجابياً أو سلبياً، أي بين الدائنين أو بين المدينين، فإنّ الأمر متروك لهؤلاء حسب تمسكهم أو عدم تمسكهم بالتضامن بما يخدم مصالحهم.

وتطبيقاً لاتفاق التحكيم المصرفي الإلكتروني، فإنّ للدائنين الحق في التمسك بتضامن المؤسسة المصرفية مع الدائن، في حال تحققه، طالما كان ذلك يخدم مصالحهم.

ج-الكفيل

تُعتبر الكفالة من أهم نشاطات وعمليات المصارف التقليدية منها والإلكترونية. ويعرفها البعض¹ بأنها عبارة عن ضمّ ذمّة المؤسسة المصرفية الكفيلة إلى ذمة العميل في ضمان الوفاء بالالتزام المكفول، كون المؤسسة المصرفية بقدرته المالية تستطيع أن تتدخل لتكفل أحد عملائها في مواجهة دائنيه. وعرفها المشرع الجزائري بمقتضى المادة 644 قانون مدني كما يلي: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه". وعرفتها المادة 772 قانون مدني مصري على أنّها: "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه".

وقد قضت محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس في حكم لها بقولها بأنّها لا تملك سلطة الحكم إلا في مواجهة الأطراف دون الحكم على المصرف الضامن الذي يعتبر طرفاً في الإجراءات، فالعقد المبرم بين المصرف الضامن والمستفيد يستقل تماماً عن العقد الأصلي، وضمن المصرف يجد أساسه في العقد الأصلي. لذا يظل المحكمون مختصين بنظر المنازعات الناجمة عن العلاقات المرتبطة بين العميل الأمر والمستفيد².

وبالرغم من ذلك، فإنّ آثار اتفاق التحكيم المصرفي الإلكتروني قد تنتقل إلى الكفيل، إذا توافر شرطان هما:

— أن يظهر الكفيل صفة الكفالة عند إبرام الاتفاق، فإذا لم يظهر الكفيل هذه الصفة فلا تنصرف آثار الاتفاق إلى الأصيل، بل تنصرف إلى الكفيل، ويصبح هو طرف اتفاق التحكيم، وليس مجرد كفيل.

¹ محمد الكيلاني، عمليات البنوك (الكفالات المصرفية وخطابات الضمان)، دار الجيب للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1992، ص 27.

² Cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale d'arbitrage, sentence C.C.I, n5721, J.D.I, 990, p1020.

نقلاً عن أحمد مصطفى الدبوسي السيد، ص 349.

- أن يأخذ الكفيل على عاتقه القيام بالعمل، أو التصرف الذي وُكِّلَ به، وتنفيذه بشكل صحيح وموافق لرغبة الأصيل، وأن يراعي في تنفيذه للكفالة حسن النية، والعرف الجاري، وما تتطلبه مصلحة الأصيل، من حيث اختيار المتعاقد معه، وضمان تحقيق شروطه العقد. وإذا قام الكفيل بما يمليه عليه هذا الواجب، فإنّه يكون قد أدّى دوره في تنفيذ الكفالة.

ثانياً: آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني المصرفي على الخلف العام والخلف الخاص

1- على الخلف العام

نصّت المادة 113 قانون مدني جزائري على ما يلي: " لا يترتب العقد التزاما في ذمة الغير و لكن يجوز أن يكسبه حقا".

وهكذا فالخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات أو في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال، كالوارث والموصى له بجزء من التركة والخلافة العامة يكون بعد الموت. ونصّت المادة 145 قانون مدني مصري على ما يلي: " ينصرف اثر العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبن من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام".

ويُعد في مركز الخلف العام أيضا كل مؤسسة مصرفية اندمجت فيها أكثر من مؤسسة مصرفية أخرى، وهذا ما ذهب إليه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في حكم صادر عنه بالقول: بأنّ الشركة الداخلة تكون خلفا عاما للشركة المندمجة فيها، وتحل محلها حلولا قانونيا فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات في حدود ما اتفق عليه في عقد الاندماج، وتنتقل إليها حقوق والتزامات الشركة المندمجة¹.

وقد أكّدت محكمة استئناف باريس في حكم لها بأنّ اندماج شركة مع شركة أخرى يترتب عليه انتقال شرط التحكيم من الشركة المندمجة إلى الشركة الداخلة².

وهكذا فإنّ آثار اتفاق التحكيم المصرفي الإلكتروني تنتقل إلى الخلف العام، أي أنّ جميع الحقوق والالتزامات تنتقل إليهم، ومن حقهم -بعد ذلك- اللجوء إلى التحكيم في حال حدوث نزاع بشأن ذلك العقد، كما يحق للمؤسسة المصرفية مواجهتهم في حال حدوث نزاع بشأن العقد.

¹ مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القضية التحكيمية رقم 408 لسنة 2004، جلسة 02 جويلية 2005، مجلة التحكيم العربي، العدد الثامن، أوت 2005، ص 175 نقلا عن: أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 351.

² Cour d'appel de Paris, 11 Mars 1993, Revue d'arbitrage, 1994, p 735.

نقلا عن: أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 352.

2- على الخلف الخاص

نصّت المادة 109 قانون مدني جزائري على ما يلي: "إذا أنشأ العقد التزامات و حقوقاً 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".

وبمفهوم المادة فالخلف الخاص هو من يتلقى من السلف حقاً معيناً كان قائماً في ذمته سواء أكان هذا الحق عينياً أم شخصياً، أم يرد على شيء غير مادي كالمشترى، يخلف البائع في المبيع والموصى له بعين في التركة. وهكذا فالخلف الخاص يتأثر بالعقود التي أبرمها السلف.

وقد يرد اتفاق التحكيم المصرفي في العقد الأصلي المبرم بين المؤسسة المصرفية والعميل، وقد يرد بشكل منفصل عن العقد الأصلي.

إذ تنتقل آثار اتفاق التحكيم المصرفي الإلكتروني إلى الخلف الخاص في الحالة الأولى، ذلك أنهم يخلفون أطراف العقد على حسب الحالة.

أمّا في الحالة الثانية فلا تنتقل هذه الآثار إلى الخلف الخاص، وذلك لسببين¹:

1- اتفاق التحكيم اتفاق مستقل عن العقد المصرفي الأصلي، وهو ما نصّت عليه المادة 23 من قانون التحكيم المصري، حيث جاءت كما يلي: "يُعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد، أو فسخه، أو إنهاؤه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته".

2- علم الخلف الخاص باتفاق التحكيم يجب أن يكون علماً يقينياً، وذلك نظراً لما يترتب على هذا الاتفاق من آثار، ومن أهمها حرمان الخلف من الحق في رفع دعوى أمام القضاء، والإجبار على اتباع طريق التحكيم، وهو ما لا يتوافر في هذه الحالة.

ثالثاً: آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني المصرفي على الغير

نصّت المادة 113 قانون مدني جزائري على ما يلي: "لا يُرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يُكسبه حقاً".

ونصّت المادة 152 قانون مدني مصري على ما يلي: "لا يترتب العقد التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً".

¹ أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 353-354.

فمبدأ نسبية أثر اتفاق التحكيم المصرفي الإلكتروني يقتضي ألا تنصرف الحقوق الناشئة عنه، والالتزامات المتولدة منه، إلا إلى أطرافه، وخلفتهم العامة والخاصة، إلا أنه يجوز بالرغم من ذلك إدخال الغير في خصومة التحكيم، وترتيب التزام في ذمته، إذا وافق الأطراف على تدخله وأذنت هيئة التحكيم بذلك، فيصبح هذا الغير بذلك طرفاً في خصومة التحكيم، طالما كان ذلك في مصلحته، ولا يجوز له في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء، لأنه أصبح كغيره من أطراف اتفاق التحكيم، ويكون الحكم الصادر من المحكم حائزاً حجية الأمر المقضي به في مواجهته¹.

الفقرة الثانية: الآثار السلبية

اتفاق التحكيم المصرفي الإلكتروني هو اتفاق مانع لطرفي الاتفاق من اللجوء إلى المحاكم للفصل في منازعاتهما، وهذا ما يُعبّر عنه بالأثر السليبي لاتفاق التحكيم².

والمقصود بالأثر السليبي لاتفاق التحكيم أو كما يسمى أيضاً بالأثر المانع لاتفاق التحكيم، هو التزام أطرافه طواعيةً بعدم اللجوء إلى القضاء، فإذا ما أخلّ أحد الأطراف بالتزامه ورفع دعواه إلى القضاء كان للطرف الآخر أن يدفع هذه الدعوى بحجة أسبقية الاتفاق على عرض النزاع إلى التحكيم³.

وينصرف مضمون هذا الأثر السليبي إلى أنه عند وجود اتفاق تحكيم إلكتروني بشأن نزاع معين، فإنّ طرفي هذا الاتفاق يقع عليهما التزام بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة، وأنّه في حالة مخالفة هذا الالتزام وطرح النزاع على المحاكم القضائية، فيتعين على هذه المحاكم الامتناع عن نظر الدعوى التي يوجد بشأنها اتفاق التحكيم⁴.

وقد أقرّت التشريعات الدولية والوطنية هذا الأثر، حيث نصّت المادة الرابعة من بروتوكول جنيف 1923، على ما يلي: "على محاكم الدولة المتعاقدة المطروح عليها نزاع مبرم بين الأشخاص، والمتضمن شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم صحيح وقابل للتطبيق، أن تُحيل الأطراف المعنية بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم"⁵.

1 أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 354-355.

2 حسين الماحي، مرجع سابق، ص 105.

3 إبراهيم أوريك، "الدفع باتفاق التحكيم (دراسة على ضوء التشريع المغربي)"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الأعمال، وحدة ماستر قانون الأعمال التكوين المستمر، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية مراكش، المغرب، السنة الجامعية 2010/2009 ص 25-26.

4 عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 126.

5 Art 4 : « Les tribunaux des Etats contractants, saisis d'un litige relatif à un contrat conclu entre personnes visées à l'article premier et comportant un compromis ou une clause compromissoire valable en vertu dudit article et susceptible d'être mis en application, renverront les intéressés, à la demande de l'un d'eux, au jugement des arbitres. ».

ووفقاً للمادة الثانية، الفقرة 3 من اتفاقية نيويورك على ما يلي: "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يُطرح أمامها نزاع بصدد مسألة أبرم الأطراف بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الخصوم، بناءً على طلب أحدهم، إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أنّ اتفاق التحكيم باطل ولا أثر له، أو غير قابل للتطبيق"¹.

كما أكدت المادة الثامنة، الفقرة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ذلك، إذ جاءت كما يلي: "على المحكمة التي تُرفع أمامها دعوى أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تُحيل الطرفين إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ بيانه الأول في موضوع النزاع ما لم يتضح أنّ الاتفاق باطل أو لاغٍ أو عديم الأثر ولا يمكن تنفيذه"².

وقد نصّت المادة 13 من قانون التحكيم المصري على ما يلي: "1- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى.

2- ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم".

ويتضح من نصّ هذه المادة أنّه يُشترط للدفع بوجود اتفاق تحكيم توافر شرطين:

- وجود اتفاق على حل النزاع المحتمل نشوؤه بين العميل والمؤسسة المصرفية، إلى التحكيم. غير أنّ ذلك قد لا يكفي، إذ يجب أن يكون هذا الاتفاق صحيحاً، منتجاً لآثاره، غير باطل أو قابلاً للإبطال، وهو ما نصّت عليه مختلف التشريعات الدولية والوطنية.

وهنا يرى البعض أنّ العبرة من عدم قبول الدعوى هي وجود اتفاق تحكيم صحيح وليس مجرد الوجود المادي لمحرر يتضمن مثل هذا الاتفاق، فالقاضي لا يتخلى عن حقه في التصدي لموضوع نزاع مطروح عليه، إلا إذا تبين أنّ اتفاق التحكيم الذي يتمسك به أحد الأطراف منتجٌ لآثاره، وصالح لعقد الاختصاص للفصل فيه عن طريق التحكيم³.

¹ Art 02/3 : « Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée».

² Art 8/1 : « Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.».

³ محمود مختار بريري، مرجع سابق، ص 47.

-قد لا يكفي وجود اتفاق التحكيم بين المؤسسة المصرفية والعميل، إذ لا بدّ من التمسك بوجوده، وهو ما يدل على رغبة الطرفين في حلّ النزاعات المحتمل نشوؤها بينهما، عن طريق التحكيم بدلا من القضاء.

فإذا تضمّن العقد المصرفي شرط تحكيم، وقام أحد الأطراف باللجوء إلى القضاء مباشرة ولم يلجأ إلى هيئة التحكيم، فإنّ للطرف الآخر الحق في الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في العقد لمنع القضاء من نظر النزاع، كما له الحق في التنازل عن هذا الحق وقبول عرض النزاع على القضاء.

ونصّ المشرع الفرنسي في المادة 1458، الفقرة 1 قانون إجراءات مدنية على عدم اختصاص محاكم الدولة بنظر النزاع الموجود بشأنه اتفاق تحكيم، إلا أنّه منح في الفقرة الثانية من ذات المادة للقضاء العادي الاختصاص بنظر النزاع إذا كان اتفاق التحكيم ظاهر البطلان¹. وهذا يعني أنّه إذا لم يكن شرط التحكيم ظاهر البطلان، فلا يوجد أساس قانوني لقيام المحكمة بنظر النزاع².

وبالتالي فإنّ هذا الأثر السلي لاتفاق التحكيم مشروط بوجود اتفاق التحكيم وهو أمر بديهي، وكذا بضرورة تمسك الأطراف به. لكن التساؤل الذي يُثار في هذا الشأن هو حول الطبيعة القانوني لهذا الأثر السلي أو لهذا الدفع بوجود اتفاق تحكيم؟

طبيعة الدفع بوجود اتفاق تحكيم

تجاوز أهمية طبيعة الدفع بوجود اتفاق تحكيم في أهميتها الجانب النظري، لتدخل في دائرة النتائج العملية، ويتضح ذلك من التفرقة بين ما إذا كان الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفعا بعدم القبول، أو دفعا بعدم الاختصاص، فالدفع بعدم القبول دفع يثور في أية حالة تكون عليها الدعوى، بينما الدفع بعدم الاختصاص يُعتبر دفعا شكليا لا يثور إلا قبل الكلام في الموضوع، كما أنّ الإحالة لا تكون إلا في حالة الاختصاص، وهذا غير متصور في حالة الدفع بعدم القبول، وهذا الأمر يطرح السؤال حول الطبيعة القانونية للدفع بوجود اتفاق تحكيم، فهل هو دفع بعدم الاختصاص؟ أم دفع بعدم القبول؟³

وتضاربت الآراء الفقهية بخصوص الطبيعة القانونية للدفع باتفاق التحكيم، فهناك من ذهبوا إلى أنه دفع بعدم الاختصاص وآخرون كَيّفوه على أنه دفع بعدم القبول.

1- الفريق الأول: الدفع بوجود اتفاق تحكيم دفع بعدم الاختصاص

¹ Art 1448/1 : «Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable».

² عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 129.

³ أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 358.

هناك العديد من التشريعات الدولية والوطنية التي تعتبر الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفعاً بعدم الاختصاص، وبالتالي فهو -حسبهم- دفعٌ شكلي لا يتعلق بالنظام العام. وحتى لا يسقط الحق في إبداء هذا الدفع يُلزم إبداءه عند بداية الخصومة وقبل الخوض في موضوع الدعوى.

ومن التشريعات الدولية نجد أنّ المادة 8، الفقرة 1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي اليونيسترال، نصّت على ما يلي: "تلتزم المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، بأن تحيل الطرفين إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين، في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أنّ الاتفاق باطل، أو عديم الأثر، أو لا يمكن تنفيذه"¹.

كما نصّت المادة الثانية، الفقرة الثالثة من اتفاقية نيويورك 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، على ما يلي: "إذا عرض النزاع على محكمة في إحدى الدول المتعاقدة وكان موضوع النزاع يتعلق باتفاق الطرفين على عرضه للتحكيم، فعلى المحكمة أن تحيل النزاع، إذا رأت أنّ الاتفاق غير ذي مفعول، أو غير صالح للتطبيق"².

ومن التشريعات الوطنية، نجد أنّ المشرع الفرنسي، من خلال المادة 1448، الفقرة الأولى والثانية من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية، قد منع القضاء من النظر في المنازعات المعروضة على الهيئة التحكيمية بسبب عدم اختصاصه، لكون ذلك متعلقاً بالمسائل الخاصة للأطراف ومن ثم يجب أن لا تقضي المحكمة به من تلقاء نفسها"³.

وهكذا فالمشرع الفرنسي ميّز بين حالتين:

الحالة الأولى: عندما يعرض النزاع بالفعل على المحكمين فإذا أثير بعد ذلك أمام القضاء وجب عليه الحكم بعدم الاختصاص بناء على الدفع الذي يقدم إليه قبل إبداء أي دفاع آخر في الدعوى.

¹ Art 8/1 : « Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée ».

² Art 2/3 : « Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée. ».

³ Art 1448/1et2 : « Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence ».

الحالة الثانية: إذا لم يكن النزاع قد عرض على المحكمين وتمّ عرضه على القضاء فيجب على هذا الأخير الحكم بعدم الاختصاص، ما لم يكن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، ومنه فإنّ المشرع الفرنسي أخرج الدفع بالتحكيم من نطاق فكرة عدم القبول.

2- الفريق الثاني: الدفع بوجود اتفاق تحكيم دفع بعدم القبول

اتفاق التحكيم هو اتفاق يتضمن نزولاً للأطراف عن حقهم في اللجوء إلى القضاء، ومتى نزل الخصوم بإرادتهم عن اللجوء إلى القضاء، تكون الدعوى قد فقدت شرطاً من شروط قبولها، ممّا يمتنع معه قبول المحكمة لهذه الدعوى¹.

ونصّ المشرع المصري في المادة 13 من قانون التحكيم على ما يلي: "1- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى.

2- ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم".

وهناك من ينتقد هذا الرأي على أساس أنّ الدفع بعدم القبول هو من الدفوع الموضوعية، التي يجوز إبدائها في أية حالة تكون عليها الدعوى، بينما الدفع بوجود اتفاق تحكيم يتعين إبدائه قبل أي طلب للدفاع في الدعوى، وإلا سقط الحق في إبدائه².

كما أنّ الاتفاق على التحكيم لا يسلب أطرافه حق اللجوء على القضاء بل حق استمرار الإجراءات لحين الفصل في النزاع وتختلف شرط من شروط قبول الدعوى يجعلها غير مقبولة أمام سائر المحاكم وليس الأمر كذلك عند الاتفاق على التحكيم لأن وجود هذا الاتفاق يجعل المحكمة وحدها غير مختصة لأنها غير ذات ولاية مادام التحكيم قائماً وصحيحاً³.

ونتفق مع من يرى أنّ شروط قبول الدعوى أمام القضاء جاءت محددة فإنّما أن تقوم فيقبل الطلب، وإما أن تتخلف فيجاب بعدم القبول، الشيء الذي يجعلنا أمام هذه الحقيقة نتصور أن عدم إدراج

¹ أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 119.

² وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص 104.

³ إبراهيم حرب محسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999، ص 81.

اتفاق التحكيم هو بمثابة شرط من شروط قبول الطلب، والحال أن الطلب يقبل ولو مع وجود شرط التحكيم لأنّ الدفع بهذا الاتفاق مقرر لصالح الخصوم¹.

وأمام هذه الانتقادات حاول جانب آخر من الفقه إيجاد صياغة أخرى للدفع باتفاق التحكيم.

3- الفريق الثالث: الدفع ببطلان المطالبة القضائية:

يرى هذا الفريق أنّ المطالبة القضائية عبارة عن إجراء، هذا الأخير الذي ليس إلا عملاً قانونياً يتألف من عناصر موضوعية كالإدارة والأهلية والمحل والاختصاص وعناصر أخرى شكلية تتمثل في الشكل. ذلك أنّ الهدف من اتفاق التحكيم هو تجنب اللجوء إلى القضاء، ومن تمّ فالمطالبة بالحق بعد الاتفاق على التحكيم تكون باطلة وسبب البطلان هو افتقاد هذا الإجراء أي المطالبة القضائية عنصراً من عناصره الموضوعية وهو عنصر المحل².

والحقيقة أنّ الفقه قد اختلف حول طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم إلى ستة آراء كاملة، فمنهم من رأى أنّه دفع بعدم الاختصاص، وآخر بأنّه دفع بعدم القبول، وثالث إلى أنّه دفع ببطلان المطالبة القضائية، ورابع إلى أنّه دفع بعدم جواز نظر الدعوى، وخامس إلى أنّه دفع بتعطيل الاختصاص، ورأي أخير بأنّه دفع مستقل³.

¹ عبد الحفيظ ميمون، "شرط التحكيم وحدود أثره على الاختصاص القضائي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، الدار البيضاء، المغرب، السنة الجامعية 1982-1983، ص 82.

² مصطفى الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 525.

³ عبد الله عبد الرحمن الجناحي الخطيب، طبيعة الدفع باتفاق التحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد التاسع والخمسون، يوليو 2014. متاح على الموقع:

<http://platform.almanhal.com/Files/2/59055>

تاريخ الاطلاع: 20 جانفي 2018 على الساعة: 17.53

الباب الثاني

التنظيم الإجرائي للتحكيم الإلكتروني
في المعاملات المصرفية الإلكترونية

الباب الثاني: التنظيم الإجرائي للتحكيم الإلكتروني في المعاملات المصرفية الإلكترونية

تستدعي معالجة مسألة التنظيم الإجرائي للتحكيم الإلكتروني في المعاملات المصرفية الإلكترونية البحث في العملية التحكيمية والتطرق لإجراءاتها، وهو ما سنقوم ببحثه في الفصل الأول من هذا الباب. حيث نطرح في المبحث الأول من هذا الفصل مسألة تعيين المحكمين وكيفية اختيارهم. وإذا كان الأصل أن يقوم الأطراف باختيار المحكمين، فإنهم قد يختلفون حول ذلك، وهو ما قد يفسح المجال أمام هيئة التحكيم لتقوم بهذا الاختيار، أو اللجوء إلى القضاء كجهة مساعدة تتولى ذلك. كما سنتطرق إلى الشروط الواجب توافرها في المحكم المصرفين وما يجب أن يتحلّى به حتى تكون أحكامه ملزمة، منصفة، وذات حجية.

ونحاول في نهاية هذا الفصل عرض مسألة إمكانية مساعدة القضاء لهيئة التحكيم المصرفية في إطار الفصل بين الأطراف المتنازعة من خلال المساعدة في البحث عن الأدلة وكشف الحسابات المصرفية، وكذا تنفيذ أحكام التحكيم. وبالتالي فمساعدة القضاء لهيئة التحكيم قد تكون قبل إصدار حكم التحكيم كما قد تكون بعد إصداره.

أمّا في المبحث الثاني من هذا الفصل، فسنطرق لإجراءات التحكيم الإلكتروني في المعاملات المصرفية الإلكترونية. هذه الإجراءات التي لا يمكن أن تنطلق دون طلب إخضاع النزاع للتحكيم. لنعالج بعدها مسألة كيفية سير هذه الإجراءات، وهو ما يتم من خلال معرفة ضوابط سير جلسات التحكيم الإلكتروني، كيفية تبادل الوثائق والمستندات، وكذا طرق سداد نفقات ومستحقات التحكيم والمحكمين.

ويأتي الفصل الثاني من هذا الباب تنمة للفصل الذي سبقه، إذ نتطرق لثمرة التحكيم الإلكتروني وهي الحكم التحكيمي. حيث نبحث مسائل مختلفة متعلقة به: بدءاً بإصداره، مروراً بالشروط التي يتطلبها ومدى خصوصية حكم التحكيم الإلكتروني في المعاملات المصرفية الإلكترونية، وصولاً في الأخير إلى أهم الأحكام أو الآثار التي ينشؤها هذا الحكم، والمتمثلة في تنفيذه وما يترتب عنه من نتائج.

الفصل الأول: عملية التحكم الإلكتروني
في المعاملات المصرفية الإلكترونية

الفصل الأول:

كيفية إجراء التحكيم الإلكتروني في المعاملات المصرفية الإلكترونية

من البديهي أن لا وجود لتحكيم دون هيئة تحكيم، لذا فإنّ عملية التحكيم مرتبطة أشد الارتباط بهيئة تحكيم توكل لها مهمة الفصل في نزاع بين أطراف معينين وبالتالي فإنّ مسألة تشكيل هذه الهيئة وكيفية اختيار المحكمين وغيرها من المسائل تمثل جوهر العملية التحكيمية. وإذا كان المبدأ العام أن يختار الأفراد هذه الهيئة، فإنهم قد يختارون عدم الاختيار، وإتاحة ذلك لهيئة التحكيم لا سيما في إطار التحكيم المؤسسي، وهو الغالب في التحكيم الإلكتروني. ولا شكّ أنّ اختيار المحكمين لا يتم بصورة ارتجالية، بل لا بدّ من ارتباط ذلك بموضوع النزاع وبكفاءة هؤلاء على النظر في النزاع وحلّه.

وترتبط العملية التحكيمية أيضا بإجراءات سيرها، حيث تُعنى بضبط كل المراحل التي تخص عملية التحكيم، بدءا بتقديم طلب التحكيم الإلكتروني واللجوء إلى هذا السبيل، وصولا إلى إصدار حكم التحكيم الإلكتروني وما ينتج عنه من آثار. ومن ثمّ فالعملية مرتبطة بكيفية إدارة جلسات التحكيم، وكيفية التواصل بين مختلف الأطراف، كل المسائل المتعلقة بالدفاع وتبادل الوثائق... إلخ. وسنحاول التطرق لهذه النقاط تواليا في هذا الفصل، وذلك من خلال المبحثين التاليين.

المبحث الأول:

هيئة التحكيم الإلكتروني

هيئة التحكيم هي بداية العملية التحكيمية وأساسها، وتتطلب البحث فيها التعرض لمسائل تعيينهم وكيفية اختيارهم سواء اتفق الأطراف على ذلك أم لم يتفقوا، والحالات المختلفة التي تنشأ ن ذلك، وكذا عن عدد المحكمين.

كما يستدعي ذلك البحث في شروط التي يجب أن تتوفر في المحكم الذي يمكن أن يبت في النزاعات المصرفية الإلكترونية، مع التعرّيج على حالات مساعدة القضاء لهيئة التحكيم. وهو ما سنتناوله في المطالب التالية.

المطلب الأول:

تعيين المحكمين

رأينا سابقاً أنّ إرادة الأطراف هي التي تسري على عملية التحكيم الإلكتروني بجميع مراحلها، بدءاً باتفاق التحكيم الإلكتروني، مروراً بالقانون الواجب التطبيق، وصولاً إلى اختيار المحكم. غير أنّ الأطراف قد يختلفون حول اختياره وتعيين المحكمين، وهو ما يجعلنا أمام عدة حالات فيما يخص تعيين المحكمين.

الفرع الأول: اتفاق الأطراف حول تعيين المحكمين

تُعتبر إرادة الأطراف المرجع الأساس فيما يتعلق باختيار هيئة التحكيم الإلكتروني، وهو ما يُعبر عنه بمبدأ سمو اتفاق التحكيم، أي أن هذا الأخير مُلزم لأطراف النزاع وللغير. والسبب في إعطاء الأولوية للإرادة، بالنسبة إلى تشكيل الهيئة التحكيمية، هو تحقيق الهدف الذي من أجله تم اختيار القضاء الخاص المسمى "بالتحكيم". فعندما يختار أحد الفرقاء محكّماً، يكون ذلك لوجود تقارب في الآراء بينهما، ولكون المحكم على دراية بموقف الفريق الذي عينه، أكثر من القاضي، ولثقة في حسن تقدير المحكم وعدالته¹.

وفي التحكيم الإلكتروني تشكل هيئة التحكيم الإلكتروني بإرادة الطرفين وبتوافقهما، فقد يُتفق على أن تشكل الهيئة من محكم واحد أو أكثر وإذا لم يتفقا على العدد يكون العدد ثلاثة²، حيث تنص اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية الخلافات الناشئة عن الاستثمار لسنة 1965، في المادة 37، الفقرة 2 على مايلي: "2- أ- تتكون محكمة التحكيم من محكم وحيد أو من عددٍ فردي يُعينون بناءً على اتفاق الأطراف.

ب- إذا لم يتفق الأطراف على عدد المحكمين وعلى كيفية اختيارهم، تألفت المحكمة من ثلاثة محكمين؛ يُعيّن كل طرفٍ مُحكّماً، على أن يُعيّن الطرفان - بالاتفاق - المحكّم الثالث والذي يرأس المحكمة"³، وهو أمرٌ عاجته المادة 12 من نظام غرفة التجارة الدولية "1- بيت في المنازعات محكم وحيد أو ثلاثة محكمين.

¹ ناصيف إلياس، مرجع سابق، ص 156.

² خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 309.

³ Art 37 : « 2- A. Le Tribunal se compose d'un arbitre unique ou d'un nombre impair d'arbitres nommés conformément à l'accord des parties.

B. A défaut d'accord entre les parties sur le nombre des arbitres et leur mode de nomination, le Tribunal comprend trois arbitres; chaque partie nomme un arbitre et le troisième, qui est le président du Tribunal, est nommé par accord des parties ».

2- إذا لم يتفق الأطراف على عدد المحكمين، تقوم المحكمة بتعيين محكم واحد، إلا إذا تبين أن النزاع يقتضي تعيين ثلاثة محكمين. في مثل هذه الحالة، يتعين على المدعي تعيين محكم خلال فترة 15 يوما من تاريخ تسلم الإخطار بقرار المحكمة، ويتعين على المدعى عليه تعيين محكم خلال فترة 15 يوما من تاريخ تسلم الإخطار بالتعيين التي قدمها المدعي. إذا تخلف أحد الطرفين عن تعيين محكم، قامت المحكمة بذلك.

3- حين يتفق الطرفان على أن يتم حلُّ الخلاف عن طريق محكم وحيد، يمكن لهم بالاتفاق تسمية المحكم الوحيد للتأكيد. فإذا فشل في تسمية محكم وحيد خلال 30 يوماً من التاريخ الذي تم فيه استلام طلب المدعي للتحكيم من قبل الطرف الآخر، أو في أي وقت آخر تسمح به الأمانة، يُعين المحكم المنفرد من قبل المحكمة.

4- حين يتفق الطرفان على أن يتم حلُّ النزاع عن طريق ثلاثة محكمين، يجب على كل طرف أن يرشح في الطلب والجواب، على التوالي، محكما واحدا للتأكيد. إذا تخلف أحد الطرفين عن تعيين محكم، قامت المحكمة بذلك.

5- حين يُحال النزاع إلى ثلاثة محكمين، قامت المحكمة بتعيين المحكم الثالث والذي يرأس هيئة التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على إجراء آخر لهذا التعيين، في هذه الحالة يخضع التعيين للتأكيد عملاً بالمادة 13. فإذا لم يتم تعيين هذا المحكم خلال أجل ثلاثين يوماً أو خلال أي أجل اتفق عليه الطرفان أو حدده المحكمة، قامت هذه الأخيرة بتعيين المحكم الثالث.

6- في حال تعدد المدعين أو المدعى عليهم، وكان النزاع قد أُحيل إلى ثلاثة محكمين، قام المدعون والمدعى عليهم بتعيين محكم ثالث للتأكيد عملاً بالمادة 13.

7- حين يضم التحكيم طرفاً متدخلًا، وكان النزاع قد أُحيل إلى ثلاثة محكمين، جاز لهذا الطرف سويةً مع المدعي أو المدعى عليه، تعيين محكم للتأكيد عملاً بالمادة 13.

8- في حال عدم وجود تعيين مشترك عملاً بالمادة 12 فقرة 6 أو 7 وعدم حدوث اتفاق بين الأطراف حول كيفية تشكيل هيئة التحكيم، يجوز للمحكمة أن تعين كل عضو من أعضاء هيئة التحكيم وكذا تعيين واحد منهم كرئيس. في مثل هذه الحالة، للمحكمة الحرية في اختيار أي شخص تعتبره مناسباً ليكون بمثابة المحكم، تطبيقاً للمادة 13 عندما ترى ذلك ملائماً¹.

¹ Art 12 : «1- Les différends sont tranchés par un arbitre unique ou par trois arbitres.

2- Si les parties ne sont pas convenues du nombre d'arbitres, la Cour nomme un arbitre unique, à moins que le différend ne lui paraisse justifier la nomination de trois arbitres. Dans ce cas, le demandeur désigne un arbitre dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la notification de la décision de la Cour, et

وتجدر الإشارة إلى أن تسمية المحكمين في التحكيم الإلكتروني تتم بمعرفة محكمة التحكيم وعلى سبيل المثال ما تقرر في المادة 8 من لائحة التحكيم الإلكتروني في الفقرة الأولى والتي تنص على تشكيل محكمة التحكيم بتسمية محكم واحد أو ثلاثة محكمين ويتم ذلك بمعرفة أمان المحكمة، وبالنسبة للفقرة الثانية من نفس المادة فتتضمن على أنه في حال تعدد المحكمين، فإن هؤلاء يتولون تعيين محكم يرأس المحكمة، وإن تعذر الأمر فإن الأمانة ستتولى ذلك. أما بخصوص الفقرة الثالثة فتقرر أن أمانة التحكيم تشرف على منح كل محكم دليل الدخول وكلمة السر للدخول إلى موقع القضية¹.

كما أنّ المادة 4، الفقرة 1 من اتفاقية جنيف لسنة 1961 تنص على أن أطراف اتفاق التحكيم يكونون أحراراً في تقرير :

- أن تكون منازعاتهم خاضعة إلى مؤسسة تحكيمية دائمة، وفي هذه الحالة، يتم التحكيم وفقاً لنظام المؤسسة المعنية.

le défendeur désigne un arbitre dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la notification de la désignation faite par le demandeur. Si une partie s'abstient de désigner un arbitre, celui-ci est nommé par la Cour.

3- Lorsque les parties sont convenues que le différend sera résolu par un arbitre unique, elles peuvent le désigner d'un commun accord pour confirmation. Faute d'entente entre les parties dans un délai de trente jours à partir de la réception de la notification de la Demande à l'autre partie, ou dans tout nouveau délai accordé par le Secrétariat, l'arbitre unique est nommé par la Cour.

4- Lorsque les parties sont convenues que le litige sera résolu par trois arbitres, chacune des parties, respectivement dans la Demande et dans la Réponse, désigne un arbitre pour confirmation. Si l'une des parties s'en abstient, la nomination est faite par la Cour.

5- Lorsque le litige est soumis à trois arbitres, le troisième arbitre, qui assume la présidence du tribunal arbitral, est nommé par la Cour, à moins que les parties ne soient convenues d'une autre procédure, auquel cas la désignation est soumise à confirmation selon les dispositions de l'article 13. Si aucune nomination n'est intervenue à l'expiration d'un délai de trente jours à compter de la confirmation ou de la nomination des coarbitres ou de tout autre délai convenu entre les parties ou fixé par la Cour, le troisième arbitre est nommé par la Cour.

6- En cas de pluralité de demandeurs ou de défendeurs, et si le litige est soumis à trois arbitres, les demandeurs conjointement, les défendeurs conjointement, désignent un arbitre pour confirmation conformément à l'article 13.

7- Lorsque l'arbitrage implique une partie intervenante et que le litige est soumis à trois arbitres, la partie intervenante peut, conjointement avec le(s) demandeur(s) ou avec le(s) défendeur(s), désigner un arbitre pour confirmation conformément à l'article 13.

8- À défaut d'une désignation conjointe conformément à l'article 12, paragraphe 6 ou 7, et de tout autre accord entre les parties sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, la Cour peut nommer chacun des membres du tribunal arbitral et désigne l'un d'entre eux en qualité de président. Dans ce cas, la Cour est libre de choisir toute personne qu'elle juge adéquate pour agir en qualité d'arbitre, en appliquant l'article 13 lorsqu'elle l'estime approprié».

¹ حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص 44.

- أن تكون منازعاتهم خاضعة لإجراء تحكيمي خاص. وفي هذه الحالة يكون للأطراف تحديد المحكمين، أو تحديد الطرق التي يجب اتباعها لتعيينهم في حالة النزاع، وتحديد مكان التحكيم، والقواعد الإجرائية التي يتعين اتباعها من قبل المحكمين¹.

الفرع الثاني:

قيام كل طرف بتعيين محكم

وتعني هذه الطريقة أن يعتمد كل طرف إلى اختيار محكم، على أن يقوم المحكمان المختاران باختيار (أو تعيين) محكم ثالث. وقد نصت على ذلك الفقرة الخامسة من المادة 12 من غرفة التجارة الدولية على ما يلي:²

ونفس الشأن بالنسبة لقواعد قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي حيث تنص المادة 10 منه على أن للطرفين الحرية في تحديد عدد المحكمين وإذا لم يتم ذلك، يكون عدد المحكمين ثلاثة، بالإضافة إلى ذلك تنص المادة 11 الفقرة 3 العنصر أ على في حالة التحكيم بثلاثة محكمين، فإنه يعين كل من الطرفين محكما، ويقوم المحكمان المعينان بتعيين المحكم الثالث، وهذا في ظرف ثلاثين يوما وإذا لم يتم ذلك خلال هذه المهلة تتولى المهمة المحكمة أو السلطة المسماة في المادة 3⁶.

كما تنص المادة 11 الفقرة 3، العنصر أ على أنه في حالة التحكيم بثلاثة محكمين، يعين كل من الطرفين محكما، ويقوم المحكمان المعينان على هذا النحو، بتعيين المحكم الثالث، وإذا لم يتم أحد الطرفين بتعيين المحكم خلال ثلاثين يوما من تسلمه طلبا بذلك، من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان

¹ Art 4/1 : « 1. Les parties à une convention d'arbitrage sont libres de prévoir:

- a) que leurs litiges seront soumis à une institution permanente d'arbitrage; dans ce cas, l'arbitrage se déroulera conformément au Règlement de l'institution désignée; ou
- b) que leurs litiges seront soumis à une procédure arbitrale ad hoc; dans ce cas, les parties auront notamment la faculté:
 - (i) de désigner les arbitres ou d'établir les modalités suivant lesquelles les arbitres seront désignés en cas de litige;
 - (ii) de déterminer le lieu de l'arbitrage;
 - (iii) de fixer les règles de procédure à suivre par les arbitres».

² Art 12/5 : « Lorsque le litige est soumis à trois arbitres, le troisième arbitre, qui assume la présidence du tribunal arbitral, est nommé par la Cour, à moins que les parties ne soient convenues d'une autre procédure, auquel cas la désignation est soumise à confirmation selon les dispositions de l'article 13. Si aucune nomination n'est intervenue à l'expiration d'un délai de trente jours à compter de la confirmation ou de la nomination des coarbitres ou de tout autre délai convenu entre les parties ou fixé par la Cour, le troisième arbitre est nommé par la Cour ».

³ Art 10 : « 1) Les parties sont libres de convenir du nombre d'arbitres. 2) Faute d'une telle convention, il est nommé trois arbitres ».

على المحكم الثالث، خلال ثلاثين يوماً من تعيينهما، وجب أن تقوم بتعيينه، بناءً على طلب أحد الطرفين، المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة السادسة¹.

وأكد المشرع الجزائري على وتيرة تركيبة محكمة التحكيم، حيث نصّ، بخصوص التحكيم الداخلي، في المادة 1017، على ما يلي: "تشكل محكم التحكيم من محكم أو عدّة محكمين بعدد فردي".

أما المادة 1041، فقد نصّت على ما يلي: "يمكن للأطراف، مباشرةً 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 يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

1-رفع الأمر على رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر،

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

وهو ما يعني أنّ المشرع الجزائري نصّ على نفس الفكرة عند اختلاف الأطراف حول تعيين المحكمين، إذ منح القضاء سلطة تعيينه في حال اختيار الأطراف الخضوع للقانون الجزائري.

ونصّت المادة 15 من قانون التحكيم المصري على مبدأ كيفية تشكيل هيئة التحكيم وتركت الحرية

لإرادة الأطراف في تشكيل الهيئة، ويمكن أن تشكل هيئة التحكيم من شخص واحد أو من عدة أشخاص، إلا أنه يجب أن يراعى في تشكيل هيئة التحكيم وتيرة العدد وإلا اعتبر التحكيم باطلاً²،

وعالجت المادة 17 من نفس القانون حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيار المحكمين فأوكلت الأمر إلى المحكمة المختصة أصلاً، إذا تعلق الأمر بتحكيم داخلي، والمحكمة استئناف القاهرة في حالة التحكيم

¹ Art 11/3 : « a) En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux arbitres ainsi nommés choisissent le troisième arbitre; si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de trente jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie, ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente jours à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par le tribunal, ou autre autorité visé à l'article 6 ».

² نصّت المادة 15 على ما يلي: "1-تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة. 2-إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً".

التجاري الدولي، وذلك إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد. أما إذا كانت مشكلة من ثلاثة أشخاص فكل طرف يختار محكما ويتولى المحكمان اختيار المحكم الثالث¹. وقد عالج المشرع الفرنسي ذلك صراحةً، في المواد 1451، 1452 و 1453 من قانون الإجراءات المدنية. حيث نصّت المادة 1451 على ما يلي: "تشكل محكم التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي.

- يُكمل العدد إذا نصّ اتفاق التحكيم على تعيين عدد زوجي من المحكمين.
- إذا لم يتفق الأطراف على تعيين محكم إضافي، أضيف المحكم إلى هيئة التحكيم في أجل شهر ابتداء من موافقة الأطراف على اختيار المحكم من طرف المحكمين المعيّنين، أو من طرف القاضي المذكور في المادة 1459، إذا اقتضى الحال ذلك"².

كما نصّت المادة 1452 على ما يلي: "في حال غياب اتفاق بين الأطراف حول كيفية تعيين المحكم أو المحكمين:

1- في حال تحكيم بمحكم وحيد، وإذا لم يتفق الأطراف حلو اختيار المحكم، عُيّن هذا الأخير من طرف الشخص المكلف بتنظيم التحكيم أو من طرف قاضي الدعم إن اقتضى الأمر ذلك.
2- في حال تحكيم بثلاثة محكمين، يختار كل طرف محكماً، على أن يختار المحكمان المختاران المحكم الثالث؛ إذا لم يتم أحد الأطراف بتعيين محكم في أجل شهر ابتداءً من استلام الطلب الذي قدّمه إليه

1 نصّت المادة 17 على ما يلي: "1- لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم فإذا لم يتفقا اتبع ما يأتي: أ- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكوم واحد تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين.

ب- فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاث محكمين اختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر أو إذا لم يتفق المحكمان المعيّنان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعيّنان أو الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر هيئة من ثلاثة محكمين.

2- وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو لم يتفقا أو لم يتفق المحكمان المعيّنان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن وتولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون بناءً على طلب أحد الطرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب ما لم ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل".

2 Art 1451 : « Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair.

-Il est complété si la convention d'arbitrage prévoit la désignation d'arbitres en nombre pair.

-Si les parties ne s'accordent pas sur la désignation d'un arbitre complémentaire, le tribunal arbitral est complété dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation par les arbitres choisis ou, à défaut, par le juge d'appui mentionné à l'article 1459 ».

الطرف الآخر أو إذا لم يتفق الأطراف على تعيين محكم ثالث في أجل شهر ابتداءً من الموافقة على تعيينهما، قام الشخص المكلف بتنظيم التحكيم، أو قاضي الدعم، إن اقتضى الأمر ذلك، بالقيام بهذا التعيين"¹.

أما المادة 1453، فنصت على ما يلي: "عندما يشتمل النزاع على أكثر من طرفين، ولا يتفق هؤلاء حول كيفية تشكيل هيئة التحكيم، قام الشخص المكلف بتنظيم التحكيم، أو قاضي الدعم، إن اقتضى الأمر ذلك، بتعيين المحكم أو المحكمين"².

و ما نخلص إليه أن هيئة التحكيم لها حرية التصرف في تشكيل هيئة التحكيم، و المتكونة من محكم واحد أو عدة محكمين، على أن يكون العدد وتريا حتى لا يصبح التحكيم باطلا. و تجدر الإشارة إلى أن أطراف النزاع قد يحتكمون إلى هيئات أو مراكز تحكيم، و بطبيعة الحال، فإن هذه الهيئات تتكون من محكم وحيد أو عدة محكمين، و في حال ما إذا ما اختار الأطراف أطرافاً عدة، فعلى كل طرف أن يختار محكما، ويختار المحكمان المختاران رئيسا لهيئة التحكيم. شرط أن يعلن المحكمون القبول بالمهمة الموكلة إليهم كتابيا، ضف إلى ذلك أنه لا بد من الكشف عن أية ملابسات أو ظروف تشكك في استقلاليته.

وفي حالة ردّ المحكم، فيجب على الأطراف تقديم الأسباب الموجبة لرده ، في خلال مدة معينة نص عليها القانون، ويشترط أن يُقدم الرد كتابيا لهيئة التحكيم.

والملاحظ عموما هو أنّ مختلف التشريعات نصّت على دور القضاء في تعيين المحكمين، وهو أمر لا يعدو أن يكون مساعدة لهيئة التحكيم وللأطراف الذين فضلوا اللجوء إلى هذا النوع من وسائل حل الخلافات والنزاعات الناشئة بينهم.

بل إنّنا نذهب إلى القول أنّ تدخل القضاء بهذا الشكل يمثل دعما قويا لآلية التحكيم، من خلال المساعدة في تعيين المحكمين كلما تعذر عليهم ذلك لسببٍ أو لآخر. ولا يمكن أن نغفل عن دور المحكم

¹ Art 1452 : « En l'absence d'accord des parties sur les modalités de désignation du ou des arbitres :

1- En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne s'accordent pas sur le choix de l'arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui ;

2- En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie en choisit un et les deux arbitres ainsi choisis désignent le troisième ; si une partie ne choisit pas d'arbitre dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande qui lui en est faite par l'autre partie ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui procède à cette désignation ».

² Art 1453 : « Lorsque le litige oppose plus de deux parties et que celles-ci ne s'accordent pas sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui, désigne le ou les arbitres ».

الأساسي في الفصل في النزاع، الأمر الذي يعني أنّ القضاء يمكنه أن يسهم في الفصل في النزاع دون أن يفصل فيه، وهو ما يحفظ قيمة التحكيم والجدوى من اللجوء إليه.

الفرع الثالث:

تدخل القضاء لتعيين المحكمين

الأصل هو أن يتم اختيار المحكمين وفقا لإرادة الأطراف المتنازعين، غير أنّ هذه الأخيرة قد لا تنصرف إلى القيام بهذا الاختيار، ممّا يفسح المجال لتدخل جهات أخرى تحل محله. وهكذا فإننا نكون أمام حالتين، إما عدم قيام الأطراف باختيار المحكمين، أو وجود خلاف حول اختيار المحكمين.

أولا: حالة عدم قيام الأطراف باختيار المحكمين

قد لا يتفق الأطراف حول اختيار أو تحديد المحكمين لسبب أو لآخر، و نميز بين الحالة التي تتكون فيها هيئة التحكيم من محكم واحد، والحالة التي تتكون فيها من أكثر من محكم.

1- تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد

نصّت المادة 17، الفقرة 1، العنصر أ من قانون التحكيم المصري على ما يلي: "إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد، تولت المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين". إلا أنّ منح القضاء هذه المهمة يتطلب توافر مجموعة من الشروط في النزاع، منها:

- أن يتفق طرفا التحكيم على أن تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد، وذلك وفقا للمادة 15، الفقرة 1 من قانون التحكيم المصري، والتي نصّت على ما يلي: "تشكل هيئة التحكيم باتفاق من محكمة واحدة أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين، كان العدد ثلاثة".

- يجب ألا يتفق طرفا التحكيم على تسمية المحكم الواحد، أو على طريقة محددة لتعيينه، كأن يعهد الاتفاق لشخص من الغير لهذه المهمة، أو يضعان شروطا وضوابط معينة، يؤدي توافرها إلى أحقية شخص بذاته في تولي مهمة التحكيم.

- يجب أن يتقدم أحد طرفي التحكيم إلى المحكمة بطلب لتعيين محكم واحد¹.

ويختلف الوضع في ظل قرار مجلس إدارة البنك المركزي المصري رقم 202 لسنة 2005، بشأن قواعد التوفيق والتحكيم الاختياري السريع بين البنوك وعملائها المتعثرين، وفي ظل لائحة مركز الوساطة

¹ أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 375.

والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية، حيث نصّت المادة 8 من قرار مجلس إدارة البنك المركزي المصري المشار إليه على أنه: "في حالة امتناع طرف عن تسمية محكم بعد إعلانه بأسبوع أو في حالة فشل اتفاق على اختيار المحكم الرئيسي في خلال أسبوع من تاريخ تعيين المحكم الأخير، يتولى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي، التعيين وفقاً لقواعده في خلال أسبوع من قائمة المحكمين بالبنك المركزي".
ويقوم مجلس إدارة البنك المركزي بإعداد قوائم بأسماء المحكمين في جميع التخصصات، وفقاً لنص المادة 17 من القرار المذكور، والتي تنص على أن: "تعد أمانة التوفيق والتحكيم في الديون المتعثرة بالبنك المركزي قائمة بأسماء المرشحين للإدراج في قائمة الموفقين والمحكمين في منازعات الديون المتعثرة، ويصدر بها قرار من محافظ البنك المركزي".

ونصّت المادة 13 من لائحة مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية، على أنه: "إذا اتفق المدعي والمدعى عليه على أن يفصل في النزاع محكم واحد، فلهما تعيينه خطياً، باتفاق يبلغ إلى الأمانة العامة، وإذا لم يتفقا على هذا التعيين خلال مهلة ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المدعى عليه بطلب التحكيم، قام مجلس الإدارة أو اللجنة بتعيين المحكم الفرد"¹.

2- تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين أو أكثر

وضع المحكم المصري في المادة 17، الفقرة ب من قانون التحكيم المصري صورتين محددتين تسمحان بتدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم في حال تعدد المحكمين²، هما:

الصورة الأولى: حالة الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين، وقيام أحد الأطراف بتعيين محكمه، وتقاعس العميل عن اختيار محكمه، فإذا ظل هذا التقاعس لمدة تزيد عن ثلاثين يوماً تبدأ من تاريخ إخطار الطرف الآخر له بتعيين محكمه، فيكون للمحكمة المشار إليها في المادة 9 في هذه الحالة، الحق في تعيين هذا المحكم، إذا قدم الطرف الآخر طلباً بذلك إلى المحكمة. وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها، بأن مفاد المادة 17 من قانون التحكيم، أنّ المشرع خصّ

¹ أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 378-379.

² نصّت المادة 17، الفقرة 1، العنصر ب على ما يلي: "ب- فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاث محكمين اختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر هيئة من ثلاثة محكمين.

المتحاكمين باختيار من يجمونه بينهم وإلا فرضته عليهم المحكمة على النحو الثابت بنص المادة 17، وهو ما يكشف عن أن القانون اعتمد باتفاق التحكيم حتى وإن تقاعس المحتكمون عن اختيار محكميهم. -الصورة الثانية: حالة الخلاف بين الطرفين على اختيار المحكم المرجح، فهما يتفقان على المحكمين، إلا أنهما يختلفان على اختيار المحكم المرجح، ففي هذه الحالة يجوز أن تتدخل المحكمة لتعيين المحكم المرجح، وذلك إذا تقدم أحد الأطراف بعد مرور ثلاثين يوماً من تاريخ تعيين آخر محكم من هذين المحكمين بطلب إلى المحكمة المختصة لتعيين المحكم المرجح¹.

ويجب على المحكمة هنا أن تراعي متطلبات الأطراف في اختيار المحكم المرجح، وحرّي بالمحكمة أيضاً عند اختيارها محكما مرجحا لتسوية المنازعات المصرفية، أن يكون ملما بهذا النوع من المنازعات، ومن أصحاب الخبرة فيها، وهذا ما نصت عليه المادة 17، الفقرة 3 من قانون التحكيم المصري، بقولها: "تراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون، وتلك التي اتفق عليها الطرفان، وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة".

ويختلف الوضع في ظل لائحة مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية، حيث نصت المادة 13، الفقرة ب من لائحة المركز، على أنه: "إذا لم يتفق الفريقان على أن يفصل في النزاع محكم فرد، عاد الفصل في النزاع إلى ثلاثة محكمين، وفي هذه الحالة يقوم كل من الفريقين في طلب التحكيم، وفي الجواب عليه، بتعيين محكم عنه، ثم ترفع الأمانة العامة إلى مجلس الإدارة أو اللجنة ملف القضية، فيقوم مجلس الإدارة أو اللجنة بتعيين المحكم الثالث، الذي تعهد إليه رئاسة هيئة التحكيم، ما لم يكن الفريقان قد خولا المحكمين المعينين منهما مهمة اختيار المحكم الثالث، خلال مهلة محددة، فإذا لم يتمكن المحكمان من الاتفاق على اختيار المحكم الثالث خلال المهلة المذكورة، قام مجلس الإدارة بتعيين هذا المحكم الثالث". ونصت الفقرة ج من ذات المادة، على أنه: "إذا امتنع أحد الفريقين عن تعيين المحكم كما هو مذكور في الفقرة ب، قام مجلس الإدارة أو اللجنة مكانه بتعيينه"².

ثانياً: حالة عدم قيام الأطراف باختيار المحكمين

¹ أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 379-380.

² نفس المرجع، ص 381-382.

لا يقتصر دور القضاء في سير عملية التحكيم على تعيين المحكمين في حالة صمت الأطراف بشأن اختيار هؤلاء المحكمين، بل إن للقضاء دوراً آخر فيها، وهو المساعدة في تشكيل هيئته. إلا أنه يجب الإشارة إلى أن هذه المساعدة يجب ألا تصل إلى حد سلب اختصاصات الأطراف أو اختصاصات هيئة التحكيم. وقد حصرت المادة 17، الفقرة 2 من قانون التحكيم المصري، هذا التدخل في ثلاث مسائل يتدخل فيها القضاء للمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم¹، وهذه المسائل هي:

– المسألة الأولى: مخالفة أحد الطرفين لإجراءات اختيار المحكمين المتفق عليها

اتفاق التحكيم هو الإطار الذي يجب أن تسير فيه إجراءات اختيار المحكمين، فإذا خالف أحد الأطراف هذه الإجراءات كتجاوز المدة المعينة الواجب اختيار المحكم خلالها، أو غير ذلك من الشروط المتفق عليها، ونشأ نزاع بناءً على هذه المخالفة، فإن هذا النزاع سوف يعرض على المحكمة المختصة للتأكد من وقوع المخالفة، فإذا تحققت المحكمة من وجود مخالفة للإجراءات المتفق عليها، وجب عليها أن تعود بالنزاع للإجراءات المتفق عليها، فالمحكمة تلعب هنا دوراً مركباً؛ إذ تتعرض أولاً للتحقق من وقوع المخالفة، وفي حالة ثبوت ذلك تقوم بتعيين محكم.

– المسألة الثانية: اختلاف المحكمين المعينين على أمر يلزم اتفاقهم عليه

قد يتفق الأطراف على تعيين محكمين، إلا أن هذين المحكمين لا يتفقان على المحكم المرجح، أو الاتفاق على الإجراء الذي يتم تعيين محكم مرجح على أساسه، وهنا تتصدى المحكمة لهذا الإجراء، وتقوم بتعيين محكم مرجح، ولكن هذا الأمر خاص بما يحدث من خلافات تتعلق بتشكيل هيئة التحكيم فقط، فالمادة 17، الفقرة 2 من قانون التحكيم المصري، حددت فقط حالات تدخل القضاء في تشكيل الهيئة.

– المسألة الثالثة: تخلف الغير عن القيام بما عُهد به إليه في شأن اختيار المحكمين

قد يعهد الأطراف أو أحدهم إلى منظمة أو مركز للتحكيم، بمهمة تعيين المحكمين، ولا يقوم هذا المركز أو المنظمة بهذه المهمة، فهنا تتدخل المحكمة المنصوص عليها في قانون التحكيم المصري، لإتمام هذا الإجراء، إلا أن تدخل المحكمة المختصة في حالة تكليف منظمة أو مركز دائم للتحكيم من خارج

¹ نصّت المادة 17، الفقرة 2 على ما يلي: "2- وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو لم يتفقا أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عُهد به إليه في هذا الشأن وتولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون بناءً على طلب أحد الطرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب ما لم ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل".

مصر بتعيين المحكمين وعدم قيامه بذلك يتطلب أن يتفق الخصوم على تطبيق قانون التحكيم المصري على نزاع مطروح على التحكيم¹.

ثالثاً: ضوابط تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم

إن تدخل القضاء الوطني في تشكيل هيئة التحكيم ليس مطلقاً وإنما تحكمه عدة ضوابط وإجراءات يجب اتباعها في هذا الشأن، وهي :

1- احترام الشروط التي حددها القانون وتلك التي اتفق عليها الأطراف

يجب على القضاء وهو بصدد ممارسة دوره المنوط به في تشكيل هيئة التحكيم أن يتأكد من أن المحكم الذي يعينه تتوافر فيه الشروط التي يتطلبها القانون وتلك التي اتفق عليها الأطراف².

و يعتمد بعض الأطراف إلى استعمال ألفاظا غامضة لا تبين حقيقة وطبيعة المهمة الممنوحة للمحكم، ففي هذه الحالة ينبغي على القاضي أن يتأكد أولاً بأنه أمام اتفاق تحكيم حقيقي، ثم يقوم بعد ذلك بتعيين المحكم تاركاً لهيئة التحكيم سلطة الفصل في شرعية وحدود مهمتها تحت رقابة لاحقة من القضاء، وذلك احتراماً لما قرره مختلف القوانين من إعطاء السلطة لهيئة التحكيم في تقدير مدى صلاحيتها في نظر النزاع من عدمه.

2- صدور قرار المحكمة دون تأخير

¹ أحمد مصطفى الدبوسي السيد، ص ص 382-385.

² تنص المادة 17 من قانون التحكيم المصري على ما يلي: "1- لطري التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم فإذا لم يتفقا اتبع ما يأتي:

أ- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكوم واحد تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين.

ب- فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاث محكمين اختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر هيئة من ثلاثة محكمين.

2- وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو لم يتفقا أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن وتولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون بناءً على طلب أحد الطرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب ما لم ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل.

3- وتراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة ومع عدم الإخلال بأحكام المادتين (18 و19) من هذا القانون لا يقبل هذا القرار الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن".

تحقيقاً للغاية المرجوة أساساً من نظام التحكيم وأهمها تحقيق السرعة في إنهاء الإجراءات، ألزمت العديد من التشريعات المحكمة المختصة أن تُصدر قرارها بتعيين المحكم دون تأخير وعلى وجه السرعة. حيث نصّت المادة 17، الفقرة 3 من قانون التحكيم المصري على ما يلي: " وتراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة ومع عدم الإخلال بأحكام المادتين 18 و19 من هذا القانون لا يقبل هذا القرار الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن ".

ومن الملاحظ على نصّ هذه المادة أنّ عبارة "على وجه السرعة" عبارةً فضفاضة واسعة، ممّا قد يفتح المجال واسعاً أمام تحديد المدّة التي يتعين على المحكمة أن تختار المحكم خلالها، لذا نتفق مع من يرون¹ بضرورة أن يحدد المشرع لتحديد المدّة، بحيث تكون المحكمة ملزمة بأن تصدر قرارها المذكور خلالها.

3- عدم قابلية الطعن في القرار الصادر بتعيين المحكم

عند صدور القرار من القضاء والخاص بتعيين المحكم، فإنه يكتسب حصانةً مطلقة، ممّا يعني أنّه لا يجوز الطعن فيه بالطريق العادي أو غير العادي. وهذا ما قرره صراحة كافة تشريعات الدول محل الدراسة. وهو ما نصت عليه مثلاً المادة 1018، الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري²، بالإضافة إلى المادة 3/17 من قانون التحكيم المصري³، والمادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي⁴ والتي نصّت على عدم إمكانية عزل المحكم إلا بإجماع من الأطراف، وهو أمر يصعب تحقيقه عملياً، ذلك أنّه يُفترض، عند اختياره، توفره على المؤهلات والشروط اللازمة لمثل هذه المهمة.

غير أنّ هذه القاعدة يرد عليها استثناء هام وضعه القضاء العادي الفرنسي مؤداه جواز الطعن في القرار الصادر بتعيين محكم الذي لم تراعى فيه إرادة الأطراف، أو نصوص القانون المنظمة لعملية التعيين⁵.

¹ رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص ص 44 - 45.

² نصّت المادة 3/1018 على ما يلي: "لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف".

³ المادة 3/17: " تراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة ومع عدم الإخلال بأحكام المادتين (18 و19) من هذا القانون لا يقبل هذا القرار الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن".

⁴ Art 1458 : « L'arbitre ne peut être révoqué que du consentement unanime des parties. A défaut d'unanimité, il est procédé conformément aux dispositions du dernier alinéa de l'article 1456 ».

⁵ C. Cass. 2° ch.c, 16 mars 2000, Sechet et a. c/ sté ITM Entreprises, Rev.arb. 2002., p.675., note D. Foussard , p.579.

4- أن يكون الطلب في صورة دعوى

لم ينص قانون التحكيم المصري صراحة على الطريق الذي يتحقق من خلاله إجراء تعيين المحكم، هل هو أمر على عريضة أم في صورة دعوى؟ غير أنه باستقراء النصوص القانونية الأخرى الواردة فيه يتبين أنّ اللجوء إلى القضاء في هذا الشأن لا بد وأن يكون بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى؛ فهذه النصوص قد تحدثت عن وجوب إصدار القرار على وجه السرعة، وعدم جواز الطعن فيه، ومما لاشك فيه أن هذه الأحكام لا يصدق أيهما على الأوامر على العرائض، بل ينصرف كل منهما إلى أحكام القضاء. فضلاً عن ذلك، فإن إجراءات تعيين المحكم عن طريق الدعوى هو الذي يتفق والطبيعة الاتفاقية لنظام التحكيم إذ تضمن تحقيق مبدأ مواجهة بين الخصوم والتحقق من الشروط التي اتفقوا عليها في المحكم، وأن هناك نزاع قد ينشأ بينهم فعلاً، وأن أحدهما قد تقاعس عن اختيار محكمه حقيقة. وعلاوة على ذلك، فإن المناقشات التي دارت في مجلس الشعب حول نص المادة 17 من قانون التحكيم توضح بجلاء أن الطلب المقدم من أحد الأطراف إلى المحكمة لا بد وأن يكون في صورة دعوى وليس بموجب أمر على عريضة¹. وهذا ما انتهت إليه محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر بتاريخ 29 من نوفمبر عام 2004².

1 حيث أنه أثناء مناقشة نص المادة 17 من قانون التحكيم في مجلس الشعب تساءل أحد الأعضاء عن الطريق الذي سيتحقق به إجراء تعيين المحكم، هل هو أمر على عريضة أم في صورة دعوى، وأجابته على ذلك السيد وزير العدل بقوله: " أولاً، الطلب يكون في صورة دعوى، وهو الوضع الطبيعي، ويكون للمحكمة وهو الوضع الطبيعي لأنه لو أراد لرئيس المحكمة لتم النص على ذلك، مثل كل النصوص، فعندما يقول النص << محكمة كذا >> فيكون الاختصاص للمحكمة وليس لرئيس المحكمة، ويكون ذلك بالصورة الطبيعية وهي الدعوى (.....)".

راجع: مضبطة مجلس الشعب، الجلسة الحادية والستون (7 مارس 1994)، ص ص 241-242.

2 فقد قضت محكمة الاستئناف بالآتي: " وحيث إنه عن النعي ببطالان الحكم الطعين لتعيين أحد المحكمين وهو (....) على وجه مخالف للقانون فإنه سديد؛ ذلك أن مفاد نص المادة (17) من قانون التحكيم أنه في حالة فعود أحد طرفي التحكيم عن اختيار محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الثاني، تتولى المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين - و المقصود هنا بالمحكمة - طبقاً لعبارة النص والأعمال التحضيرية لقانون التحكيم - هو المحكمة بكامل هيئتها التي تنظر طلب تعيين المحكم الذي يقدم لها بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى فتصدر حكماً في هذا الطلب. ذلك أنه إذا أعطى النص الاختصاص لمحكمة - وليس لرئيس المحكمة - فإن معنى ذلك اختصاص هيئة المحكمة وليس رئيسها وأن يكون نظرها للطلب بالصورة المعتادة وهي الدعوى (....) ومن ناحية أخرى، فقد نصت المادة (17) سالف الإشارة على أن تصدر المحكمة قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة وأن هذا القرار لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن - وإصدار القرار على وجه السرعة وعدم القابلية للطعن لا يصدق أيهما على الأوامر على العرائض بل ينصرف كل منهما إلى أحكام القضاء. كذلك فإن واجب المحكمة أن تراعي في المحكم الذي تختاره الشروط التي اتفق عليها الطرفان طبقاً للفقرة الثالثة من المادة (17) يفترض مواجهة بين الطرفين للتأكد من الشروط التي اتفقا عليها في المحكم وهو الأمر الذي لا يتصور وقوعه إلا في إجراءات الدعوى وليس الأمر على العريضة الذي يقدم وينظر في غيبة المعارض ضده - فضلاً عن ذلك فإن إجراءات تعيين المحكم عن طريق الدعوى هو الذي يتفق والطبيعة الاتفاقية لنظام التحكيم إذ تضمن تحقيق مبدأ مواجهة بين الخصوم والتحقق من الشروط التي اتفقوا عليها في المحكم، وأن هناك نزاع قد ينشأ بينهم

رابعاً: شروط تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم

يُشترط لتدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم شرطان أساسيان؛ هما : وجود نزاع، ووجود عقبات في تشكيل هيئة التحكيم، وذلك على النحو التالي :

1- وجود نزاع

نصّ المشرع الفرنسي في المادة 1452 من قانون الإجراءات المدنية على ما يلي: "في حال غياب اتفاق بين الأطراف حول كيفية تعيين المحكم أو المحكمين:

1- في حال تحكيم بمحكم وحيد، وإذا لم يتفق الأطراف حلو اختيار المحكم، عُيّن هذا الأخير من طرف الشخص المكلف بتنظيم التحكيم أو من طرف قاضي الدعم إن اقتضى الأمر ذلك.

2- في حال تحكيم بثلاثة محكمين، يختار كل طرف محكماً، على أن يختار المحكمان المختاران المحكم الثالث؛ إذا لم يتم أحد الأطراف بتعيين محكم في أجل شهر ابتداءً من استلام الطلب الذي قدّمه إليه الطرف الآخر أو إذا لم يتفق الأطراف على تعيين محكم ثالث في أجل شهر ابتداءً من الموافقة على تعيينهما، قام الشخص المكلف بتنظيم التحكيم، أو قاضي الدعم، إن اقتضى الأمر ذلك، بالقيام بهذا التعيين"¹.

واعتبرت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 9 من يوليو عام 1981 أن الطلب المقدم من أحد الأطراف والذي يلتمس فيه تعيين محكم قبل وجود النزاع يُعد طلباً مجرداً من كل مصلحة².

فعلاً، وأن أحدهما قد تقاعس عن اختيار محكمه حقيقة، وأن هناك اتفاق تحكيم ليس ظاهر البطلان ولذلك فقد جرى قضاء هذه المحكمة على بطلان تعيين المحكم بموجب الأمر على العريضة لمخالفته الوجه الذي رسمه القانون لذلك ".
محكمة استئناف القاهرة، د (91) تجاري، في القضية المقيدة بالجدول العمومي تحت رقم 73 لسنة 120 ق تحكيم، جلسة 2004/11/29، حكم غير منشور.

¹ Art 1452 : « « En l'absence d'accord des parties sur les modalités de désignation du ou des arbitres :
1- En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne s'accordent pas sur le choix de l'arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui ;
2- En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie en choisit un et les deux arbitres ainsi choisis désignent le troisième ; si une partie ne choisit pas d'arbitre dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande qui lui en est faite par l'autre partie ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui procède à cette désignation » .

² وردت عبارات الحكم كالتالي :

" La demande en nullité de la clause compromissoire qui constitue, en l'espèce, un incident occasionné par la demande d'arbitrage, est dénuée d'intérêt, puisque le litige que les parties entendent soumettre aux arbitres ne peut pas se concevoir, et doit en conséquence être déclarée irrecevable ". Paris 1^{re} ch. Suppl, 9 juillet 1981, Consorts Ury c/ Galeries lafayette, Rev.arb. 1983., p.509., obs. Th. Bernard.

ولم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط، غير أنّ اللجوء إلى القضاء لتعيين المحكمين يبقى مشروطاً -مع ذلك- بنشوب نزاع بالفعل، فمن غير المتصور عقلاً أن يجهد الأطراف أنفسهم في الدخول في مفاوضات أو في اللجوء إلى القضاء من أجل استكمال تشكيل هيئة التحكيم دون وجود نزاع حقيقي قائم بينهم.

حيث نجد المادة 3/17 من قانون التحكيم المصري نصت على ما يلي: "وتراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة...". وهذه العبارة تدل بلا جدال على وجود نزاع قائم بالفعل بين الأطراف يراد حسمه عن طريق التحكيم، وأن العائق الوحيد في ذلك هو عدم اكتمال تشكيل هيئة التحكيم.

2- وجود عقبات في تشكيل هيئة التحكيم

يُشترط لإجازة تدخل القضاء في اختيار المحكمين أن تعترض عملية تشكيل هيئة التحكيم عقبات يستحيل معها القيام بالمهام المحددة لها في اتفاق التحكيم. وبالتالي فإذا ما تم تشكيل هيئة التحكيم دون وجود صعوبة تذكر في هذا الشأن، فلا يجوز للقضاء التدخل في هذه الحالة لرقابة مدى صحة تشكيل هيئة التحكيم احتراماً لإرادة الأطراف وحسن نواياهم.

ويمكن ردّ العقبات التي قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم إلى الحالات الآتية :

الحالة الأولى : عدم الاتفاق على اختيار المحكم أو المحكمين.

إذا لم يتفق طرفا التحكيم على اختيار المحكم أو المحكمين أو على وقت وكيفية هذا الاختيار تعين على القضاء أن يقوم بهذا الاختيار بناء على طلب أحد الأطراف. ويلزم القضاء في هذا الشأن بالعدد الذي تم الاتفاق عليه بين طرفي التحكيم.

الحالة الثانية : امتناع أحد الأطراف عن تعيين محكمه أو عدم اتفاق المحكمين المعيّنين على اختيار المحكم الثالث.

فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين وامتنع أحد أطراف خصومة التحكيم عن تعيين محكمه جاز للطرف الآخر من الخصوم اللجوء إلى القضاء طالباً بتعيين المحكم الذي امتنع الطرف الآخر عن تعيينه.

والجدير بالذكر في هذا المقام أن قانون التحكيم المصري قد استلزم مراعاة بعض الشروط قبل اللجوء إلى القضاء في هذه الحالة، فأولاً : يجب أن يقوم أحد الطرفين بتعيين محكمه، وثانياً : أن يقوم هذا

الطرف بإخطار الطرف الآخر بضرورة تعيين محكم عنه، وثالثاً : يجب أن يمر مدة ثلاثين يوماً من تسلّم هذا الأخير الإخطار دون أن يعين محكمه¹.

كما قد فقد يتفق طرفا التحكيم على تخويل المحكمين المعيّنين من قبلهما بمهمة اختيار المحكم الثالث، فإذا اتفقا على ذلك امتنع على القضاء التدخل في هذه الحالة. أما إذا لم يتفقا فإنه يجوز للقضاء التدخل بناء على طلب أحد الأطراف لتعيين المحكم الثالث.

الحالة الثالثة : مخالفة أحد الأطراف لإجراءات وشروط اختيار المحكم.

الفرض هنا أن الأطراف قد اتفقوا على إجراءات معينة ينبغي اتباعها في شأن اختيار المحكم، مثل تحديد مدة معينة يلزم في خلالها اختيار المحكم، أو اشتراط مواصفات معينة فيه مثل الجنس أو الجنسية أو إجادة لغة معينة أو أن يكون من المشتغلين بالقانون، أو غير ذلك من الإجراءات والشروط التي قد يتفق عليها، وخالف أحد الأطراف هذه الإجراءات أو الشروط، فإن من وسع الطرف الثاني في هذه الحالة أن يلجأ إلى القضاء طالباً تعيين محكماً وفقاً للإجراءات والشروط المتفق عليها.

الحالة الرابعة : تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في شأن اختيار المحكمين.

إذا عهد طرفا التحكيم إلى شخص من الغير² بمهمة اختيار المحكمين، فلا يجوز لأحد منهما أن يلجأ إلى القضاء بعد ذلك طالباً تعيين المحكمين اللهم إلا في حالة تخلف هذا الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن.

الحالة الخامسة : شعور مكان أحد المحكمين.

فإذا طرأ أثناء سير إجراءات التحكيم وقبل صدور حكم التحكيم ما يحول دون قيام أحد أعضاء هيئة التحكيم بمباشرة أعماله لأي سبب كان، كالحكم برده أو عزله أو وفاته أو قام به مانع يحول دون مباشرته لمهمته ولم يتفق الأطراف على ما يتبع في هذا الشأن تولى القضاء تعيين من يلزم من المحكمين بناء على طلب أحد الأطراف.

¹ في هذا الصدد تنص المادة 17 / 1 / ب من قانون التحكيم على أنه : " فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما، تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين (...). "

² يقصد بالغير في هذا الشأن كل شخص عينه الأطراف للقيام بمهمة اختيار المحكمين، وهذا الشخص قد يكون شخصاً عادياً أو مركزاً للتحكيم يوجد مقره داخل الدولة أو خارجها. فنص المادة 5 من قانون التحكيم المصري على أنه : " في الأحوال التي يجيز فيها هذا القانون لطرفي التحكيم اختيار الإجراء الواجب الإلتباع في مسألة معينة تضمن ذلك حقهما في الترخيص للغير في اختيار هذا الإجراء، ويعتبر من الغير في هذا الشأن كل منظمة أو مركز للتحكيم في جمهورية مصر العربية أو في خارجها. "

خامسا: تحديد المحكمة المختصة باختيار المحكمين

إذا كان القضاء يتدخل في حالات معينة من أجل تعيين هيئة التحكيم، فإنَّ التساؤل يُطرح حول الجهة القضائية المختصة بذلك.

1- موقف بعض التشريعات

باستقراء نصوص القانون التي نظمت عملية التحكيم في الدول محل الدراسة تبين أنها لم تتفق على إجابة واحدة حول التساؤل الذي سبق طرحه، ويمكن أن نميز في هذا الصدد بين:

الاتجاه الأول : وسار عليه المشرع الفرنسي، حيث اتجهت نيته إلى عقد الاختصاص في هذا الشأن لجهة القضاء العادي بصفة مطلقة.

حيث فصلت المواد من 1451 إلى 1453 - حسب الحالات المرتبطة أساسا باختلاف الأطراف حول تعيين المحكمين من جهة، و عدد المحكمين من جهة أخرى - الإجراءات الواجب اتباعها. لتنص - بعد ذلك - في المادة 1454 على هذه الجهة القضائية التي لها صلاحية اختيار المحكمين، حيث جاءت كما يلي: "يفصل في أي خلاف آخر متعلق بتشكيل هيئة التحكيم من طرف الشخص المكلف بتنظيم التحكيم، أو قاضي الإجراءات الداعمة إذا تعذر ذلك"¹.

وحددت المادة 1459 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القاضي المختص المذكور في المواد من 1451 إلى 1454، على أنه: "قاضي الإجراءات الداعمة المختص هو قاضي المحكمة الابتدائية. ومع ذلك، فإذا كان اتفاق التحكيم ينص على ذلك صراحة، فإنَّ رئيس المحكمة التجارية يختص في النظر في الطلبات المقدمة تطبيقا للمواد 1451 إلى 1454. وفي هذه الحالة له أن يطبق المادة 1455.

القاضي المختص إقليميا، هو القاضي الذي يعينه اتفاق التحكيم أو الذي يقع في دائرته مقر الهيئة التحكيمية. وفي حال غياب أي إشارة لذلك في اتفاق التحكيم، يكون القاضي المختص إقليميا هو قاضي مقر إقامة المدعى عليه، وإذا لم يكن هذا الأخير مقيما في فرنسا، يكون في مقر إقامة المدعى عليه"².

¹ Art 1454 : « Tout autre différend lié à la constitution du tribunal arbitral est réglé, faute d'accord des parties, par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranché par le juge d'appui ».

² Art 1459: « Le juge d'appui compétent est le président du tribunal de grande instance.

Toutefois, si la convention d'arbitrage le prévoit expressément, le président du tribunal de commerce est compétent pour connaître des demandes formées en application des articles 1451 à 1454. Dans ce cas, il peut faire application de l'article 1455.

Le juge territorialement compétent est celui désigné par la convention d'arbitrage ou, à défaut, celui dans le ressort duquel le siège du tribunal arbitral a été fixé. En l'absence de toute stipulation de la convention

ويُستفاد من نصّي هاتين المادتين أنّهما قد حدّدتا الاختصاص باختيار المحكم - كقاعدة عامة - لرئيس المحكمة الابتدائية، أو لرئيس المحكمة التجارية حال اتفاق الأطراف على ذلك صراحة، وذلك إذا ما تعلق الأمر بتحكيم داخلي.

أمّا إذا تعلق الأمر بتحكيم دولي، فيكون الاختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية بباريس¹، مع ملاحظة أنه لا يستطيع التدخل بدوره المساعد إلا في حالتين؛ الأولى: إذا كان التحكيم يجري في فرنسا، أما الحالة الثانية: إذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون الإجراءات الفرنسي.

الاتجاه الثاني: واتبعه مثلاً المشرع المصري، حيث قرّر الأول إسناد الاختصاص في حالة التحكيم الداخلي إما للمحكمة الإدارية أو لمحكمة القضاء الإداري باعتبارهما المحكمتان المختصتان أصلاً بنظر منازعات العقود الإدارية تبعاً لقيمة النزاع. أمّا إذا تعلق الأمر بالتحكيم الدولي، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر.

المطلب الثاني:

الشروط المطلوب توافرها في المحكم المصرفي

يُعدّ المحكم قاضياً خاصاً، لذا فهناك شروط لا بدّ أن تتوفر في المحكم تماماً مثلما تتوفر في القاضي العادي و لعل أهمها التزام الحياد والاستقلالية عن أطراف النزاع أو المحكمين، فلا يعقل أن يكون الشخص خصماً وحكماً في نفس الوقت. وهذا وفقاً للقواعد العامة لضمان مبدأ الاستقلالية والحيادة. ويرى جانبٌ من الفقه أنّ عدم توافر الشروط الواجب توافرها في المحكم يؤدي إلى بطلان الحكم الصادر عن هذا المحكم باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولا يمكن للأطراف تصحيح هذا البطلان¹.

غير أنّ هذا الطرح يتناقض مع جوهر التحكيم الذي يقوم على مبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين أطراف النزاع، وطالما أننا في مجال الحقوق الخاصة فما المانع من أن يقبل أطراف النزاع هذا الحكم رغم ما قد يشوبه من قصور. وبناءً على ذلك فلا يترتب على عدم توافر الشروط الواجب توافرها في التحكيم البطلان المطلق، وإتّما البطلان النسبي².

d'arbitrage, le juge territorialement compétent est celui du lieu où demeure le ou l'un des défendeurs à l'incident ou, si le défendeur ne demeure pas en France, du lieu où demeure le demandeur».

¹ تنص المادة 9 من قانون التحكيم المصري على أنه: "1- يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يجيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى في مصر أو في الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر. 2- وتظل للمحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم".

² أكنم الخولي، "خلفيات التحكيم وآدابه"، مؤتمر مراكز التحكيم العربية، بيروت، لبنان، ماي 1999، ص 15.

والواقع أنه لا يُفترض أن يتفق الأطراف المتخاصمون على شخص لا تتوفر لديه أدنى الشروط المتعلقة أساسا بالفصل في النزاع، وهو ما يجعلنا نميل إلى القول بأنه بقدر ما يجب أن نحترم مبدأ سلطان إرادة الأطراف، بقدر ما يجب أن نفهم أنه يُستبعد أن تنصرف هذه الأخيرة إلى شخص لا يمكنه القيام بالمهمة الموكلة له.

وتُعتبر قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي (اليونيسترال) المرجع الأساس للتحكيم، وبتفحصها فإننا نجد فيها المادة 11، الفقرة الخامسة والتي أتت بشيء من الشروط الواجب توافرها في المحكم بشكل عام، حيث نصّت على ما يلي: "تراعي سلطة التعيين وهي بصدد اختيار المحكم، الاعتبارات التي من شأنها ضمان اختيار محكم مستقل ومحاميد، وأن تأخذ بعين الاعتبار أنه من المستحسن أن يكون المحكم من جنسية غير جنسية أحد أطراف النزاع"¹.

والحقيقة أنّ هذه المادة أتت بشرط أساسي وجوهري، وهو شرط الاستقلالية والحياد، وهو أمر بديهي ذلك أن المحكم يتولى - كالقاضي - مهمة الفصل في نزاع معروض عليه، واقع بين عدة أطراف. الأمر الذي يعني ضرورة تمتعه بأهلية التصرف، إضافة إلى شرط الجنسية، حيث يستحسن أن يكون من غير جنسية طرفي النزاع حتى لا يؤثر ذلك على الحكم، أو على انطباع الغير عنه وعن استقلالية المحكم. ولأنّ من أسباب اللجوء إلى التحكيم التخصص وسرعة الفصل في النزاع، فإنّه من المستحسن أيضا أن يكون عدد المحكمين أحد الشروط، تحريا للموضوعية والحيادية للفصل في النزاع.

وسوف نتطرق لهذه الشروط بشكل موجز في شكل عناصر تباعا.

الفرع الأول:

شرط الأهلية

اشتراط المشرع الجزائري شرط توفر الأهلية في المحكم، إن كان شخصا طبيعيا، كما ألزم الشخص المعنوي، في حال اتجهت إرادة الأطراف إلى اختياره، بضرورة تعيين محكم من أحد أعضائه، وهو ما نجده في المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ نصّت على ما يلي: "لا تُسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية".

¹ Art 11/5 : « La décision sur une question confiée au tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 conformément aux paragraphes 3 ou 4 du présent article n'est pas susceptible de recours. Lorsqu'il nomme un arbitre, le tribunal tient compte de toutes les qualifications requises de l'arbitre par convention des parties et de toutes considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et, lorsqu'il nomme un arbitre unique ou un troisième arbitre, il tient également compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties ».

إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا، تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم".

ويجب على المحكم، حسب المشرع المصري، التمتع بأهلية التصرف، حيث نصت المادة 16، الفقرة الأولى من قانون التحكيم على ما يلي: "لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا، أو محجورا عليه، أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جنابة أو جنحة مخلة بالشرف، أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره".

كما أنّ المشرع الفرنسي لم يضع شروطا في المحكم سوى هذا الشرط، حيث نصّ صراحة في المادة 1450، الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية على أنّ مهمة التحكيم لا يجوز أن تعهد إلا إلى شخص طبيعي يتمتع بالأهلية الكاملة لمباشرة كافة حقوقه المدنية¹. أما الفقرة الثانية من نفس المادة، فقد حصرت سلطة الشخص المعنوي، في حال قيامه بالتحكيم، على سلطة التنظيم فحسب².

ووفقاً لهذه المادة، فلا يمكن أن يكون القاصر غير المأذون له بإدارة أمواله محكما، وكذلك الأمر بالنسبة للراشد إذا كان خاضعا لنظام الوصاية والمحروم من مباشرة حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بعقوبة جنابة أو جنحة على أساس أن تصرفات هؤلاء تكون باطلة بقوة القانون.

والملاحظ هو أنّ بعض التشريعات لا تقبله محكما، إذا حُكم عليه بشهر إفلاسه، على غرار المشرع الأردني، حتى ولو رُدَّ إليه اعتباره³.

الفرع الثاني:

شرط الجنس و الجنسية

لم ينص المشرع الجزائري، بخصوص هذا المعيار، على أي بند يخص جنس أو جنسية المحكم، وهو ما يعني أنّ لا مانع من أن يكون المحكم ذكرا أو أنثى، جزائريا أو أجنبيا.

كما ذهبت إلى نفس المفهوم المادة 16، الفقرة الثانية من قانون التحكيم المصري، والتي نصّت على ما يلي: "لا يُشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم، أو نصّ القانون على غير ذلك".

¹ Art 1450/1 : « La mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits ».

² Art 1450/2 : « Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage ».

³ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 178.

إذ يجوز ألا يكون المحكم مصرياً، فيمكن أن يكون ممن يحملون جنسية أجنبية، والمقصود بالجنس هنا، هو نوع المحكم فيجوز وفقاً لهذا النص أن يكون رجلاً أو امرأة، متى توافرت في أيٍّ منهما الشروط الواجب توافرها في المحكم، وإن كان ذلك يخالف الشريعة الإسلامية، حيث لا يجوز تحكيم المرأة إلا فيما يجوز لها الشهادة فيه، وفقاً لما ذهب إليه الأحناف، إلا أنه بالرغم من ذلك نجد هذا الشرط منصوصاً عليه في بعض مؤسسات التحكيم، حيث ينص نظام الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية في الفقرة د، من المادة 13 على ما يلي: "يتم اختيار المحكم الواحد، ورئيس هيئة التحكيم من دولة عربية غير التي ينتمي إليها الفريقان"¹.

ولم يخالف المشرع الفرنسي ذلك، حيث اكتفت المادة 1450، الفقرة الأولى بالنص على: "لا يمكن أن تُسند مهمة التحكيم إلا لشخص طبيعي يتمتع بممارسة كل حقوقه"². وهو ما يعني أنّ جنس المحكم لا يؤثر على صحة اختياره.

ونصّ القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، في المادة 11، الفقرة 1 على ما يلي: "لا يُمنع أي شخص بسبب جنسيته عن العمل كمحكم ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"³. والملاحظ أنه لا يُلتفت إلى جنس أو جنسية المحكم في أغلب التشريعات الوطنية والدولية. وهو ما نجده أمراً معقولاً ومنطقياً، إذ يفترض -عند اللجوء إلى التحكيم- طلب التخصص والخبرة والاستقلالية للفصل في نزاع لا يتحمل بقاء إجراءات القضاء.

الفرع الثالث:

شرط العدد

للفرقاء أن يتفوقوا على عدد المحكمين. وقد يكون عددهم واحداً أو أكثر. وتفرض بعض التشريعات، إذا تعدد المحكمون أن يكون عددهم وتراً، وإلا كان التحكيم باطلاً. ولكنّ تشريعات أخرى لا تنص على بطلان التحكيم إذا لم يكن عدد المحكمين وتراً، ولا يصح البطلان إلا بنص قانوني⁴. ونجد أنّ المادة السابعة من قرار مجلس إدارة البنك المركزي المصري، رقم 202 لسنة 2005، بشأن قواعد التوفيق والتحكيم الاختياري السريع بين البنوك وعملائها المتعثرين، على أن: "يقوم التحكيم السريع على حسم النزاع، والفصل في شروط التسوية، بواسطة ثلاثة محكمين تتوافر فيهم الخبرة القانونية

¹ أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 370-371.

² Art 1450/1 : « La mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits ».

³ Art 11/1 : « Nul ne peut, en raison de sa nationalité, être empêché d'exercer des fonctions d'arbitre, sauf convention contraire des parties ».

⁴ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 190.

والمصرفية والمالية اللازمة، وذلك ما لم يتفق الطرفان، أو تر أمانة التوفيق والتحكيم بالبنك المركزي أفضلية تعيين خمسة محكمين". ونصّت أيضا على التعدد في المحكمين المادة 15 من قانون التحكيم المصري، بالنص على مايلي: "1- تشكل هيئة التحكيم باتفاق الأطراف من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة.

2- إذا تعدد المحكمون، وجب أن يكون عددهم وترا، وإلا كان التحكيم باطلا"¹.

الفرع الرابع:

شرط قبول المحكم بالتحكيم

إذا تحدّد في اتفاق التحكيم أشخاص المحكمين أو اتفق الأطراف على أشخاص المحكمين في اتفاق لاحق، فإن هذا يُعد مجرد ترشيح لهؤلاء المحكمين وليس تعيينا لهم، حيث يشترط لهذا الأخير قبول المحكمين صراحة للقيام بهذه المهمة².

ونصّ المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 1015، الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث اعتبرت قبول المحكم للمهمة المسندة إليه شرطا أساسيا لتشكيل هيئة التحكيم وبالتالي انعقاده، حيث جاءت كما يلي: "لا يُعدّ تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم".

وبخصوص كيفية قبول المحكم، نصّت المادة 16، الفقرة الثالثة من قانون التحكيم المصري على ما يلي: "يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يُفصح، عند قبوله، عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك استقلاله أو حيده".

وأكد المشرع الفرنسي أيضا هذا الشرط حينما اعتبر قبول المحكم للمهمة المسندة إليه شرطا لتشكيل هيئة التحكيم من جهة، وتاريخ مباشرته لمهمته من جهة أخرى، وهو ما نصّت عليه المادة 1456، الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية³.

غير أنّ الكتابة هي شرط لإثبات قبول المحكم مهمة التحكيم، وليست شرطا لانعقاد مشاركة التحكيم، ولذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنّه إذا كان المحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر، وأقام قضاءه على أنّ توقيع المحكمين على العقد يُعتبر ركنا لانعقاده، إذ استلزم أن يكون توقيع المحكم على ذات العقد، وإلا اعتبر باطلا، واستبعد على هذا الأساس، القرار الصادر من المحكم، والذي ضمنه

¹ أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 372.

² أبو العلا علي أبو العلا النمر، تكوين هيئات التحكيم (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 74.

³ Art 1456/1 : « Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. A cette date, il est saisi du litige ».

سبق موافقته على مهمة التحكيم، وهو محرر له قوة الكتابة في الإثبات، ورتب المحكم على ذلك، بطلان المشاركة لعدم انعقادها، فإنه يكون قد خالف القانون¹. وبالتالي فإنّ موافقة المحكم الكتابية ليست شرطاً متعلقاً بالنظام العام، وإنما هو إجراء تنظيمي، ويكفي حضور المحكم للجلسات لتكون موافقة ضمنية منه على قبول التحكيم².

ومّا لا شكّ فيه أنّه ثمة صعوبات قد تثور حول حياد المحكم واستقلاله في ممارسة عمله، لذلك وجب اتباع طرق وقائية تساعد على ضمان الحياد والاستقلال³.

هنا نجد أنّ المشرع الفرنسي مثلاً، منح الشخص الذي يُطلب منه التحكيم بين متنازعين، أن يُفصح عن كل الظروف التي يمكن أن تؤثر على استقلاله وحياده قبل وحتى بعد مباشرة مهمته، وهو ما جاءت به المادة 1456، الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية⁴.

ويقرر -في هذا الصدد- نظام غرفة التجارة الدولية المعدل سنة 2017 في المادة 11، الفقرتان 1، 2 على مايلي: "1- يجب أن يكون ويظل المحكم محايداً ومستقلاً عن أطراف النزاع.

2- يُوقع المحكم المرتقب -قبل تعيينه أو تأكيده- على إعلان قبوله، استعداداً، نزاهته واستقلاله. يقوم المحكم المرتقب بإبلاغ الأمانة خطياً بالوقائع أو الظروف التي من المحتمل أن تشكل في استقلاله في أذهان الطرفين، فضلاً عن الظروف التي قد تثير شكوكاً معقولة بشأن حياده. وتقوم الأمانة بتوصيل هذه المعلومات خطياً إلى الأطراف مع تحديد موعد نهائي لتقديم أية تعليقات"⁵.

ونصّت الفقرة الثالثة من نفس المادة على مجموعة تدابير وقائية يمكن للمحكم القيام بها إذا ما ساوره الشكّ بأمور قد تؤثر على حيده واستقلاله، حيث نصّت على ما يلي: "على المحكم أن يبلغ

¹ نقض مدني مصري، الطعن رقم 489 لسنة 37 قضائية، جلسة 24 فبراير 1983، مجموعة الأحكام، ص 24.

² إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 201.

³ نفس المرجع، ص 197.

⁴ Art 1456/2 : « Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission ».

⁵ Art 11/1et 2 : « 1- Tout arbitre doit être et demeurer impartial et indépendant des parties en cause.

2- Avant sa nomination ou sa confirmation, l'arbitre pressenti signe une déclaration d'acceptation, de disponibilité, d'impartialité et d'indépendance. L'arbitre pressenti fait connaître par écrit au Secrétariat les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties, ainsi que les circonstances qui pourraient faire naître des doutes raisonnables quant à son impartialité. Le Secrétariat communique ces informations par écrit aux parties et leur fixe un délai pour présenter leurs observations éventuelles.

الأمانة والأطراف خطيا وعلى الفور بالوقائع أو الظروف التي لها نفس الطابع المشار إليه في المادة 11،
الفقرة 2 المتعلقة بنزاهته أو استقلاله والتي قد تحدث أثناء التحكيم"¹.

وهكذا يُعد تشكيل هيئة التحكيم تاما ومكتملا بقبول هيئة التحكيم لمهمة التحكيم، على أن
تاريخ هذا القبول يعتبر بمثابة تاريخ بدء محكمة التحكيم في مباشرة المهمة الموكولة إليه².

الفرع الخامس: شرط الخبرة والتخصص

شرط الخبرة ما هو إلا شرط معنوي عملي، وليس شرطا قانونيا موجبا لإبطال اتفاق التحكيم³،
حيث لا تشترطه أغلب التشريعات الدولية والوطنية في المحكم، وهو أمر غريب بعض الشيء، إلا أن
ذلك له ما يبرره، ولعلّ مرده إلى أن إرادة الأطراف هي التي تتجه نحو الاتفاق على المحكم الذي يرتضونه
بصرف النظر عن خبرته.

ولا تتطلب كافة التشريعات أية صفات خاصة في المحكم كتمتع المحكم بدرجة معينة من الثقافة،
ولكنّ بعض التشريعات تتطلب أن يكون المحكم من ذوي الخبرة وحسن السيرة والسلوك⁴.
لذلك فإنّ البعض يرى بأنّه ليس هناك ما يمنع من أن يكون المحكم غير متخصص ولا خبرة له في
موضوع النزاع⁵.

حيث نصّت المادة 14 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 حول تسوية المنازعات الناشئة على
الاستثمار على ما يلي: "يكون الأشخاص المعينون بالعمل في الهيئة-هيئة التحكيم- على قدر من
الأخلاق، وأن يكون معترفا بكفاءتهم في مجال القانون والتجارة والصناعة والمال، بحيث يمكن الاعتماد
عليهم في ممارسة الحكم على الأمور حكما مستقلا، وتشكل كفاءتهم في مجال القانون أهمية خاصة في
حالة الأشخاص أعضاء هيئة التحكيم"⁶.

¹ Art 11/3 : « L'arbitre fait connaître immédiatement par écrit au Secrétariat et aux parties les faits ou circonstances de même nature que ceux visés à l'article 11, paragraphe 2, concernant son impartialité ou son indépendance qui surviendraient pendant l'arbitrage ».

² Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthlod GOLDMAN, op cit, p 551.

³ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 199.

⁴ السيد المراكبي، التحكيم في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومدى تأثيره بسيادة الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص 75.

⁵ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 150.

⁶ Art 14 : « (1) Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante ».

وحقيقة الأمر أنه أمر مقبول ولكن ليس على إطلاقه، فليس من الضروري أن يكون المحكم خبيراً في مجال الموضوع محل التحكيم، حيث أنّ التحكيم يتطلب إنساناً يدرك حقائق الأمور ويستطيع الوصول إلى الحقائق واستنباطها بغرض تحقيق العدالة التي تقوم على عنصرين أساسيين هما: المساواة والخضوع لحكم العقل المستنير الذي يتحلّى صاحبه بالحكمة والعفة والشجاعة. وعلى هذا يضحى العقل هو أساس العدل، حيث ذهب الفقه إلى القول بأنّ العدل يشمل كل الفضائل المختلفة، والعدل هو القانون الطبيعي¹.

وبخلاف هذا الاتجاه، هناك من يرى أنّ المحكم يعمل عمل القاضي، ومن ثمّ وجب توفر عنصر الخبرة والكفاءة فيه. ولعلنا نتفق مع هذا الرأي، ذلك أنه من غير المنطقي أن يُعهد بالنزاع إلى من له الكفاءة الفكرية والعلمية فقط دون أن يتمتع بالخبرة، وهو ما قد يحدث اللبس عن البعض، إذ نرى أنه يجب أن يتوافر في المحكم عنصرا التخصص والخبرة.

المطلب الثالث:

مساعدة القضاء لهيئة التحكيم المصرفية

مثلما ذكرنا سابقاً فإنّ تشكيل هيئة التحكيم تخضع لإرادة الأطراف . ولكن أثناء تشكيل هيئة التحكيم قد تنشأ عقبات تعيق عملية التحكيم ، و في هذه الحالة يصبح من الواجب و الضروري أن توكل لجهة معينة مهمة مساعدة الأطراف على إزالة هذه العقبات ، حتى تتم عملية التحكيم على أكمل وجه .

وإذا ما عدنا لنصوص القانون لمختلف الدول محل الدراسة يتبين أنّها منحت هذا الدور المساعد للقضاء الوطني، ليس من أجل تسهيل عملية التحكيم فقط ، ولكن أيضاً من أجل أن يستكمل نظام التحكيم أركانه الأساسية. فالدولة عندما تصدر تشريعاً تعترف فيه بجواز اللجوء إلى التحكيم وتقر بمشروعيتها، فإنها بذلك تفوضه جانباً من اختصاصاتها السيادية ، والمتمثلة في الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والذي يضطلع به القضاء كأصل عام في الدولة.

عادة ما يلجأ المتنازعون إلى التحكيم لحلّ ما نشأ بينهم من خلاف، وفي سبيل ذلك فإنهم يتفقون على منح المحكم سلطة الفصل في النزاع المطروح أمامه. وانطلاقاً من ذلك، فإن دور المحكم يشبه إلى حد ما دور القاضي، غير أن المحكم يفتقد إلى سلطة الأمر والجبر التي يتمتع بها القاضي.

¹ سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 161.

إنَّ فقدان المحكم لمثل هذه السلطة قد يضر بسير العملية التحكيمية برمتها، بل ويصادر الحكم التحكيمي الذي يُعتبر تنويجا لجهد المحكم. إذ قد يحدث وأن يحتاج المحكم إلى بعض الوثائق، أو إلى الاستماع لجماعة من الشهود...إلخ. غير أنه لا يمكنه جبرهم على تقديم مثل هذه الوثائق، أو حتى التقدم للشهادة أو الحلف أو غيرها من التصرفات التي قد تستخدم سير الإجراءات التحكيمية بوجه عام. لذلك يرى البعض أنَّ هيئة التحكيم في حاجة دائمة لمساعدة القضاء، لأنه يملك جميع السلطات التي تمكن من جبر الخصوم على تنفيذ قراراتها¹.

الفرع الأول:

المساعدة القضائية لتوفير أدلة الإثبات

يلعب الإثبات بشهادة الشهود أمام هيئة التحكيم المصرفي دورا رئيسا؛ إذ التحكيم في منازعات مصرفية لا يخضع -وفقا للقواعد العامة في قانون الإثبات في القانون المصري- إلى وجوب الإثبات بالكتابة، إذا زادت قيمة التصرف على ألف جنيه، فالتصرف القانوني التجاري إذن يجوز إثباته بالبينة والقرائن، حتى لو كانت قيمته تزيد على خمسمائة جنيه، أو كان غير محدد القيمة².

حيث نصَّ المشرع الجزائري في المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهيمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

ونصَّت المادة 37 من قانون التحكيم المصري على ما يلي: "يختص رئيس المحكمة المشار إليها في

المادة 9 من هذا القانون بناءً على طلب هيئة التحكيم بما يأتي:

أ- الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور لو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها في المادتين 78 و80 من قانون الإثبات المواد المدنية والتجارية.

ب- الأمر بالإثبات القضائية "

¹ رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 47.

² أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 397.

إنّ الإجراءات المذكورة أعلاه والمتعلقة بمساعدة القضاء لعمل هيئة التحكيم، تعكس رغبة المشرع في تأكيد طابع الجدية على عمل هيئة التحكيم، حتى يكون له ما للعمل القضائي، فيضمن بذلك عدم الاستهانة به.

لذلك أُلزمت المحاكم باتباع نفس الإجراءات القضائية المتعلقة باستدعاء الخصوم للمثول لطلبات هيئة التحكيم، وما ينجر عن ذلك أيضا كما في حالة رفضهم، إذ للمحاكم أن تتبع نفس إجراءات إجبار الخصوم على المثول أمامها بنفس الكيفية والعقوبات التي توقع عليهم عند إخلالهم بتلك الإجراءات في مواجهتها، وهو ما من شأنه أن يضمن على إجراءات التحكيم طابعا من الاحترام. ونجد أنّ المادة 25 من قانون التحكيم المصري قد اعترفت بدورٍ أساسي لإرادة أطراف التحكيم في تنظيم إجراءات التحكيم، بما في ذلك الإجراءات المتعلقة بأدلة الإثبات¹. حيث نصّت على ما يلي: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أية منطقة، أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية، أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة".

وقد أقرّت المادة 27 من قانون اليونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، هذا الحق أيضا، حيث نصّت على ما يلي: "يجوز لهيئة التحكيم أو لأيٍّ من الطرفين، بموافقة الهيئة، طلب المساعدة من محكمة مختصة في هذه الدولة، للحصول على أدلة، ويجوز للمحكمة أن تنفذ الطلب في حدود سلطتها، ووفقا لقواعدها الخاصة بالحصول على الأدلة"².

الفرع الثاني:

المساعدة القضائية للكشف عن الحسابات المصرفية السرية

¹ رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 60.

² Art 27 : « Le tribunal arbitral, ou une partie avec l'approbation du tribunal arbitral, peut demander à un tribunal compétent du présent État une assistance pour l'obtention de preuves. Le tribunal peut satisfaire à cette demande, dans les limites de sa compétence et conformément aux règles relatives à l'obtention de preuves ».

نصّت المادة 117، الفقرة الثانية من الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010، المعدل للقانون والمتمم للأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، على ما يلي: " تلزم بالسّر، مع مراعاة الأحكام الصريحة للقوانين، جميع السلطات ما عدا: - السلطات العمومية المخولة بتعيين القائمين بإدارة البنوك والمؤسسات المالية، - السلطة القضائية التي تعمل في إطار إجراء جزائي، - السلطات العمومية الملزمة بتبليغ المعلومات إلى المؤسسات الدولية المؤهلة، لا سيما في إطار محاربة الرشوة وتبييض الأموال وتمويل الإرهاب، - اللجنة المصرفية أو بنك الجزائر الذي يعمل لحساب هذه الأخيرة طبقاً لأحكام المادة 108 أعلاه".

ومكّن المشرّع المصري العملاء من الكشف عن الحسابات المصرفية السرية في حالة صدور حكم لصالح أحدهم بذلك، سواء كان الحكم قضائياً أو تحكيمياً، وهو ما جاءت به المادة 97، الفقرة الأولى من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي رقم 88 لسنة 2003، حيث فرّق بين حالة طلب الكشف عن الحسابات السرية المصرفية العادية، وبين حالة الكشف عن الحسابات السرية المرقمة، فقد نصّ في الحالة الأولى على أنّ (جميع حسابات العملاء، وودائعهم، وأماناتهم، وخزائنها في البنوك، وكذلك المعاملات المتعلقة بها سرية ولا يجوز الاطلاع عليها، أو إعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا بإذن كتابي من صاحب الحساب، أو الوديعة، أو الأمانة، أو الخزينة، أو من أحد ورثته، أو بناء على حكم قضائي، أو حكم محكمين)، وهو بذلك لم يشترط صدور حكم تحكيمي نهائي للكشف على الحسابات السرية المصرفية.

أمّا في الحالة الثانية، فقد نصّ على أنّه (في جميع الأحوال لا يجوز الكشف عن شخصية صاحب الحسابات أو الوديعة المرقمة، إلا بإذن كتابي منه، أو بناء على حكم محكمين نهائي)، وهو بذلك اشترط صدور حكم محكمين نهائي للكشف عن الحسابات السرية المصرفية المرقمة.

ويرى البعض أنّه لا داعي لهذه التفرقة، لا سيما بعد صدور قانون التحكيم المصري لسنة 1994، والذي نصّ على أنّ أحكام التحكيم نهائية دائماً، وبذلك فحكم التحكيم يكفي للكشف عن الحسابات المصرفية السرية¹، ولكن يجب أن يشمل على الأمر بالتنفيذ من القاضي المختص بذلك².

¹ تنص المادة 52 من قانون التحكيم المصري على ما يلي: "أحكام التحكيم التي تصدر -وفقاً لهذا القانون- لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية).

² عبد الرحمن السيد قرمان، نطاق الالتزام بالسّر المصرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999، ص 74 نقلاً عن أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 406.

الفرع الثاني:

المساعدة القضائية لتنفيذ الأحكام الوقتية والتدابير التحفظية

قصد حماية الحق موضوع النزاع، تعترف الكثير من التشريعات الدولية والوطنية بصلاحيه هيئة التحكيم لإصدار أحكام وقتية أو تدابير تحفظية حسب الحالة¹.

والأحكام الوقتية والتدابير التحفظية عديدة، ولكن يمكن أن نذكر منها، على سبيل المثال، حالة تعيين حارس على موجودات الشركة محل النزاع، والتحفز على الدفاتر والمستندات في حيازة أحد أطراف المنازعة، تمهيدا لتسليمها إلى أحد الخبراء لفحصها، إلا أنّ المتأمل لطبيعته يدرك أنّ تلك التدابير والأحكام يتم اتخاذها عادة في إجراءات التحكيم، وتشكيل هيئة التحكيم، إذ تُعدّ الجهة التي تختص بإصدار هذه التدابير، قبل تشكيل الهيئة هي القضاء، نظرا لعدم وجود هيئة التحكيم، أو لعدم اتصالها بالنزاع المراد اتخاذ الإجراءات المتعلقة به، فالاختصاص المشترك لا ينشأ إلا أثناء سير إجراءات التحكيم وليس قبل البدء فيها².

حيث نصّت المادة 17، الفقرة 1 من قانون اليونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنّه: "يجوز لهيئة التحكيم أن تُصدر تدابير مؤقتة بناء على طلب أحد الطرفين ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"³، ونصّت المادة 39، الفقرة 5 من لائحة مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية على أنّه: "يجوز للمدعي والمدعى عليه أن يطلبوا من أية سلطة قضائية مختصة، اتخاذ تدابير احتياطية، دون أن يشكل طلبهما مخالفة لاتفاق التحكيم الذي يربطهما، ودون المس باختصاص هيئة التحكيم في هذا الصدد، على أنه يجب إبلاغ الأمانة العامة عن التدابير المتخذة، لتقوم بدورها بإعلان هيئة التحكيم بها".

ومّا لا يدع للشك مجالا فإنّ الأطراف في حال اتفقوا ضمنيا بالإحالة إلى لائحة تحكيم معينة تحوّل هيئة التحكيم اتخاذ هذه التدابير أو اتفقوا في شرط أو مشاركة التحكيم على اختصاص هيئة التحكيم اتخاذ تلك التدابير، فما دام القانون قد سمح للأفراد بالاتفاق على عرض موضوع النزاع على التحكيم بدل القضاء التابع للدولة، فيتبعه بالضرورة إجازة الاتفاق على عرض التدابير الوقتية والتحفظية على محكمة التحكيم.

¹ عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص 75.

² حسن الماحي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 75.

³ Art 17/1 : « Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner des mesures provisoires ».

والواقع أنّ طبيعة الدعوى المعروضة على هيئة التحكيم، هي التي تقتضي سرعة اتخاذ بعض التدابير التحفظية، أو إصدار بعض الأحكام، تجنباً لأضرار قد تلحق بأحد الأطراف، نتيجة للانتظار حتى صدور حكم التحكيم¹.

وقد يكون الإجراء الوقي مطلوباً اتخذته قبل تشكيل هيئة التحكيم، أو لا يكون هناك اتفاق على اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ مثل تلك الإجراءات، فهنا يكون للقضاء دور في اتخاذ هذه الإجراءات، حيث لا يتعارض التجاء الأطراف إلى قضاء الدولة في هذه الحالة مع اتفاق التحكيم، ولا يعني تنازع الأطراف عن هذا الاتفاق، كما أنّ ورود هذا الاتفاق لا يعني عدم جواز الالتجاء إلى القضاء لطلب التدابير الوقائية أو التحفظية، حيث يُعد تدخل القضاء المستعجل من دعائم عملية التحكيم².

ويعود السبب المباشر في إشراك الدولة في اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية، إلى التجند للظروف الطارئة ومحاولة سد الفراغ بعد اتفاق التحكيم، وقبل تشكيل هيئة التحكيم وبدء الإجراءات إذ لا بدّ حينها من اتخاذ تدابير وقائية عاجلة، فلا يكون أمام طالب التدبير إلا اللجوء إلى قضاء الدولة، من أجل الحصول على التدبير الوقي أو التحفظي المناسب، وتجدر الإشارة إلى أنّ القول بغير ذلك يؤدي بالضرورة إلى إصابة أحد الأطراف بضرر، بسبب التأخير أو بسبب عدم وجود معالم دليل يمكن الاستناد عليه³.

ويعتقد البعض أنّ إرجاع إصدار الأمر باتخاذ التدابير الوقائية للقضاء وتوليئه ذلك يعد غالباً ذا فاعلية أكثر مقارنة لو أسند هذا الأمر لهيئة التحكيم، ولهذا السبب أوكل بعض من علماء الفقه سلطة الأمر باتخاذ التدابير التحفظية والوقائية للقضاء فقط لا لهيئة التحكيم، وحثتهم في ذلك أن الإجراءات التحفظية والوقائية تتعلق بقواعد التنفيذ الجبري ووسائله، وطبعاً كل هذه الإجراءات هي من اختصاص قضاء الدولة⁴.

ونجد أنّ المشرع المصري قد نصّ في المادة 24 من قانون التحكيم على ما يلي: "1- يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناءً على طلب أحدهما أن تأمر أياً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدابير الذي تأمر به.

¹ Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthlod GOLDMAN, op cit, p 735.

² حسن الماحي، مرجع سابق، ص 160.

³ نفس المرجع، ص 161.

⁴ رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 79.

2- وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه جاز لهيئة التحكيم بناءً على طلب الطرف الآخر أن تأذن

لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون الأمر بالتنفيذ".

كما نصّت المادة 42 من نفس القانون على ما يلي: "يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية أو في جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهني للخصومة كلها".

واشترط المشرع المصري لإعطاء هيئة التحكيم سلطة إصدار مثل هذه التدابير التحفظية والمؤقتة توافر شرطين، هما:

1- أن يتفق أطراف العملية المصرفية في اتفاق التحكيم صراحة على اختصاص هيئة التحكيم بالأمر باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية.

2- أن يطلب أحد الأطراف من هيئة التحكيم إصدار هذا النوع من التدابير التحفظية، فلا يجوز أن تتعرض الهيئة التحكيمية للمسألة من تلقاء نفسها، حتى ولو وجدت أثناء نظر النزاع حاجة لاتخاذ تلك التدابير، وأن هناك ظروفا تقتضي اتخاذها¹.

ونتفق مع يرى أنه كان لا بدّ من إضافة شرط ثالث، وهو وجوب حضور الطرف الآخر المراد التنفيذ ضده، وذلك تحقيقاً لحياضية هيئة التحكيم، ومبدأ المساواة بين الخصوم².

ونصّ المشرع الجزائري في المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناءً على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.

إذا لم يرقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير".

وهكذا يتضح جواز لجوء أطراف المنازعات المصرفية إلى هيئة التحكيم لطلب إصدار تدابير تحفظية أو وقتية، فيجوز لأي من أطراف المنازعة الناشئة عن خطاب الضمان مثلاً، أن يلجأ إلى هيئة التحكيم

¹ نفس المرجع، ص 68.

² أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص ص 414-415.

لطلب وقف تسبيل خطابات الضمان محل النزاع لصالح الجهة المستفيدة، وبإيداع قيمتها أمانة لدى المؤسسة المصرفية، وكذلك يجوز للمؤسسة المصرفية اللجوء لهيئة التحكيم لطلب إصدار تدبير تحفظي بالحجز على الخزينة محل النزاع، والمتعاقد عليها مع العميل، ويحق للهيئة هنا إصدار مثل هذا الأمر التحفظي، مع اشتراط تقديم ضمان كافٍ لتغطية نفقات التدابير التي أمرت بها من طرف المحكوم لصالحه. إلا أنّ الطرف المحكوم عليه قد يرفض تنفيذ الأمر باتخاذ التدابير التحفظية التي حكمت بها هيئة التحكيم، فما الطريق إذن لتنفيذ الأمر التحفظي؟¹

هنا نجد أنّ التشريعات الوطنية ضمنت حماية لمن صدرت التدابير التحفظية لصالحه، حيث وضع المشرع المصري طريقتين لذلك، وهو ما تضمنته المادة 24 من قانون التحكيم المصري في فقرتها الأولى والثانية، حيث جاءت كما يلي: "1- يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناءً على طلب أحدهما أن تأمر أياً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب تقديم ضمان كافٍ لتغطية نفقات التدابير التي تأمر به.

2- وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه جاز لهيئة التحكيم بناءً على طلب الطرف الآخر أن تأذن

لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون الأمر بالتنفيذ".

وبالتالي هذان الطريقتان، هما:

1- الحصول على إذن من هيئة التحكيم لاتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الحجز، وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب من المحكمة المختصة الواردة في المادة 9 من قانون التحكيم المصري الأمر بالتنفيذ، ويرجع ذلك إلى أنّ اختصاص القضاء المستعجل يتعلق بالنظام العام نظراً لما يوفره من ضمانات للمحافظة على الحق.²

¹ أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 415.

² محمد نور شحاتة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993، ص 168.

2- لجوء الطرف الصادر لصالحه الأمر إلى رئيس المحكمة المختصة الواردة في المادة 9 من قانون التحكيم المصري، بطلب تنفيذ الأمر التحفظي، وهنا لا تأمر المحكمة المختصة باتخاذ تدبير مؤقت أو تحفظي، ولكنها تأمر فقط بتنفيذ تدبير سبق وأن أمرت به هيئة التحكيم¹.

¹ رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 70.

المبحث الثاني: إجراءات التحكيم الإلكتروني

تمر عملية التحكيم الإلكتروني بعدة مراحل شأنها في ذلك شأن التحكيم التقليدي. وإذا كان الأصل أن يختار الأطراف الإجراءات التي عليهم اتباعها لتحديد كفاءات التواصل بينهم ومع هيئة التحكيم... إلخ، فإنّ هناك مجموعة من الإجراءات التي تنص عليها مراكز التحكيم الإلكتروني. حيث يلزم الأطراف بتقديم طلب التحكيم الإلكتروني عن طريق النموذج المعد لذلك الغرض والمتاح على موقع المركز. وهكذا فتقديم الطلب يُعتبر الخطوة الأولى لتليها مجموعة خطوات أخرى متمثلة في تبادل الوثائق وكيفية تسيير الجلسات والمرافعات... إلخ. كما يدخل عنصر تحديد المصاريف المتعلقة بالتحكيم في إطار هذه الإجراءات، لا سيما فيما يتعلق بكيفية أداء هذه المستحقات.

المطلب الأول: طلب التحكيم الإلكتروني

عند نشوء نزاع بين طرفي اتفاق التحكيم المصرفي المبرم بالوسائل الإلكترونية، ورغبة أحدهما أو كليهما في عرض منازعاتهم على أحد مراكز التحكيم المتخصصة في مجال المنازعات الإلكترونية لتسويتها، فإن هذا الأمر يستلزم توافر عدد من الإجراءات، ليتم عرض المنازعة على المركز، وإن كانت هذه الإجراءات تختلف فيما بين المراكز الإلكترونية الموجودة حالياً، إلا أنّها في نهاية الأمر تعتبر المثال الذي يمكن من خلاله استخراج القواعد والإجراءات التي يمكن تطبيقها على تسوية المنازعات المصرفية عن طريق التحكيم الإلكتروني¹.

والمقصود بطلب التحكيم ذلك الطلب الذي يوجهه أحد طرفي اتفاق التحكيم إلى مركز التحكيم المتفق عليه أو إلى الطرف الآخر يخطر فيه برغبته في رفع النزاع إلى التحكيم، ويطلب منه اتخاذ اللازم لتحريك إجراءات التحكيم واستكمالها، وتُشترط في هذا الطلب عادة عدة شروط منها أن يكون الطلب مكتوباً وأن يقدم خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين، وكذا البيانات الواجب توافرها في الطلب، حيث يتضمن الطلب نوعين من البيانات، الأولى تتعلق بطرفي الدعوى من حيث الاسم

¹ أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 604.

والعنوان للمدعي والمدعى عليه، والثانية تتعلق بموضوع الدعوى وتشمل وقائعها والمسائل المختلف عليها¹.

وتؤخذ الكتابة هنا بالمعنى الواسع، حيث تشمل أي وسيلة اتصالات خطية حديثة كالفاكس، والتليكس، والبريد الإلكتروني... إلخ. وقد يكون القبول ضمناً يُستفاد من حضور المحكم جلسة التحكيم الأولى وتحرير محضر بها، أو من المشاركة في عملية التحكيم، أو من التوقيع على الحكم الصادر في نهاية خصومة التحكيم، أو تدوين المحكم لبعض المعلومات الخاصة بالقضية في سجل، مثل تعداد المستندات المحفوظة وإبلاغ ذلك للأطراف، أو إرساله كتابياً لهم يحدد لهم فيها موعد جلسة المحاكمة. ومثل هذه الأمور تدل دلالة واضحة على قبول المحكم لمهمته كتابة².

وتعتمد مراكز التحكيم الإلكتروني والمراكز المتخصصة في مجال تسوية المنازعات الإلكترونية إلى إنشاء موقع إلكتروني خاص بكل قضية، وذلك لتسهيل إجراءات التحكيم، حيث تجمع أغلب الأنظمة القائمة في مجال حل المنازعات بطرق إلكترونية على ضرورة القيام بذلك. ولا يمكن لغير أطراف اتفاق التحكيم أو وكلائهم وهيئة التحكيم، الدخول إلى هذا الموقع، وذلك بموجب أرقام سرية، ويودع في داخل هذا الموقع طلب التحكيم، والمستندات، والإعلانات الخاصة بالنزاع محل اتفاق التحكيم³.

ويتم التقدم لمركز التحكيم المعين عن طريق ملء النموذج المبين على موقع الإنترنت، والمعد سلفاً من قبل المركز، أو الجهة المعنية بالتحكيم؛ مبيناً فيه طبيعة الخلاف الناجم عنه النزاع، وما قد يقترحه من حلول مناسبة، إذ يجب أن تتضمن وثيقة التحكيم تعييناً لموضوع النزاع ثم تحديد ولاية المحكمين، ثم يقوم كل طرف بتحديد أسماء ممثليه في نظر النزاع، وتحديد وسيلة الاتصال بهم، وعمّا إذا كان عن طريق البريد الإلكتروني أو الفاكس أو التيلكس، وإذا رغب الأطراف في مناقشة بعض المسائل، فإنه يتم اللقاء بينهم من خلال ما يسمى بغرفة المخاطبة⁴.

أمّا فيما يتعلق بالخصوصية الإلكترونية، فتتص المادة الخامسة من نظام المحكمة الإلكترونية على ما يلي: "1- على كل طرف يرغب في اللجوء إلى التحكيم حسب هذا النظام، أن يقدم طلبه إلى الأمانة حسب النموذج المتاح.

¹ عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 439.

² أحمد خليل، مرجع سابق، ص 62.

³ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 311.

⁴ لزه بن سعيد، مرجع سابق، ص 267.

2- يجب أن يحتوي الطلب كل المعلومات المطلوبة، ويجب أن يتضمن القبول بالتكاليف المطبقة. يُعتبر تاريخ القبول هو تاريخ بدء الإجراءات.¹ ونصّت المادة السادسة، الفقرة الأولى من نفس النظام على ما يلي: "إذا كان الطلب المقدم مطابقاً للنموذج المعد سلفاً، تقوم الأمانة بتبليغ المدعى عليه بالطلب والتاريخ الذي قُدّم فيه وذلك بموجب بريد إلكتروني على العنوان الذي قَدّمه هذا الأخير"².

وتنص المادة الثالثة، الفقرة الثانية من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية على ما يلي: " تُرسل الإخطارات والمراسلات الموجهة من الأمانة العامة ومحكمة التحكيم إلى طرف من الأطراف أو من يمثله، إلى آخر عنوان أدلى به الطرف المذكور، أو عند الاقتضاء إلى الطرف الآخر. وتُسلم لقاء إيصال، أو تُصدّر بكتاب مسجل، أو عن طريق البريد، أو بواسطة أجهزة الفاكس أو التيلكس، أو تُوجه ببرقية أو بأية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال السلبي عن بعد، مادام يُتوصل من الوسيلة المستخدمة دليل كتابي يفيد الإرسال"³.

وقد نصّت المادة الرابعة، الفقرة الأولى من القواعد المنظمة لغرفة التجارة الدولية على ما يلي: "على كل طرف يرغب في اللجوء إلى التحكيم، حسب نظام الغرفة، أن يقدم طلباً إلى الأمانة، إلى أحد المكاتب المذكورة في النظام الداخلي. تُبلّغ الأمانة المدعي والمدعى عليه باستلام الطلب وتاريخه"⁴. كما تتيح المادة الثالثة، الفقرة الثانية من قواعد الغرفة إمكانية الإخطار بكل الطرق المتاحة، فبعد أن نصّت على إجراءاته بالبريد، أو الفاكس، وغيرها، أضافت عبارة "وكل وسيلة للاتصال تثبت حدوثه"⁵. ونصّت المادة السادسة من لائحة مركز تحكيم الويبو على ما يلي: "على طالب التحكيم إرسال طلبه إلى المركز والمدعى عليه"⁶. وحددت المادة التاسعة منه الشروط التي يجب أن تتوافر في هذا الطلب،

¹ Art 5 : « 1-Toute partie désirant avoir recours à l'arbitrage selon le présent règlement adresse sa demande d'arbitrage au secrétariat en utilisant le formulaire applicable.

2-La demande d'arbitrage doit contenir toutes les informations requises et soit être soumise avec les frais applicables. La date de soumission d'une demande est considérée comme la date d'introduction de la procédure ».

² Art 6/1 : « Lorsque la demande d'arbitrage est conforme, le secrétaire notifie au défendeur la demande et la date à laquelle elle a été introduite. Le secrétaire notifie le défendeur par courriel à l'adresse indiquée par le demandeur ».

³ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 224.

⁴ Art 4/1 : « Toute partie désirant avoir recours à l'arbitrage selon le Règlement adresse sa demande d'arbitrage (la « Demande ») au Secrétariat, à l'un des bureaux mentionnés dans le Règlement intérieur. Le Secrétariat notifie au demandeur et au défendeur la réception de la Demande et la date de celle-ci ».

⁵ Art 3/2 : « Toutes notifications ou communications du Secrétariat et du tribunal arbitral sont faites à la dernière adresse de la partie qui en est le destinataire ou de son représentant, telle que communiquée par celle-ci ou par l'autre partie le cas échéant. La notification ou la communication peut être effectuée par remise contre reçu, lettre recommandée, service de transport, courriel ou par tout autre moyen de télécommunication permettant de fournir une preuve de l'envoi ».

⁶ Art 6 : « Le demandeur adresse la demande d'arbitrage au Centre et au défendeur ».

والمتمثلة أساساً في مجموعة من البيانات، حيث نصت على ما يلي: " يجب أن يتضمن طلب التحكيم ما يأتي:

- 1- طلب عرض النزاع على التحكيم وفقاً لقواعد الويبو للتحكيم؛
- 2- الأسماء والعناوين وأرقام الهاتف وعناوين البريد الإلكتروني للطرفين وممثل مقدم الطلب أو أي سبيل آخر يتيح لهم التواصل معهم؛
- 3- نسخة من اتفاق التحكيم، وأي بند مستقل يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، إن اقتضى الأمر ذلك؛
- 4- بيان موجز لطبيعة النزاع وظروفه، يحدّد الحقوق والممتلكات المادية والمنقولة في النزاع، فضلاً عن طبيعة أي أسلوب ينطوي عليه؛
- 5- وصف لموضوع الطلب، وبقدر الإمكان، إشارة إلى مقدار الطلب و؛
- 6- كلّ تعيين مطلوب بموجب المواد من 14 إلى 20 أو أي ملحوظة يعتبرها مُقدّم الطلب ذا صلة فيما يتعلق بتلك الأحكام"¹.

وحتى تتحقق العلة من اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني، يتعين على المدعى عليه، أن يرد على طلب التحكيم دون أي تأخير، وذلك من خلال النموذج المعد لذلك، والمرسل له من الموقع الإلكتروني الخاص بالهيئة التحكيمية². هنا نجد أنّ المحكمة القضائية اشتطت على المدعى عليه مدة 10 أيام للرد، حيث نصّت المادة السابعة، الفقرة الأولى من نظامها على ما يلي: " يُرسل المدعى عليه رده باستعمال النموذج المعد لذلك، في أجل أقصاه عشرة أيام ابتداءً من تاريخ الإبلاغ بطلب التحكيم"³. كما اشترط مركز نظام تحكيم الويبو بدوره ثلاثين يوماً، حيث نصّت المادة الحادية عشرة على ما يلي: " يتعين على

¹ Art 9 : « La demande d'arbitrage doit contenir :

- i) la demande tendant à ce que le litige soit soumis à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de l'OMPI;
- ii) les noms, adresses, numéros de téléphone et adresses électroniques des parties et du représentant du demandeur, ou toute autre indication permettant de communiquer avec eux;
- iii) une copie de la convention d'arbitrage et, le cas échéant, toute clause distincte relative au droit applicable;
- iv) un exposé succinct de la nature et des circonstances du litige, indiquant les droits et les biens matériels et immatériels en litige, ainsi que la nature de toute technique en cause;
- v) une description de l'objet de la demande et, dans la mesure du possible, une indication du montant de la demande; et ;
- vi) toute désignation requise en vertu des articles 14 à 20 ou toute observation que le demandeur juge utile en rapport avec ces dispositions ».

² أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 607.

³ Art 7/1 : « le défendeur adresse dans un délai de dix jours à compter de la notification de la demande d'arbitrage une réponse en utilisant le formulaire applicable ».

المدعى عليه، في غضون 30 يوماً من تاريخ استلام الطلب الخاص بالتحكيم، أن يُوجّه إلى المركز والمدعى رداً على الطلب متضمناً تعليقات حول عناصر طلب التحكيم والتعليمات المحتملة المتعلقة بأي طلب مضاد أو استثناء للتعويض¹.

وفيما يتعلق بلغة التحكيم الإلكتروني، فليس ثمة إشكال في تحديد اللغة، بل يترك الأمر إلى القاعدة العامة التي تقضي بتحديدتها من قبل الفريقين أو المحكمة، طالما أن المستند الإلكتروني يمكن أن يكون بأية لغة من اللغات².

وتنص المادة 20 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية على: "تعين محكمة التحكيم، ما لم يوجد اتفاق مخالف، لغة أو لغات التحكيم، آخذة بعين الاعتبار جميع الظروف ذات الصلة، بما فيها لغة العقد"³.

المطلب الثاني:

ضوابط سير إجراءات التحكيم الإلكتروني

لخصائص التحكيم الإلكتروني انعكاس على كيفية سير إجراءات هذا التحكيم، إذ لا بدّ أن تكون هناك ضوابط لإدارة جلسات التحكيم، وما تتطلبه من استماع للأطراف والشهود وغير ذلك، وكذا تبادل المعلومات والوثائق بين مختلف الأطراف. كما تُطرح مسألة التكاليف التي يجب أن يدفعها أطراف النزاع لهيئة التحكيم كتغطية لأتعابهم وكالتزام عليهم تأديته بدل أتعاب المحكمين.

الفرع الأول:

سير جلسات التحكيم الإلكتروني

من الضمانات الأساسية للتقاضي احترام حق الدفاع للخصوم، و ما يجسد ذلك أن هيئة التحكيم قد تطلب عقد جلسات للأطراف وممثليهم أو الخبراء أو الشهود أو غيرهم من أجل أن يبدي كل طرف من الأطراف دفاعه.

ويتفق كل من التحكيم الإلكتروني، والتحكيم التقليدي في ذات الإجراءات، ولكنهما يختلفان في نظام الجلسات. ذلك أن التحكيم الإلكتروني لا يحكمه نفس النظام الموجود في القضاء العادي، إذ لا يتقيد

¹ Art 11 : « Dans les 30 jours suivant la date à laquelle il a reçu la demande d'arbitrage du demandeur, le défendeur adresse au Centre et au demandeur une réponse à la demande contenant des observations sur les éléments de la demande d'arbitrage et éventuellement aussi des indications concernant toute demande reconventionnelle ou exception de compensation ».

² إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 228.

³ Art 20 : « À défaut d'accord entre les parties, le tribunal arbitral fixe la langue ou les langues de la procédure arbitrale, en tenant compte de toutes circonstances pertinentes, y compris la langue du contrat ».

بنظام الجلسات والتشكيلات والمواعيد والقواعد بل له الحرية في أن يعقد جلساته في أي وقت وأي مكان ولو كان في أيام العطل الرسمية، وهذا طبعاً في حال مالم يتفق الأطراف على تحديدها بأنفسهم، فترسل هيئة التحكيم للأطراف إخطاراً إلكترونياً يتم فيه تحديد مواعيد جلسات التحكيم .

والأصل هو أن تعقد هيئة التحكيم جلساتها بشكل شفوي، والاستثناء هو الاكتفاء بالمدكرات والمستندات المكتوبة التي يقدمها الأطراف إلى هيئة التحكيم، وعلى ذلك تلتزم هذه الأخيرة بعقد جلسات مرافعة شفوية إذا طلب أحد الأطراف منها ذلك، ولا يسوغ لها رفض طلبه، وإلا كان في ذلك إخلال بحق الدفاع، مما يشكل وجهاً من وجوه الطعن بالبطلان على الحكم¹.

أمّا في مجال التحكيم الإلكتروني، فيثور التساؤل حول كيفية سير هذه الإجراءات؟ وعملاً بمبدأ سلطان الإرادة، فإنّ هيئة التحكيم أن تدعن لرغبة الأطراف، حيث يتمتع هؤلاء بالسلطة الكاملة في تحديد كيفية سير جلسات التحكيم، إما بعقد جلسات مرافعة شفوية أو بالاكتفاء بتبادل المدكرات والمستندات.

غير أنّ هناك من يرى أنّ الوسائل الفنية المتاحة في هذا المجال متعدّدة، حيث ظهرت من خلال الإنترنت وسائل حديثة للاتصال تسمح بتبادل الأصوات والصور والنصوص بشكل شبه متزامن بين الأطراف، مما يعني أنه لا إشكال في إدارة هذه الجلسات بشكل إلكتروني².

وقد أتاح البريد الإلكتروني نقل النصوص والمستندات، السمعية والبصرية، ولكنه استعملت المستندات في الخصومة بدلاً من الجلسات، حيث يمكن لكل من يستعمل الحاسب الآلي، أن يرسل الأوراق والرسائل والمستندات إلى خصمه، ويقرأ الرسائل والمستندات التي يوجهها الخصم إليه، وهذه التقنية الحديثة، تسمح باستعمال اتصالات فورية بين الطرفين، وإن كانت هذه الاتصالات لا تتضمن إلا النصوص والصور، والأصوات إذا اقتضى الأمر³.

أمّا المحاضرة المرئية فتمكن من تلقي المحاضرات بشكل افتراضي، وبطريقة قريبة جداً من المحاضرات التي يتواجد فيها الفرقاء شخصياً في الجلسة⁴.

ونعتقد أن تسيير هذه الجلسات بشكل إلكتروني أمر لا يتنافى مع مبادئ التحكيم الأساسية التي تعرضنا لها سابقاً، والتي تكفل أساساً مبدأ حق احترام حقوق الدفاع، وحق المواجهة... إلخ.

¹ عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 443.

² حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص 55.

³ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 232.

⁴ نفس المرجع، ص 232.

ونصّت المادة 21، الفقرة 2 على أنه: "تسعى هيئة التحكيم إلى إثبات وقائع القضية بأسرع ما يمكن وبأي وسيلة مناسبة. ويجوز لهيئة التحكيم أن تستخدم أي وسيلة معقولة لتمكين الاتصال المناسب بين الطرفين من أجل إصدار وثائق إضافية"¹.

أمّا لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية الخاصة بالمنازعات الإدارية في أسماء الحقوق، فقد نصّت في المادة 48 منها على أنّ مصطلح الجلسة يجب أن يشمل -فضلا عن الاجتماعات بين الأشخاص ماديا- المداولات الهاتفية والمداولات المرئية والتبادل الفوري والموثق للإبلاغات الإلكترونية، وبأسلوب يسمح لكل الأطراف باستقبال وإرسال الإبلاغات².

ولا بُدّ من التساؤل عمّا إذا كان يمكن للتحكيم الإلكتروني أن يؤمن احترام القوانين، واحترام حقوق الدفاع، ووجاهة المحاكمة، وذلك لأن عدم تواجد الفرقاء شخصيا، قد يؤدي إلى حرمانهم من رؤية بعض جوانب النزاع، ومن إمكان تقديم ملاءمة حجج الخصم، كما هو الأمر في وسائل الاتصال الهاتفية³. غير أننا نسير مع الطرح القائل بأن الوسائل التكنولوجية تسمح بتبادل النصوص، والصور، والأصوات بشكل فوري، ولحظي بين الأطراف، كما أن تقنية البريد الإلكتروني تسمح بنقل المستندات والبيانات عبر الإنترنت⁴.

وتنبغي الإشارة إلى أنّ مبدأ سرية الجلسات يظل محترما في عملية التحكيم الإلكتروني، وهو ما يفهم من المادة الثامنة، الفقرة 3 من لائحة محكمة التحكيم الإلكتروني: "يتيح الأمين إلى كل محكّم اسم مستخدم وكلمة مرور تمكنانه من الدخول إلى موقع القضية"⁵. وكذا المادة 19، الفقرة 2 و 3، والتي نصّت على ما يلي: "- يلتزم الأطراف وهيئة التحكيم بالدخول بشكل مستمر إلى موقع القضية. ولإتاحة الاطلاع ليس إلا، يتم إبلاغ الأطراف وهيئة التحكيم بالبريد الإلكتروني بمجرد نشر وثيقة جديدة في موقع القضية.

¹ Art 21/2 : « Le tribunal arbitral cherche à établir les faits du dossier le plus rapidement possible par tout moyen approprié . Le tribunal arbitral peut utiliser tout moyen raisonnable pour permettre une communication appropriée entre les parties à produire des documents supplémentaires ».

² خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 313.

³ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 234-235.

⁴ سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 139.

⁵ Art 8/3 : « Le secrétaire attribue à chaque arbitre un code d'accès et un mot de passe lui permettant d'accéder au site de l'affaire.».

- البيانات المنشورة على موقع القضية سرية، ولا يمكن الاطلاع عليها إلا من طرف أمين المحكمة، محكمة التحكيم، الأطراف أو ممثلوهم¹.

الفرع الثاني: تبادل الوثائق

عندما يتعلق الأمر بتبادل الوثائق بين الأطراف وهيئة التحكيم، يعود مشكل الكتابة إلى الواجهة. فهل الوثائق الإلكترونية مقبولة أم أنه يجب أن تكون على دعائم ورقية؟ الواقع أنّ أغلب النصوص القانونية اتجهت إلى الاتفاق على أنّ الوثائق المقدمة على دعائم إلكترونية شأنها شأن تلك المقدمة على دعائم ورقية، إن من حيث الحجية أو من حيث الاعتراف بها. حيث نجد المادة 3، الفقرة 2 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية تنص على ما يلي: "تُرسل الإخطارات والمراسلات الموجهة من الأمانة العامة، ومحكمة التحكيم، إلى طرف من الأطراف، أو من يمثله، إلى آخر عنوان أدلى به الطرف المذكور، أو عند الاقتضاء، إلى الطرف الآخر. وتُسلم لقاء إيصال، أو تصدر بكتاب مسجل عن طريق البريد، أو بواسطة أجهزة الفاكس أو التلكس، أو توجه بترقية، أو بأي وسيلة أخرى من وسائل الاتصال السلبي عن بعد، مادام يتحصل من الوسيلة المستخدمة دليل كتابي يفيد الإرسال"².

كما نصّت المادة 4، الفقرة 2 من لائحة المحكمة الإلكترونية على ما يلي: "يتعين على أطراف العملية التحكيمية والأمانة العامة ومحكمة التحكيم إرسال كل البلاغات المكتوبة والإخطارات بالبريد الإلكتروني على الموقع الخاص بالقضية"³، وقرّرت لائحة التحكيم المستعجلة الصادرة عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية بنص المادة 4، الفقرة 1 على أنّ: "كل إخطار أو أي إبلاغ يجب أن يكون طبقاً

¹ Art 19/2et3 : « - Les parties et le tribunal arbitral ont l'obligation d'accéder au site de l'affaire de manière régulière. Par commodité et par commodité seulement, les parties et le tribunal arbitral sont informés par courriel dès qu'un nouveau document est publié au site de l'affaire.

- Les données publiées au site de l'affaire sont confidentielles et ne peuvent être consultées que par le secrétaire, le tribunal arbitral et les parties ou leurs représentants».

² Art 3/2 : «Toutes notifications ou communications du Secrétariat et du tribunal arbitral sont faites à la dernière adresse de la partie qui en est le destinataire ou de son représentant, telle que communiquée par celle-ci ou par l'autre partie le cas échéant. La notification ou la communication peut être effectuée par remise contre reçu, lettre recommandée, service de transport, courriel ou par tout autre moyen de télécommunication permettant de fournir une preuve de l'envoi».

³ Art 4/2 : « Les parties, le secrétaire et le tribunal arbitral doivent envoyer toutes communications écrites et notifications par la messagerie du site de l'affaire».

لللائحة، بحيث يجب أن يتم في الشكل الكتابي، وأن يتم إرساله ب: البريد العاجل، الفاكس، البريد الإلكتروني أو أية وسيلة للإبلاغ تسمح بإقامة الدليل عليه"¹.
 والملاحظ-بشكل عام- هو أنّ مختلف النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم حاولت مواكبة التطور الحاصل في مجال المعاملات الإلكترونية، حيث أصبحت تعترف بالمستند الإلكتروني، بل وتسمح باعتماده كوسيلة صالحة للإبلاغ والإثبات، وهو أمر ينسجم مع التقدم الهائل الحاصل في مجال العقود الإلكترونية.

الفرع الثالث: مصاريف التحكيم الإلكتروني

ينصرف اتفاق التحكيم -إضافة إلى الأمور الجوهرية التي ذكرناها سابقاً- إلى تغطية أعباء التحكيم بشكل عام، أو ما نسميه هنا مصاريف التحكيم الإلكتروني.
 وتشمل مصاريف التحكيم الإلكتروني، أجور المحكمين وأتعاب المحامين، وأجور الشهود والخبراء، ونفقات تنفيذ الأحكام والرسوم القضائية، والمبالغ المحكوم بها، وسواها من النفقات². وعموماً فإنّ رسوم التحكيم تتنوع بين رسوم التسجيل، الرسوم الإدارية ورسوم المحكمين³.
 ويرى البعض أنّ رسوم المحكمين تحتسب على أساس مجموع مبلغ النزاع الذي يُضمّن فيه أيضاً مبلغ الادعاء في حال وجوده. وتشمل تلك الرسوم الأتعاب والنفقات التي تطلبها فض النزاع والتعقيّدات التي واجهت ذلك بعد قيام المركز باستشارة المحكمين وفريقي النزاع بمقدار الرسوم والتي تكون ضمن حدي الرسوم الأدنى والأقصى وفقاً لجدول الرسوم المطبق وقت بدء التحكيم مالم يتفق المحكمون وأطراف النزاع على خلاف ذلك. ويقوم المركز بتقدير رسوم هيئة التحكيم سواء أكانت الهيئة مكونة من ثلاثة أعضاء أو من عضو واحد بعد استشارته للمحكمين وأطراف النزاع إذا لم يكن موضوع النزاع مالياً⁴.
 وعادةً ما تُحدّد كل مؤسسة تحكيمية في بداية التحكيم قيمة الدفعات المقدمة لرسوم التحكيم، والتي تغطي أتعاب ومصاريف المحكمين والمصاريف الإدارية حتى نهاية التحكيم. وكمبدأ عام، يجب سداد هذه

¹ Art 4/1 : « Toute notification ou autre communication qui peut ou doit être effectuée conformément au présent Règlement doit revêtir la forme écrite et être envoyée par courrier postal exprès ou service de messagerie, par courrier électronique ou un autre moyen de communication permettant d'en fournir la preuve ».

² إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 317.

³ عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 495.

⁴ نفس المرجع، ص 495.

الرسوم بشكل كامل قبل إصدار حكم التحكيم النهائي، إلا أنه في حالة التأخير عن أداء هذه الرسوم يمنح من تأخر عن أدائها مدة لسداد هذه المصاريف، وإلا اعتبر راجعا عن ادعائه أو ادعائه المقابل أو عن الزيادة فيها¹.

ونجد المادة 69، الفقرة د من لائحة نظام الويبيو على أن: "إذا تخلف أحد الطرفين، في غضون 15 يوما بعد إخطار كتابي ثانٍ من المركز، عن دفع الرسوم، أعتبر كما لو كان راجعا عن ادعائه أو ادعائه المقابل"².

كما نجد مثلا المادة 61، الفقرة 2 من اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا دول أخرى، قد نصّت على ما يلي: "في حال إجراء تحكيم، تقوم المحكمة، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، بتحديد مبلغ المصروفات التي تكبدتها لأغراض الإجراءات، وتبت في طريقة توزيعها ودفعها، وكذا الرسوم والأتعاب المتعلقة بأعضاء المحكمة، الإتاوات الواجبة الدفع مقابل استخدام خدمات المركز. ويشكل هذا القرار جزءا لا يتجزأ من قرار التحكيم"³.

ولم ينص المشرع الجزائري والفرنسي على أية أحكام تخص قيمة أو كيفية تقدير نفقات التحكيم، مما يجعلنا نفهم أنه ترك ذلك للاتفاق بين الأطراف والمحكمة التحكيمية.

وفي ظل الفراغ الموجود في هذه التشريعات الوطنية، يمكن تطبيق قواعد الاتفاقيات الدولية التي وقعت عليها الدولة.

وبعيدا عن حالة تأخر أحد أطراف النزاع في سداد تكاليف العملية التحكيمية، وكذا حق الهيئة التحكيمية في عدم إصدار الحكم كمنافرة منها لضمان حقوقها المالية، فإنّ مسألة كيفية دفع هذه المبالغ والنفقات تثار عندما يتعلق الأمر بالتحكيم الإلكتروني.

والحقيقة أن التقدم التكنولوجي والمعلوماتي الهائل يقدم حولا لهذه المسألة، إذ يتيح العديد من وسائل الدفع الإلكترونية التي تمكن من الوفاء بنفقات ومصاريف التحكيم الإلكتروني. وتكلم هنا عن النقود الإلكترونية.

¹ أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 615.

² Art 69/d : «Le demandeur ou le défendeur qui n'acquitte pas la taxe d'enregistrement dans les 15 jours qui suivent un rappel écrit du Centre est réputé avoir retiré sa demande d'arbitrage ou sa demande reconventionnelle, selon le cas ».

³ Art 61/2 : « Dans le cas d'une procédure d'arbitrage le Tribunal fixe, sauf accord contraire des parties, le montant des dépenses exposées par elles pour les besoins de la procédure et décide des modalités de répartition et de paiement desdites dépenses, des honoraires et frais des membres du Tribunal et des redevances dues pour l'utilisation des services du Centre. Cette décision fait partie intégrante de la sentence ».

والحقيقة أنّ النقود الإلكترونية ليست نقودا ذات طبيعة مادية، كالنقود العادية، وإنما هي عبارة عن مجموعة من البروتوكولات والتوقيعات الرقمية التي تتيح للرسالة الإلكترونية أن تحل محل تبادل العملات التقليدية¹.

وبهذا الشكل فإنّ النقود الإلكترونية قد تأخذ عدة صور، ومن أبرزها ما يلي:

أولاً: النقود البلاستيكية

وسُميت كذلك لأنّها تكون على شكل بطاقات بلاستيكية ممغنطة، لذلك هناك من يسميها أيضا البطاقات المغناطيسية، كونها مزودة آليا برصيد مالي لفائدة مالكيها. وتُصدر المصارف هذه البطاقات لفائدة عملائها، وتحمل مجموعة من البيانات المتعلقة باسم مصدرها وصاحبها، ورقم حسابه، وكذا تاريخ انتهاء صلاحيتها. وتأخذ هذه النقود أو البطاقات عدة أشكال، لا سيما مع اتساع استعمالها التي شملت شتى المعاملات التجارية، ومن هذه الأشكال نذكر ما يأتي:

– بطاقة الائتمان: وهناك من يسميها أيضا بطاقة الاعتماد، وتصدرها المصارف لفائدة عملائها الذين يمكنهم –من خلالها– القيام بشراء السلع والخدمات في ظل حدٍّ أقصى يحدده المصرف مسبقا.

وتتضمن البطاقة صورة لصاحبها، وعلامة مميزة للهيئة الدولية التي تعطي التصريح للمؤسسات المالية بإصدار البطاقات والتي، عن طريق فحصها، يمكن التأكد من أنّ بطاقة الاعتماد سليمة وغير مزورة. وتتضمن أيضا شريط توقيع وهو المكان الذي يقوم حامل البطاقة بالتوقيع عليه، عند تسلمه البطاقة. ويمكن للتاجر أو الصراف التحقق من هوية حامل البطاقة عن طريق مضاهاة هذا التوقيع، بتوقيع حامل البطاقة، على إشعار البيع أو الصرف، كما تتضمن بطاقة الاعتماد رقم التمييز الشخصي وهو ما يسمى بالرقم السري. وهذا الرقم يتكون من 4 أرقام ويسلم الرقم السري في مظروف مغلق عند استلامه من حامل البطاقة الذي يستخدمه عند السحب النقدي من أجهزة الصراف الآلي².

– بطاقة السحب الآلي: وهي بطاقة يصدرها المصرف لصالح عميله، وتخوله السحب بواسطة شبك الدفع، ولا سيما في الفترة من الوقت الذي يكون فيه المصرف مغلقا، كما لو كان ذلك في الليل مثلا، أو في يوم من أيام العطلة، وذلك عن طريق إدخال البطاقة في الصراف الآلي الخاص بالمصرف، وإدخال الرقم السري، الذي يتكون عادة من أربعة أرقام، وذلك عن طريق الضغط على لوحة المفاتيح الموجودة

¹ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 317.

² نفس المرجع، ص 320.

بجهاز الصراف الآلي، الذي يظهر على شاشة الجهاز عدة خيارات للعمل، بحيث يستطيع، عن طريق الأرقام الموجودة بجهاز الصراف الآلي، أن يحدد المبلغ الذي يريد سحبه¹.

-بطاقة الإنترنت: وهي بطاقة ائتمان خاصة بالتسوق عبر الإنترنت، ويتم استخدامها لمختلف عمليات الشراء أو التسوق عبر الإنترنت. وهذا النوع من البطاقات محدد بمبلغ صغير نسبياً، بغية التقليل من المخاطر التي قد يتحملها مستخدم البطاقة، إذا ما تمّ التعرف على رقمها، واستخدامها من دون إذن، في شراء السلع والخدمات.

-بطاقة الصرف المصرفي:

يُطلق عليها تسمية الصرف الشهري، لأنّ فترة الائتمان في هذه البطاقة لا تتجاوز مدة شهر من تاريخ السحب. ويتعين على العميل أن يسدّد أولاً بأول خلال الشهر الذي تمّ فيه السحب².

-بطاقة الشيكات:

بطاقة الشيكات هي بطاقة تحتوي البيانات الآتية: اسم العميل، توقيع، رقم حسابه والحد الأقصى الذي يتعهد البنك بالوفاء به في كل شيك يجره العميل. وبمقتضى هذه البطاقة يتعهد البنك لعميله حامل البطاقة بأن يضمن سداد الشيكات التي يجرها العميل من هذا البنك وفقاً لشروط إصدار هذه البطاقة.

وأثناء التعامل يقوم صاحب البطاقة بإظهارها للمستفيد و التوقيع على الشيك أمامه، أما المستفيد من الشيك فيقوم بتدوين رقم البطاقة على ظهر الشيك و التأكد من صلاحيتها. ويلتزم البنك المسحوب عليه بأن يدفع للمستفيد قيمة الشيك بغض النظر عن وجود أو عدم وجود رصيد كافٍ للعميل، إذا احترم هذا الأخير الحد المالي الأقصى المسموح به ، وتمت كتابة رقم البطاقة على ظهر الشيك مع صحة توقيع العميل.

ثانياً: المحفظة الإلكترونية

المحفظة الإلكترونية عبارة عن تطبيق الكتروني يقوم على أساس ترتيب وتنظيم آلية جميع الحركات المالية، وتحتوي تلك المحفظة على جميع بيانات المستخدم لتلك البطاقة بصيغة مشفرة ويتم تثبيتها على

¹ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 319.

² نفس المرجع، ص 318.

الكمبيوتر الشخصي أو تخزينها على أحد الأقراص المرنة أو أي أداة يمكن عن طريقها حفظ تلك البيانات واستخدامها للدفع عن طريق شبكة الانترنت في جميع حالات الشراء¹.

وبالتالي فهي حساب إلكتروني مسبق الدفع، حيث يمكن حفظ الأموال فيه كوسيلة دفع جديدة عوض استخدام النقود العادية أو بطاقات الائتمان المختلفة، الأمر الذي من شأنه تسهيل عمليات الدفع، وكذا تيسير عملية الاطلاع على الحسابات ومختلف المعاملات التي تمت.

ويُعرفها البعض من خلال خدماتها الوظيفية، بأنها مثل المحفظة المادية التي تُحفظ فيها بطاقات الائتمان والنقود والهوية الشخصية². وبالتالي فهي وسيلة لحفظ النقود إلكترونياً، كما يمكن من خلالها القيام بمختلف العمليات كالسحب، وكذا تحويل المال.

وحتى تكون كل الحركات والعمليات المالية في أمان تام وبعبءة عن اختراق المتطفلين من الهاكرز قامت أغلب البنوك المحلية والعالمية والشركات الكبرى باستخدام المحافظ الإلكترونية على صفحات الانترنت عن طريق استعمال أجهزة خوادم مدعمة بعدة برامج أمنية.

ليس هذا فحسب بل حتى الاستعانة بروتوكول الحركات الآمنة Secure Socket Layers SSL اختصاراً. ولنجاحة هذه التقنية فقد تداولتها العديد من الشركات الاستثمارية الضخمة في مجال الأسهم من خلال البورصات العالمية باستعمال المحافظ الإلكترونية، فأصبحت هذه التقنية ضرورة ملحة لما تتميز به من سرعة و دقة في المعلومة وأمان.

خطوات الدفع باستخدام المحفظة الإلكترونية (عند نقاط البيع)³

- 1- يقوم حامل المحفظة الإلكترونية عند الوصول إلى النقطة الخاصة بالشراء بإظهار السلع المراد شراؤها، وتبدأ عملية الجمع المتتالية لقيمة البضاعة.
- 2- إظهار المحفظة الإلكترونية وتمييرها على الجهاز المعد لقراءتها (عادة تكون مخزنة في أجهزة الموبايل أو بطاقات ذكية).

¹ <https://www.traidnt.net/vb/traidnt1764001>
تاريخ الاطلاع: 05 أكتوبر 2017، على الساعة: 16.34

² إيناس الخالدي، مرجع سابق، ص 435.

³ <https://www.traidnt.net/vb/traidnt1764001>
تاريخ الاطلاع: 05 أكتوبر 2017، على الساعة: 16.52

- 3- عند نقطة الشراء يقوم الجهاز بطلب تأكيد الهوية من صاحب المحفظة الالكترونية وذلك بتمرير بصمة الإصبع أو إدخال رقم سري ، وهنا توجد إمكانية تمرير ثلاث محاولات فقط من بصمة الإصبع أو وضع الكود الخاص به (وفي حالة تعدي الثلاث محاولات، فإنّ البطاقة سوف يتم تجميدها) وهذا أمر جيد في حال تمت سرقة البطاقة وعمل عدة محاولات من طرف آخر غير صاحب البطاقة المزعوم.
- 4- بعد التأكد من الهوية يقوم الجهاز بإظهار رسالة خاصة لاختيار نوع الدفعة المراد البدء بها.
- 5- يقوم بالاختيار من احد الأمرين إما عن طريق استخدام القيمة المخزنة بالمحفظة الالكترونية أو الاختيار الثاني وهو عن طريق بطاقة الائتمان، ففي حالة الاختيار الأول (استقطاع من القيمة المخزنة) إن لم تحتو على رصيد كاف فانه يقوم بإظهار رسالة بذلك وعليه أن يقوم باختيار الطريقة الثانية في الدفع.
- 6- تظهر رسالة تأكيد من صحة العملية التي تمت والقيمة المراد دفعها وتحويلها إلى حساب الطرف الثاني.
- 7- ظهور رسالة تأكيد (تمت العملية بنجاح) بأن القيمة تم خصمها من حسابك.
- 8- يتم استخراج وطبع الإيصال للطرف الأول (المشتري).
- يمكن تصنيف المحافظ الالكترونية في فئتين و يرجع هذا التصنيف حسب مكان تخزينها:

1-المحفظة الالكترونية Server-Side

بالنسبة لمعلومات المستهلك فهي تخزن لدى ناشر المحفظة أو لدى تاجر معين. لكن النقطة السلبية أو نقطة الضعف هي أنّ العميل إذا أحل بأمنه فإن ذلك من شأنه أن يكشف الآلاف من المعلومات الشخصية للمستخدمين زد على ذلك أرقام بطاقات الائتمان لجهاث لا تملك ترخيصا بالاطلاع عليها. لذا فإن المحافظ الإلكترونية تستخدم إجراءات أمن قوية من شأنها أن تمنع إمكانية الإفشاء غير المرخص به.

2-المحفظة الالكترونية Client-Side

يتم تخزين معلومات المستهلك في حاسوب المستهلك نفسه، وبهذا فإنّ هذا النوع من التخزين ينقل المسؤولية للمحافظة على السرية إلى المستخدم، وبما أنه لا توجد أي معلومات خاصة بالمستخدم مخزنة في سيرفر مركزي فليس هناك أي فرصة لحدوث هجوم على بائع المحفظة الإلكترونية، وبالإمكان الحصول على معلومات المستهلك كأرقام بطاقة الائتمان.

3-البطاقة الذكية Smart Card

تعد البطاقة الذكية ضمن آخر إصدارات عالم تكنولوجيا المعلومات. هذه البطاقة تحمل شريحة إلكترونية مدمجة في بطاقة شبيهة بها من ناحية الحجم ببطاقة الدفع البلاستيكية الممغنطة. وعلى مستوى هذه الشريحة تخزن المعلومات الإلكترونية وبعض البرامج المحمية بأنظمة الحماية المتطورة، وعليه فإن البطاقة الذكية تشكل مع القارئ نظاما متكاملًا لخدمة كثير من التطبيقات المتنوعة، زد على ذلك فإن البطاقة الذكية تعد جهاز تحكم إذ تجعل المعلومات العملية والشخصية متاحة فقط لمستخدمين معينين، مع إمكانية نقل المعلومات بشكل آمن وكذا تمكن الأشخاص من الشراء. وفي إطار التحكيم الإلكتروني، يمكن أن تستخدم المحافظ الإلكترونية لنقل الحقوق المالية المتمثلة في أتعاب المحكمين، وذلك عن طريق تحويلها بواسطة الإنترنت إلى مركز التحكيم الإلكتروني.

ثالثًا: السندات الإلكترونية

تُعتبر السندات الإلكترونية امتدادًا للسندات التجارية التقليدية، فهي سندات يتم التعامل بها في مجال التجارة على نطاق واسع.

وإن كانت هذه السندات تخضع لنفس قواعد السندات التقليدية، فإنها تمتاز بعدة خصائص أهمها ملاءمتها للتجارة الإلكترونية وما تتطلبه من سرعة. كما أنها تساهم في تقليل الكلفة الناتجة عن استعمال الورق وعمليات الصرف المختلفة وما تتطلبه من جهد، وما تحتمله من أخطاء. ويُعتبر الشيك الإلكتروني من أهم أوجه واستخدامات السندات الإلكترونية على الإطلاق. حيث تعتمد هذه الشيكات على المصارف بشكل كبير باعتبارها جهة التخليص، فهي وسيط بين مُصدر الشيك وبين المستفيد منه.

ويعرّف البعض الشيك الإلكتروني على أنه رسالة إلكترونية موثقة ومؤمنة، يرسلها مصدر الشيك إلى مستلم الشيك، ليعتمده ويقدمه إلى البنك الذي يعمل عبر الإنترنت، ليقوم البنك أولاً بتحويل قيمة الشيك المالية إلى حساب حامل الشيك، ثم يقوم البنك بعد ذلك بإلغاء الشيك وإعادة إلكترونيًا إلى مُسلّم الشيك، ليكون دليلًا على أنه قد تمّ صرف الشيك فعليًا¹.

ويتم استخدامه في عملية الوفاء، بأن يقوم كلٌّ من القابض والدافع بفتح حساب لدى مصرف محدد، ويقوم الدافع بتحرير الشيك الإلكتروني، وتوقيعه إلكترونيًا. وبمجرد هذا التوقيع، يندمج التوقيع في الشيك، ويصبح الاثنان جزءًا واحدًا، لا يمكن لأيٍّ كان أن يفصل التوقيع عن الشيك. ويمكن أن يكون

¹ إيناس الخالدي، مرجع سابق، ص 435.

كل من الشيك والتوقيع مشفرين، بحيث لا يستطيع أحد من المتطفلين على الشبكة، معرفة مضمون الشيك، أو التعرف على التوقيع¹.

ويقوم مُصدر الشيك الإلكتروني، بإرسال الشيك إلى المستفيد، عن طريق البريد الإلكتروني الخاص بالمستفيد طبعاً. ثم يرسل هذا الأخير -أي المستفيد- الشيك إلى البنك، ليعمل البنك بعد ذلك على مراجعته، والتأكد من التوقيع، ومن توفر المؤونة اللازمة، وبعد التحقق من كل هذه الأمور، يقوم البنك بإخطار كل من الدافع والقابض، بأن العملية قد تمت على أكمل وجه.

ومن خلال هذه الوسيلة يمكن للأطراف سداد قيمة رسوم ومصاريف عملية التحكيم الإلكترونية، وذلك عن طريق تحرير تلك الشيكات، وإرسالها إلى مركز التحكيم إلكترونياً، ثم يقوم المركز بتحصيلها إلكترونياً².

رابعاً: الدفع عبر الهاتف المحمول

تتم عملية الدفع بواسطة الهاتف المحمول، بإحدى الطرق الآتية³:

1- الطريقة الأولى:

بالنسبة للطريقة الأولى يتم الدفع بطلب العميل الدافع تحويل المبلغ المطلوب مقابل الخدمة إلى القابض، وهذا طبعاً بعد الاتصال بالمصرف. بعدها يقوم المصرف -بعد التأكد من هوية العميل- بإكمال وإتمام العملية المالية.

2- الطريقة الثانية: إرسال رسالة

أما هنا فيرسل العميل الدافع رسالة بواسطة هاتفه المحمول، إلى المصرف المتعامل معه، وتتضمن الرسالة الطلب من المصرف تحويل المبلغ المطلوب إلى القابض مقابل السلعة أو الخدمة. فيقوم المصرف بعملية التحويل بعد التأكد من هوية العميل بطريقة الكترونية.

3- الطريقة الثالثة: استخدام الهاتف المحمول كوسيلة للدخول إلى شبكة الإنترنت

في هذه الطريقة يستخدم الدافع هاتفه المحمول كوسيلة للدخول إلى الموقع التجاري، الذي يريد شراء السلعة أو الخدمة منه، على شبكة الإنترنت، و هنا يختار طريقة الدفع الملائمة له، للتسديد عن طريقها، كاستخدام بطاقة الاعتماد مثلاً، أو أية طريقة أخرى.

¹ إلباس ناصيف، مرجع سابق، ص 322.

² أحمد مصطفى السيد الدبوسي، مرجع سابق، ص 618.

³ ناصيف إلباس، مرجع سابق، ص 323-324.

4- الطريقة الرابعة: قيام العميل بشراء السلعة أو الخدمة، وإضافة حسابها على فاتورة هاتفه المحمول

هنا تقوم شركة الاتصالات التي يتعامل معها العميل، بدفع مقابل السلعة أو الخدمة التي اشتراها من بائعها، بدلا منه. ثم تضيف هذه الشركة المبلغ المدفوع، إلى فاتورة المكالمات الخاصة بها بهاتف العميل، وبهذه الطريقة تحصل على المبلغ منه.

الفصل الثاني: حُكم التحكم الإلكتروني

الفصل الثاني: حكم التحكيم الإلكتروني

بعيدا عن التعريفات المختلفة والتي تضيق أو توسع في تناولها لحكم التحكيم الإلكتروني، فإن تعريف هذا الأخير لا يبتعد عن تعريف حكم التحكيم التقليدي الذي لا يعدو أن يتمثل في القرار الصادر عن هيئة التحكيم.

ونجد من يُعرّف حكم التحكيم الإلكتروني على أنه جميع القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم الصادرة عبر شبكات الاتصال الحديثة كالإنترنت، والتي لا تتطلب الحضور المادي لأعضاء هيئة التحكيم في مكان واحد، وذلك بصرف النظر عن القرارات الصادرة عنها نهائية كانت أو مؤقتة¹.

وإذا كان حكم التحكيم الإلكتروني هو ثمرة التحكيم، فإنه لا بدّ أن يراعي -لتنفيذه- مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية والإجرائية، وهو ما قد يصطدم ببعض العقبات المتعلقة بالتشريعات الوطنية التي يُراد له فيها التنفيذ والاعتراف.

وسوف يتمحور هذا الفصل حول مبحثين، نعالج في الأول مسألة صدور حكم التحكيم الإلكتروني وما يتطلبه من شروط، ثمّ مسألة الآثار التي ينشؤها هذا الحكم في الفصل الثاني.

المبحث الأول: إصدار حكم التحكيم الإلكتروني

يثير إصدار حكم التحكيم الإلكتروني مشاكل قانونية فعلية مرتبطة بمفهوم هذا الحكم في حدّ ذاته، والذي لا يرتبط بآليات مادية معينة؛ فهو لا يكتب إلا بشكل إلكتروني، ومن ثمّ فالتوقيع عليه لا يكون إلا بذات الطريقة. وبناء على ذلك، يتم التساؤل أيضا حول كيفية تبليغ الأطراف ومن يعينهم الأمر بهذا الحكم!

ضف إلى ذلك أنه غير مرتبط بمكان معين يصدر منه، فهو مرتبط بشبكة الإنترنت العالمية التي تجمع بين الجميع في مكان افتراضي واحد وهو الموقع الذي تعرض عليه الهيئة عملها، دون أن يكون هناك -بالضرورة- مكان واحد لهذا الموقع. وهو ما يثير مسألة تحديد مكان إصدار هذا الحكم أو جنسيته، وبالتالي تحديد الآثار القانونية المترتبة على ذلك.

المطلب الأول: الجوانب الشكلية لحكم التحكيم الإلكتروني في المعاملات المصرفية الإلكترونية

¹ إيناس الخالدي، مرجع سابق، ص 441.

من المعلوم أنه بعد انتهاء محكمة التحكيم من سماع الادعاء والدفاع وفحص وسائل الإثبات المقدمة من الأطراف، تقوم بقفل باب المرافعة وتبدأ في إصدار الحكم الذي توصلت إليه بعد التشاور مع أعضائها. ولضمان تنفيذ هذا الحكم يجب على المحكمة اتباع قواعد الشكل المتفق عليها عند إعداده¹. وعندما يتعلق الأمر بإصدار حكم التحكيم الإلكتروني وبالجوانب الشكلية الخاصة به، تُثار مشكلة الكتابة وكذا التوقيع على هذا الحكم، وهو ما يعني التساؤل حول كيفية صدور هذا الحكم، وما هي البيانات الشكلية التي يجب أن يستوفيهها، لذا سوف نتطرق إلى مسألة كتابة الحكم والتوقيع عليه. حيث نصّ المشرع الجزائري على البيانات التي يجب أن يتضمنها حكم التحكيم، وهي بيانات متعلقة أساساً بالمحكّمين، أطراف النزاع، كل من له علاقة بالنزاع، ممثلوهم والمدافعون عنهم². كما اشترط توقيع الحكم³.

ويشترط المشرع المصري في حكم التحكيم الإلكتروني -إضافة إلى الكتابة والتوقيع-⁴ مجموعة من الشروط الشكلية المتمثلة في أن يكون حكم التحكيم مسبباً⁵، وأن يشتمل على أسماء الخصوم وعناوينهم، وأسماء المحكّمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم. وهذه الأمور لا تتعارض مع الشكل الإلكتروني لحكم التحكيم، ويسهل إدراجها في حكم التحكيم الإلكتروني⁶.

1 فادي محمد عماد الدين توكّل، مرجع سابق، ص 235.

2 نصّت المادة 1028 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مايلي: "يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية:

1 - اسم ولقب المحكم أو المحكّمين،

2 - تاريخ صدور الحكم،

3 - مكان إصداره،

4 - أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي،

5 - أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف، عند الاقتضاء.

3 نصّت المادة 1029 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مايلي: "توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكّمين.

وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكّمين إلى ذلك، ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكّمين".

4 تنص المادة 43، الفقرة 1 على ما يلي: "يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكّمون وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يُكتفى بتوقيعات أغلبية المحكّمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية".

5 تنص المادة 43، الفقرة 2 على ما يلي: "يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم".

6 تنص المادة 43، الفقرة 3 على ما يلي: "يجب أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكّمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم بصورة من اتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره وأسبابه إذا كان ذكرها واجباً".

والملاحظ هو أنّ نصّ المشرع الجزائري جاء مطابقاً للنصّ الفرنسي الذي جاء قبله بطبيعة الحال، حيث نصّ هذا الأخير - بشأن بيانات الحكم التحكيمي - في المادة 1472 من قانون الإجراءات المدنية على ما يلي: "يحتوي قرار التحكيم الإشارة إلى:

- أسماء الحكام الذين أصدروه؛
- تاريخه؛
- مكان إصداره؛
- أسماء الأطراف، وكذلك محل سكنهم أو مقرهم الاجتماعي؛
- عند الاقتضاء، أسماء المحامين أو أي شخص يمثل أو يساعد الأطراف"¹. في حين نصّت المادة الموالية على ما يلي: "يتم توقيع حكم التحكيم من قبل جميع المحكمين. ومع ذلك، إذا رفضت أقلية منهم التوقيع عليه، يتم ذكر ذلك، ويكون للحكم نفس الأثر كما لو تمّ توقيعه من قبل جميع المحكمين"².

الفرع الأول:

كتابة وتوقيع حكم التحكيم الإلكتروني

أولاً: كتابة حكم التحكيم الإلكتروني

تشتط من التشريعات الدولية كتابة حكم التحكيم، حيث نجد مثلاً القانون النموذجي المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي ينص في المادة 31، الفقرة 1، على ما يلي: "يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكم أو المحكمون، ويكفي، في إجراءات التحكيم التي يشترك فيها أكثر من محكم واحد، أن توقعه أغلبية أعضاء هيئة التحكيم، شريطة بيان سبب غيبة أي توقيع"³. ونظام غرفة التجارة الدولية في المادة 35، الفقرة 1: "تُبلغ الأمانة العامة الأطراف بحكم التحكيم موقعاً من قبل محكمة التحكيم بمجرد إصداره شريطة أن يكون الأطراف أو أحدهم سدّد مصاريف التحكيم كاملة إلى غرفة التجارة

¹ Art 1472 : «La sentence arbitrale contient l'indication :

- du nom des arbitres qui l'ont rendue ;

- de sa date ;

- du lieu où elle est rendue ;

- des nom, prénoms ou dénomination des parties, ainsi que de leur domicile ou siège social ;

- le cas échéant, du nom des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties ».

² Art 1473 : «La sentence arbitrale est signée par tous les arbitres.

Toutefois, si une minorité d'entre eux refuse de la signer, les autres en font mention et la sentence a le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres"

³ Art 31/1 : « La sentence est rendue par écrit et signée par l'arbitre ou les arbitres. Dans la procédure arbitrale comprenant plusieurs arbitres, les signatures de la majorité des membres du tribunal arbitral suffisent, pourvu que soit mentionnée la raison de l'omission des autres ».

الدولية"¹. وكذا الفقرة الثانية من نفس المادة التي نصّت على ما يلي: " يُسلّم الأمين العام، بشكل حصري، نسخا إضافية مصدقة مطابقة للأصل، في أي وقت حصريا إلى الأطراف عند طلبها"². ونظام المنظمة العالمية للملكية الفكرية المادة 64، الفقرة ب: "يصدر حكم التحكيم كتابة مع تحديد تاريخ ومكان التحكيم طبقا للمادة 38، الفقرة أ"³.

ونصّت اتفاقية نيويورك المادة 4، الفقرة 1، على ما يلي: "على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما في المادة السابقة أن يقدم مع الطلب: أ- أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند. ب- أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أو صورة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند"⁴.

والملاحظ أنّ الفقرة الأولى من هذه المادة تلزم على من يقدّم طلب الاعتراف بالحكم وتنفيذه، أن يرفق معه أصل الحكم الرسمي، أو صورة طبق الأصل منه، وكذا أصل الاتفاق أو صورة طبق الأصل منه، تجمع الشروط المطلوبة لرسمية الطلب، وذلك قصد التأكد من صحة ورسمية هاته الوثائق.

ولا شكّ في أن هذا النص يصعب تطبيقه على الحكم الصادر في شكل وثيقة إلكترونية، وذلك لأن نظام المعلوماتية لا يميز بين الأصل والصورة. ويبان ذلك أن الكمبيوتر ينشئ وينقل نصوصا قابلة للنسخ إلى ما لا نهاية وفيما عدا التحريف والتزوير، فإن الصور الموجودة في ذاكرة الحاسوب لا تتميز في شيء. ولذلك ففي العمل الإلكتروني لا يميز بين أصل المستند وصورته⁵.

كما نصّت الاتفاقية المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005 على مساواة الكتابة والرسائل الإلكترونية بالكتابة العادية وإعطائها نفس الحجية والإثبات في العقود الدولية، وذلك في المادة التاسعة، الفقرة الثانية التي نصت على ما يلي: "حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابيا، أو ينص على عواقب لعدم وجود الكتابة، ويعتبر ذلك الاشتراط قد استوفى بالخطاب

¹ Art 35/1 : « La sentence rendue, le Secrétariat en notifie aux parties le texte signé du tribunal arbitral, après que les frais d'arbitrage ont été intégralement réglés à la CCI par les parties ou l'une d'entre elles ».

² Art 35/2 : « Des copies supplémentaires dûment certifiées conformes par le Secrétaire général sont à tout moment délivrées exclusivement aux parties qui en font la demande ».

³ Art 64/b : « La sentence est rendue par écrit et précise la date à laquelle elle est rendue ainsi que le lieu de l'arbitrage, conformément à l'article 38.a) ».

⁴ Art 4 : « 1- Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution visées à l'article précédent, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution doit fournir, en même temps que la demande:

a) L'original dûment authentifié de la sentence ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité;

b) L'original de la convention visée à l'article II, ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité ».

⁵ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 238.

الإلكتروني، إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه متيسرا على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا¹.

ونجد أنّ المشرع المصري في قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004، وبموجب المادتين 15² و 17³ قد ساوى بين الكتابة العادية والمحرف العادي من جهة، والكتابة الإلكترونية والمحرف الإلكتروني من جهة أخرى. مما يعني أنّ للكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني الحجية الكاملة. ومنح المشرع الفرنسي نفس الحجية في الإثبات للكتابة الإلكترونية، كما هو الشأن بالنسبة للكتابة العادية، حيث نصّ في المادة 1316 قانون مدني، المعدلة بموجب قانون الإثبات الصادر في 10 مارس سنة 2000، على ما يلي: "الدليل الحرفي، أو الإثبات المكتوب، ينتج عن سلسلة من الحروف أو الأشكال أو الأرقام أو غيرها من العلامات أو الرموز ذات معنى واضح، مهما كانت الدعامة والوسيلة التي نقل بواسطتها"⁴.

ونجد أنّ المشرع الجزائري بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، اعترف بالكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات من خلال المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1.

حيث نصّت المادة 323 مكرر على ما يلي: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها". والملاحظ أنّ المفهوم الذي جاءت به المادة 323 مكرر مفهوم واسع، الأمر الذي يعني أنه يُعتد -لإثبات التصرفات القانونية- بأية دعامة تتضمن الكتابة سواء كانت على الورق أو مختلف الدعائم الإلكترونية كالقرص الصلب أو القرص المرن وغيرها، كما يُعتد أيضا بأية وسيلة نقلت بها الكتابة سواء بالطريقة اليدوية أو بالطرق الإلكترونية المختلفة.

¹ Art 9/1 : « Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit sous forme écrite, ou prévoit des conséquences juridiques en l'absence d'un écrit, une communication électronique satisfait à cette exigence si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement ».

² نصّت المادة 15 على ما يلي: " للكتابة الإلكترونية والمحرفات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحرفات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفى الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

³ نصّت المادة 17 على ما يلي: " تسري في شأن إثبات المحرفات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني، فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في لائحته التنفيذية الأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية".

⁴ Art 1316: « La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission.».

ولأنّ الكتابة الإلكترونية مُعرّضة للتبديل والتغيير اللاحق، ممّا يمس قوتها الثبوتية، فقد أحاطها المشرع بضمانات، حيث تنص المادة 323 مكرر 1 "يُعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، كالإثبات على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها ، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

وتجدر الإشارة إلى أنه لا توجد أي فروقات أو اختلافات واضحة بين كل من قوانين التحكيم التقليدي وبين نظم التحكيم الإلكتروني بشأن حكم التحكيم خاصة فيما يتعلق بشرط الكتابة وكذا شرط التوقيع .

وبخصوص هذه النقطة بالذات تنادي الأغلبية بضرورة أن تتساوى الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني بالكتابة التقليدية والتوقيع التقليدي. الأمر الذي من شأنه أن يقلص أو يقضي تماما على الفجوة الموجودة بين النظم القائمة بين هذه النظم.

وكتيجة لما سبق، فإننا نلاحظ أنّ أغلب النصوص الدولية والوطنية، لم تشترط شكلا خاصا لحكم التحكيم الإلكتروني، فقد يكون بخط اليد أو بالوسائل الإلكترونية. لذا فإننا نرى أنّ صدور الحكم التحكيمي بالكتابة الإلكترونية يحقق شرط الشكل المطلوب في التشريعات الدولية و الوطنية.

ثانيا: توقيع حكم التحكيم الإلكتروني

تجمع التشريعات صراحةً أو ضمناً، على وجوب توقيع الحكم التحكيمي. ومن المعلوم وفقا للقواعد العامة، أن الحكم غير الموقع لا يكون باطلا فحسب، بل معدوما. وبالتالي فلا مناص لأي سبب من الأسباب من أن يكون الحكم موقعا من قبل رئيس وأعضاء الهيئة التحكيمية¹.

وفيما يتعلق بتوقيع الحكم، فقد نصّت المادة 31 من القانون النموذجي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي على ضرورة توقيع الحكم أو المحكمين على حكم التحكيم. وهذا هو المعمول به في التحكيم العادي، حيث يقوم المحكمون بتوقيع الحكم بخط اليد، إلا أنّ التوقيع بخط اليد غير متيسر في التحكيم

¹ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 239.

الإلكتروني، لذا اقترح البعض -لعلاج مشكلة غياب توقيع المحكمين بخط اليد- إرسال نسخة مطبوعة من الحكم إلى أعضاء لجنة التحكيم لتوقيعها¹.

كما أنّ نظام غرفة التجارة الدولية، ينص في المادة 34 منه على ما يلي: " يتعين على محكمة التحكيم أن ترفع إلى هيئة التحكيم مشروع حكم التحكيم قبل توقيعه. وللهيئة أن تدخل تعديلات تتعلق بالشكل على الحكم ولها أيضا أن تلتفت انتباه محكمة التحكيم إلى مسائل تتعلق بالموضوع، دون المساس بما لمحكمة التحكيم من حرية في إصدار الحكم. ولا يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أي حكم تحكيمي دون أن تكون هيئة التحكيم قد وافقت عليه من حيث الشكل"²، كما تنص المادة 35، الفقرة 1، على ما يلي: "تُبَلِّغُ الأمانةُ العامة الأطراف بحكم التحكيم موقعا من قبل محكمة التحكيم بمجرد إصداره شريطة أن يكون الأطراف أو أحدهم سدّد مصاريف التحكيم كاملة إلى غرفة التجارة الدولية"³.

وفي ذات السياق، أكّدت المادة 25، الفقرة 3، من نظام المحكمة الإلكترونية بأنّ الحكم يجب أن يكون موقعا، بنصها على ما يلي: "عند إمضاء الحكم، يجب أن يحتوي التاريخ الذي صدر فيه"⁴. وقد أقرّت المادة 64، الفقرة د من نظام المنظمة العالمية للملكية الفكرية، والخاصة بتحكيم أسماء الحقول أمام لجنة المنازعات الإدارية، التوقيع لعضو أو أعضاء اللجنة على الحكم التحكيمي الإلكتروني، بنصّها على ما يلي: "يجب أن يُوقَّع الحكم من طرف الحكم أو الحكام. يوقع الحكم من طرف أغلبية الحكام، أو من طرف رئيس هيئة التحكيم في الحالة المذكورة في الجملة الثانية من المادة 63. عندما لا يوقع حكم ما، لا بُدّ من ذكر أسباب ذلك"⁵.

ونتفق مع من يرى أنه بالرغم من وجود اعتراف واسع النطاق بكل من الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، سواء عند تحرير اتفاق التحكيم بداية، أو عند إصدار حكم التحكيم في النهاية، فإنّ كافة المستندات الإلكترونية لا بُدّ وأن تكون قابلة للاستخراج على ورق، وذلك حتى يمكن من تقديمها

¹ عادل أبو هشيمة محمود حوتة، مرجع سابق، ص 324.

² Art 34 : « Avant de signer toute sentence, le tribunal arbitral doit en soumettre le projet à la Cour. Celle-ci peut prescrire des modifications de forme. Elle peut, en respectant la liberté de décision du tribunal arbitral, attirer son attention sur les points intéressant le fond du litige. Aucune sentence ne peut être rendue par le tribunal arbitral sans avoir été approuvée en la forme par la Cour ».

³ Art 35/1 : « La sentence rendue, le Secrétariat en notifie aux parties le texte signé du tribunal arbitral, après que les frais d'arbitrage ont été intégralement réglés à la CCI par les parties ou l'une d'entre elles ».

⁴ Art 25/3 : « La sentence est signée et doit indiquer la date à laquelle elle a été rendue ».

⁵ Art 64/d : « La sentence doit être signée par l'arbitre ou les arbitres. La signature de la sentence par la majorité des arbitres ou, dans le cas de la deuxième phrase de l'article 63, par le président du tribunal arbitral, est suffisante. Lorsqu'un arbitre ne signe pas, la sentence mentionne les raisons de l'absence de sa signature ».

للمحاكم من أجل طلب تأييد الحكم والتصديق عليه وتنفيذه، وإيضفاء الحجية عليه، ويرجع ذلك إلى أنّ المحاكم، وإن كانت تعترف بالوثائق الإلكترونية من الناحية القانونية، إلا أنّها لا تتعامل بها وهو ما يتطلب ضرورة إفراغ محتوى المستندات الإلكترونية، بما في ذلك حكم التحكيم، في صورة ورقية عند التعامل بها مع المحاكم¹.

الفرع الثاني: إبلاغ حكم التحكيم الإلكتروني

تنص المادة 35، الفقرة 1 و 2، من لائحة غرفة التجارة الدولية على ما يلي: "1- تُبلغ الأمانة العامة الأطراف بحكم التحكيم موقعا من قبل محكمة التحكيم بمجرد إصداره شريطة أن يكون الأطراف أو أحدهم سدّد مصاريف التحكيم كاملة إلى غرفة التجارة الدولية.

2- يُسلّم الأمين العام، بشكل حصري، نسخا إضافية مصدقة مطابقة للأصل، في أي وقت، حصرياً إلى الأطراف عند طلبها"².

كما نصّت المادة 31، الفقرة 4، من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي على ما يلي: "بعد صدور الحكم تسلّم نسخة موقعة من المحكم أو المحكمين وفقا للفقرة الأولى من هذه المادة وذلك لكل من الطرفين"³.

ونصّت المادة 44، الفقرة 1، من قانون التحكيم المصري على ما يلي: "تُسلّم هيئة التحكيم إلى كلّ من الطرفين نسخة من حكم التحكيم موقعة من المحكمين الذين وافقوا عليه خلال 30 يوما من تاريخ صدوره".

ويثورُ التساؤل حول كيفية استخراج صورة من الحكم الإلكتروني؟ وكيف يمكن تسليمها للأطراف؟ هل يمكن الحديث عن "صورة طبق الأصل" للحكم، وعن تسليمه للأطراف في ظل التحكيم الإلكتروني؟

¹ بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 141.

² Art 35/1 : « 1-La sentence rendue, le Secrétariat en notifie aux parties le texte signé du tribunal arbitral, après que les frais d'arbitrage ont été intégralement réglés à la CCI par les parties ou l'une d'entre elles. 2- Des copies supplémentaires dûment certifiées conformes par le Secrétaire général sont à tout moment délivrées exclusivement aux parties qui en font la demande ».

³ Art 31/4 : « Après le prononcé de la sentence, une copie signée par l'arbitre ou les arbitres conformément au paragraphe 1 du présent article en est remise à chacune des parties ».

إجابةً على ذلك، يرى البعض أن المهم هو أن يصل الحكم إلى الأطراف دون تعديل أثناء النقل، أمّا وسيلة الإخطار فهي غير مهمة¹. لكن يجب توفير آليات تحول دون العبث بحكم التحكيم أو تحريفه أثناء نقله إلكترونياً، كي يضمن وصول التحكيم إلى الأطراف كما صدر حرفياً عن الهيئة، حيث يتعين العمل على توفير وسائل فنية تمنع إمكانية الاطلاع من ليس له الحق على الحكم، وذلك لأنّ المساس بهذه الضمانات يهدد سلامة نظام التحكيم الإلكتروني².

وقد أجابت أيضاً الكثير من التشريعات الدولية على ذلك، حيث نصّت المادة 35، الفقرة 2، من لائحة غرفة التجارة الدولية، على ما يلي: "يسلم الأمين العام، بشكل حصري، نسخاً إضافية مصدقة مطابقة للأصل، في أي وقت، حصرياً إلى الأطراف عند طلبها"³.

ونصّت المادة 64، الفقرة خ من لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية على ما يلي: "يسلم الأطراف، عند طلبهم، نسخة من حكم التحكيم مصدقة من المركز لقاء مقابل مالي. تُعدّ النسخة المصدقة مطابقة للشروط المنصوص عنها في المادة 4، الفقرة 1، أ، من اتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها"⁴.

كما أشارت إلى ذات المعنى، المادة 25، الفقرة الرابعة من لائحة المحكمة الإلكترونية، بنصها على ما يلي: "ينشر الأمين الحكم في موقع القضية ويخطر الأطراف بأية وسيلة اتصال مفيدة، مع مراعاة ظروف القضية وبعد دفع تكاليف التحكيم بالكامل"⁵.

وجاء القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة، الخاص بالتجارة الإلكترونية، الصادر سنة 1996 بحلٍ لمشكلة تقديم صورة مطابقة لأصل الوثيقة الإلكترونية⁶، وذلك في المادة 8، الفقرة 1، إذ نصّت على ما يلي: "حينما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي، فإنّ رسالة البيانات تعتبر مستوفية لهذا الشرط هذا الشرط في حالة ما إذا:

¹ سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 156.

² إيناس الخالدي، مرجع سابق، ص 457.

³ Art 35/2 : « Des copies supplémentaires dûment certifiées conformes par le Secrétaire général sont à tout moment délivrées exclusivement aux parties qui en font la demande »

⁴ Art 64/g : « À la demande d'une partie, une copie de la sentence authentifiée par le Centre lui est délivrée par ce dernier contre paiement des frais correspondants. La copie ainsi authentifiée est réputée se conformer aux conditions requises à l'article IV.1.a) de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958 ».

⁵ Art 25/4 : « Le secrétaire publie la sentence au site de l'affaire et notifie les parties par tout moyen de communication utile, ayant eu égard aux circonstances de l'affaire et après que les frais d'arbitrage ont été intégralement réglés ».

⁶ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 245.

أ- كان هناك ما يُستند عليه لتأكيد سلامة المعلومات عند الوقت الذي أنشئت فيه للمرة الأولى، في شكلها النهائي، بوصفها رسالة بيانات أو غيرها.

ب- وكان يمكن عرض تلك المعلومات على الشخص المقرر أن تقدم إليه، وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات¹.

كما تنص الفقرة 3 من نفس المادة على ما يلي: "أ- معيار تقييم سلامة المعلومات، هو التأكد من مدى بقائها مكتملة ودون تغيير، باستثناء إضافة أي تظهير، وأي تغيير، يطرأ أثناء المجرى العادي للإبلاغ والتخزين والعرض.

ب- يُقيّم مستوى صحة المعلومة بالنظر للموضوع الذي أنشئت من أجله، وكذا على ضوء الظروف المتعلقة بها"².

وهكذا يمكن أن تساوي الوثيقة الإلكترونية الأصل، بتوفر شرطين معاً:

- الشرط الأول: يتعين وجود ضمان إمكان التشغيل فيما يخص كمال المعلومة.

- الشرط الثاني: يتعين أن يكون الكشف عن المعلومة ممكناً للشخص المقدمة إليه.

ويتم استيفاء كمال المعلومة بمجرد بقائها كاملة من دون إتلاف أو تشويه، كما يتم تقدير مستوى

إمكانية التشغيل بالنظر إلى موضوع المعلومة³.

ويبدو أنّ طريقة استخراج صورة من حكم التحكيم بشكل إلكتروني أسهل بكثير من استخراج صورة لحكم التحكيم بشكل يدوي أي يكتب يدوياً، إذ بالإمكان طباعة الحكم إلكترونياً حسب العدد المراد الحصول عليه، ثمّ يتم إرسالها إلى الأطراف عن طريق وضع الحكم على موقع القضية في شبكة الإنترنت، وعن طريق كلمة السر.

¹ Art 8/1 : « Lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, un message de données satisfait à cette exigence :

a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre; et

b) Si, lorsqu'il est exigé qu'une information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée ».

² Art 8/3 : « Aux fins de l'alinéa a du paragraphe 1 :

a) L'intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, de la conservation et de l'exposition; et

b) Le niveau de fiabilité requis s'apprécie au regard de l'objet pour lequel l'information a été créée et à la lumière de toutes les circonstances y relatives ».

³ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 246.

ويتمكن الأطراف من الدخول إلى موقع القضية ومن ثمة الإطلاع على الحكم أو أن ترسل هيئة التحكيم الحكم عبر البريد الإلكتروني.

المطلب الثاني:

مكان صدور حكم التحكيم الإلكتروني

يرتبط حكم التحكيم التقليدي بمكان صدور، مما يمنحه جنسية هذا المكان. وهو أمر له آثار قانونية هامة تتمثل في اعتراف الدولة به، وكذا شروط وإجراءات تنفيذه. وهكذا فإن مكان الصدور يحدد ما إذا كان هذا الحكم وطنياً أو أجنبياً وما ينجر عنه من آثار، خصوصاً وأن الأنظمة القانونية الوطنية المختلفة تتعامل مع الأحكام الوطنية والأجنبية بشكل مختلف.

وتجدر الإشارة إلى أن التحكيم الإلكتروني يُتيح إمكانية إقامة الأطراف في أماكن مختلفة، وهو ما يثير مشكلة تحديد المكان الذي سيتم فيه التحكيم خاصة وأن الكثير من التشريعات الدولية والوطنية تستند في معظم أحكامها إلى مكان التحكيم¹.

ويُقصد بمكان التحكيم المكان الذي يجري فيه التحكيم، والذي يتعين أن يصدر الحكم النهائي فيه². وبالرغم من أهمية التحكيم الإلكتروني في حل النزاعات التجارية الإلكترونية المختلفة، لا سيما المصرفية منها، فإنّ مشكل مكان صدور الحكم يُطرح بقوة، ذلك أنّ التحكيم الإلكتروني لا مكان محدد له، أو بعبارة أخرى، فهو يجري عبر شبكة الإنترنت بشكل افتراضي، الأمر الذي يُصعب من مهمة تحديد جنسية حكم التحكيم الإلكتروني.

ومن أبرز الآثار المترتبة عن تحديد مكان التحكيم، ما يُعرف بالقانون الواجب التطبيق؛ فالحكم الأجنبي وحده هو الذي يمكن أن يستدعي تطبيق قانون أو عدة قوانين أجنبية، أمّا الحكم الوطني فيصدر وفقاً لأحكام القانون الوطني؛ كما أنّ نطاق فكرة النظام العام تبدو ذات أهمية في هذا الشأن، ذلك أن أحكام التحكيم الأجنبية لا تلتزم بمراعاة هذه الفكرة بنفس القدر الذي يتعين على أحكام التحكيم الوطنية مراعاته، وسبب ذلك أن كل قاعدة أمرّة تتعلق بالنظام العام في القانون الداخلي ليست بالضرورة من النظام العام في المعاملات الدولية، وكذلك فإنّ مسألة استقلال شرط التحكيم تبدو ذات قيمة هامة تتعين مراعاتها عند إصدار حكم تحكيم أجنبي، أما الحكم الوطني فلا تبدو لمسألة استقلال

¹ إبراهيم خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 103.

² حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، 2011، ص 327.

شرط التحكيم ذات القدر من الأهمية¹. كما يترتب على تحديد مكان التحكيم تحديد المحكمة أو الهيئة المختصة بالفصل في النزاع.

ويعتقد البعض أنه لا بدّ من وضع تفرقة بين جنسية القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم الإلكتروني، وجنسية قانون حكم التحكيم الإلكتروني، حيث يهدف الأول إلى معرفة النظام القانوني الذي يحكم إجراءات عملية التحكيم، بينما يهدف الثاني إلى معرفة نوع المعاملة التي تنظم الحكم بعد صدوره².

وإذا كانت الاتجاهات قد اختلفت حول تحديد جنسية حكم التحكيم التقليدي، فالصعوبة أكبر عندما يتعلق الأمر بحكم تحكيم إلكتروني يُدار وفقا لإجراءات إلكترونية تتم عبر شبكة الإنترنت. وسوف نحاول تقديم الاتجاهين البارزين في هذا المجال.

الفرع الأول: المعيار الجغرافي

يُعتبر هذا المعيار مقبولا في التحكيم التقليدي، ذلك أنه يقرن جنسية الحكم بمكان الصدور، دون الأخذ بعين الاعتبار جنسية الخصوم، أو المحكمين. لكن ذلك غير يسير عندما يتعلق الأمر بالتحكيم الإلكتروني؛ إذ من الصعب أن نحدد مكانا لحكم تحكيم إلكتروني يصدر من خلال شبكة عالمية لا وجود لها في حيز محدد أو مكان معين.

ونتفق مع من يرون أنّ هذا المعيار لا يمكن تطبيقه على أحكام التحكيم الإلكترونية، فإن كان هذا المعيار يقوم على أساس الرابط بين جنسية حكم التحكيم والمكان الذي صدر فيه، فإنّ التحكيم الإلكتروني يتميز بأنّه نظام حر غير مقيد بمكان معين، يقوم على استخدام شبكات الاتصال الحديثة، ويغيب عنه التوطن المادي، سواء كان ذلك لعملية التحكيم الإلكترونية، أو لصدور الحكم التحكيمي، ومن ثم يصعب تحديد مكان معين لصدور الحكم الإلكتروني³.

الفرع الثاني: المعيار الإجرائي

¹ بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم التجاري الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 134-135.

² إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 58.

³ حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص 23.

طبقاً لهذا المعيار، فإنَّ حكم التحكيم يتمتع بجنسية الدولة التي طُبِّقَ قانونها الإجرائي على التحكيم، وبناءً على ذلك فإنَّ حكم التحكيم يكون وطنياً طالما طُبِّقَ القانون الوطني على إجراءاته، حتى ولو صدر خارج تلك الدولة، في حين يكون أجنبياً ولو صدر داخل الدولة طالما طُبِّقَ قانون أجنبي على إجراءاته؛ أي أنَّ العبرة بالقانون الذي تخضع له إجراءات التحكيم، فلو كان هذا القانون وطنياً، كان التحكيم وطنياً، وإذا كان القانون أجنبياً كان التحكيم أجنبياً¹.

وعليه نجد أنَّ الأمر لا يخرج عن أحد الفرضين، إمَّا أن يكون القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم غير مُنتمٍ إلى دولة معينة، وهنا لا مناص من إسباغ جنسية دولة مقر التحكيم على حكم التحكيم الإلكتروني. وتُحدد دولة مقر التحكيم في حالات التحكيم الإلكتروني بالمكان الذي يتواجد به المحكمون، أو أن يكون القانون الذي اختارته هيئة التحكيم هو قانون دولة بعينها، فحينئذٍ يأخذ الحكم جنسية هذه الدولة².

وبالرغم من أنَّ البعض يرى بأن هذا المعيار أكثر انضباطاً من المعيار الجغرافي لتحديد جنسية حكم التحكيم الإلكتروني، فإننا نقول أن هذا يصلح أكثر في حالة التحكيم التقليدي، حيث يكون تطبيق القانون الإجرائي أكثر وضوحاً، نظراً لثبات مكان التحكيم، ومن ثم ثبات الإجراءات.

وهكذا فإننا نتفق مع من يرون أنَّ المعيار الإجرائي بدوره لا يمكن تطبيقه لتحديد مكان التحكيم الإلكتروني، وذلك لأنَّ شبكة الإنترنت لا تحكمها جهة واحدة، الأمر الذي يُصعب من عملية تحديد المكان الذي تمَّت فيه إجراءات التحكيم الإلكتروني³.

وانطلاقاً مما سبق عرضه، فإننا نستطيع القول أن تحديد مكان التحكيم الإلكتروني أمر يجب أن يترك -من الأحسن- إلى أطراف النزاع في حالة اتفاهم، أو إلى هيئة التحكيم في حال اختلافهم. وهو ما سنحاول التطرق له في الفرع الثالث من هذا المطلب.

الفرع الثالث:

تحديد الأطراف وهيئة التحكيم لمكان التحكيم الإلكتروني

¹ هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، مرجع سابق، ص 106.

² إيناس الخالدي، مرجع سابق، ص 444.

³ محمد سعيد أحمد إسماعيل، "أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، القاهرة، مصر، 2005، ص 374.

اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم قد ينسحب بدوره على مكان التحكيم، إذ بإمكانهم اختيار مكان التحكيم الذي يلجؤون إليه، كما لو اتفقوا على أن يكون مكان التحكيم هو مكان تواجدهما إن كانوا في دولة واحدة، أو مكان تواجد أحدهما، أو حتى في مكان آخر. والشائع أكثر في مجال التحكيم الإلكتروني، هو أن يتفق الأطراف على إخضاع نزاعهما إلى مراكز متخصصة في التحكيم الإلكتروني، الأمر الذي يعني قبولهما بأن يكون مكان التحكيم خارج أماكن تواجدهما. وتشترط أغلب هذه المراكز أن يكون مكان التحكيم الإلكتروني هو مكان تواجد المركز. إن افتراض اتفاق الأطراف يعني أنه من الممكن أن يختلفوا حول تحديد مكان التحكيم الإلكتروني، وهنا تقع المشكلة. غير أن مختلف التشريعات الدولية والوطنية تصدّت لمثل هذه الحالة، وذلك بنصّها على قيام هيئة التحكيم الإلكترونية بتحديد مكان صدور حكم التحكيم الإلكتروني. حيث نجد أن قانون الأونيسترال بنسخته المنقحة لسنة 2010 نصّ في المادة 18، على ما يلي: "1- إذا لم يكن الأطراف قد اتفقوا مسبقاً على مكان التحكيم، تولت هيئة التحكيم تعيين مكان التحكيم آخذةً ظروف القضية في الاعتبار، ويُعتبر قرار التحكيم صادراً في مكان التحكيم. 2- يجوز لهيئة التحكيم أن تجتمع للمداولة في أي مكان تراه مناسباً، ويجوز لهيئة التحكيم أيضاً أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً لأيّ غرض آخر، بما في ذلك عقد جلسات استماع، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك" ¹.

ونصّ المشرع المصري في المادة 28 من قانون التحكيم، على ما يلي: "الطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها ولا يخل ذلك بسلطة هيئة التحكيم في أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الإطلاع على مستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك". ويُفهم أنّ المشرع الجزائري، من خلال مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ترك تحديد مكان محكمة التحكيم للأطراف، حيث نصّت المادة 1010 من هذا القانون على ما يلي: "يُعرض النزاع على محكمة التحكيم من قبل الأطراف معاً أو من الطرف الذي يهمله التعجيل". وهو ما يُستفاد

¹ Art 18 : «1- S'il n'a pas été préalablement convenu par les parties, le lieu de l'arbitrage est fixé par le tribunal arbitral compte tenu des circonstances de l'affaire. La sentence est réputée avoir été rendue au lieu de l'arbitrage.

2- Le tribunal arbitral peut se réunir en tout autre lieu qu'il jugera approprié pour ses délibérations. Sauf convention contraire des parties, il peut aussi se réunir en tout autre lieu qu'il jugera approprié à d'autres fins, y compris pour des audiences ».

أيضا من نصّ المادة 1051، الفقرة الثانية، والتي جاءت كما يلي: "وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني".

المبحث الثاني: آثار صدور حكم التحكيم الإلكتروني

بعد إصدار حكم التحكيم الإلكتروني المستوفي للشروط القانونية المنصوص عنها، فإنه من المفترض أن يحدث آثاراً قانونية معينة.

وتنسحب على تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني آثار أخرى غاية في الأهمية، متعلقة أساساً بآثار هذا التنفيذ والتي قد تُثار حولها بعض الإشكاليات كون أنّ تصحيح هذا الحكم وحفظه وسريته... يطرح الكثير من الصعوبات المرتبطة بتطبيقها على المستندات الإلكترونية.

كما لا يُتصور ألا يكون لحكم التحكيم الإلكتروني أثر ملزم بالنسبة للأطراف والغير، لذلك فهو يتمتع مثل نظيره التقليدي بحجية الشيء المقضي به أو المحكوم به.

وسوف نتناول في هذا المبحث هذه النقاط الثلاث بشيء من التفصيل في مطالب ثلاث، حيث نتعرض لتنفيذ الحكم في مطلب أول، ولآثار هذا التنفيذ في مطلب ثانٍ، ولحجية حكم التحكيم الإلكتروني في مطلب ثالث وأخير من هذا المبحث.

المطلب الأول: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

يُعتبر تنفيذ الأحكام أهم وأدق المراحل في المنازعات التحكيمية، فما يصبو إليه كل طرف، هو المسارعة إلى تنفيذ الحكم اقتضاء لحقه الذي قضت به هيئة التحكيم¹.

والأصل أنّ تنفيذ حكم التحكيم يتم بالتراضي بين أطراف خصومة التحكيم الذين ارتضوا حكم هيئة التحكيم دون اللجوء إلى القضاء العادي². وهو ما تؤكد المادة 35، الفقرة السادسة من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، حيث نصت على ما يلي: "كل حكم تحكيمي ملزم للأطراف. ويتعهد هؤلاء، عند إحالتهم النزاع إلى التحكيم، وفقاً لهذا النظام، بتنفيذ أي حكم تحكيمي دون تأخير، وبذلك يُعتبر أنهم قد تنازلوا عن كل طرق الطعن الممكن التنازل عنها قانوناً"³.

كما تنص المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك على ما يلي: "تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم، وتأمّر بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ، وطبقاً للشروط

¹ عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 348

² عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، ص 324.

³ Art 35/6 : « Toute sentence arbitrale revêt un caractère obligatoire pour les parties. Par la soumission de leur différend au Règlement, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir, et sont réputées avoir renoncé à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer. »

المنصوص عليها في المواد التالية. ولا تفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين، التي تطبق عليها أحكام الاتفاقية الحالية، شروط أكثر شدة، ولا رسوم قضائية أكثر ارتفاعاً بدرجة ملحوظة، من تلك التي تفرض للاعتراض وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنيين¹. ومع ذلك فهذا لا يعني بالضرورة مبادرة المحكوم عليه إلى تنفيذ الحكم طواعية، إذ قد يرفض ذلك، وبالتالي فيإمكان الطرف المستفيد من الحكم الاستعانة بالسلطات العامة من خلال اللجوء إلى قضاء دولة التنفيذ، وطلب التنفيذ الجبري للحكم.

الفرع الأول:

إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

تشرط التشريعات الدولية والوطنية تقديم أصل الحكم أو صورة طبق الأصل منه للاعتراف به وتنفيذه، حيث نصت المادة الرابعة، الفقرة الأولى من اتفاقية نيويورك على ما يلي: "1- على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما في المادة السابقة، أن يقدم مع الطلب: أ- أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند. ب- أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية، أو صورة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند"².

كما نصّت المادة 35، الفقرة 2، من قانون الأونسترال على ما يلي: "على الطرف الذي يستند إلى قرار تحكيم أو يقدم طلباً لتنفيذه أن يقدم القرار الأصلي الموثق حسب الأصول، أو صورة منه مصدقة حسب الأصول. وإذا كان قرار التحكيم غير صادر بلغة رسمية لهذه الدولة، وجب على ذلك الطرف تقديم ترجمة له إلى هذه اللغة مصدقة حسب الأصول"³.

¹ Art 3 : « Chacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales ».

² Art 4/1 : « 1. Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution visées à l'article précédent, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution doit fournir, en même temps que la demande:

a) L'original dûment authentifié de la sentence ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité;

b) L'original de la convention visée à l'article II, ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité ».

³ Art 35/2 : « La partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original ou une copie. Si ladite sentence n'est pas rédigée dans une langue officielle du présent État, le tribunal peut demander à la partie d'en produire une traduction dans cette langue ».

ويرى البعض أنّ هذه النصوص السابقة تشترط - لتنفيذ حكم التحكيم- تقديم أصل ذلك الحكم أو نسخة رسمية مُصدّقة من هذا الأصل. وإذا كان ذلك المقتضى لا يثير أية مشاكل في مجال التحكيم التقليدي، فإنّ الأمر لا يسير على نفس المنوال في مجال التحكيم الإلكتروني، وذلك لسببين: السبب الأول: يرجع إلى نظام المعلوماتية الذي لا يميز بين الأصل والصورة. السبب الثاني: ويرجع إلى الصعوبات التي تثيرها رسمية المستند الإلكتروني¹.

ونتفق مع من يعتقد بأنّ هذه النصوص لم تُقدّم حلاً لمشكلة تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، بل نجد بعضاً منها متناقضاً، فمثلاً تنص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك على إمكانية ورود شرط التحكيم ضمن رسائل وبرقيات يتبادلها الطرفان، ثم تأتي المادة الرابعة من نفس الاتفاقية وتقرر ضرورة تقديم أصل اتفاق التحكيم أو صورة طبق الأصل منه. ووجه التناقض بين النصين هنا واضح، حيث أن إمكانية ورود اتفاق التحكيم في رسائل أو برقيات يتبادلها الطرفان، يعني غياب التوقيع على هذا الاتفاق، ومن ثمّ كيف يتسنى تقديم أصل اتفاق التحكيم على الرغم من غياب التوقيع الذي يعد أحد الشروط الأصلية لاعتبار الأصل أصلاً؟²

ويقدّم القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 حلاً لمشكلة تقديم صورة مطابقة لأصل الوثيقة الإلكترونية، وذلك في المادة الثامنة، الفقرة الأولى، والتي نصّت على ما يلي: "1- عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي، تستوفي رسالة البيانات هذا الشرط إذا: أ- وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات عند الوقت الذي أنشأت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي، بوصفها رسالة بيانات أو غير ذلك. ب- كانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر أن تقدم إليه، وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات"³.

¹ حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص 68.

² سامي عبد الباقي، مرجع سابق، ص 169.

³ Art 8/1 : « Lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, un message de données satisfait à cette exigence :

a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre; et

b) Si, lorsqu'il est exigé qu'une information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée ».

وتنص المادة الثامنة، الفقرة الثالثة لأغراض الفقرة الفرعية أ من الفقرة 1 على أن: "أ- يكون معيار تقديم سلامة المعلومات هو تحديد ما إذا كانت قد بقيت مكتملة ودون تغيير، باستثناء إضافة أي تظهير أو تغيير يطرأ أثناء المجرى العادي للإبلاغ والتخزين والعرض.
ب- وتقدر درجة التعويل المطلوب على ضوء الغرض الذي أنشأت من أجله المعلومات وعلى ضوء جميع الظروف ذات الصلة"¹.

ويمكن أن تماثل الوثيقة الإلكترونية الأصل بتوفر شرطين معا:

الشرط الأول: ضرورة وجود ضمان إمكان تشغيل فيما يخص كمال المعلومة.

الشرط الثاني: أن يكون الكشف عن المعلومات ممكناً، والتحري عن المعلومة يتم استيفائه بمجرد بقاء المعلومة كاملة دون تلف أو تشويه، ومستوى إمكانية التشغيل يتم تقديره بالنظر إلى موضوع المعلومة².
وفيما يخص بعض التشريعات الوطنية، نجد أن المشرع المصري نصّ في المادة 56 من قانون التحكيم المصري، على ما يلي: "يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون أو من يندبه من قضاتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين ويقدم طلب تنفيذ الحكم مرفقاً به ما يلي:

1- أصل الحكم أو صورة موقعة منه.

2- صورة من اتفاق التحكيم.

3- ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم إذا لم يكن صادراً بها.

4- صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقاً للمادة 47 من هذا القانون".

كما أضافت المادة 58 مجموعة من الشروط الواجب توافرها لإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، حيث نصّت على ما يلي: "1- لا يقبل تنفيذ حكم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى.

2- لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقيق مما يأتي:

أ- أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع.

ب- أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

¹ Art 8/3 : « Aux fins de l'alinéa a du paragraphe 1 :

a) L'intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, de la conservation et de l'exposition; et

b) Le niveau de fiabilité requis s'apprécie au regard de l'objet pour lequel l'information a été créée et à la lumière de toutes les circonstances y relatives.

² إيناس الخالدي، مرجع سابق، ص 466.

ج- أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً.

3- ولا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقاً لحكم المادة (9) من هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره".

والملاحظ أنّ وجود الوثائق المذكورة في المادة 56 سابقة الذكر لا يكفي لتنفيذ حكم التحكيم، وهو ما تفيدته المادة 58 التي عدّدت مجموعة من الشروط التي جب توافرها، وهي:

- ضرورة انقضاء ميعاد رفع دعوى البطلان.

- ألا يتعارض حكم التحكيم المراد تنفيذه مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية.

- ألا يتضمن حكم التحكيم المراد تنفيذه ما يخالف النظام العام.

- أن يكون قد تمّ إعلان المحكوم عليه بالحكم إعلاناً صحيحاً.

وبالتالي فمتى ما توافرت هذه الشروط، أصدرت المحكمة المختصة الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، فهي بذلك قررت أنّه لا يوجد ما يمنع من تنفيذ الحكم، وذلك على ضوء المستندات المرفقة بطلب التنفيذ، فإذا تبين لها أن الحكم غير مستوفٍ للمستندات المطلوبة أو الشروط اللازمة لتنفيذه، فلها أن تصدر الأمر بالتنفيذ¹.

أمّا بالنسبة لأحكام التحكيم الأجنبية الصادرة في الخارج، والتي لم يتفق الأطراف على خضوعها لأحكام قانون التحكيم المصري، والتي لا تدخل في نفس الوقت في إطار اتفاقية ترتبط بها مصر، يخضع تنفيذها في مصر للشروط والقواعد التي حدّدها المشرع المصري في قانون المرافعات لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية².

حيث نصّت المادة 297 على ما يلي: "يقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى". فالاختصاص بنظر هذا الأمر ينعقد للمحكمة الابتدائية التي يقع المكان المراد تنفيذ الحكم في دائرتها، وهذا النص يخالف بلا شك ما نصّت عليه المادة 56 من قانون التحكيم المصري، والتي عقدت الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة، حيث نصّت على أن: "يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون، أو من يندبه من قضااتها، بإصدار

¹ أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 464.

² نفس المرجع، ص 468.

الأمر بتنفيذ حكم المحكمين)¹، وهي وفقاً لنص المادة 9 محكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك².

وجاءت المادة 298 بمجموعة من الشروط التي على المحكمة المختصة مراعاتها قبل إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، حيث نصّت على ما يلي: "لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي :

- 1 - أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها.
- 2 - أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا الحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً.
- 3 - أن الحكم أو الأمر حاز قوة الأمر المقضي طبقاً لقانون المحكمة التي أصدرته.
- 4 - أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية ولا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها"

وبخصوص التشريعات الدولية، نجد أنّ المادة 3 من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية 1958، قد نصّت على ما يلي: "تعترف كل دولة متعاقدة بوجبة حكم التحكيم، وتقرر تنفيذه وفقاً لقواعد الإجراءات السارية في الدولة التي يُطلب تنفيذ الحكم فيها، وبمراعاة الشروط المقررة في المواد التالية، وليس للجولة المغالاة في المصروفات ولا الشروط المطلوبة للاعتراف بأحكام التحكيم الوطنية وتنفيذها"³. ومن ثمّ لا يجوز للمحكمة المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، رفض إصدار هذا الأمر من تلقاء نفسها، وإنما يجوز لها ذلك في الحالة التي يقدم فيها الخصم الذي يحتاج عليه بالحكم الدليل على توافر إحدى الحالات الواردة على سبيل الحصر في المادة 5 من الاتفاقية⁴، وليس للمحكمة أن تستند لأي سبب آخر لرفض تنفيذ الحكم الأجنبي غير ما هو موجود في الاتفاقية.

¹ أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 468.

² نصّت المادة 9 على ما يلي: "يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يجري عليها هذا القانون إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى في مصر أو في الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الطرفان على محكمة استئناف أخرى في مصر).

³ Art 3 : «Chacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales.».

⁴ نصّت المادة 5 على ما يلي: "1- يجوز رفض طلب الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه وذلك بناء على طلب المدعى عليه ، شريطة أن يقدم هذا الأخير إلى الجهة المقدم إليها ذلك الطلب إثباتاً بما يلي:

وبذلك تكون الاتفاقية قد وضعت مجموعة من الشروط اللازمة لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، إلا أنّ هذه الشروط قد وردت بطريقة سلبية، وذلك عن طريق النص على حالات معينة إذا توافرت

- أ- أن الفرقاء في الاتفاقية المبحوث عنها في المادة الثانية كانوا فاقدوا الأهلية بموجب القانون الذي تخضع إليه تلك الاتفاقية ، أو (في حالة عدم وجود الدليل على ذلك) بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه قرار التحكيم - أو:
- ب- أن الفريق الذي صدر قرار التحكيم ضده لم يبلغ أي إشعار بتعيين المحكم ، أو بإجراءات التحكيم ، أو أنه كان غير قادر على عرض قضيته - أو:
- ج- أن قرار التحكيم يبحث في نزاع خارج عن نطاق الشروط التي تم بموجبها إحالة ذلك النزاع إلى التحكيم ، أو أنه يتضمن قرارات حول أمور خارجة عن نطاق التحكيم، ويشترط في ذلك أنه إذا أمكن فصل الأمور التي كانت معروضة للتحكيم عن الأمور التي لم تكن معروضة للتحكيم ، فيجوز الاعتراف بذلك الجزء من القرار الذي يتناول الأمور التي كانت معروضة للتحكيم ، وتنفيذه.
- د- أن تشكيل الهيئة التحكيمية (أو أن إجراءات التحكيم) لم تجر بموافقة الفرقاء أو في حالة عدم وجود موافقة كهذه فإن الإجراءات لم تكن متفقة مع قانون البلاد التي جرى فيها التحكيم.
- هـ- أن قرار التحكيم لم يكتسب بعد صفة الإلزام بحق الفرقاء ، أو أنه قد فسخ أو أوقف مفعوله من قبل هيئة ذات اختصاص ، أو بمقتضى أحكام القانون الساري المفعول في البلاد التي صدر فيها قرار التحكيم المذكور.
- 2- يمكن رفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه إذا رأت السلطات في البلد المطلوب تنفيذ القرار فيه:
- أ- أن موضوع الخلاف لا يمكن حله بطريق التحكيم بموجب قوانين ذلك البلد أو:
- ب- أن الاعتراف بذلك القرار وتنفيذه يناقض السياسة العامة لذلك البلد".

Art 5 :« 1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:

- a) Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite 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, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou
- b) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens; ou
- c) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celle qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées; ou
- d) Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou
- e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.
2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate:
- a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou
- b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays ».

إحداها، فيكون للقاضي الحق في رفض إصدار الأمر بالتنفيذ، إذا طلب أحد الأطراف ذلك، وهذه الحالات هي:¹

1- عدم صحة اتفاق التحكيم:

قد يرفض القاضي إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، إذا أثبت الطرف الذي يطالب لعدم تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي عدم صحة اتفاق التحكيم، وقدم ما يثبت ذلك، ويرجع تحديد مدى صحة اتفاق التحكيم من عدمه، للقانون الذي يتفق الأطراف على تطبيقه، وهو قانون إرادة الأطراف، وإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق، فالعبرة تكون بقانون الدولة التي صدر بها حكم التحكيم.²

2- حالة عدم إعلان الخصم إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم

إذا اثبت الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه، أنه لم يعلن إعلانا صحيحا أو أنه لم يستطع أن يقدم دفاعه لسبب أو لآخر، فإنّ على القاضي أن يُصدر أمرا برفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.

3- حالة مجاوزة الحكم لاتفاق التحكيم

نصّت اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التنفيذ الأجنبية والاعتراف بها 1958 على حق القاضي في رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، إذا تعدى هذا الحكم اتفاق التحكيم، كأن يفصل الحكم في مسألة لم ترد في اتفاق التحكيم، ومثال ذلك أن يكون هناك اتفاق تحكيم مبرم بين المؤسسة المصرفية والعميل يرد على عملية قرض بينهما، ويصدر حكم التحكيم بالفصل في المنازعات الناشئة عن هذا القرض، بالإضافة إلى المنازعات الناشئة عن عمليات مصرفية أخرى لم ترد في اتفاق التحكيم. كما قررت الاتفاقية أيضا حق القاضي المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ في تجزئة هذا الحكم، وذلك لتنفيذ الشق الذي يدخل في نطاق اتفاق التحكيم، ويرفض تنفيذ الشق الذي يجاوز ذلك الاتفاق، وذلك إذا أمكن فصل هذا الجزء عن باقي أجزاء الحكم.

4- حالة مخالفة إجراءات التحكيم لاتفاق الأطراف

يجوز للقاضي رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، في حالة إثبات الخصم الذي طلب عدم تنفيذ حكم التحكيم، ذلك أنّ تشكيل هيئة التحكيم، أو أنّ الإجراءات التي اتبعتها الهيئة غير مطابقة لاتفاق التحكيم، أو لم يقرها قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم.

¹ أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص ص 477-481.

² Jean ROBERT, Arbitrage civil et commercial, TOME I : Droit interne, quatrième édition, Dalloz, Paris, France, 1967, page 387.

5- حالة عدم اعتبار الحكم ملزماً

إذا تبين أن حكم التحكيم المراد تنفيذه لم يعد ملزماً فإنه يكون للقاضي المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ، الحق في رفض تنفيذ هذا الحكم، وفي ذلك قضت محكمة استئناف القاهرة في حكم لها¹، بأنه إذا كانت المادة الثالثة من هذه الاتفاقية ألزمت الدول المتعاقدة بالاعتراف بحجية حكم التحكيم الذي يصدر خارج إقليمها، وأوجبت عليها تنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المعمول بها في إقليمها، إلا أن المادة الخامسة أعطت لهذه الدول الحق في رفض الاعتراف بحكم المحكمين الأجانب، ورفض تنفيذه، إذا قَدَّم الخصم الذي يحتج بالحكم عليه، الدليل على أنّ الحكم المطلوب الاعتراف به أو تنفيذه، لم يصبح ملزماً للخصوم، أو ألغته، أو أوقفته السلطة المختصة التي صدر في إقليمها، أو طبقاً لقوانينها، وبذلك تكون هذه الاتفاقية قد ربطت بين أحكام التحكيم الأجنبية والنظام القانوني للدولة التي صدرت فيها.

ومن ثمّ تكون اتفاقية نيويورك وضعت أساساً لتنظيم الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وحددت أسباب رفض الاعتراف بهذه الأحكام، وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها²، بأن على كل دولة منضمة للاتفاقية الاعتراف بحجية أحكام التحكيم الأجنبية، والالتزام بتطبيقها طبقاً لقواعد قانون المرافعات المتبعة بها ما لم يثبت المحكومون ضدهم توافر إحدى الحالات الخمس الواردة على سبيل الحصر، في المادة الخامسة من الاتفاقية، أو يتبين للسلطة المختصة أنه لا يجوز تسوية النزاع عن طريق التحكيم، أو أن الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه يخالف النظام العام.

كما تعرّضت الاتفاقية بشكل غير مباشر للطعن بالبطلان على أحكام التحكيم من ناحية الآثار المترتبة على بطلان حكم التحكيم، أو وقف تنفيذه، على اعتبار ذلك سبباً من أسباب رفض الاعتراف والتنفيذ لأحكام التحكيم³.

ولم تحدّد الاتفاقية ما هو الحكم الملزم الذي يعطي للقاضي الحق في رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، هل هو الحكم النهائي؟ أم الحكم الحائز للحجية؟ لذا فإننا نذهب مع الرأي الراجح في الفقه

¹ محكمة استئناف القاهرة، الدعوى رقم 12 لسنة 123 قضائية، جلسة 2006/6/28، مجلة التحكيم العربي، العدد 10، سبتمبر 2007، ص 337 نقلاً عن: أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 479.

² الطعن رقم 10350 لسنة 65 قضائية، جلسة 1999/3/1 نقلاً عن: أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 480.

³ محمود صلاح الدين المصليحي، صلاح الدين جمال الدين، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 40.

إلى : أن الحكم الملزم هو الذي يعتبر كذلك وفقا لقانون الدولة التي يراد تنفيذ الحكم فيها، فهو الذي يحدد معنى الحكم الملزم¹.

الفرع الثاني:

حفظ حكم التحكيم الإلكتروني، تصحيحه وتفسيره

قد تفرض بعض التشريعات حفظ الحكم في مكان أمين محدد، أو لدى أمين يتولى حفظه. وفي الحالتين يقتضي أن يكون حفظ الحكم تاما بالنسبة إلى محتواه، وأن يبقى الحكم سرىا، إذا رغب الأطراف في ذلك².

ولا يُثير حفظ القرار التحكيمي أية مشكلة بالنسبة إلى التحكيم العادي. ولم تشر اتفاقية نيويورك إلى مسألة حفظ الحكم التحكيمي. أما نظام غرفة التجارة الدولية، فاكتفت المادة 35، الفقرة 4، منه بالنص على أن: "تودع نسخة أصلية من كل حكم تحكيمي، صادر طبقا لهذا النظام، لدى الأمانة العامة للهيئة"³.

كما لم يُشر نظام المحكمة الإلكترونية إلى الحفظ لفترة طويلة، حيث لم تنص المادة 25، الفقرة 4 إلا على ما يلي: "بعد دفع نفقات التحكيم، تتولى الأمانة نشر الحكم التحكيمي على موقع القضية على الإنترنت، وتعلم الخصوم بأية وسيلة ممكنة"⁴.

ويتم الحفظ من خلال موقع الإنترنت الذي تباشر من خلاله هيئة التحكيم عملها، مع ملاحظة أنه إذا تطلب القانون إيداع صورة من الحكم لدى قلم كتاب المحكمة، فإن الأمر يستلزم بالضرورة إصدار نسخة ورقية من الحكم لهذا الغرض، وذلك لأن المحاكم لا تتعامل بالوثائق الإلكترونية.

ونجد المادة 10 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية تنص في هذا الشأن على ما يلي: "1- عندما يقضي القانون بالاحتفاظ بمسندات أو سجلات أو معلومات بعينها، يتحقق الوفاء بهذا المقتضى، إذا تم الاحتفاظ برسائل البيانات شريطة مراعاة الشروط الآتية:

أ- تيسير الاطلاع على المعلومات الواردة فيها، على نحوٍ يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا.
ب- الاحتفاظ برسائل البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به، أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة، المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت.

¹ Jean robert, op cit, p 539.

² ناصيف إلياس، مرجع سابق، ص 269.

³ Art 35/4 : « Toute sentence rendue conformément au Règlement est déposée en original au Secrétariat ».

⁴ Art 25/4 : « le secrétariat publie la sentence au site de l'affaire, et notifie les parties par tout moyen de communication utile, et garde aux circonstances de l'affaire et après que les frais d'arbitrage ont été intégralement réglés ».

ج- الاحتفاظ بالمعلومات إن وجدت، والتي تمكن من استبانة منشأ رسالة البيانات، وجهة وصولها، وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها.

2- لا ينسحب الالتزام بالاحتفاظ بالمستندات أو السجلات أو المعلومات، وفقا للفقرة 1 على أية معلومات يكون الغرض الوحيد منها، هو التمكين من إرسال الرسالة أو استلامها.

3- يجوز لشخص أن يستوفي المقتضى المشار إليه في الفقرة 1 بالاستعانة بخدمات شخص آخر، شريطة مراعاة الشروط المنصوص عنها في الفقرات الفرعية أ و ب و ج من الفقرة 1¹.

ويرى البعض² أن هذه المادة جاءت بمجموعة من الضوابط بشأن حفظ الوثائق الإلكترونية، حيث يتعين مراعاتها عند حفظ أحكام التحكيم الإلكترونية، والتي تتمثل فيما يلي:

- 1- سهولة الاطلاع على المعلومات التي تتضمنها هذه الوثائق في وقت لاحق.
- 2- الاحتفاظ برسائل البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو تم استلامها به.
- 3- الاحتفاظ بالمعلومات التي تتعلق بمنشأ رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها.

ونصّ المشرع الجزائري على إمكانية إيداع حكم التحكيم من طرف من يهيمه التنفيذ لدى الجهة القضائية المختصة، حيث نصّت المادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه³، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل".

وتنص المادة 47 من قانون التحكيم المصري على ما يلي: "يجب على من صدر حكم التحكيم لصالحه إيداع أصل الحكم أو صورة موقعة منه، باللغة التي صدر بها، أو ترجمته باللغة العربية مصدقا عليه

¹ Art 10 : « 1. Lorsqu'une règle de droit exige que certains documents, enregistrements ou informations soient conservés, cette exigence est satisfaite si ce sont des messages de données qui sont conservés, sous réserve des conditions suivantes :

a) L'information que contient le message de données doit être accessible pour être consultée ultérieurement;
b) Le message de données doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont il peut être démontré qu'elle représente avec précision les informations créées, envoyées ou reçues;

c) Les informations qui permettent de déterminer l'origine et la destination du message de données, ainsi que les indications de date et d'heure de l'envoi ou de la réception, doivent être conservées si elles existent.

2. L'obligation de conserver des documents, enregistrements ou informations conformément au paragraphe 1 ci dessus ne s'étend pas aux informations qui n'ont d'autre objet que de permettre l'envoi ou la réception du message de données.

3. L'exigence visée au paragraphe 1 ci-dessus peut être satisfaite par recours aux services d'une autre personne, sous réserve que soient remplies les conditions fixées aux alinéas a, b et c de ce paragraphe. »

² بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 143-144.

³ نصّت هذه المادة على ما يلي: "يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها".

من جهة معتمدة إذا كان صادراً بلغة أجنبية، وذلك في قلم كتاب المحكمة المشار إليه في المادة 9 من هذا القانون¹، ويجوز لكل من طرفي التحكيم الحصول على صورة من هذا المحضر".

والمحكمة المشار إليها في المادة 9 هي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في مصر أو في الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على محكمة استئناف أخرى في مصر.

المطلب الثاني:

آثار تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني على المؤسسات المصرفية

يُرتب حكم التحكيم الإلكتروني آثاراً متعلقة بطلب الأطراف تصحيح الحكم أو تفسيره، وكذا مدى قابليته للطعن، أو مدى نهائيته من عدم ذلك. وسوف نتناول هذين الفرعين في هذا المطلب تالياً.

الفرع الأول: تصحيح الحكم وتفسيره

عملاً بأحكام المادة 33 من قانون اليونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي:

- 1- في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم قرار التحكيم، وما لم يتفق الطرفان على مدة أخرى:
 - أ- يجوز لكلٍ من الطرفين، بشرط إخطار الطرف الآخر، أن يطلب من هيئة التحكيم، تصحيح ما يكون قد وقع في القرار من أخطاء حسابية أو كتابية أو طباعية، أو أية أخطاء أخرى مماثلة.
 - ب- ويجوز لأحد الطرفين، بشرط إخطار الطرف الآخر، أن يطلب من هيئة التحكيم، تفسير نقطة معينة في قرار التحكيم أو جزء معين منه، إن كان الطرفان اتفقا على ذلك.
- وإذا رأت هيئة التحكيم أنّ للطلب ما يبرره، فإنّها تُجري التصحيح، أو تُصدر التفسير، خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم الطلب، ويكون التفسير جزءاً من قرار التحكيم.
- 2- ويجوز لهيئة التحكيم، أن تصحح، من تلقاء نفسها، أي خطأ من النوع المشار إليه، في الفقرة 1/أ من هذه المادة، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور القرار.

3- ما لم يتفق الطرفان، على خلاف ما يلي، يجوز لأيٍ من الطرفين، وبشرط إخطار الطرف الثاني، أن يطلب من هيئة التحكيم خلال ثلاثين يوماً من تسلمها قرار التحكيم، إصدار قرار تحكيم إضافي، في

¹ تنص المادة على ما يلي: "1- يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر.

2- وتظل المحكمة التي يعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم".

المطالبات التي قدمت خلال إجراءات التحكيم، ولظن قرار التحكيم أغفلها. وإذا رأت هيئة التحكيم، أنّ لهذا الطلب ما يبرره، وجب عليها أن تُصدر ذلك القرار الإضافي خلال ستين يوماً.

4- يجوز لهيئة التحكيم، أن تمدد، إذا اقتضى الأمر، الفترة التي يجب عليها خلال إجراء تصحيح، أو إعطاء تفسير، أو إصدار قرار تحكيم إضافي بموجب الفقرة 1 و 2 من هذه المادة.

5- تسري أحكام المادة 31 على تصحيح قرار التحكيم وتفسيره، وعلى القرار الإضافي¹.

ويتضح من هذه المادة، فيما يتعلق بالقرار التحكيمي، أنّه يجوز لهيئة التحكيم، أن تصحح ما يقع في قرارها من أخطاء مادية، كالأخطاء الحسابية مثلاً أو الكتابية أو الطباعية، أو أية أخطاء أخرى مماثلة. مما يعني أنّ تصحيح القرار أو الحكم التحكيمي، لا يجوز أن يتخطى الأخطاء المادية. وبالتالي لا يحق لهيئة التحكيمية، تحت غطاء التصحيح، أن تُغيّر ما ورد في حكمها من حلول قانونية، بل يقتصر دورها فقط على تصحيح الأخطاء المادية الواردة في القرار³.

¹ نصّت المادة 31 على ما يلي: "1- يصدر قرار التحكيم كتابة ويوقعه المحكم أو المحكمون، وفي إجراءات التحكيم التي يشترك فيها أكثر من محكم واحد يكفي أن توقعه أغلبية أعضاء هيئة التحكيم شريطة بيان سبب غياب أي توقيع.

2- تُبين في قرار التحكيم الأسباب التي بُني عليها القرار، ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم بيان الأسباب أو ما لم يكن القرار قد صدر بشروط متفق عليها بمقتضى المادة 30.

3- يجب أن يبين القرار تاريخ صدوره ومكان التحكيم المحدد وفقاً للفقرة (1) من المادة 20، ويعتبر قرار التحكيم صادراً في ذلك المكان.

4- بعد صدور القرار تسلم إلى كل من الطرفين نسخة منه موقعة من المحكمين وفقاً للفقرة (1) من هذه المادة. ولا يجوز نشر قرار التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة الطرفين".

² Art 33 : « 1) Dans les trente jours qui suivent la réception de la sentence, à moins que les parties ne soient convenues d'un autre délai,

a) Une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de rectifier dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même nature;

b) Si les parties en sont convenues, une partie peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de donner une interprétation d'un point ou passage précis de la sentence. Si le tribunal arbitral considère que la demande est justifiée, il fait la rectification ou donne l'interprétation dans les trente jours qui suivent la réception de la demande. L'interprétation fait partie intégrante de la sentence.

2) Le tribunal arbitral peut, de son propre chef, rectifier toute erreur du type visé à l'alinéa a du paragraphe 1 du présent article dans les trente jours qui suivent la date de la sentence.

3) Sauf convention contraire des parties, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral, dans les trente jours qui suivent la réception de la sentence, de rendre une sentence additionnelle sur des chefs de demande exposés au cours de la procédure arbitrale mais omis dans la sentence. S'il juge la demande justifiée, le tribunal arbitral complète sa sentence dans les soixante jours.

4) Le tribunal arbitral peut prolonger, si besoin est, le délai dont il dispose pour rectifier, interpréter ou compléter la sentence en vertu du paragraphe 1 ou 3 du présent article.

5) Les dispositions de l'article 31 s'appliquent à la rectification ou l'interprétation de la sentence ou à la sentence additionnelle ».

³ ناصيف إلياس، مرجع سابق، ص 274-275.

ومع ذلك فالتصحيح لا يتم إلا بناءً على طلبٍ يُقدّم من أيٍّ من الطرفين، شرط إخطار الطرف الآخر بالأخطاء ووجوب تصحيحها. وعلى أن يُقدّم طلب التصحيح خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم قرار التحكيم¹.

كما يجوز لأيٍّ من الطرفين أن يُقدم إلى الهيئة التحكيمية طلباً بتفسير ما ورد في قرارها من نقاط غير واضحة، ويقتضي تفسيرها. ولكنه في هذه الحالة، يجب أن يتفق الطرفان على وجوب التفسير². فتتظر الهيئة التحكيمية في طلب التصحيح أو في طلب التفسير، وإذا تبين لها ما يبرر التصحيح أو التفسير، قرّرت إجابة الطلب، وأصدرت قراراً بهذا الشأن، ويكون قرار التصحيح أو التفسير جزءاً من قرار التحكيم³.

وقد تكتشف الهيئة نفسها، وبدون طلب من الطرفين أو أحدهما، أنه قد وقع خطأ مادي في قرارها. فلها، عندئذ، أن تقرر من تلقاء نفسها تصحيح الخطأ المادي بقرارٍ تتخذه، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور القرار⁴.

وأكثر من ذلك، فقد تغفل هيئة التحكيم طلباً أو أكثر من طلبات أحد الفرقاء، فيصدر قرارها خالياً من الرد على هذه الطلبات. وفي هذه الحالة، يحق للطرف الذي أغفل الرد على طلباته، خلال ثلاثين يوماً من تسلمه قرار التحكيم، أن يطلب من الهيئة إصدار قرارٍ إضافي بهذه الطلبات، شرط إخطار الطرف الآخر بذلك⁵.

وقد أجاز القانون للمحكمة، في مثل هذه الحالة، أن تُصدر قرار تحكيمٍ إضافي بالبت في الطلبات التي لم يتم البت بها في قرار التحكيم الأساسي. مما يعني أنّ الهيئة التحكيمية لا ترتفع يدها عن الدعوى بمجرد إصدار قرارها، بل لها الحق في أن تصدر قراراً إضافياً بالطلبات التي لم تفصل بها في قرارها الأساسي. وهذا ما هو مخالف لقرار المحكمة العادية التي ترتفع يدها عن الدعوى بمجرد إصدار قرارها، ولا يظل لها سوى حق تصحيح الأخطاء المادية، وتفسير الحكم. أما إغفال البت بأحد المطالب فهو سببٌ من أسباب تمييز الحكم⁶.

¹ نفس المرجع، ص 275.

² نفس المرجع والموضع.

³ نفس المرجع والموضع.

⁴ نفس المرجع، ص 274.

⁵ نفس المرجع، ص ص 275-276.

⁶ ناصيف إلياس، مرجع سابق، ص 276.

ولعلّ دخول المصارف كطرف في المعاملات المصرفية، يجعلنا نتساءل عن مدى حق المؤسسة المصرفية في الاطلاع على مضمون حكم التحكيم في حال ما إذا نشأت منازعة بين أطراف في معاملة يضمنها المصرف؟ والجواب هو أنّ المصرف له الحق في فحص حكم التحكيم إن كان واضحاً، لكن دون التعرض للعقد الأصلي بين الأطراف.

ويثور الجدل الفقهي حول كيفية تنفيذ الحكم إن لم يكن واضحاً، فإذا نشأ نزاع بخصوص اعتماد مستندي، وكان الحكم واضح الدلالة في إثبات حق المستفيد في قيمة الاعتماد، فإنّ المؤسسة المصرفية هنا سوف يكون فحصها للحكم فحصاً ظاهرياً، نظراً لوضوح عبارة الحكم، ودلالته على ثبوت حق المستفيد في قيمة الاعتماد، ومن ثم تقوم بالوفاء للمستفيد بناء على ذلك الحكم، وإن كان ذلك لا يمنع المؤسسة من أن تطلب من أحد الأطراف، وخاصة من المستفيد، باعتباره صاحب المصلحة في تنفيذ الحكم، أن يطلب من هيئة التحكيم أن تقوم بتفسير الحكم¹.

أمّا في حالة عدم وضوح الحكم، فيرى البعض² أنّ بإمكان المؤسسة المصرفية القيام بأحد الحلين:
- إمّا رفض تنفيذ الحكم كمستند وذلك لأنّ فحصه لن يكون فحصاً ظاهرياً وسيضطر إلى تفسير عباراته، الأمر الذي قد يؤدي إلى استخلاص المؤسسة المصرفية لنتائج لم يقصدها الحكم.
- أو الطلب من أحد أطراف العملية المصرفية الناشئة عنها المنازعة، أن يتقدم بطلب إلى هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم لكي تقوم بتفسيره حيث لا تستطيع المؤسسة المصرفية أن تتقدم بهذا الطلب، لأنّها ليست طرفاً في منازعة التحكيم الصادر فيها الحكم.

ونصّت كذلك لائحة مركز الوساطة والتحكيم لدى اتحاد المصارف العربية على هذا المبدأ في المادة 24، بالنصّ على أن: "تتولى هيئة التحكيم التي فصلت في النزاع مهمة تفسير أي غموض انطوى عليه القرار، أو بتصحيح أي خطأ مادي وقع فيه، وذلك بناء على طلب أيّ من الفريقين"، فوفقاً لهذه النصوص تقوم هيئة التحكيم التي أصدرت حكم التحكيم المصرفي بتفسير الحكم، بناء على هذا الطلب، وذلك إذا انطوى الحكم على غموض أو لبس، حيث تُعد هذه الهيئة هي الأكثر دراية بتفسير مضمونه³.

¹ أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 485.

² رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 128.

³ أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص ص 486-487.

ونصّ قانون التحكيم المصري، في المادة 49، الفقرة الأولى على ما يلي: "يجوز لكلٍ من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم، خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم، تفسير ما وقع في منطوقه من غموض، ويجب على طالب التفسير إعلان الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم". ونصّت الفقرة الثالثة من ذات المادة على ما يلي: "يعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً لحكم التحكيم الذي يفسره وتسري عليه أحكامه".

الفرع الثاني: نهائية حكم التحكيم الإلكتروني في المنازعات المصرفية الإلكترونية

تنص التشريعات الدولية وكذا الوطنية على نهائية حكم التحكيم الإلكتروني، أي عدم إمكانية الطعن فيه. حيث نجد المادة 34 من قانون اليونيسترال النموذج للتحكيم التجاري الدولي نصّت على ما يلي:

"1- لا يجوز الطعن في قرار تحكيم أمام إحدى المحاكم، إلا بطلب إلغاء يُقدم وفقاً للفقرتين 2 و 3 من هذه المادة. 2- لا يجوز للمحكمة المسماة في المادة 6، أن تلغي أي قرار تحكيم إلا إذا :
أ- قدم الطرف طالب الإلغاء دليلاً يثبت:

- أن أحد طرفي اتفاق التحكيم يفتقر إلى الأهلية، أو أنّ الاتفاق المذكور غير صحيح بموجب القانون الذي أخضع الطرفان الاتفاق له، أو بموجب قانون هذه الدولة، في حالة عدم وجود ما يدل على أنهما فعلاً ذلك، أو...

- أنّ الطرف طالب الإلغاء، لم يبلغ على وجه صحيح، بتعيين أحد المحكمين، أو بإجراءات التحكيم أو أنه لم يستطع لسبب آخر أن يعرض قضيته، أو...

- أنّ قرار التحكيم يتناول نزاعاً لا يقصده، أو لا يشمل اتفاق العرض على التحكيم، أو أنّه يشتمل على قرارات بشأن مسائل خارجة عن نطاق هذا الاتفاق، على أنه إذا كان من الممكن فصل القرارات المتعلقة بالمسائل المعروضة على التحكيم، عن القرارات غير المعروضة على التحكيم، فلا يجوز أن يلغى من قرار التحكيم سوى الجزء الذي يشتمل على القرارات المتعلقة بالمسائل غير المعروضة على التحكيم، أو...

- أنّ تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراء المتبع في التحكيم، كان مخالفاً لاتفاق الطرفين، ما لم يكن هذا الاتفاق منافياً لحكم من أحكام هذا القانون التي لا يجوز للطرفين مخالفتها، أو، في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، مخالفاً لهذا القانون، أو...

ب- وجدت المحكمة:

- أنّ موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم، وفقاً لقانون هذه الدولة، أو...
- أنّ قرار التحكيم يتعارض مع السياسة العامة لهذه الدولة.
- 3- لا يجوز تقديم طلب إلغاء، بعد انقضاء ثلاثة أشهر من يوم تسلم الطرف صاحب الطلب، قرار التحكيم، أو من اليوم الذي حسمت فيه هيئة التحكيم في الطلب الذي كان قد قُدم بموجب المادة 33، إذا كان قد قُدم مثل هذا الطلب.
- 4- يجوز للمحكمة، عندما يُطلب منها إلغاء قرار تحكيم، (أن توقف إجراءات الإلغاء، إن رأت أنّ الأمر يقتضي ذلك، وطلبه أحد الطرفين، لمدة تحددها هي، كي تتيح لهيئة التحكيم، فرصة لاستئناف إجراءات التحكيم، أو اتخاذ أي إجراء آخر، من شأنه، في رأيها، أن يزيل الأسباب التي بُني عليها طلب الإلغاء)¹.

¹ Art 34 : « 1) Le recours formé devant un tribunal contre une sentence arbitrale ne peut prendre la forme que d'une demande d'annulation conformément aux paragraphes 2 et 3 du présent article.

2) La sentence arbitrale ne peut être annulée par le tribunal visé à l'article 6 que si:

a) La partie en faisant la demande apporte la preuve:

i) Qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité; ou que ladite 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, en vertu de la loi du présent État; ou

ii) Qu'elle n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou

iii) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée; ou

iv) Que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la présente Loi à laquelle les parties ne peuvent déroger, ou, à défaut d'une telle convention, qu'elle n'a pas été conforme à la présente Loi; ou

b) Le tribunal constate:

i) Que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent État; ou

ii) Que la sentence est contraire à l'ordre public du présent État.

3) Une demande d'annulation ne peut être présentée après l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la partie présentant cette demande a reçu communication de la sentence ou, si une demande a été faite en vertu de l'article 33, à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral a pris une décision sur cette demande.

4) Lorsqu'il est prié d'annuler une sentence, le tribunal peut, le cas échéant et à la demande d'une partie, suspendre la procédure d'annulation pendant une période dont il fixe la durée afin de donner au tribunal arbitral la possibilité de reprendre la procédure arbitrale ou de prendre toute autre mesure que ce dernier juge susceptible d'éliminer les motifs d'annulation.

ويتبين من خلال هذه المادة أنّ قانون اليونيسترال حصر طرق الطعن بالقرار التحكيمي، بمسألة طلب إبطاله دون غيرها من المسائل. ويتعلق الإبطال باتفاق التحكيم وعدم صحته، كما لو كان أحد الطرفين مفتقرا إلى الأهلية اللازمة، أو كان الاتفاق مخالفا للنظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية. أو كما لو لم يبلغ طالب الإلغاء على وجه صحيح بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم. أو كان النزاع غير قابل للتحكيم، أو كان قرار التحكيم متعارضاً مع السياسة العامة للدولة، أو مشتتلاً عن مسائل خارجة عن اتفاق التحكيم. وسواها من أسباب إلغاء الاتفاق¹.

ونصّ المشرع الجزائري على نهائية حكم التحكيم عندما نصّت المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي به بمجرد صدورهما فيما يخص النزاع المفصول فيه". كما نصّت المادة 1032، الفقرة الأولى من ذات القانون على ما يلي: "أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة".

ونصّ قانون التحكيم المصري في المادة 55 منه على ما يلي: "تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون". وسبب اعتماد المشرع المصري لهذا المبدأ، هو تغليب الأصل الاتفاقي للتحكيم على طابعه القضائي، فالتحكيم نظام مركب ذو طبيعة مزدوجة، فهو عمل اتفاقي في مصدره من ناحية، إذ يستمد المحكم سلطاته من إرادة الأطراف، وعمل قضائي من ناحية أخرى في وظيفته، فالمحكم بالرغم من أنه ليس بقاضٍ، إلا أنه يقوم بذات الوظيفة المنوط القيام بها، وهي الفصل في المنازعات المعروضة عليه لإصدار الحكم فيها، ومن ثمّ فإذا فتح باب الطعن على أحكام التحكيم المصرفية بالاستئناف، فإنّ قضاء التحكيم هنا سوف يفقد قيمته في تسوية المنازعات المصرفية².

ونصّ المشرع الفرنسي في المادة 1484، الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية على ما يلي: "يحوز حكم التحكيم، بمجرد صدوره، حجية الشيء المقضي به في النزاع الذي يفصل فيه"³. كما جاءت المادة 1489 بما يلي: "لا يخضع الحكم للطعن إلا إذا رغب الطرفان في خلاف ذلك"⁴.

المطلب الثالث:

¹ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 281.

² أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص 487-488.

³ Art 1484/1 : « La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche ».

⁴ Art 1489 : « La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties ».

حجية حكم التحكيم الإلكتروني الخاصة بالمعاملات المصرفية الإلكترونية

تعترف معظم التشريعات لأحكام التحكيم بحجية الأمر المقضي، والحجية تنصرف إلى المستقبل وتعمل خارج الخصومة التي صدر فيها الحكم، أما قوة الشيء المقضي فتعمل داخل الخصومة للدلالة على ما يتمتع به القرار من قابلية أو عدم قابلية الطعن بطرق الطعن. كما أنّ حكم التحكيم لا يجوز حجية الشيء المقضي، وإنما يجوز أيضا قوة الأمر المقضي وذلك نظرا إلى أنّه لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قوانين الإجراءات المدنية المختلفة¹.

غير أنّ حكم التحكيم لا يتمتع بحجية مطلقة، بل يتحدد نطاقها بنطاق التحكيم، فلا يكون للحكم من حجية إلا في حدود ما فصل فيه من المسائل التي تضمنها اتفاق التحكيم، كما أنّه لا يتمتع بحجية إلا في مواجهة أطرافه الذين اعلموا بالحضور أمام محكمة التحكيم. وعلى ذلك لا يجوز الخلط بين القوة الملزمة لاتفاق التحكيم وحجية حكم التحكيم الذي يصدر بناء على هذا الاتفاق².

ونصّت المادة الأولى، الفقرة الثانية من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية على ما يلي: "يقصد بأحكام التحكيم، ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين للفصل في حالات محددة، بل أيضا الأحكام الصادرة من هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف"³.

ويُستفاد من هذه المادة أنّ حكم التحكيم الصادر إلكترونيا، أو من هيئات إلكترونية، يتمتع بذات القدر من الحجية والاعتراف. فالضابط هو صدوره من هيئة تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف، وهو ما تقوم به الكثير من هيئات ومراكز التحكيم الإلكتروني.

والواقع أن نهائية حكم التحكيم مستمدة من اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم من البداية، وهو المعنى الذي أشارت إليه المادة 25 من لائحة المحكمة الافتراضية، عندما نصّت الفقرتان الخامسة والسادسة منها على ما يلي: "5- يعد حكم التحكيم نهائيا لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف.

6- يُعتبر اتفاق الأطراف على إخضاع النزاع للتحكيم -وفقا للائحة التحكيم الفضائية- تنازلا منهم عن الطعن في الحكم بأي طريق من طرق الطعن"⁴.

¹ فادي محمد عماد الدين توكّل، مرجع سابق، ص 238.

² سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 156.

³ Art 1/2 : « On entend par "sentences arbitrales" non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises. ».

⁴ Art 25 : « 5- la sentence est finale et sans appel.

وهناك من يرى أنّ هذه النصوص أسست لقاعدة هامة في مجال التحكيم الإلكتروني، وهي أن مجرد اتفاق الأطراف على إخضاع منازعاتهم إلى التحكيم، يعتبر اتفاقاً ضمناً على تنازلهم عن كل حقوقهم المتعلقة بالطعن في هذه الأحكام، أو بعبارة أخرى، اتفاقهم على نهائية أحكام وقرارات التحكيم وعدم جواز الطعن فيها¹.

ويُعتبر ما ذهب إليه لائحة المحكمة القضائية، من عدم جواز الطعن على الأحكام وحيازته الحجية هو الأفضل لنا، حيث يُعد هذا الأمر هو ما يتناسب مع السرعة المطلوبة في تسوية المنازعات المصرفية الإلكترونية، فمع تمتع المحكمين بالخبرة الكافية في مجال العمليات المصرفية الإلكترونية، يكون فتح مجال الطعن على أحكام التحكيم الصادرة بشأن تلك العمليات باباً يستخدمه الأطراف لتعطيل تنفيذ الأحكام².

لذا نجد أنّ الرأي قد استقرّ على أنّ لأحكام التحكيم الحجية القضائية بالشروط الواردة في القانون المصري للتحكيم في المادة 55، التي نصّت على ما يلي: "تخوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون". وهكذا فلا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام قانون التحكيم، الطعن عليها بأية طريقة من طرق الطعن، المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية³.

ونصّ المشرع الفرنسي في المادة 1484 من قانون الإجراءات المدنية على ما يلي: "يحوز حكم التحكيم، بمجرد صدوره، حجية الشيء المقضي به في النزاع الذي يفصل فيه. يمكن أن يُصحب بالتنفيذ المؤقت.

يمكن أن يتم الإبلاغ بشكل رسمي إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك"⁴. وإذا كان التساؤل يثور حول مدى حجية حكم التحكيم، وحول ما إذا كان من النظام العام، فإنّ بعضاً من الفقهاء يرون أنّ حجية حكم التحكيم، لا تُعد من النظام العام، ومحور رفضهم هو عدم تعلق

6- Par la soumission de leur différend au présent règlement, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir et sont réputés avoir renoncé à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer ».

¹ عبد المنعم زمر، مرجع سابق، ص 343.

² أحمد مصطفى الدبوسي السيد، مرجع سابق، ص ص 642-643.

³ هاني أحمد عبد الفتاح عطاي، مرجع سابق، ص 209.

⁴ Art 1484 : « La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche.

Elle peut être assortie de l'exécution provisoire.

Elle est notifiée par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement ».

حكم التحكيم بالنظام العام، أي ارتباطه بالمرفق العام، ذلك أنّ حجية الأحكام القضائية من النظام العام؛ وذلك لأنها ترتبط بوظيفة القضاء، ولم يقررها القضاء لمصلحة الخصوم، وإن كان من حق أحد الخصوم النزول عن حقه الذي قُضي له به¹.

وانطلاقاً من ذلك، فهل يكون لحكم التحكيم الحائز حجية الأمر المقضي، حجة في مواجهة البنك الكفيل؟

الأصل هو أنّ حكم التحكيم لا ينتج أثراً بالنسبة للبنك الكفيل، ذلك أنّه صادرٌ في نزاع دائر بين دائن ومدين، أو بين طرفين. ونجد أنّ المادة 1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على ما يلي: "لا يحتج بأحكام التحكيم تجاه الغير". ومع ذلك نميز بين حالتين:

- حالة صدور حكم التحكيم لصالح الدائن، فهنا لا يملك الدائن التمسك بهذا الحكم قبل البنك الكفيل؛ لإلزامه بالوفاء، وفي هذه الحالة لا طريق أمام الدائن إلا اللجوء لقضاء الدولة واختصاص البنك الكفيل في الدعوى لاستصدار حكم ضده بإلزامه بدفع الدين، والحكم الصادر في الدعوى المرفوعة من الدائن على البنك الكفيل لصالح الدائن، هو الذي يُعد سنداً تنفيذياً، ويكتسب حجية الأمر المقضي في مواجهة البنك الكفيل².

- حالة صدور حكم التحكيم ضدّ الدائن وذلك بإبراء ذمة المدين من الدين المكفول، ففي هذه الحالة، وتطبيقاً للأثر النسبي لحجية الشيء المقضي به، لا يستطيع البنك الكفيل التمسك بهذا الحكم لإبراء ذمته هو الآخر من الدين المكفول، فإذا رجع عليه الدائن (ولا يكون الرجوع إلا بموجب دعوى قضائية)، فمن حق البنك الكفيل الاستناد إلى الحكم التحكيمي كدليل إثبات براءة ذمته من الدين؛ تطبيقاً لحكم المادة 1/654 من القانون المدني، التي تقضي بأن "يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الدفع التي يحتج بها المدين".

ففي هذه الدعوى القضائية، لا يجوز للبنك الكفيل التمسك بسبق الفصل في الموضوع؛ لاختلاف الخصوم في الدعوتين، ولا بحجية الحكم التحكيمي؛ لأنه لم يكن طرفاً فيه، وإنما يكون له تقديم هذا الحكم في الدعوى القضائية كواقعة مادية تمثل دليل إثبات لبراءة ذمته. على اعتبار أن الحكم ببراءة ذمة

¹ هاني أحمد عبد الفتاح عطاي، مرجع سابق، ص 210.

² نفس المرجع، ص 215.

المدين من الدين المكفول، يُعد بمثابة دفع يستطيع أن يحتج به المدين، وللبنك الكفيل أن يتمسك بتلك الدفع التي يحتج بها المدين¹.

كذلك الأمر، إذا أراد أن يبرأ البنك الكفيل ذمته من الدين المكفول، فلا يملك أن يحتج بالحكم التحكيمي، حتى في مواجهة الدائن الصادر ببراءة ذمة المدين، ولكن عليه أن يرفع دعوى أمام القضاء ببراءة ذمته، مستندا في ذلك لحكم التحكيم².

¹ أحمد الصاوي، أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1979، ص 45.

² هاني أحمد عبد الفتاح عطاي، مرجع سابق، ص 215-216.

خاتمة

خاتمة

تناولت هذه الدراسة التحكيم الإلكتروني في المعاملات المصرفية الإلكترونية، وقد حاولت المقارنة بين مختلف التشريعات الدولية باعتبارها مصدر التحكيم الإلكتروني، ومقارنتها مع النظم القانونية المختلفة للتشريعات الوطنية (الجزائري، المصري والفرنسي)، والوقوف عند أهم الاختلافات ونقاط التشابه، قصد الخروج بنتائج وتوصيات.

وبالنظر لطبيعة الموضوع، فقد ارتأيت البداية بفصل تمهيدي يقدم للموضوع من خلال بسط المفاهيم الأساسية المتعلقة بالموضوع الذي يبدو تقنيا في بعض جوانبه. وبما أننا نعالجه من الناحية القانونية، فإكتفينا بشرح المفاهيم التقنية بالقدر الذي يسمح بتكوين فكرة كافية لمعرفة سبل التأطير القانوني لها.

وفي سبيل ذلك، فقد تم تقسيم الرسالة إلى بابين كما جاء في المضمون. حيث عالجنا في الباب الأول تنظيم موضوع التحكيم الإلكتروني وكل ما يتعلق بذلك من جانب مفاهيمي، من مفهوم التحكيم الإلكتروني، وتحديد طبيعته وأهميته وكيفية نشأته وتطوره، وكذا مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني الذي يُعتبر جوهر التحكيم الإلكتروني.

والمواقع أنّ موضوع التحكيم الإلكتروني لا يختلف كثيرا عن موضوع التحكيم العادي، كما أنّ التحكيم الإلكتروني يتناسب تماما مع مضمون المعاملات المصرفية الإلكترونية التي تتسم بالسرعة والسرية، وهو ما يجعلنا نقر بأنّ حلّ هذه المنازعات -على غرار منازعات التجارة الإلكترونية- لا يتم إلا من خلال التحكيم الإلكتروني الذي يستوعب الخصوصيات التي تشكل أساس هذا النوع من النشاط.

ولأنّ الشق الإجرائي مهم أيضا، فقد تناولته في الباب الثاني من الرسالة، ولعلّه الجانب الذي يثير بعض المشاكل القانونية باعتبار أنّ الكثير من التشريعات الدولية والوطنية كانت تتعامل مع التحكيم العادي الذي يعتمد على الوسائل التقليدية من حيث سير العملية التحكيمية، ومن حيث آثارها، والاعتراف بالأحكام الناشئة عنها... غير أنّ القوانين الدولية المختلفة والكثير من التشريعات الوطنية سايرت ولو بسرعة متباينة التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية التي أصبحت تُدار من خلال الوسائل الإلكترونية، فعُدلت نصوصها من خلال الاعتراف بالكتابة والتوقيع الإلكترونيين، وإيجاد حلّ يضمن أمن الإجراءات التحكيمية عبر الإنترنت، حتى لا يفقد التحكيم قيمته وأهم خصائصه المتعلقة بالسرعة والسرية.

وبالرغم من أنّ المشرع الجزائري يساير ببطء هذا الاتجاه السائد بالاعتراف بالتجارة الإلكترونية وما ينجم عنه من تنظيم لوسائل السداد وغيرها، فإنّ النصوص التنظيمية المرافقة للتشريعات التي تدعم اعتماد التجارة الإلكترونية تظل بين التنظير وبين فكرة التصويت عليها. والحقيقة أنّ ما يُستفاد من خلال ما تمّ بحثه، هو أنّ القانون الجزائري متأخر مقارنة بالقوانين الأخرى، وهو مُطالب بالتحديث والتحيين لاستيعاب التغيرات التي تطرأ على التحكيم الإلكتروني، وتسهيل المجال أمام تعاون حقيقي بين القضاء والتحكيم الإلكتروني.

ويمكن تلخيص النتائج المتوصل إليها على النحو التالي:

- التحكيم التقليدي وسيلة لا تساير طبيعة المنازعات المصرفية الإلكترونية، وعليه فإنّ الأنسب لهذا النوع من العمليات هو التحكيم الإلكتروني الذي يعتمد الوسائل الإلكترونية بدل التقليدية.

- نظام التحكيم الإلكتروني خيرٌ من القضاء وكذا بعض الطرق الأخرى لحل النزاعات كالوساطة والتوفيق، ذلك أنّه ينفرد بخصائص ثلاثٍ طبيعة النزاعات المصرفية؛ فحكمه واجب النفاذ، ملزم للأطراف، سريع وغير مكلف.

- يُوفّر نظام التحكيم الإلكتروني -على مستوى المنازعات المصرفية الإلكترونية- مُحكّمين مُتخصّصين في العمل المصرفي عموماً، وذوي خبرة في مجال حل المنازعات، وهو أمرٌ يُساعد المتعاملين مع المصارف وهذه الأخيرة على حلِّ سؤاها، لما له من سرعة في تقديم الحل.

- قلّة الوعي بالتحكيم الإلكتروني، وقلّة الثقة لدى المصارف والمتعاملين معها في هذه الآلية، الأمر الذي يؤدي إلى العزوف عنه حالياً. يحدث ذلك بالرغم من أنّ الكثير من الأصوات تُنادي بضرورة الالتفات إلى هذا السبيل كحلٍّ يُناسب طبيعة المنازعات المصرفية.

- من أهمّ مزايا التحكيم الإلكتروني الحفاظ على سرية المعلومات المصرفية والخصوصية بالنسبة لأطرافه، بخلاف القضاء الذي تكون جلساته علنية.

فالتحكيم الإلكتروني نظام آمن لاعتماده وسائل تضمن السرية التامة للمعلومات وتمنع اختراق الموقع، إذ لا يستطيع أحد الدخول إلى موقع القضية إلا إذا تمكّن من الحصول على الرقم السري. وبالرغم من الانتقادات الموجهة لهذا الطرح والمتمثلة في إمكانية اختراق المواقع من طرف قرصنة الإنترنت، فإنّ الكثير من التقنيين يبتكرون وسائل حماية آمنة تضمن سلامة وسرية المعلومات.

- لا بُدّ للتحكيم الإلكتروني - حتى يُعدّ كذلك - أن يستوفي جميع مراحلها بداية من اتفاق التحكيم الإلكتروني وصولاً إلى إصدار حكم التحكيم الإلكتروني.

- اللجوء إلى القضاء لمساعدة هيئة التحكيم، لا سيما في مجال البحث عن الأدلة وتوفير عناصر الإثبات، وكذا في مجال تنفيذ أحكام التحكيم الإلكترونية، أمر لا ينقص من قيمة وفعالية التحكيم الإلكتروني، وذلك لأنّ مبررات هذا اللجوء متعلقة بالسلطات التي يتوفر عليها القاضي المرتبطة بسلطة الجبر على التنفيذ، عكس المحكم الذي لا يملك هذه السلطات.

إنّ هذا الملمح، في رأينا، يُعزّز من قوّة ونجاعة أسلوب التحكيم الإلكتروني، بل ويُدعم موقف هيئة التحكيم التي تعترف بفعالية القضاء في هذا الباب، والذي من شأنه عدم عرقلة العملية التحكيمية، بل ودعم خصائصها الأساسية والمتمثلة في سرعة الفصل في النزاعات مقارنة بالطرق الأخرى.

- عدم نصّ المشرع الجزائري على التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحلّ النزاعات التجارية الإلكترونية بشكل عام، والنزاعات المصرفية الإلكترونية بشكل خاص، وهو نتيجة حتمية لتأخر المشرع في معالجة المسائل القانونية المرتبطة بالمعاملات الإلكترونية بمفهومها الواسع.

مع ذلك، فإنّ الكثير من التعديلات التي مسّت القانون المدني خصوصا، وكذا صدور بعض القوانين الأخرى، على غرار القانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015، المحدّد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، تُبين رغبة المشرع في معالجة الأمر والتمهيد لاعتماد قانون المعاملات الإلكترونية يفسح المجال للاعتراف بالتحكيم الإلكتروني والعمل على اعتماد شرط التحكيم في الكثير من العقود المصرفية وغيرها.

وبناءً على هذه النتائج، توصلنا إلى جملة من التوصيات التي نرى أنّها ضرورية من أجل الدفع بالتحكيم الإلكتروني كنظام، وبقانونه في الجزائر. ويمكن إيرادها على النحو التالي:

- ضرورة التعريف بأهمية التحكيم الإلكتروني وإبراز مميزاته، ولا يتأتى ذلك إلا بإصدار البحوث المتخصصة في مجال التحكيم المصرفي وعقد الجلسات القانونية والندوات التي تساهم في نشر ثقافة التحكيم بين العاملين في المجال المصرفي.

- ضرورة أن يكون المحكمون أعضاء هيئة التحكيم المصرفي متخصصين وذوي خبرة في المنازعة لمساعدة التحكيم في إصدار الحكم.

- ضرورة إنشاء إدارة قانونية محترفة ومتخصصة في التحكيم المصرفي على مستوى كل بنك، مهمتها شرح وإيضاح نظام التحكيم الإلكتروني للعميل حتى يكون على دراية تامة أثناء توقيعه العقد الخاص بالتحكيم، بحيث يمكن لأطراف المنازعة المصرفية الإلمام بكافة التفاصيل، هذا من جهة، وحتى يتخلص التحكيم الإلكتروني من أية تبعية للتحكيم التقليدي من جهة أخرى.

- وجوب وضع نظام تحكيم خاص بالعمليات المصرفية الإلكترونية على نحو تفصيلي يضمن السرعة في الفصل في المنازعات وفي تنفيذ الحكم، وذلك بوضع نصوص تتسم بالمرونة في الإجراءات حتى تتماشى مع طبيعة المعاملات المصرفية الإلكترونية.

- تحسين العلاقة أكثر بين التحكيم الإلكتروني والقضاء الدولي، أي زيادة التنسيق حتى تكون العلاقة أكثر مرونة وسلاسة.

- على العملاء والمؤسسات المصرفية تكثيف استخدام التحكيم الإلكتروني لتسوية المنازعات المصرفية عامة، والإلكترونية خاصة، وهذا نظرا لما يتميز به التحكيم الإلكتروني بخلاف التحكيم التقليدي.

- إنّ قوانين الجمارك الحالية تتماشى فقط مع التجارة التقليدية، لذا يجب تعديل اللوائح الجمركية والضريبية بشكل يتناسب مع التجارة الإلكترونية.

- تعزيز الحماية أكثر في المعاملات التجارية الإلكترونية وضرورة إضفاء مزيد من الأمان والثقة، ومحاولة إيجاد سبل أكثر نجاعة لتأمين هذه المعاملات من القرصنة أو ما شابه.
وفي هذا المجال، على المشرع الإسراع في إصدار قانون المعاملات الإلكترونية، ومحاولة تعديل كل الجوانب المتعلقة بالعقود الإلكترونية وما يشبهها.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

- 1- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.
- 2- أبو جعفر الطبري، تفسير الطبري، تحقيق: بشار عواد معروف، عصام فارس الحريستاني، المجلد الخامس، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1994.
- 3- المعاجم والقواميس
أبو الفضل جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، الجزء الأول، بيروت، لبنان، 1990.
مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2005.

4- النصوص القانونية

1-4 الاتفاقيات والمعاهدات الدولية

- 1- اتفاقية الدولية المتعلقة بالتسوية السلمية للمنازعات الدولية المؤرخة في 18 أكتوبر 1907.
- 2- اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها سنة 1958.
- 3- اتفاقية جنيف الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي سنة 1961.
- 4- اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأعضاء ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965.
- 5- اتفاقية روما حول القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980.
- 6- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة التجارة الدولية للأمم المتحدة سنة 1985، وتعديلاته سنة 2006، 2010.
- 7- القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996.
- 8- التوجيه الأوروبي رقم 1999/93 الخاص بإطار إقليمي للتوقيع الإلكتروني.

9-التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الخاص ببعض المظاهر القانونية لخدمة مجتمع المعلومات والتجارة الإلكترونية.

10-القانون النموذجي الصادر عن لجنة التجارة الدولية بالأمم المتحدة والخاص بالتوقيعات الإلكترونية سنة 2001.

11-اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استعمال الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية سنة 2007.

12-نظام تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية حسب تقيين تاريخ 01 جوان 2014.

13-نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس الساري حسب تقيين تاريخ 01 سبتمبر 2015.

4-2 التشريعات الوطنية

أ- التشريع الجزائري:

الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 والمتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية، العدد 46، الصادرة بتاريخ 18 غشت 2010. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1975 عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 101، الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1975.

نظام رقم 97-03 المؤرخ في 17 نوفمبر 1997 والمتعلق بغرفة المقاصة، الجريدة الرسمية، العدد 17، الصادرة بتاريخ 25 مارس 1998.

الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1975 عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

القانون 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 جوان سنة 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2010.

القانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق 01 فبراير سنة 2015، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية، العدد 06، الصادرة بتاريخ 10 فبراير 2015.

ب- التشريع المصري:

- القانون رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية.
- القانون رقم 17 لسنة 1999 بإصدار قانون التجارة.
- القانون رقم 88 لسنة 2003 بشأن إصدار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد، المنشور بتاريخ 25 جوان 2003.
- القانون رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

ثانيا: المراجع باللغة العربية

1-الكتب:

- 1- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
- 2- إبراهيم حرب محسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999.
- 3- إبراهيم خالد ممدوح، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2008.
- 4- إبراهيم سليمان، الحكومة الإلكترونية، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- 5- أبو العلا علي أبو العلا النمر، تكوين هيئات التحكيم (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
- 6- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مطبعة الاستقلال الكبرى، القاهرة، مصر، 1980.
- 7- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1981.
- 8- أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1979.
- 9- أحمد أبو الوفا: التحكيم بالقضاء وبالصلح، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1965.
- 10- أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974.
- 11- أحمد الصاوي، أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1979.
- 12- أحمد خليل: قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
- 13- أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الدولية والداخلية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.

- 14- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.
- 15- أحمد مخلوف: اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
- 16- أحمد مصطفى الدبوسي السيد، التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول "دراسة تحليلية مقارنة"، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2015.
- 17- أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عن طريق الإنترنت، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، 2005.
- 18- أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة في قضاء التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997.
- 19- السيد المراكبي، التحكيم في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومدى تأثيره بسيادة الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.
- 20- إلياس ناصيف، العقود الدولية : التحكيم الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2012.
- 21- أيمن عبد الحفيظ، استراتيجية مكافحة جرائم استخدام الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
- 22- إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
- 23- بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
- 24- جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم والتقييد والاجتهاد والنظرية والتطبيق، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1993.
- 25- حسام الأهواني، النظرية العام للالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.
- 26- حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
- 27- حسن الماحي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.

- 28- حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2006.
- 29- حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
- 30- حسن محمد كمال، تطبيقات عملية في محاسبة البنوك التجارية، مكتبة جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1976.
- 31- حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 1996.
- 32- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- 33- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
- 34- حوالف عبد الصمد، النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكتروني في الجزائر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 35- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق، القاهرة، مصر، 2002.
- 36- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.
- 37- ذكري عبد الرزاق محمد، النظام القانوني للبنوك الإلكترونية: المزايا، التحديات، الآفاق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2010.
- 38- رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
- 39- رضوان هشام حمدون الشريف، نحو نظام قانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013.
- 40- زياد محمد حمود عبد الله السبعوي، التحكيم التجاري الدولي ما بين الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2014.
- 41- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، (الكتاب الأول، اتفاق التحكيم)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984.

- 42- سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.
- 43- سامي عبد الباقي أبو صالح، الوفاء الإلكتروني بالديون الناشئة عن المعاملات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
- 44- سعود جايد العامري، المالية الدولية نظرية وتطبيق، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- 45- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.
- 46- سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الحديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 47- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته، المجلد الأول، دار الكتب القانونية، ط5، القاهرة، مصر، 1991.
- 48- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
- 49- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1999.
- 50- شاهر العبسي، التحكيم التجاري الدولي، ابن اليمن للطباعة والنشر، صنعاء، اليمن، 2000.
- 51- شريف غنام، محفظة النقود الإلكترونية (رؤية مستقبلية)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
- 52- شيماء جمال مجاهد، التحكيم الإلكتروني، المفهوم والآليات، سلسلة مفاهيم استراتيجية، المركز العربي لأبحاث الفضاء الإلكتروني، القاهرة، مصر، 2012.
- 53- ضياء أمين مشيمش، التوقيع الإلكتروني: دراسة مقارنة، المنشورات الحقوقية، صادر، بيروت، لبنان، 2003.
- 54- طارق عبد العال حماد، التجارة الإلكترونية: المفاهيم - التجارب - التحديات، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 55- عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
- 56- عبد الباسط وفا، سوق النقود الإلكترونية، دار الهاني للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2003.
- 57- عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، الجزء الثاني، التحكيم الدولي، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1998.

- 58- عبد الرحمن السيد قرمان، نطاق الالتزام بالسر المصرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.
- 59- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1964.
- 60- عبد الصبور عبد القوي علي مصري: التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2013.
- 61- عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 62- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 63- عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، لكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 64- عبد المالك ردمان الدناني، الوظيفة الإعلامية لشبكة الإنترنت، دار الراتب الجامعية، بيروت، لبنان، 2001.
- 65- عبد المنعم راضي، فرج عزت، اقتصاديات النقود والبنوك، البيان للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 66- عبد المنعم زرم، قانون التحكيم الإلكتروني "دراسة مقارنة لقواعد جمعية التحكيم الأمريكية وتنظيم محكمة القضاء في ضوء المبادئ العامة للتحكيم التقليدي"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
- 67- عصام أحمد البهجي، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2017.
- 68- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 69- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
- 70- علاء محيي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.

- 71- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 72- فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2010.
- 73- فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، 2003.
- 74- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006.
- 75- لزه بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 2014.
- 76- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997.
- 77- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
- 78- محمد الفاتح محمود بشير المغربي، التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الجنان للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016.
- 79- محمد الفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، المغرب، 2001.
- 80- محمد الكيلاني، عمليات البنوك والكفالات المصرفية وخطابات الضمان، دار الجب للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1992.
- 81- محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 82- محمد سامي فوزي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2006.
- 83- محمد سعيد أحمد، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

- 84- محمد سليم العوا، دراسات في قانون التحكيم المصري، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2008.
- 85- محمد عبد الخالق عمر، النظام القضائي المدني، الجزء الأول، المبادئ العامة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1976.
- 86- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014.
- 87- محمد نور شحاتة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993.
- 88- محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.
- 89- محمود السيد عمر التحيوي، الطبعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 90- محمود صلاح الدين المصيلحي، صلاح الدين جمال الدين، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 91- محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2009.
- 92- محمود محمد الشيخ، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2015.
- 93- محمود محمد سعيقان، تحليل وتقييم دور البنوك في مكافحة عمليات غسيل الأموال، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2008.
- 94- محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
- 95- محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
- 96- محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1990.
- 97- محيي الدين إسماعيل علم الدين، الاعتمادات المستندية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1996.
- 98- مصطفى الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002.

- 99- مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 100- مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1973.
- 101- مصطفى الجمال، عكاشة محمد عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- 102- مصطفى يوسف كافي، النقود والبنوك الإلكترونية في ظل التقنيات الحديثة، دار مؤسسة رسلان للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 2011.
- 103- منير الجنبهي، ممدوح الجنبهي، البنوك الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر. 2005.
- 104- نجوى أبو هيب، التوقيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- 105- نحلة أحمد قنديل، التجارة الإلكترونية ، بدون دار نشر، القاهرة، مصر، 2004.
- 106- هاني أحمد عبد الفتاح عطاي، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2017.
- 107- هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2012.
- 108- هشام صادق، التوفيق والمصالحة، ندوة وسائل حسم المنازعات في العمليات المصرفية، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، 21 جوان 1998.
- 109- هند محمد حامد، التجارة الإلكترونية في المجال السياحي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2003.
- 110- وسيم محمد الحداد وآخرون، الخدمات المصرفية الإلكترونية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، عمان، الأردن. 1998.

2- الرسائل والمذكرات:

- 1- إبراهيم أوريك، الدفع باتفاق التحكيم، (دراسة على ضوء التشريع المغربي)، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الأعمال، وحدة ماستر قانون الأعمال التكوين المستمر، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2010/2009.

- 2- أحمد محمد شتا، نطاق تطبيق أحكام قانون التحكيم في مصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2002.
- 3- رجاء حافظ بني شمس، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009.
- 4- عبد الحفيظ ميمون، شرط التحكيم وحدود أثره على الاختصاص القضائي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، الدار البيضاء، المغرب، السنة الجامعية 1982-1983.
- 5- فدوى ابن العابدين، القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، السويسي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، المغرب، 2008.
- 6- فلاح بن موسى الزهراني، التحكيم في المنازعات المصرفية في دول مجلس التعاون الخليجي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 2010.
- 7- فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2008.
- 8- محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2005.
- 9- نافذ ياسين محمد المدهون، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2007.
- 10- محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، القاهرة، مصر، 2005.

3-المقالات العلمية:

- 1- أحمد السعيد الزقرد، "حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، 1999.
- 2- بلال عبد المطلب، "البنوك القانونية"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، يناير 2004.

- 3- جاسم سعيد البدرابي، "نقودك الإلكترونية: هل لمخاوفك مبرراتها؟"، مجلة تكنولوجيا، الإمارات العربية المتحدة، يوليو 2001.
- 4- حسين شحاده الحسين، "التحكيم في منازعات العمليات المصرفية (دراسة في إطار القانون السوري)"، مجلة القضائية، العدد الرابع، 2012، وزارة العدل، الرياض، المملكة العربية السعودية.
- 5- عبد الحميد الأحذب، "اتفاقية نيويورك حول الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية بين اتفاقيتي نيويورك وجنيف"، مجلة الحياة، العدد رقم 13814، المملكة العربية السعودية، 09 جانفي 2001.
- 6- محمد إبراهيم محمود الشافعي، "الآثار النقدية والاقتصادية والمالية للنقود الإلكترونية"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة السابعة والأربعون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2005.
- 7- محمد يوسف عنوان، "تسوية منازعات العقود الاقتصادية الدولية"، مجلة نقابة المحامين، ملحق رقم 1، الأردن، أكتوبر 1977.

4- الملتقيات والأعمال الدراسية:

- 1- إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، الدورة العامة لإعداد المحكم، مركز حقوق عين شمس، مصر، 22-27 جانفي 2000.
- 2- أحمد شرف الدين، "الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته"، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، أبريل 2003.
- 3- أكثم الخولي، "خلفيات التحكيم وآدابه"، مؤتمر مراكز التحكيم العربية، بيروت، لبنان، ماي 1999.
- 4- حسن شحادة الحسين، "العمليات المصرفية الإلكترونية، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية"، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، لبنان، 2002.
- 5- رحيم حسين، هواربي معراج، "الصيرفة الإلكترونية كمدخل لعصرنة المصارف الجزائرية"، ملتقى المنظومة المصرفية والتحويلات الاقتصادية واقع وتحديات، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، 14 و15 ديسمبر 2004.
- 6- رقية رياض، "التحكيم في المنازعات المالية والمصرفية"، دورة المعهد المصرفي للتحكيم في المنازعات المالية والمصرفية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2006.

- 7- محمد سليم العوّا، "التحكيم في الأعمال المصرفية الإلكترونية"، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد الخامس، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 10-12 ماي 2003.
- 8- محمد عماد الدين، "طبيعة وأتماط التحكيم عبر الإنترنت"، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، الإمارات العربية المتحدة، 28-30 أبريل 2008.
- 9- نايلة قمر عبيد، "التوجهات الحديثة للتحكيم الدولي"، الدورة الثانية للتحكيم التجاري الدولي، مركز دبي للتحكيم الدولي، أيام 12،13،14 نوفمبر 2014.
- 10- نبيل صلاح محمود العربي، "الشيك الإلكتروني والنقود الرقمية (دراسة مقارنة)"، مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2003.
- 11- نجوى أبو هيب، "التوقيع الإلكتروني: مدى حجته بالإثبات"، مؤتمر الأعمال المصرفية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ماي 2003.
- 12- وجدي راغب فهمي، "طبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم"، مؤتمر حول التحكيم الداخلي والقانون الدولي، العريش، مصر، 20-25 سبتمبر 1987.

5- مواقع الإنترنت:

- www.arab-ency.com/ar/، موسى خليل ميري،
- <http://www.law-arab.com/2015/02/Optional-arbitration-and-compulsory-arbitration.html>
- سمير جاويد، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري
- <http://www.kenanaonline.net/ws/khaled17/page/77872>
- <http://www.majalah.new.ma>
- عبد السلام زوير، التحكيم التجاري في القانون المغربي
- <http://platform.almanhal.com/Files/2/59055>
- عبد الله عبد الرحمن الجناحي الخطيب، طبيعة الدفع باتفاق التحكيم في دولة الإمارات العربية المتحدة
- <https://www.traidnt.net/vb/traidnt1764001>

ثالثاً: المراجع باللغة الأجنبية

1-Ouvrages généraux

- 1-Bernard AUDIT, Droit international privé, 3^e édition, Economica, Paris, France, 2000.
- 2-Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Traité de droit international privé, 6^e éd, Tome.II, L.G.D.J. 1983,
- 3-Michel BERA, Eric MECHOULAN, La machine internet, Editions Odile Jacob, Paris, France , 1999.
- 4-Nicole TORTELLO, Pascal LOINTIER, Internet pour les juristes, Dalloz, Paris, France, 1996.
- 5-Philippe GILLIERON, from face to face to screen to screen real hope or true fallacy ?, University of Lausanne, Switzerland, May 2007.
- 6-Pierre MAYER, Vincent HEUZE, Droit international privé, 11^e édition, LGDJ, Paris, France, 2014.
- 7-Sтивен T. KARRIS, Networks :Design and Management, Orchard Publications, 2002.

2- Ouvrage spéciaux

- 1-Alain BENSOUSSAN, le commerce électronique (Aspects juridiques), Edition HERMES, Paris, France, 1998.
- 2-Charles JARROSSON, La notion d'arbitrage, préface de B. Oppetit, L.G.D.J, Paris, France,1987.
- 3-Eric E. BERGSTEN, Cours sur le règlement des différends relatifs au commerce international, aux investissements et à la propriété intellectuelle, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, New York et Genève, 2005.
- 4-Jean ROBERT, Arbitrage civil et commercial, TOME I : Droit interne, quatrième édition, Dalloz, Paris, France, 1967.
- 5-Julie Velissaropoulos-Karakostas, L'arbitrage dans la Grèce antique, Epoque archaïque et classique, Rev.arb. 2000.
- 6-Mostafa Hashem Shérif, Paiements électroniques sécurisés, Presses Polytechniques et Universitaires Romandes, Lausanne, Suisse, 2007.
- 7-Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international , LITEC, Paris, France, 1996.
- 8-Thomas CLAY, L'arbitre, Dalloz, Paris, France, 2001.

3-Dictionnaires

1-Louis-Marie QUICHERAT, Amédée DAVELUY, Dictionnaire Latin-Français, Librairie Hachette, Vanves, France, 1955.

2-Petit Larousse illustré, Librairie Larousse, Paris, France, 1984.

4-Internet

-Barry M. LEINER and others, Internet society, A Brief history of the Internet, internetociety.org,

-Clément FRANÇOIS, « Présentation de l'article 1128 de la nouvelle section 2 “La validité du contrat” », La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/> [consulté le 23/11/2017].

- <https://www.certeurope.fr/les-dossiers-certeurope/les-differents-types-de-signatures-electroniques#>

- <http://www.cyberjustice.ca/laboratoire/historique/>

- <http://www.wipo.int/about-wipo/ar/>

- <http://www.wipo.int/amc/fr/center/background.html>.

- <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-du-numerique-2003-1-page-71.html>.

-JEAN-MICHEL GODEFFROY ET PHILIPPE MOUTOT, Monnaie électronique enjeux prudents et impact sur la politique monétaire, <https://www.aef.asso.fr/telecharger-article/539-la-monnaie-electronique/pdf>

5-Lois et jurisprudence

- Code civil.

- Code de procédure civile.

- Code monétaire et financier français.

- Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.

- Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

الفهرس

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
-	بسملة
-	آية قرآنية
-	إهداء
-	شكر وعرافن
أ-د	مقدمة
47-11	فصل تمهيدي: نحو تحديد مفهوم المعاملات المصرفية الإلكترونية
23-11	المبحث الأول: مفهوم المصارف الإلكترونية
17-11	المطلب الأول: تعريف المصارف الإلكترونية وأهميتها
23-17	المطلب الثاني: شروط عمل المصارف الإلكترونية
37-23	المبحث الثاني: مفهوم المعاملات المصرفية الإلكترونية
26-24	المطلب الأول: النقود الإلكترونية
33-26	المطلب الثاني: الاعتماد المستندي الإلكتروني
36-33	المطلب الثالث: الأوراق التجارية الإلكترونية
37-36	المطلب الرابع: التحويل المصرفي الإلكتروني
47-38	المبحث الثالث: المشاكل القانونية التي تعترض المعاملات المصرفية الإلكترونية
43-38	المطلب الأول: مشكلة إثبات المعاملات المصرفية الإلكترونية
45-43	المطلب الثاني: المشاكل المحتملة المتعلقة باستعمال أدوات الدفع الإلكترونية
46-45	المطلب الثالث: مشكلة كيفية تحديد المسؤولية
47-46	المطلب الرابع: صعوبة تحديد الواجب التطبيق

172-48	الباب الأول: التنظيم الموضوعي للتحكيم الإلكتروني في المعاملات المصرفية الإلكترونية
104-51	الفصل الأول: نحو تحديد مفهوم للتحكيم الإلكتروني
68-51	المبحث الأول: ما المقصود بالتحكيم الإلكتروني؟
57-51	المطلب الأول: تعريف التحكيم الإلكتروني
64-57	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم الإلكتروني
68-64	المطلب الثالث: التطور التاريخي للتحكيم الإلكتروني
88-68	المبحث الثاني: مصادر التحكيم الإلكتروني، مبادئه وأنواعه
79-68	المطلب الأول: مصادر التحكيم الإلكتروني
83-79	المطلب الثاني: مبادئ التحكيم الإلكتروني
88-83	المطلب الثالث: أنواع التحكيم الإلكتروني
104-89	المبحث الثالث: أهمية التحكيم الإلكتروني في المعاملات المصرفية الإلكترونية
99-89	المطلب الأول: إيجابيات التحكيم الإلكتروني
104-99	المطلب الثاني: سلبيات التحكيم الإلكتروني
172-106	الفصل الثاني: النظام القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني في المعاملات المصرفية الإلكترونية
142-107	المبحث الأول: مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني
114-107	المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني وصوره
142-114	المطلب الثاني: أركان اتفاق التحكيم الإلكتروني
172-143	المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني وآثاره
158-144	المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني
172-158	المطلب الثاني: آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني
265-173	الباب الثاني: التنظيم الإجرائي للتحكيم الإلكتروني في المعاملات المصرفية الإلكترونية
227-176	الفصل الأول: كيفية إجراء التحكيم الإلكتروني في المعاملات المصرفية

	الإلكترونية
210-176	المبحث الأول: هيئة التحكيم الإلكتروني
195-177	المطلب الأول: تعيين المحكمين
202-195	المطلب الثاني: الشروط المطلوب توافرها في المحكم المصرفي
210-202	المطلب الثالث: مساعدة القضاء لهيئة التحكيم المصرفية
227-211	المبحث الثاني: إجراءات التحكيم الإلكتروني
215-211	المطلب الأول: طلب التحكيم الإلكتروني
227-215	المطلب الثاني: ضوابط سير إجراءات التحكيم الإلكتروني
265-229	الفصل الثاني: حكم التحكيم الإلكتروني
243-229	المبحث الأول: إصدار حكم التحكيم الإلكتروني
239-230	المطلب الأول: الجوانب الشكلية لحكم التحكيم الإلكتروني في المعاملات المصرفية الإلكترونية
243-239	المطلب الثاني: مكان صدور حكم التحكيم الإلكتروني
265-244	المبحث الثاني: آثار صدور حكم التحكيم الإلكتروني
255-244	المطلب الأول: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني
262-255	المطلب الثاني: آثار تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني على المؤسسات المصرفية
265-262	المطلب الثالث: حجية حكم التحكيم الإلكتروني الخاصة بالمعاملات المصرفية الإلكترونية
271-267	خاتمة
288-273	قائمة المراجع
292-290	فهرس المحتويات

ملخص العمل

انعكس التطور التكنولوجي الذي يعرفه عالم اليوم على جميع مجالات الحياة لاسيما التجارية منها. إذ أصبحنا نعرف ما يسمى بالتجارة الإلكترونية، والتي تتطور يوما بعد يوم بحكم الاستعمال الواسع لمختلف الوسائل التكنولوجية المتطورة مثل الإعلام الآلي، الإنترنت... إلخ. ومع تنامي عمليات التجارة الإلكترونية، باتت الحاجة مُلحّة لنوعية جديدة من المصارف غير التقليدية التي تتلاءم مع هذا العصر، الذي لا يتقيد بمكان معين أو وقت محدد. وهكذا ظهرت البنوك الإلكترونية التي لا يخفى دورها في مجال التعامل التجاري سواء فيما يتعلق بالبنك وعملائه أو فيما بين البنوك، لذلك بدأ الاهتمام بتقنين القواعد الخاصة بتنظيم المعاملات المصرفية لاسيما الدولية منها منذ وقت طويل.

إنّ اتساع حجم المعاملات المصرفية الإلكترونية قد يؤدي إلى حدوث نزاعات، سواء فيما بين البنك والعميل، أو فيما بين البنوك التي تتعاون لتنفيذ إحدى العمليات المصرفية، الأمر الذي يستدعي البحث في إلزامية وضع حل للفصل فيها. وإذا كان اللجوء إلى محاكم الدول هو الطريق الطبيعي للفصل في المنازعات المتعلقة بالمعاملات المصرفية الإلكترونية، فإنّ اللجوء إلى التحكيم بدأ يشق طريقه كحلّ بديل.

ويستمد موضوع الرسالة أهميته من توسع التعامل مع البنوك الإلكترونية، لاسيما بعد تبني الجزائر لسياسية الانفتاح الاقتصادي، واعتماد الكثير من البنوك الخاصة، الأمر الذي يستدعي الوقوف على البحث في النزاعات التي قد تنشأ عن مختلف هذه التعاملات والتفكير في طرق الفصل فيها. وهكذا تحاول الرسالة التأكيد على أهمية نظام التحكيم كبديل للقضاء للفصل في النزاعات الناشئة عن المعاملات المصرفية الإلكترونية، ومن ثمّ التعرض لكيفية معالجة المشرع الجزائري لهذا الموضوع وكذا بعض التشريعات المقارنة قصد الخروج بنتائج وتوصيات.

Abstract

The technological development that the world today is witnessing has affected all aspects of life, especially commercial ones. Thus, the so-called electronic commerce, is developing day by day by due to the wide use of various advanced technologies such as computer tools, Internet, etc.

The growth of e-commerce needs a new quality of non-traditional banks that fit this era, which does not adhere to a specific place or time, is becoming increasingly urgent. Therefore, electronic banks have emerged, which are known to play a role in dealing with both the bank and its customers or between banks themselves. As a result, attention has been given for a long time, to codify the rules governing the regulation of banking transactions, especially international ones.

The spread of e-banking transactions may lead to conflicts, both between the bank and the client, or between banks that cooperate to carry out a banking operations, which requires consideration of a mandatory solution.

If recourse to State courts is the natural way of settling disputes over electronic banking transactions, recourse to arbitration is beginning to take its place as an alternative.

The importance of this thesis is derived from the expansion of dealing with e-banks, especially after the Algerian policy of economic openness that led to the adoption of many private banks, which necessitate looking at the disputes that may arise from these different transactions and thinking about ways of resolving them.

So, this work attempts to emphasize the importance of the arbitration system as an alternative to the judiciary to adjudicate disputes arising from electronic banking transactions, and then to discuss how the Algerian legislator addresses this issue as well as some comparative legislation in order to get conclusions and recommendations.