



الجامعة العربية الأمريكية
كلية الدراسات العليا

اتفاق التحكيم الإلكتروني والقانون واجب التطبيق عليه

إعداد

الطالب اسحق جمال اسحق مراغة

إشراف

الأستاذ الدكتور طارق كميل

تم تقديم هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير

في تخصص القانون التجاري

شباط / 2024

إجازة الرسالة

اتفاق التحكيم الإلكتروني والقانون واجب التطبيق عليه


إعداد

الطالب اسحق جمال اسحق مراغة

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 24 شباط 2024 واجيزت.

التوقيع

أعضاء لجنة المناقشة:

- | | | |
|---|-----------------|--------------------------------|
|  | مشرفاً ورئيساً | 1. الأستاذ الدكتور طارق كميل |
|  | ممتحنًا داخليًا | 2. الدكتور أحمد أبو زينة |
|  | ممتحنًا خارجيًا | 3. الأستاذ الدكتور نور الحجايا |

الإقرار

أنا الموقع ادناه مقدم الرسالة الموسومة الطالب اسحق جمال اسحق مراغة حامل هوية مقدسية رقم (301896528) أقر بأن ما اشتملت عليه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وإن هذه الرسالة ككل، أو جزء منها لم يقدم من قبل لنيل درجة علمية أو بحث لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

اسم الطالب: اسحق جمال اسحق مراغة

الرقم الجامعي: (202020238)

التوقيع: *Ashag*

التاريخ: 2024/08/28

الإهداء

إلى الذين ساندوني في مسيرتي التعليمية، إلى الذين زرعوا الأمل في قلبي

إلى الذين ملأوا قلبي حُباً وعلماً وشغفاً

إلى والدي الحبيبين

إلى من كانت نعم السند في رحلتي العلمية والبحثية، ولم تدخر جهداً في مساعدتي

زوجتي الغالية.

الشكر والتقدير

قال الله تعالى في كتابه الكريم {ومن يشكر فإنما يشكر لنفسه} سورة لقمان الآية 12.

أتوجه بالشكر والامتنان للأستاذ الدكتور طارق كميل فقد كان لإشرافه ومنحه الكثير من الوقت لي الفضل الأكبر في الوصول بهذه الرسالة العلمية بالشكل الذي ظهرت عليه، كما كان لتوجيهاته ونصائحه دور أساسي في إتمام دراستي العلمية.

والشكر موصول لأعضاء لجنة المناقشة الكرام على تفضلهم بقبول مناقشة رسالة الماجستير هذه.

كما أشكر الأستاذ المحامي راسم كمال الذي كان له الفضل الأكبر في دعمي على الصعيد العملي والمهني لغايات إتمام مسيرتي التعليمية وتوفير كافة الإمكانيات لذلك.

ملخص الرسالة

جاء هذا البحث ليتناول القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، وتظهر إشكالية البحث في إطار عدم إدراك المشرع الفلسطيني وعند سن قانون التحكيم التطور التكنولوجي الكبير وتصور إمكانية استخدام الوسائل التكنولوجية كجزء من العملية التحكيمية سواء من حيث الإجراءات أو الموضوع. بحيث سعى الباحث من خلال هذا البحث لدراسة انطباق شروط التحكيم التقليدي الواردة في قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 على التحكيم الإلكتروني بصفتها القواعد الناظمة لهذا النوع الجديد من التحكيم، ومستنداً بذلك كمعزز للدراسة للقرار بقانون رقم (15) لسنة 2017 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية.

هذا وقام الباحث بتقسيم البحث إلى ثلاثة فصول، إذ ارتأى الباحث أن يستهل هذا البحث من خلال فصل أول يسلط الضوء من خلاله على مفهوم التحكيم الإلكتروني ومعرفة أهم خصائصه ومميزاته، بالإضافة إلى التعرف على أهم الشروط الشكلية والموضوعية واجب توفرها في اتفاق التحكيم الإلكتروني.

في حين عالج البحث في الفصل الثاني القانون واجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني، بحيث تم تبسيط هذا الفصل إلى مبحثين، إذ تناول المبحث الأول حرية الأطراف في تحديد القانون واجبة التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني من حيث الموضوع، في حين يتناول المبحث الثاني سلطة المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم على موضوع النزاع.

أما الفصل الثالث فقد جاء تحت عنوان: القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني من حيث الإجراءات وتنفيذ الحكم، حيث تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، عالج في مبحثه الأول القانون واجب التطبيق من حيث الإجراءات في حين جاء سلط الضوء في المبحث الثاني على تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني.

وقد توصل الباحث في نهاية البحث لأهم النتائج وهي أنّ التحكيم الإلكتروني ما هو إلا صورة من صور التحكيم التقليدي، إلا أنه يمتاز بأنه يتم بكافة مراحله عبر وسائل الاتصال الإلكترونية. بالإضافة إلى أن الأصل أن تكون إرادة الأطراف هي الأساس في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع التحكيم وإجراءاته، ويمكن التعبير عن هذه الإرادة بشكل صريح، كما يستطيع المحكم استنباطها من ظروف

وبنود العقد؛ إلا أن هذه الإرادة ليست مطلقة؛ كما أنه وفي ظل غياب هذه الإرادة فإن السلطة التقديرية في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع تعود للمحكم والذي قد يستند إلى قوانين وطنية في تحديد القانون أو قد يلجأ إلى قواعد قانونية غير وطنية مثل القانون الموضوعي الإلكتروني وتكون هذه السلطة محكومة بضوابط معينة.

استخدم الباحث في دراسته على المنهج الوصفي التحليلي وذلك بوصف ماهية التحكيم الإلكتروني وخصائصه والوقوف على ميزاته، بالإضافة إلى وصف الشروط الشكلية والموضوعية لاتفاق التحكيم الإلكتروني، ومن ثم استعراض أهمية الاعتراف بحرية الأطراف في اختيار القانون الاجرائي والموضوعي لتحديد محل قانون الإرادة لتطبيقه سواء على إجراءات التحكيم الإلكتروني و/أو على موضوع التحكيم الإلكتروني لحسم النزاع، ووصف دور المحكم عند عرض النزاع عليه؛ كما يقوم البحث على المنهج التحليلي وذلك بتحليل مواد قانون التحكيم الفلسطيني ومعرفة إمكانية انطباقها على التحكيم الإلكتروني وكيفية معالجتها للقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم وعلى موضوعه.

كما استخدم الباحث أيضاً المنهج المقارن؛ وذلك من خلال الاطلاع على الكيفية والآلية التي تعاملت بها التشريعات العربية مع هذه المسألة ومقارنتها بقانون التحكيم الفلسطيني وعلى وجه التحديد القوانين في المملكة الأردنية الهاشمية والامارات العربية المتحدة بالإضافة إلى معرفة موقف المعاهدات والاتفاقيات الدولية من مسألة التحكيم الإلكتروني ومدى الدور الذي لعبته بهذه المسألة.

وقد توصل الباحث بنتيجة البحث للعديد من التوصيات أهمها ضرورة قيام المشرع الفلسطيني بتعديل نص المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني والذي تناولت مسألة التحكيم الدولي، بحيث يرى الباحث ضرورة أن تتضمن المادة المذكورة بما يفيد تنبيهها للمعيار الاقتصادي في تحديد دولية التحكيم بالإضافة إلى المعيار الجغرافي، كذلك السماح للأطراف بالاتفاق على قوانين وطنية أو قواعد قانونية لتطبيقها على منازعات التحكيم التي تنشأ بينهم وعدم اقتصرها على القوانين الوطنية، ناهيك عن أهمية الأخذ بفكرة القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع أو القواعد القانونية المناسبة، عند قيام المحكم باختيار القانون واجب التطبيق سواء على الموضوع أو الإجراءات في ظل أن القانون الفلسطيني ما زال يفتقر إلى قواعد الإسناد في غياب القانون المدني.

فهرس المحتويات

أ	إجازة الرسالة.....
ب	الإقرار.....
ج	الإهداء.....
د	الشكر والتقدير.....
هـ	ملخص الرسالة.....
ز	فهرس المحتويات.....
س	المقدمة.....
1	الفصل الأول.....
1	ماهية التحكيم الإلكتروني.....
3	المبحث الأول.....
3	مفهوم التحكيم الإلكتروني.....
3	المطلب الأول: تعريف التحكيم وطبيعته القانونية.....
3	الفرع الأول: تعريف التحكيم.....
5	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم.....
7	المطلب الثاني: تعريف التحكيم الإلكتروني وخصائصه.....
7	الفرع الأول: تعريف التحكيم الإلكتروني.....
11	الفرع الثاني: مميزات التحكيم الإلكتروني.....
14	الفرع الثالث: عيوب التحكيم الإلكتروني.....
17	المبحث الثاني.....

17	اتفاق التحكيم الإلكتروني وشروط صحته
17	المطلب الأول: اتفاق التحكيم الإلكتروني وصوره
17	الفرع الأول: تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني
19	الفرع الثاني: صور اتفاق التحكيم الإلكتروني
21	المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم الإلكتروني
21	الفرع الأول: الرضا والأهلية في اتفاق التحكيم الإلكتروني
24	الفرع الثاني: المحل والسبب في اتفاق التحكيم الإلكتروني
26	المطلب الثالث: الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم الإلكتروني
26	الفرع الأول: الكتابة الإلكترونية
30	الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني
34	الفصل الثاني
34	القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني من حيث الموضوع
36	المبحث الأول
36	حرية الاطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم
36	الإلكتروني من حيث الموضوع
36	المطلب الأول: الصفة الدولية لعقد التحكيم الإلكتروني
37	الفرع الأول: معيار طبيعة النزاع (المعيار الاقتصادي)
38	الفرع الثاني: معيار أطراف التحكيم (المعيار القانوني)
39	الفرع الثالث: الجمع بين المعيارين
40	الفرع الرابع: موقف التشريعات المقارنة من معايير دولية التحكيم

المطلب الثاني: تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم وفقاً لإرادة المتعاقدين (مبدأ سلطان الإرادة).....	42
الفرع الأول: مبدأ سلطان الإرادة	42
الفرع الثاني: صور التعبير عن إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم.....	45
الفرع الثالث: موقف التشريعات من دور الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم في التحكيم الإلكتروني	48
المطلب الثالث: القيود التي ترد على حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم.....	50
الفرع الأول: الغش نحو القانون.....	51
الفرع الثاني: النظام العام.....	53
المبحث الثاني.....	58
سلطة المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم	58
المطلب الأول: إسناد العقد للقوانين الوطنية	58
الفرع الأول: أعمال قاعدة الإسناد في الدولة التي توجد فيها هيئة التحكيم (مقر التحكيم)	59
الفرع الثاني: اختيار هيئة التحكيم للقانون الأوثق صلة بالنزاع.....	60
الفرع الثالث: اختيار هيئة التحكيم لقاعدة الإسناد الملائمة	61
الفرع الرابع: نظرية الإحالة.....	62
الفرع الخامس: قاعدة إسناد مكان تنفيذ العقد	63
الفرع السادس: موقف القوانين المحلية والدولية من القانون واجب التطبيق في ظل غياب إرادة الأطراف	64
المطلب الثاني: إسناد العقد لقواعد قانونية غير وطنية	67

68	الفرع الأول: تطبيق قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني
70	الفرع الثاني: إعمال قانون التجارة الدولية
73	الفرع الثالث: اتباع الطريق المباشر دون المرور بقواعد الإسناد
74	الفرع الرابع: موقف التشريعات الوطنية والدولية من القواعد القانونية غير الوطنية
77	الفصل الثالث
77	القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني من حيث الإجراءات وتنفيذ الحكم
79	المبحث الأول
79	القانون واجب التطبيق من حيث الإجراءات
80	المطلب الأول: النطاق المكاني والزمني للتحكيم الإلكتروني
80	الفرع الأول: تحديد مكان التحكيم الإلكتروني
83	الفرع الثاني: زمان انعقاد التحكيم الإلكتروني
87	المطلب الثاني: دور الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات
88	الفرع الأول: مبدأ سلطان الإرادة
91	الفرع الثاني: التحكيم المؤسسي والتحكيم الخاص (الحر)
	الفرع الثالث: الموقف التشريعي من القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم في حال
94	اتفاق الأطراف
96	المطلب الثالث: عدم اتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم ...
97	الفرع الأول: سلطة قانون مكان التحكيم في تحديد إجراءات التحكيم الإلكتروني
	الفرع الثاني: سلطة هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم
100
	الفرع الثالث: القيود الواردة على سلطة هيئة التحكيم باختيار القانون واجب التطبيق على
102	إجراءات التحكيم

105.....	المبحث الثاني.....
105.....	تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني.....
106.....	المطلب الأول: القاضي الافتراضي والمحكمة الإلكترونية.....
106.....	الفرع الأول: القاضي الافتراضي.....
108.....	الفرع الثاني: المحكمة الإلكترونية (الافتراضية).....
110.....	المطلب الثاني: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني عن طريق القضاء الوطني.....
111.....	الفرع الأول: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني عبر القضاء الوطني بموجب القوانين الوطنية.....
115.....	الفرع الثاني: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني عبر القضاء الوطني بموجب اتفاقية نيويورك.....
117.....	المطلب الثاني: التنفيذ الذاتي لحكم التحكيم الإلكتروني وفقاً للآليات الخاصة به.....
119.....	الفرع الأول: وسائل التنفيذ الذاتي غير المباشرة لتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني.....
121.....	الفرع الثاني: وسائل التنفيذ الذاتي المباشرة لتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني.....
124.....	الخاتمة.....
130.....	قائمة المصادر والمراجع.....
153.....	Abstract.....

المقدمة

ازدادت أهمية التجارة الدولية في العصر الحالي، إذ أصبح العالم يرتبط ببعضه بمجموعة من العلاقات التجارية والاقتصادية المتشابكة، حيث وأصبحت جميع الدول بحاجة إلى بعضها لإنشاء شبكة تجارة تسد حاجاتها ومتطلباتها.

وأمام تنوع وتوسع التجارة الدولية والتطور التكنولوجي الهائل ظهرت التجارة الالكترونية والذي أصبحت في يومنا الحالي تشكل العمود الفقري للتجارة العالمية، إذ أصبحت الشركات الكبرى تعقد صفقات بملايين الدولارات بواسطة وسائل التكنولوجيا الحديثة، دون الحاجة إلى وجود اتفاقيات مكتوبة وموقعة وفقاً للنظام التقليدي القديم، لا سيما وأن التجارة الالكترونية ساهمت إلى حد كبير في التقليل من التكلفة والوقت والجهد، وأصبح بإمكان الأفراد والشركات اختيار متطلباتهم وحاجاتهم عبر الشبكة العنكبوتية دون الحاجة إلى وجودهم الفعلي في مكان البضائع، إذ أنه ومع التطور التكنولوجي المتسارع، أصبحت إمكانية معاينة البضائع بشكل دقيق تقلل الحاجة إلى حد كبير للتنقل بين الدول.

وأمام هذا التطور في مجال التكنولوجيا، وأهمية الوقت في العصر الحديث، ظهرت أهمية إيجاد وسائل حديثة لحل المنازعات التي قد تنشأ ما بين الأفراد نتيجة تلك التعاملات التجارية الالكترونية، ومن هنا ظهر التحكيم باعتباره وسيلة بديلة لحل النزاعات، حيث تعاضد دور التحكيم، وازداد اللجوء إليه، وذلك لتجنب سلبية النظام القضائي في الدول النامية وخلق حافز استثماري متنوع ما بين مختلف دول العالم، إذ يلبي التحكيم احتياجات وتطلعات الشركات الاستثمارية ويتوافق مع رؤية الاقتصاد الحر والأنشطة الاقتصادية العابرة للقارات.

ومع ذلك، لم يعد التحكيم في منظوره التقليدي يفي بالتطلعات من حيث كونه الوسيلة الأكثر نجاعة في حسم النزاعات، لا سيما وأن التحكيم في منظوره التقليدي وعلى وجه التحديد في التجارة الدولية، يحتاج إلى تنقل الأفراد بين الدول، وفقاً لتحديد مكان التحكيم، وعقد جلسات التحكيم بشكلها التقليدي يؤدي إلى خسارة الوقت والجهد والمال الكثير، الأمر الذي جعل هناك حاجة إلى تطوير التحكيم باعتباره وسيلة بديلة لحل النزاعات؛ لذا فقد ظهر التحكيم الإلكتروني، والذي يعتمد على شبكة الإنترنت باعتبارها المكان المناسب والمقبول لحسم النزاعات التي تنشأ بناء على التعامل والتعاقد الإلكتروني، بحيث أصبح الفضاء الإلكتروني هو المكان الأكثر مناسبة لعقد جلسات التحكيم والبت فيها، حيث يمتاز هذا

النوع من التحكيم بالمرونة والسرعة والانسجام مع طبيعة التجارة الإلكترونية كما أنه يجنب سلبيات التحكيم بمفهومه التقليدي.

مع ظهور التحكيم الإلكتروني بمفهومه الحديث طفا على السطح العديد من التساؤلات حول إمكانية تطبيق هذا النوع من التحكيم في ظل الأنظمة القانونية السائدة في بلدان العالم النامية، حيث كان لا بد من تحديد الآلية القانونية التي يسير في مجراها التحكيم الإلكتروني وذلك للوقوف على مدى توافق ذلك والأنظمة القانونية السائدة، وذلك في محاولة لإيجاد أفضل الحلول القانونية النازمة لهذا المجال عند تطبيقه.

أهمية الدراسة

مع بلورة فكرة التحكيم على الصعيد الدولي وازياد أهميته كأنجح وسيلة لفضل النزاعات بين الأفراد الذين ينتمون لأنظمة قانونية مختلفة، إذ أصبحت معظم عقود التجارة الدولية تتضمن في متنها بنود تحيل أي نزاعات بين أطرافها للتحكيم، وكون أن اللجوء للتحكيم يرتب آثاراً قانونية على الصعيدين المحلي والدولي، ويثير أسئلة تحتاج للإجابة عليها ومن أهمها مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني لكل ذلك تظهر أهمية دراسة هذا الموضوع.

فهذا القانون هو الأساس الذي يستند عليه في عملية اصدار حكم التحكيم وحسم النزاع؛ كما يعتبر موضوع تحديد القانون واجب التطبيق على التحكيم ذا أهمية كبرى فيما يتعلق بطرفي النزاع، فقرارهم باختيار التحكيم طريقاً لفضل منازعتهم يعني تنازلهم عن الضمانات التي يوفرها التقاضي أمام القضاء العادي، إلا أن تخليهم عن هذه الضمانات قد لا تلبى احتياجاتهم ولا تحقق الأهداف المرجوة من اختيارهم له، إذ لا يتم اللجوء لهذه الطريقة إلا من أجل الحصول على حماية قضائية بأفضل صورة وأكثرها نجاعة وفعالية وأقلها وقتاً؛ إذ تكون مسألة تعيين القانون واجب التطبيق على موضوع المنازعة أمراً لا مفر منه، وتبرز أهمية تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني عند حدوث تنازع قوانين في موضوع منازعة التحكيم الإلكتروني، إذ يكون التحكيم مقترناً بعنصر أجنبي بالغالب، وهذا ما يميز التجارة الدولية والإلكترونية، من كونها التجارة التي تجمع أطرافاً من دول مختلفة.

في الواقع الفلسطيني ما زال الحديث عن التحكيم الإلكتروني في بداياته، سيما وأن النظام الاقتصادي

الفلستينى هو نظام حديث النمو والتطور، وأن المشرع الفلستينى قد تظن حديثاً لأهمية التجارة الإلكترونية وذلك من خلال سنه لقانون المعاملات الإلكترونية رقم (15) لسنة 2017، لذلك كان لا بد من وضع تنظيم قانونى للمنازعات التى قد تنشأ بواسطة هذه التجارة بما يتناسب والغاية التى وجدت من أجلها؛ ذلك كله بهدف تشجيع الاستثمار واستقطاب مستثمرين من الخارج، وهذا يتم من خلال تأمين بيئة قانونية مناسبة توفر لهم الأمن والأمان الإقتصادى والقانونى، مما يعزز الثقة بالنظام القانونى الفلستينى وانعكاسه ايجابياً على النظام الإقتصادى الفلستينى.

إشكالية الدراسة

ظهرت عدة تحديات شكلت عائقاً أمام التحكيم الإلكترونى، وذلك فيما يخص الإطار والقواعد القانونية الناظمة له، حيث نظم التحكيم وفقاً لقوانين تحكيم خاصة قامت بتنظيم أعماله واجراءاته وفقاً لما هو سائد من أنظمة تقليدية فى البلاد، وربما لم يكن هناك إدراك فى مرحلة سن القوانين الناظمة لمسألة التحكيم التطور التكنولوجى الكبير وتصور إمكانية استخدام الوسائل التكنولوجية كجزء من العملية التحكيمية سواء من حيث الإجراءات أو الموضوع. الأمر الذى جعلنا نقف حول إمكانية انطباق شروط التحكيم التقليدى الواردة فى قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000 على التحكيم الإلكترونى بصفتها القواعد الناظمة لهذا النوع الجديد من التحكيم .

تتمحور مشكلة هذا البحث والذى يسعى إلى محاولة تفصيها حول مسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكترونى فى ظل قانون التحكيم الفلستينى رقم (3) لسنة 2000؛ وتبرز مشكلة البحث فى تحديد آلية معرفة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم وعلى موضوعه، سواء فى حال اتجهت إرادة الأطراف إلى تحديد قانون معين أم لا وسواءً كانت الإرادة صريحة أو ضمنية وفى حال عدم اتفاقهم على القانون معين، فهل هذا يعنى أن لهيئة التحكيم حرية تحديد القانون واجب التطبيق؟

ويتفرع عن مشكلة البحث مجموعة من الأسئلة التى يحاول الباحث الإجابة عنها وهى:

1. ما هى الشروط الموضوعية والشكلية لاتفاق التحكيم الإلكترونى؟
2. كيف يمكن التغلب على شرط الكتابة الذى يعتبر شرطاً أساسياً لنشوء اتفاق التحكيم؟
3. كيف يمكن تحديد زمان ومكان انعقاد جلسات التحكيم فى التحكيم الإلكترونى؟

4. ما هي المعايير الدولية للتحكيم؟
5. هل أجاز قانون التحكيم الفلسطيني نظر الدعوى التحكيمية إلكترونياً
6. ما هو الأساس القانوني لاختيار القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني؟
7. هل يمكن للأفراد تحديد القانون الاجرائي واجب التطبيق أم يقتصر دورهم على تحديد القانون الموضوعي؟
8. كيف يتم الاستناد للقانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني؟
9. ما أهمية دور إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق؟
10. ماهي صور إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق؟ ماهية السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في تحديد القانون واجب التطبيق؟

أهداف الدراسة

يهدف الباحث من خلال هذه الدراسة إلى التعرف على الأساس القانونية لتحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني سواء من حيث الإجراءات أو الموضوع فيما يخص النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية والتي يتفق الأطراف حسمها بواسطة التحكيم في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 ومقارنتها مع القانون الأردني والقانون الإماراتي وذلك من خلال فرضيتين الأولى تبنى على وجود اتفاق ما بين الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق، والثانية تبنى على غياب إرادة الأطراف عن تحديد ذلك القانون.

كما يسعى الباحث من وراء هذا البحث إلى تسليط الضوء على أهمية تدخل المشرع الفلسطيني لغايات تعديل قانون التحكيم الفلسطيني، بحيث يشمل اتفاق التحكيم الإلكتروني، وذلك لأهمية التحكيم الإلكتروني في عصرنا الحالي كما ذكرنا، بحيث يجب أن يكون قانون التحكيم قانوناً معاصراً يواكب هذا التطور ويعمل على تلبية كافة حاجات ومتطلبات المجتمع بكل ما يتعلق بالنزاعات التي تنشأ عبر التجارة الدولية والإلكترونية بما يكفل إيجاد حلول فعالة لها تتميز بالسرعة والفعالية بعيداً عن التعقيدات التي تطل أحياناً النظام القضائي العادي أو نظام التحكيم التقليدي.

نطاق الدراسة

تتمحور هذه الدراسة حول القانون واجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني وذلك في ظل قانون التحكيم الفلسطيني إذ ستتناول الدراسة الإطار القانوني الناظم للقانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني. وذلك من خلال دراسة القوانين الفلسطينية الناظمة للتحكيم في فلسطين وعلى وجه التحديد قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000،¹ القرار بقانون رقم (15) لسنة 2017 بشأن المعاملات الإلكترونية² ومقارنتها مع قانون التحكيم في المملكة الأردنية الهاشمية رقم (31) لسنة 2001³ وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (15) لسنة 2015⁴ وقانون التحكيم الإماراتي رقم (6) لسنة 2018⁵ وقانون المعاملات الإلكترونية وخدمة الثقة الإماراتي رقم (46) لسنة 2021⁶، والوقوف على طبيعة القواعد القانونية التي تبناها المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم الفلسطيني ومدى تناسبها مع طبيعة التحكيم الإلكتروني بالإضافة إلى مجموعة من الاتفاقيات الدولية التي عالجت مسألة التحكيم الإلكتروني أبرزها قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 واتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 وقاعد الأونسيترال للتحكيم لسنة 1976 واتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958.

إن توجه إلى دراسة القواعد القانونية الناظمة لاتفاق التحكيم لكل من المملكة الأردنية الهاشمية في ظل قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 والامارات العربية المتحدة في ظل القانون الاتحادي رقم (6) لسنة 2018 بشأن التحكيم، بسبب القرب الجغرافي مع المملكة الأردنية الهاشمية والتشابه إلى حد ما في البيئة والظروف الاجتماعية والاقتصادية؛ أما الامارات العربية المتحدة فقد تمتاز قوانينها بأنها حديثة ومعاصرة، إذ جاءت القوانين في الامارات العربية مواكبة للتكنولوجيا والإلكترونيات.

1 السلطة الوطنية الفلسطينية، قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000. الوقائع الفلسطينية، عدد33: 5-29.
2 السلطة الوطنية الفلسطينية، القرار بقانون رقم (15) لسنة 2017 بشأن المعاملات الإلكترونية. الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز 14: 2-14.
3 المملكة الأردنية الهاشمية، قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001، الجريدة الرسمية، العدد2821.
4 قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (15) لسنة 2015. منشور في الجريدة الرسمية، ع5341: 5292.
5 دولة الامارات العربية المتحدة، قانون اتحادي رقم (6) لسنة 2018 بشأن التحكيم. الجريدة الرسمية، العدد630.
6 دولة الامارات العربية المتحدة، مرسوم بقانون اتحادي رقم (46) لسنة 2021 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة. الجريدة الرسمية، العدد 712 بتاريخ 2021/12/20.

منهج الدراسة

استخدم الباحث في دراسته المنهج الوصفي وذلك بوصف ماهية التحكيم الإلكتروني وخصائصه والوقوف على ميزاته، بالإضافة إلى وصف الشروط الشكلية والموضوعية لاتفاق التحكيم الإلكتروني، ومن ثم استعراض أهمية الاعتراف بحرية الأطراف في اختيار القانون الاجرائي والموضوعي لتحديد محل قانون الإرادة لتطبيقه سواء على إجراءات التحكيم الإلكتروني و/أو على موضوع التحكيم الإلكتروني لحسم النزاع، ووصف دور المحكم عند عرض النزاع عليه؛ كما يقوم البحث على المنهج التحليلي وذلك بتحليل مواد قانون التحكيم الفلسطيني ومعرفة إمكانية انطباقها على التحكيم الإلكتروني وكيفية معالجتها للقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم وعلى موضوعه.

واستخدم الباحث أيضاً المنهج المقارن؛ وذلك من خلال الاطلاع على الكيفية والآلية التي تعاملت بها التشريعات العربية مع هذه المسألة ومقارنتها بقانون التحكيم الفلسطيني وعلى وجه التحديد القوانين في المملكة الأردنية الهاشمية والامارات العربية المتحدة بالإضافة إلى معرفة موقف المعاهدات والاتفاقيات الدولية من مسألة التحكيم الإلكتروني ومدى الدور الذي لعبته بهذه المسألة وهي قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 واتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 وقاعد الأونسيترال للتحكيم لسنة 1976 واتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958.

الدراسات السابقة

ستعتمد الدراسة على أساليب البحث المكتبي من خلال مراجعة الأدبيات ذات العلاقة وهي (الكتب، المقالات، الرسائل الجامعية)، بالإضافة إلى التشريعات القانونية النازمة للتحكيم في فلسطين وبعض البلدان العربية، وفيما يلي أهم المراجع والدراسات التي تم الاستناد إليها في هذا البحث:

1. نافذ المدهون، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني في فلسطين، مجلة جامعة الأزهر، المجلد رقم (19)، عدد خاص بمؤتمر كلية الحقوق الخامس محكم، غزة، 2017.

تطرقت هذه الدراسة إلى تحديد مفهوم التحكيم عبر الوسائل الإلكترونية، ومدى اختلافه عن نظام التحكيم التقليدي الذي يتم بالوسائل العادية المنصوص عليها في قانون التحكيم الفلسطيني، بالإضافة لوقوفها

على طبيعته القانونية لكل من النظامين واختلافهما وذلك بسبب اختلاف الوسائل المستخدمة لإجراءاته؛ هذا وسلطت الدراسة الضوء على أهمية التحكيم الإلكتروني في ظل تطور التجارة الإلكترونية والمعاملات التجارية الإلكترونية العابرة للحدود باعتبار التحكيم الإلكتروني الوسيلة الأكثر نجاعة للفصل بين المؤسسات الاقتصادية باستخدام وسائل الكترونية تعتمد على تكنولوجيا الاتصالات والمعلوماتية. كما بينت الدراسة أهمية الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كركن إثبات في اتفاق التحكيم الإلكتروني، بالإضافة إلى تطرقها لضرورة وضع محددات يتم من خلالها التعرف إلى أهلية المحكمين وأهلية أطراف النزاع؛

2. نبيل زيد سليمان مقابلة، إمكانية تطبيق التحكيم الإلكتروني وفقاً للقانون الأردني، مجلة مركز صالح عبد الله للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، مجلد (19)، عدد (55)، 2015.

ركزت هذه الدراسة على إمكانية تطبيق التحكيم الإلكتروني وفقاً لنظام القانوني السائد في المملكة الأردنية الهاشمية، وبيان كيفية تطبيق التحكيم الإلكتروني على أساس الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها المملكة الأردنية الهاشمية وأصبحت جزء من النظام القانوني الأردني، حيث خلصت الدراسة إلى إمكانية تطبيق التحكيم الإلكتروني وفقاً للنظام القانوني الأردني، لا سيما وأن قانون التحكيم الأردني قد شمل في مضمونه التحكيم الإلكتروني؛ هذا وبينت هذه الدراسة الآلية التي يتم من خلالها تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم سواء من حيث الإجراءات والموضوع وذلك ببلورة أهمية دور إرادة الأطراف في هذا التحديد سواء من خلال الإحالة إلى قانون معين لتنظيم الإجراءات أو ووضع قواعد يتبين من خلالها الإجراءات التي يجب على هيئة التحكيم التحلي بها عند نظر النزاع، وبينت الحلول البديلة أمام هيئة التحكيم في غياب إرادة الأطراف.

3. الاء فاروق عبد حج عبد، القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في ظل قانون التحكيم الفلسطيني – دراسة مقارنة، رسالة جامعية، جامعة النجاح، 2014.

سلطت هذه الدراسة الضوء على دور هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم في ظل غياب إرادة الأطراف، كون أن دور هيئة التحكيم يكون استثناء على الأصل العام وهي إرادة الأطراف، وذلك من خلال ما يلي:

أ. معرفة إمكانية تطبيق هيئة التحكيم لقاعدة اسناد معينة المتمثلة في أعمال قاعدة الإسناد في الدولة التي توجد فيها هيئة التحكيم وذلك من خلال الوقوف على موقف المشرع الفلسطيني من هذه القاعدة سندا لأحكام قانون التحكيم الفلسطيني فيما يتعلق بإجراءات التحكيم وعلى وجه التحديد أحكام المادة (18) منه والذي أخذت بالمعيار المكاني لمقر هيئة التحكيم في حال غياب إرادة الأطراف، أما من حيث القانون واجب التطبيق على موضوع التحكيم، فقد بينت الدراسة بأن المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني أنها منحت لإدارة الأطراف حرية الاختيار وفي حال غياب إرادة الأطراف يتم تطبيق قانون التحكيم الفلسطيني في حال كان التحكيم محليا وفي التحكيم الدولي الذي يجري في فلسطين يتم تطبيق قواعد الإسناد دون تطبيق قواعد الإحالة إلا إذا أدت إلى تطبيق القانون الفلسطيني.

ب. إمكانية اختيار هيئة التحكيم للقانون الأوثق صلة بموضوع النزاع، وبيان التشريعات العربية الذي أخذت بهذه القاعدة وعلى وجه التحديد التشريعات في المملكة الأردنية الهاشمية وجمهورية مصر العربية، حيث لا تتقيد هيئة التحكيم بالأخذ بقانون معين أو باتباع قواعد تناول في قانون وطني معين، وإنما يكون واجب على هيئة التحكيم البحث عن القانون الأكثر اتصالا بموضوع النزاع.

هذا بالإضافة إلى تطرق هذه الدراسة إلى إمكانية اختيار هيئة التحكيم القانون واجب التطبيق مباشرة (دون أعمال قاعدة الإسناد)، وذلك بتحديد القانون واجب التطبيق مباشرة بناء على تحليل الظروف القانونية ووقائع القضية باعتباره القانون الأكثر ارتباطا بالنزاع وموضوعه وذلك عبر تفسير العقد بحد ذاته والنظر إلى العقد بصورة مستقلة عن أي اعتبار آخر أو تفسيره في ضوء المبادئ العامة والتعامل التجاري بعيدا عن النظم الوطنية. وقد تم شرح موقف القانون الفلسطيني من هذه النظرية وذلك بتحليل المواد (18) و(19) من قانون التحكيم.

4. نور الدين حجايا، القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع الخاضع للتحكيم، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، مجلد (3)، عدد (3)، 2011.

إذ سلطت هذه الدراسة الضوء على أهمية إرادة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم سواء من حيث الإجراءات و/أو الموضوع، وبيان إمكانية اختيار الأطراف لقواعد قانونية لا تنتمي لدولة معينة، وموقف التشريعات العربية من هذه القواعد؛ ومن ثم تطرق إلى دور المحكم في استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف، والكيفية التي يمكن من خلالها المحكم الوقوف على الإرادة

الضمنية للأطراف، وذلك من خلال التحليل الموضوعي لموضوع النزاع والوقوف على الظروف والملابسات والقرائن الذاتية المستمدة من أطراف النزاع مثل جنسيتهم وغيرها بالإضافة إلى القرائن الخارجية مثل مكان إبرام الالتزام أو مكان تنفيذه؛ وقد وضحت هذه الدراسة الحرية التي يتحلى بها المحكم لغايات الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف.

من جانب آخر فقد تناولت الدراسة دور المحكم في البحث عن القانون واجب التطبيق عند سكوت الأطراف عن تحديده، وذلك إما بالاختيار المباشر للقانون الأوثق صلة بالنزاع، وهذا ما اخذ به قانون التحكيم الأردني في المادة (36) منه، أو الاختيار عن طريق قواعد التنازع.

إن ما يميز هذه الرسالة عن جميع الدراسات السابقة في أن هذه الدراسات لم تتناول موضوع القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني في ظل قانون التحكيم الفلسطينية رقم (3) لسنة 2003 فقط وإنما تطرقت في جزء منها إلى القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم في البلدان العربية المختلفة، وفي جزء آخر تناولت التحكيم الإلكتروني بصفة عامة دون الخوض في خصوصية الاتفاق واجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني والتركيز عليه، إذ نجد بأنها تطرقت له بشكل مبسط وسريع دون تغطية جميع الجوانب القانونية النازمة له.

كما أنه ما يميز الدراسة أنه لم يسبق وأن تطرقت أي من الدراسات السابقة بأنها تحاول فهم إطار التنظيم القانوني الفلسطيني الناظم لاتفاق التحكيم الإلكتروني، ومحاولة لإيجاد دراسات معمقة وجادة في التحكيم الإلكتروني على الصعيد الفلسطيني وذلك من خلال تحليل قانون التحكيم الفلسطيني ومعرفة أوجه القصور الذي يعتريه، ومحاولة سد هذا النقص في ظل قانون المعاملات الإلكترونية رقم (15) لسنة 2017 من أجل التوصل إلى أفضل تنظيم قانوني يتلاءم والواقع الفلسطيني وذلك نظراً لأهمية التحكيم الإلكتروني في وقتنا الحاضر. كما أن الدراسة ستتناول الموضوع من خلال دراسة وتحليل آخر التشريع الإماراتي المتعلق والمتلائم مع التطور التكنولوجي.

خطة الدراسة

جرى تقسيم هذه الرسالة إلى فصل تمهيدي وفصلين أساسيين، بحيث جاء الفصل الأول تحت عنوان ماهية التحكيم الإلكتروني، وتضمن مبحثين الأول بعنوان مفهوم التحكيم الإلكتروني والثاني بعنوان

اتفاق التحكيم الإلكتروني وشروط صحته؛ في حين جاء الفصل الثاني تحت عنوان القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني من حيث الموضوع، وقد تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، إذ جاء المبحث الأول تحت عنوان حرية الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، في حين تناول المبحث الثاني سلطة المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع؛ أما الفصل الثالث فقد جاء تحت عنوان القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني من حيث الإجراءات والتنفيذ، وتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، جاء المبحث الأول تحت عنوان القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني من حيث الإجراءات، في حين جاء المبحث الثاني تحت عنوان تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني.

الفصل الأول

ماهية التحكيم الإلكتروني

جاءت فكرة التحكيم الإلكتروني كاستجابة فعّالة لمتطلبات التقدم التكنولوجي في العصر الحديث الذي يشكل الابتكار التكنولوجي محوره الرئيسي وعصب أبرز التحولات الاقتصادية والقانونية فيه. وفي سياق التحولات السريعة والمستمرة التي يشهدها العالم، أصبح من الضروري إعادة النظر في أساليب التحكيم التقليدية وتطويرها لتكون مواكبة لهذه التحولات. وفي هذا الصدد، برزت فكرة التحكيم الإلكتروني كبديل مستدام وفعال، حيث يعتبر التحكيم الإلكتروني نسخة متطورة للتحكيم التقليدي تتلاءم مع متطلبات عصرنا الحالي.

ومع تزايد أهمية التجارة الدولية والتجارة الإلكترونية، اتجهت الدول نحو توقيع اتفاقيات دولية لتنظيم هذه العلاقات. يأتي في مقدمتها اتفاقية الأمم المتحدة للتجارة الدولية "الأونسيترال" للتجارة الإلكترونية كمبادرة رئيسية، التي أسهمت في وضع قواعد وأسس لتنظيم العلاقة بين الأطراف في مجال التجارة الدولية. تضمنت الأونسيترال قواعد تسعى إلى تحقيق المساواة بين المعاملات الإلكترونية والمعاملات الورقية، مما يعزز المرونة والشفافية في هذا السياق. وبفضل هذه الاتفاقية، تمنح المعاملات والاتفاقيات الإلكترونية الصبغة التعاقدية اللازمة لضمان صحة ونفاذ العقود الرقمية. ولا تقتصر هذه الجهود على ذلك، بل امتدت إلى تنظيم مسألة التوقيعات الإلكترونية في مجال التجارة الدولية من خلال اتفاقية الأمم المتحدة للتجارة الدولية للتوقيعات الإلكترونية (2001)، والتي تسعى إلى توفير إطار قانوني يوفر الأمان والثقة في استخدام التوقيعات الإلكترونية.⁷

يشكل هذا الفصل مدخلاً تقديمياً وتمهيدياً لموضوع البحث، حيث يسعى الباحث من خلال هذا الفصل إلى تسليط الضوء على مفهوم التحكيم الإلكتروني بهدف فهم هذا المصطلح وتحديد مكن أهميته. وعليه، سيقوم الباحث بتقسيم إلى ثلاثة فصول رئيسية. يتناول في الأول مفهوم التحكيم الإلكتروني من خلال بيان مفهوم التحكيم الإلكتروني وخصائصه كوسيلة مبتكرة وبديلة في حل النزاع. في حين يتناول

⁷ ريناد السعدون وآخرون، "التحكيم الإلكتروني لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، ع7، (سنة النشر 2023)، ص81.

المبحث الثاني الشروط الضرورية التي يجب أن تتوافر في اتفاق التحكم الإلكتروني، من الناحيتين؛
الشكلية والموضوعية.

المبحث الأول

مفهوم التحكيم الإلكتروني

تعتبر التكنولوجيا وتطور وسائل الاتصال الإلكتروني من أبرز العوامل التي أحدثت تحولاً جذرياً في مجالات حل النزاعات، ومن بين هذه المجالات يبرز مفهوم التحكيم الإلكتروني كأحد النقاط الرئيسية التي تجسد التطور الحاصل. يعكس مفهوم التحكيم الإلكتروني استجابة ملحوظة لتحديات العصر الحديث، حيث يعتمد على وسائل الاتصال الرقمي لحل النزاعات والخلافات عبر الإنترنت. يعتمد هذا النهج على ممارسة نظم التحكيم التقليدية في بيئة رقمية، مما يسهم في تسريع عمليات فض النزاع وتقديم حلولاً فعالة. سيتم في هذا المبحث استكشاف أبعاد ومفاهيم التحكيم الإلكتروني، وذلك بعد التعرّيج السريع على مفهوم التحكيم كأحد أبرز الوسائل البديلة لحل النزاعات.

يأتي هذا المبحث لتوضيح الجوانب الأساسية لمفهوم التحكيم والتحكيم الإلكتروني من الناحيتين؛ اللغوية والاصطلاحية، بالإضافة لاستعراض أهم الخصائص الرئيسية والمميزة لهذا النوع من التحكيم. وعليه، سيقوم الباحث بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين، يتناول في الأول تعريف التحكيم من الناحيتين اللغوية والقانونية، في حين سيتوسع في المطلب الثاني ليتناول تعريف التحكيم الإلكتروني كنوع من أنواع التحكيم.

المطلب الأول: تعريف التحكيم وطبيعته القانونية

يعتبر التحكيم تقنية قانونية فعّالة ومنتشرة على مستوى العالم، تلتقي فيها متطلبات العدالة والسرعة، مما يجعلها خياراً شائعاً في حل النزاعات التجارية والقانونية المختلفة. الأمر الذي يطلب تحديد المقصود بالتحكيم وبيان طبيعته القانونية، وذلك من خلال فرعين اثنين، يتناول في الأول تعريف التحكيم من الناحيتين اللغوية والقانونية، في حين سيخصص الفرع الثاني ليتناول الطبيعة القانونية للتحكيم.

الفرع الأول: تعريف التحكيم

التحكيم هو اتفاق الأطراف على تسوية النزاعات خارج النظام القضائي التقليدي. يتمثل هذا الاتفاق في اختيار محكمين يُسمون بـ " ليفصلوا في النزاع، حيث يمكن للأطراف الاتفاق على اللجوء للتحكيم بعد نشوء النزاع كوسيلة بديلة لحله، ويُعرف هذا الاتفاق بمصطلح مشاركة تحكيم ". أو يُمكن أن يتفق

الأطراف مقدماً في عقودهم على اللجوء للتحكيم في حال ثار أي نزاع بينهم، ويُسمى ذلك بشرط التحكيم والذي يتفق الأطراف من خلاله على تحديد شروط التحكيم وآلية اختيار المحكمين، ويمكن أن يشمل شرط التحكيم أيضاً الإشارة إلى هيئة تحكيم أو مركز لتنظيم العملية التحكيمية وتطبيق قواعد أو لوائح تلك الهيئة أو المركز.⁸

ويعرف التحكيم في السياق القانوني على أنه "اتفاق الأطراف على علاقة قانونية معنية عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي من المحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين، ويتولى الأطراف تحديد الأشخاص المحكمين أو على الأقل يتضمن اتفاقهم على التحكيم بياناً لكيفية اختيار المحكمين، أو أن يعهدوا لهيئة تحكيم أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقاً للقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز".⁹

تعرف المادة (1) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 التحكيم بأنه "وسيلة لفضّ نزاع قائم بين أطرافه، وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم للفصل فيه". وتعرف المادة (1) من قانون التحكيم الاتحادي الإماراتي رقم (6) لسنة 2018 في دولة الإمارات العربية المتحدة التحكيم كـ "وسيلة لفضّ نزاع قائم بين أطرافه، وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم للفصل فيه". أما قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 وتعديلاته فلم يقدم تعريفاً صريحاً للتحكيم، ولكن أشار إليه من خلال البنود والأحكام الواردة فيه.

من خلال ما تقدم، نستنتج بأن التحكيم هو وسيلة استثنائية لفضّ النزاعات يتم اللجوء إليها من قبل الأطراف بإرادتهم الحرة، رغبة منهم في سلب الاختصاص من القضاء العادي، ومنحه إلى هيئة يتم اختيارها من قبلهم لغايات فضّ النزاع القائم أو المتوقع قيامه مستقبلاً في المنازعات بشكل عام والمنازعات التجارية على وجه الخصوص التي تنشأ بينهم. حيث يتم الاتفاق على اللجوء للتحكيم سواء عند إبرام العقود، فيكون (شرط التحكيم) أو في مرحلة لاحقة لنشوء النزاعات فيكون (مشاركة التحكيم).

⁸ محمد علي سويلم، *اتفاق التحكيم الإلكتروني "دراسة مقارنة"*، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2021)، ص 17.
⁹ هشام بشير، "التحكيم الإلكتروني: المفهوم والاهمية - دراسة مقارنة"، *المجلة المصرية للقانون الدولي*، الجمعية المصرية للقانون الدولي، مجلد 70 (2014)، ص 35.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم

تعتبر مسألة تكييف الطبيعة القانونية للتحكيم موضوعاً معقداً تفاوتت فيه آراء الفقهاء والمفكرين القانونيين. يعزى هذا التباين إلى مجموعة من الأسباب، منها تعدد الجوانب التي يتناولها القانون في هذا السياق. كما يلعب تباين التشريعات المحلية والدولية دوراً في تشكيل وجهات النظر حيال ما إذا كانت الطبيعة القانونية للتحكيم عقديّة أم قضائية أم ذات طابع مختلط أو خاص.

ينقسم الفقه في تكييف الطبيعة القانونية للتحكيم إلى أربع توجهات على النحو التالي:

1. التوجه الأول التحكيم ذو طبيعة تعاقدية: يجادل هذا التوجه في فهم التحكيم على أنه عقد ينشأ بإرادة الأطراف، ويُعتبر إحدى صور عقود المعاوضة. يعزز هذا التوجه حجته ببروز مبدأ سلطان الإدارة في اتفاق وشروط التحكيم، الأمر الذي يجعل التحكيم برأيهم- ذا طابع تعاقدية. حيث يرى فقهاء هذا التوجه بأن اختيار الأطراف للتحكيم يعني تنازلهم عن الضمانات القانونية والإجرائية المتاحة في النظام القضائي، مع التأكيد على أن اتفاق التحكيم يشكل النظام الوحيد لكافة مراحل التحكيم، بدءاً من الإجراءات وصولاً إلى إصدار القرار.¹⁰ ومع ذلك، يُتهم هذا التوجه بتجاهله للوظيفة الخاصة التي يقوم بها المحكم خلال إجراءات التحكيم، حيث يؤكد النقاد على أن المحكم يؤدي دوراً مماثلاً لدور القاضي في المحكمة.¹¹

2. التوجه الثاني التحكيم ذو طبيعة قضائية: يروج أنصار هذا التوجه لفهم التحكيم كقضاء إلزامي ملزم لأطرافه، حتى إذا نشأ بموجب اتفاق، حيث يعتبرونه التزاماً لا يمكن للأطراف الانسحاب منه. كما يؤكد فقهاء هذا التوجه أنّ المحكم لا يُمارس وظائفه استناداً إلى توجيهات الأطراف، مما يجعل الصفة القضائية تسود في عملية التحكيم. ويُشدد على أن الإجراءات المتبعة خلال التحكيم تتشابه مع تلك المتبعة أمام القضاء. بالإضافة إلى ذلك، يرى هذا التوجه أن الحكم الصادر عن المحكم يعتبر عملاً قضائياً يحوز على حجية الأمر المقضي به، ويُعطى نفس القيمة القانونية التي تحملها الأحكام الصادرة عن المحاكم في السلطة القضائية للدولة.¹²

¹⁰ عصام مطر، التحكيم الإلكتروني: ماهيته وإجراءاته وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية، (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2009)، ص45.

¹¹ عصام مطر، المرجع السابق، ص 48.

¹² نبيل مقابلة، "التحكيم الإلكتروني"، مجلة الفقه والقانون، المملكة العربية السعودية، ع24، (2014)، ص10-11.

3. التوجه الثالث التحكيم ذو طبيعة مختلطة: يقوم هذا التوجه على أن التحكيم يجمع بين الصفة التعاقدية والصفة القضائي، بحيث يأخذ من الصفة التعاقدية كونه ينشأ بموجب اتفاق بين الأطراف¹³. بالإضافة إلى ذلك، يرى أنصار هذا التوجه أن الحكم الصادر عن المحكم يعتبر عملاً قضائياً حائزاً على حجية الأمر المقضي به، ويُعطى نفس القيمة القانونية التي تحملها الأحكام الصادرة عن المحاكم في السلطة القضائية للدولة¹⁴.

4. التوجه الرابع التحكيم ذو طبيعة خاصة: يرى أصحاب هذا التوجه أن التحكيم يتمتع بذاتية مستقلة تميزه عن العقود والقضاء. فهو برأيهم أداة فريدة لحسم النزاعات، تتسم بطابع اتفاقي وقضائي بالإضافة إلى طابع آخر يختلف عن الطابعين السابقين. حيث يتميز التحكيم بالخصوصية والاستقلالية عن غيره يمن وسائل حل النزاعات وتبرز هذه الخاصة للتحكيم في مجال العلاقات التجارية الدولية من أجل تجنب الخضوع لقانون وقضاء وطنين بشأن موضوع النزاع وإجراءات التحكيم، إذ يرى أصحاب هذه النظرية بأن التحكيم بكافة مراحلها لا يخضع لقانون وطني معين وإنما يخضع لقواعد غير وطنية، بحيث يستمد التحكيم طابعه القانوني من اتفاق الأطراف والأعراف الدولية والمبادئ المشتركة بين الدول¹⁵.

يرى الباحث أن التوجه الرابع هو أكثرهم ترجيحاً، حيث أن التحكيم يتمتع بطبيعة خاصة ومستقلة فعلاً. فقد جاءت فكرة التحكيم قبل نشوء النظام القضائي، مما يعني أنه لا يمكن وصفه بأنه نظام قضائي بشكل كلي أو جزئي. ومن الجهة الأخرى، تتشكل هيئة التحكيم بناءً على اتفاق الأطراف. وعلى الرغم من ذلك، تكون هذه الهيئة مستقلة تماماً عن الأطراف، حيث تصدر قراراتها في النزاعات المطروحة أمامها بإرادة مستقلة وتكون واجبة النفاذ. وبالتالي، لا يمكن وصفه بنظام تعاقدي. ومن الجانب الآخر، يجادل التوجه الرابع بأن الاتفاق بين الأفراد لا يكون جوهر التحكيم، حيث أن التحكيم عبارة عن خليط بين العقد والقضاء، وقد انتفت فكرة أن يكون التحكيم ناتجاً عن هذين النظامين¹⁶.

¹³ مال الله جعفر الحمادي، "القانون واجب التطبيق على العقد الإداري"، المجلة القانونية، العدد (3)، هيئة التشريع والافتاء القانوني بمملكة البحرين، 2021، ص52

¹⁴ شيماء الغفار، "التحكيم الإلكتروني كآلية لحل منازعات عقود التجارة"، المجلة العلمية للبحوث الإدارية والمحاسبية والاقتصادية والقانونية، 2022، ص57.

¹⁵ محمد الزعبي، دور بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011)، ص41.

¹⁶ محمد سويلم، المرجع السابق، ص60.

المطلب الثاني: تعريف التحكيم الإلكتروني وخصائصه

في عصر التطور التكنولوجي السريع والمتسارع الذي يعيشه عالمنا، أصبحت الوسائل الإلكترونية جزءاً لا يتجزأ من تطوير أساليب حل النزاعات. يتزايد الاعتماد على التحكيم الإلكتروني باعتباره أداة فعّالة لتسوية الخلافات بين الأطراف، مستفيداً من تطور التكنولوجيا لتحقيق أقصى قدر من الكفاءة والفعالية في هذه العملية. في هذا السياق فإنه لا بد لنا من الوقوف على ماهية التحكيم الإلكتروني؟ وما هي مميزاته مقارنة بالتحكيم التقليدي؟

سيتناول الباحث تعريف التحكيم الإلكتروني في الفرع الأول. أما في الفرع الثاني، فسيسلط الباحث الضوء على مميزات التحكيم الإلكتروني. وأخيراً، سيرجع الباحث في الفرع الثالث على عيوب التحكيم الإلكتروني، حيث سيقف عند التحديات التي تواجه نظام العدالة جراء اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني كوسيلة بديلة ومبتكرة لحل النزاعات.

الفرع الأول: تعريف التحكيم الإلكتروني

يتعلق المفهوم الاصطلاحي لكلمة "إلكتروني" بالتقنيات التي تتضمن العناصر الكهربائية، والرقمية، والمغناطيسية، واللاسلكية، والبصرية، والكهرومغناطيسية، وغيرها من الوسائل المشابهة، حيث يعبر هذا المصطلح ببساطة عن أسلوب لإجراء عملية التحكيم باستخدام وسائط وشبكات إلكترونية.¹⁷

عرّف بعض الفقهاء التحكيم الإلكتروني على أنه " نظام قضائي من نوع خاص يتفق بموجبه الأطراف على إحالة النزاع وبشكل اختياري إلى طرف ثالث محايد (مقدم خدمة التسوية الإلكترونية) لعنتين شخص أو عدة اشخاص (هيئة التحكيم الإلكترونية) لتسوية النزاع باستخدام وسائل الاتصالات الحديثة وفقاً لقواعد تنظيمية ملائمة بموضوع النزاع وأسلوب التسوية، وذلك لإصدار حكم ملزم للأطراف".¹⁸ وعرّفه البعض الآخر على أنه " نظام خاص للتقاضي ينشأ من الاتفاق بين الأطراف عبر الوسائل الإلكترونية المتاحة والمحمية أن يعهدوا إلى هيئة التحكيم ومن خلال الوسائل الإلكترونية بمهمة الفصل

¹⁷ محمد سويلم، المرجع السابق، ص 31.

¹⁸ نبيلة عبد الكريم كبور، "التحكيم الإلكتروني"، مجلة العدل، وزارة العدل - المكتب الفني، ع 2 (2014)، ص 315-316.

في المنازعات القائمة بينهم، ويصدر حكم الهيئة بذات الوسائل الإلكترونية وذلك من خلال نظام بيانات يوفر حماية كافة لسرية البيانات الخاصة بالعملية التحكيمية"¹⁹.

ويسود في الفقه اتجاهان مختلفان حول تعريف التحكيم الإلكتروني. يرى الاتجاه الأول أن استخدام وسائل الكترونية في أي مرحلة من مراحل التحكيم، مثل توقيع اتفاق التحكيم أو إجراءات التحكيم، يجعل من التحكيم إلكترونياً حتى لو تم إجراء باقي المراحل بالوسائل التقليدية دون تدخل التكنولوجيا مثل سماع الشهود أو النطق بالحكم. وفي هذا السياق، تقوم آلية فض النزاعات الإلكترونية باختيار المكان الافتراضي لحل النزاع، ولكنها لا تعني بالضرورة أن عملية التحكيم ستجري بأكملها عبر الوسائل الإلكترونية. أما الاتجاه الثاني، فيتشدد في اعتبار التحكيم إلكترونياً؛ حيث يرى أنه يجب أن تتم جميع مراحل استخدام الوسائل الإلكترونية، بدءاً من اتفاق التحكيم وانتهاءً بقرار هيئة التحكيم. فلا يمكن وصف التحكيم بأنه إلكتروني فقط بسبب استخدام وسائل إلكترونية في إجراءاته، بل يجب أن تتم جميع مراحل بواسطة هذه الوسائل²⁰.

وهذا الاتجاه الثاني هو السائد في الفقه فيجب إجراء جميع مراحل التحكيم بواسطة الوسائل الإلكترونية ليعتبر التحكيم إلكترونياً بالمفهوم المطلوب، وإلا اندرجت جميع أشكال التحكيم الأخرى تحت تعريف التحكيم الإلكتروني. ففي عصرنا الحالي، وحتى في السياق التقليدي لإجراءات التحكيم؛ يصعب تجنب استخدام التكنولوجيا بشكل مطلق. فعلى سبيل المثال، عادة ما يتم تبادل الرسائل والوثائق بشكل إلكتروني بين أطراف النزاع أو بين هيئة التحكيم ولكن لا يجعل ذلك من التحكيم إلكترونياً بالمفهوم المطلوب والمتفق عليه فقهاً واصطلاحاً²¹.

يتبين مما تقدم أن التحكيم الإلكتروني هو تجسيد لصور التحكيم التقليدي، حيث يظهر عدم اختلافهما إلا في وسيلة وآلية إجراء عملية التحكيم. ويتسم التحكيم الإلكتروني بغياب الطابع التقليدي لتبادل الوثائق والمراسلات، وكذلك بعدم الحاجة إلى الحضور الفعلي (المادي) لأطراف النزاع والشهود أمام هيئة

¹⁹ نافذ ياسين المدهون، "النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني في فلسطين"، مجلة جامعة الأزهر، عدد خاص بمؤتمر كلية الحقوق الخامس المحكم، المجلد 19 (2016)، ص378.

²⁰ جعفر ذيب المعالي، التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014)، ص35-36.

²¹ محمد سويلم، المرجع السابق، ص38.

التحكيم. وبناءً على ذلك، يتضح أن تعريف التحكيم الإلكتروني لا يتجاوز جوهر تعريف التحكيم الذي ذُكر في الفرع الأول من هذا المطلب.²²

عند البحث في قانون التحكيم الفلسطيني نجد بأنه خلا من أي نصوص تشير إلى التحكيم الإلكتروني. فلا يحتوي القانون المذكور على أي مواد تسمح باستخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة في إجراءات التحكيم.

ومع ذلك، حاول المشرع تدارك هذا النقص من خلال اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني. حيث أشارت المادة (19) من هذه اللائحة إلى أن إحدى صور الكتابة في اتفاق التحكيم يمكن أن تكون على شكل رسائل معلومات تم تبادلها بين الأطراف بواسطة الوسائل الإلكترونية.²³ وعليه، يمكن الاستنتاج من هذه المادة بأن المشرع الفلسطيني قد أخذ بالمعنى الواسع للكتابة بأن شملها بالمراسلات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية، ولكنه لم يشر صراحةً إلى إمكانية استخدام تلك الوسائل في تنفيذ جميع إجراءات التبليغ والتحكيم.²⁴

أما المشرع الإماراتي فقد كان أكثر وضوحاً بشأن تحديد وسائل كتابة اتفاق التحكيم. حيث أكدت المادة (7) من قانون التحكيم الإماراتي على أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلا كان باطلاً". وتنص الفقرة الثانية من نفس المادة على أن "اتفاق التحكيم يعد مستوفياً لشرط الكتابة في حالات معينة، منها إذا تضمنه محرر وقعه الأطراف، أو تبادلوا رسائل ووسائل اتصال مكتوبة، أو تم بموجب رسائل إلكترونية وفقاً للقواعد النافذة في الدولة بشأن قانون المعاملات الإلكترونية [...]".

كما أشارت المادة المذكورة بصراحة إلى أنّ الرسائل الإلكترونية تُعتبر واحدة من أشكال التعبير كتابة عن انعقاد اتفاق التحكيم الإلكتروني، مما منحها القيمة القانونية. وأكد مرسوم بقانون اتحادي رقم (46) لسنة 2021 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة في المادة (7) منه على أنه: "إذا اشترط أي

²² جعفر المعاني، المرجع السابق، ص32.

²³ نصت المادة (19) من قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004م باللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000 "جوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع قد ينشأ نتيجة لتنفيذ عقد معين، ويراعى عند الاتفاق الشروط الآتية: 1. أن يكون الاتفاق مكتوباً ويكون مكتوباً في أي من الأحوال الآتية: أ. إذا كان ضمن محرر وقعه الأطراف. ب. إذا كان على شكل رسائل أو بريقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة. ت. إذا كان على شكل رسالة معلومات تم تبادلها بين الأطراف عبر الوسائل الإلكترونية. 2. أن يتضمن الاتفاق موضوع النزاع إذا تم الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع".

²⁴ أمير خليل وتسليم كحلة، "نحو تحكيم سيبراني في فلسطين في ظل جائحة كورونا - دراسة مقارنة"، *المجلة الدولية للقانون*، كلية القانون، جامعة قطر، المجلد العاشر، العدد الثالث، (2021)، ص55.

تشريع نافذ في الدولة في أي معلومة أو بيان أو مستند أو سجل أو معاملة أو بيئة أن يكون مكتوباً، أو نص على ترتيب نتائج معينة على عدم الكتابة، فإن هذا الشرط يعد متوفراً في المستند الإلكتروني إذا كانت المعلومات التي يتضمنها محفوظة بشكل يتيح استخدامها والرجوع إليها". وتعرف المادة (1) من المرسوم المستند الإلكتروني على أنه "سجل إلكتروني أو رسالة إلكترونية أو بيان معلوماتي يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجها أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسائل تقنية المعلومات، على أي وسيط، ويكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه".

فيما يتعلق بقانون التحكيم الأردني، فقد اشترطت المادة (10) منه ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا اعتبر باطلاً، دون إشارة واضحة إلى اعتبار المعاملات الإلكترونية كصورة من أشكال الكتابة.²⁵ ولكن، قام المشرع الأردني بسد هذه الثغرة التشريعية من خلال قانون المعاملات الإلكترونية رقم (15) لسنة 2015. ففي المادة (6) من هذا القانون، جاء على أنه "مع مراعاة أحكام الفقرة (ب) من المادة (3) من هذا القانون، إذا استوجب أي تشريع تقديم أي قيد، أو عقد، أو مستند، أو وثيقة بشكل خطي، أو كتابي فيعتبر تقديم السجل الإلكتروني الخاص بأي منها منتجاً للأثار القانونية ذاتها شريطة ما يلي: أ- إمكانية الاطلاع على معلومات السجل الإلكتروني. ب- إمكانية تخزين السجل الإلكتروني والرجوع إليه في أي وقت دون إحداث أي تغيير عليه".²⁶

إذاً، يمكن القول بأن المشرع الفلسطيني وقع في القصور التشريعي مرتين. الأولى كانت في قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، حيث لم يتطرق إلى الرسائل الإلكترونية بأي شكل. والثانية وقعت في قرار بقانون رقم (15) لسنة 2017 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية، حيث لم يرق المشرع بتوسيع نطاق شرط الكتابة كما فعلت التشريعات الأردنية والإمارتية من خلال نصها صراحة على امتداد شرط الكتابة الوارد في أي تشريع ساري ليشمل أي الرسائل أو محررات الإلكترونية. غير أن المشرع الفلسطيني قد تذاك هذا الأمر في اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم وذلك في المادة (1/19) منها

²⁵ نصت المادة (10) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة والتي تعد بمثابة سجل للاتفاق. ب. ويعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نمودجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد. ج. إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة، فعلى المحكمة أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم، ويعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب".

²⁶ المملكة الأردنية الهاشمية، قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (15) لسنة 2015. الجريدة الرسمية، ع5341: 5292.

إذ نصت على "أن يكون الاتفاق مكتوباً ويكون مكتوباً في أي من الأحوال الآتية: أ. إذا كان ضمن محرر وقعه الأطراف. ب. إذا كان على شكل رسائل أو بريد إلكتروني أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة. ت. إذا كان على شكل رسالة معلومات تم تبادلها بين الأطراف عبر الوسائل الإلكترونية".

الفرع الثاني: مميزات التحكيم الإلكتروني

يعتبر التحكيم الإلكتروني تقنية حديثة وفعالة في تسوية المنازعات. تتنوع مزايا التحكيم الإلكتروني وتبرز بشكل واضح في ظل التطورات التكنولوجية المستمرة. تتيح هذه الوسيلة الفعالة للأطراف في النزاعات التجارية، سواء كانت دولية أو محلية، الاستفادة من سلامة وسرعة العملية التحكيمية، مع توفير مجموعة من المميزات التي تسهم في تعزيز العدالة والكفاءة. نستعرض في هذا السياق مجموعة من مميزات التحكيم الإلكتروني التي تجعلها وسيلة فعالة لحل النزاعات.

1. سرعة الإجراءات

إن من أسباب عزوف البعض عن القضاء العادي أو التحكيم التقليدي واللجوء للتحكيم الإلكتروني هو تجنب ما تتسم به إجراءات التقاضي من بطء وتعقيد ووقت طويل، بينما التحكيم الإلكتروني يتسم بالسرعة نظراً لحرية الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى الإجراءات، كما يحدد الأطراف سلفاً لهيئة التحكيم المدة الزمنية واجب خلالها إصدار الحكم، وتتم جميع هذه الإجراءات في فلك الشبكة الإلكترونية دون الحاجة إلى التواجد الفعلي للأطراف على الواقع، هذا ويتوجب على المحكم إصدار الحكم خلال هذه المدة ولا يمكن له تجاوزها إلا بموافق الأطراف الخطية المسبقة؛ أضف إلى ذلك أن المحكم في التحكيم الإلكتروني يمتاز بخبرة كبيرة في مجال النزاع المعروض أمامه ولديه إمكانية لفض النزاع في أقل وقت ممكن من التحكيم التقليدي أو القاضي الوطني، وفي أوقات مناسبة لطرفي النزاع ودون التقيد بمواعيد العمل الرسمية.²⁷

2. السرية

تعتبر السرية أحد أهم مميزات التحكيم، حيث يُعدُّ هذا الأمر خروجاً عن الأصل فيما يتعلق بالقضاء العادي، من حيث ضرورة الالتزام بعلنية الجلسات كأصل عام. بالمقابل، يتسم التحكيم بأن جميع

²⁷ محمد حامد، "دور التحكيم الإلكتروني في حل النزاعات التجارية"، مجلة القلم للدراسات السياسية والقانونية، مركز بحوث ودراسات دول حوض البحر الأحمر وجامعة البليدة، 2، 3، (2021)، ص 117.

إجراءاته تكون سرية، حيث لا يمكن لأي شخص خارج أطراف التحكيم الاطلاع على هذه الإجراءات. والطابع الاتفاقي للتحكيم هو السبب لهذه الميزة، وهو الأمر الذي أكد عليه قانون التحكيم الفلسطيني ولوائحه التنفيذية، حيث أكد على مبدأ سرية الجلسات في جميع مراحل التحكيم.²⁸ ويتم تطبيق مبدأ السرية بشكل واسع في العملية التحكيمية، حيث تمتد السرية اتجاه الآخرين بالنسبة لاتفاق التحكيم، وبشكل خاص اتجاه المنافسين، لا سيما وأن علنية الجلسات، وخاصة في المجال التجاري، يمكن أن تلحق أضراراً شديدة بأطراف النزاع، خاصة إذا كان ذلك يتسبب في إلحاق الضرر بسمعتهم في السوق وإمكانية كشف أسرارهم التجارية.²⁹

3. التقنية

أصبح بإمكان الأطراف الآن تبادل المعلومات والمستندات والأوراق بسهولة عبر الوسائط الإلكترونية دون الحاجة إلى التواصل الفعلي المباشر، مما أدى إلى تقليص المسافات بين أطراف النزاع. ويتيح هذا الأمر التواصل غير التزامني، حيث يُمكن إرسال رسائل إلكترونية من قبل أحد الأطراف، والرد عليها في وقت لاحق من قبل الطرف الآخر، مما يسمح بالتفاعل بدون الحاجة إلى اجتماع مباشر (حقيقي). بالإضافة إلى ذلك، يوفر التحكيم الإلكتروني إمكانية تخزين المعلومات والمستندات بشكل آمن، مما يتيح سهولة الوصول إليها واسترجاعها في أي وقت. ويعمل التحكيم الإلكتروني على تعزيز حماية المستندات من التلاعب والتزوير، مما يجعلها أكثر أماناً بالمقارنة مع التحكيم التقليدي.³⁰

4. قلة التكلفة

يُعدُّ التحكيم الإلكتروني خياراً أكثر فعالية من الناحية المالية بالمقارنة مع التحكيم التقليدي أو القضاء. يرجع ذلك إلى أنّ التحكيم الإلكتروني يتم عبر الفضاء الإلكتروني بدون الحاجة إلى إعداد مكان مادي قائم، وبدون ضرورة حضور الأطراف أو الشهود وتنقلهم. يتيح التحكيم الإلكتروني سماع أقوال الأطراف وتحميل بياناتهم عبر وسائل الاتصال الإلكتروني دون الحاجة إلى الحصول على

²⁸ نصت المادة (50) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني على "تتظر هيئة التحكيم النزاع المعروض أمامها بصفة سرية على أنه يجوز بناء على اتفاق الأطراف جعل الجلسة علنية".

²⁹ يوسف محمد الشندي، التحكيم الداخلي والدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 "دراسة مقارنة"، (جامعة بيرزيت: كلية الحقوق والإدارة العامة، 2014)، ص43-44.

³⁰ أوان الفضي، "التحكيم عن بعد في ظل جائحة كورونا دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة العلوم القانونية والسياسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ديالى، عدد خاص بأبحاث المؤتمر العلمي الافتراضي الدولي الأول، (2020)، ص101-102.

وثائق ورقية، ويُمكن سماع الشهود باستخدام تقنيات الاتصال الحديثة مثل الاتصال المرئي (Video Conference). بالإضافة إلى ذلك، يُمكن اختيار محكمين ذوي خبرة واسعة في مجال النزاع، مما يقلل الحاجة إلى البينة الفنية و/أو الخبرة لأغراض استظهار الحقائق والتي تعتبر مكلفة في كثير من الأحيان.³¹

5. التخلص من تنازع القوانين ومسألة الاختصاص القضائي

إن وجود اتفاقية نيويورك الاعتراف بقرار التحكيم الأجنبي وتنفيذها لسنة 1958 يشكل داعماً قوياً لتجاوز تحديات تنازع القوانين والاختصاص القضائي. يُسهم هذا الاتفاق في حل إشكاليات القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني والاختصاص القضائي الناشئة عن عقود الوسائط الإلكترونية وخاصة عقود التجارة الإلكترونية، حيث تُعتبر عقود التجارة الإلكترونية غير مقيدة بنطاق جغرافي محدد. تبرز أهمية هذا الأمر في إمكانية اختيار الأطراف للقواعد الموضوعية التي تناسب طبيعة اتفاهم، وهو أمر يتناسب مع طبيعة العقود الإلكترونية ذات الطابع الدولي. كما يسهم في التغلب على غياب قواعد موحدة لتحديد الاختصاص القضائي للنزاعات التجارية الإلكترونية، وبذلك يسهم في تحديد القانون واجب تطبيقه، ويقضي على مشكلة الاختصاص الوطني لأطراف النزاع.³²

6. الخبرة والكفاءة الواسعة في المحاكم الإلكترونية

في التحكيم الإلكتروني، ليس شرطاً أن يكون المحكم خبيراً قانونياً بالضرورة، بل يمكن للمحكم أن يكون خبيراً في أي قطاع آخر. المهم في هذا السياق أن يكون المحكم ملماً بالموضوع الذي سيقوم بالفصل فيه، وأن يتمتع بالخبرة والكفاءة اللازمة لفهم التفاصيل واتخاذ قرارات مستندة إلى قواعد العدالة والانصاف. هذا يسهم في جعل الحكم الصادر عن التحكيم الإلكتروني أكثر تخصصاً وعدالة ورضا لجميع الأطراف المعنية.³³

7. إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني يتم عبر الوسائط الإلكترونية

³¹ رجائي عبد الرمان عبد القادر عوض، *الإجراءات المتبعة في التحكيم عبر الوسائط الإلكترونية*، (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2018)، ص33.

³² رضا مهدي، "التحكيم الإلكتروني كآلية من آليات تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية"، *مجلة الدراسات والبحوث القانونية*، كلية الحقوق جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد 7، العدد 2 (2022)، ص125.

³³ سامية صدقي، "التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية"، *مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية*، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، المجلد 3، العدد 1 (2018)، ص147.

يتم الحصول على موافقة الأطراف على مضمون التحكيم الإلكتروني من خلال اللجوء إلى ما يعرف بـ "التوقيع الإلكتروني". حيث يتم التوقيع على الوثائق من خلال وسائل إلكترونية من مكان وجود كل طرف دون الحاجة إلى الاجتماع في ذات المكان أو في نفس الوقت أثناء إبرام الاتفاق. هذا يسهم في تسريع وتيسير عملية التفاوض والتوقيع على الاتفاقيات، ويعزز فعالية التحكيم الإلكتروني في تسوية المنازعات.³⁴

علاوة على ما ذكر أعلاه يمتاز التحكيم الإلكتروني بسهولة إجراءات نظر النزاعات المعروضة عليه، إذ يتم إحالة النزاع لمؤسسة التحكيم وذلك من خلال شبكة الانترنت وهذا الأمر من شأنه أن يعمل على توفير الوقت والجهد، بالإضافة إلى كون إجراءات التحكيم تتم عن بعد، ناهيك عن إمكانية استرجاع البيانات التي يتم تقديمها للهيئة ودقة الوثائق والتسجيلات المقدمة.³⁵

الفرع الثالث: عيوب التحكيم الإلكتروني

كغيره من وسائل حل النزاعات، فعلى الرغم من المزايا العديدة التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني؛ إلا أن بعض الفقهاء يجادلون ببعض العيوب التي تنطوي على اللجوء للتحكيم الإلكتروني كوسيلة بديلة لفض النزاع. نستعرض أهمها من خلال هذا الفرع.

1. عدم ملاءمة القوانين الحالية للتحكيم الإلكتروني

جرى صياغة القوانين المحلية المتعلقة بالتحكيم بما يتفق مع الرؤية التقليدية له دون تجاوب كافٍ مع التطورات المستمرة في ميدان التكنولوجيا، خاصة فيما يتعلق بعقود التجارة الإلكترونية. إذ اشترطت هذه القوانين وجود الكتابة كشرط أساسي لاعتبار أي اتفاق تحكيمي صحيحاً، مما قد يُعتبر تأخراً في تبنيها للتطورات الرقمية. وفي هذا السياق، يواجه التحكيم الإلكتروني عدة تحديات تتعلق بالامتثال لمتطلبات القوانين المحلية من حيث الشكليات. تؤدي هذه التحديات إلى نشوء تساؤلات حول صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني وصفاته في ظل وجود هذه القيود الشكلية.³⁶

³⁴ محمد سويلم، المرجع السابق، ص44.

³⁵ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، "التحكيم الإلكتروني: الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات - الوساطة والتوفيق - التحكيم المفاوضات المباشرة"، (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2010)، ص62

³⁶ رجائي عوض، المرجع السابق، ص 35.

برأينا، يمكن تفادي هذه التحديات عبر التدخل التشريعي من خلال تحديث القوانين المحلية، وبشكل خاص قانون التحكيم، حيث يمكن إجراء تعديلات تتعلق بتعريف الكتابة من خلال توسيع نطاقه ليشمل وسائط التواصل الإلكتروني والرسائل.

أو كخيار آخر، يمكن الالتفات إلى ما قامت به التشريعات المقارنة في قوانين المعاملات الإلكترونية وأخذة كنموذج مع الأخذ بعين الاعتبار البيئة التشريعية الفلسطينية، وذلك من خلال تقديم تعريف موسع للكتابة لتشمل جميع المعاملات الإلكترونية وجعله يسري بأثر رجعي.

2. عدم تطبيق المحكم للقواعد الأمرة

إحدى المخاوف التي قد تؤدي إلى عزوف الأطراف عن اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني هي إمكانية عدم تطبيق المحكم القواعد الأمرة المنصوص عليها في القوانين الوطنية. فقد ينتج عن امتناع المحكم عن تطبيق القواعد الأمرة إلغاء صلاحية قرار التحكيم وعدم إمكانية تنفيذه أمام دوائر التنفيذ أو القضاء المختص. وقد تزداد هذه المخاوف في حال اتفق الأطراف على تطبيق قانون أجنبي وليس القانون الوطني، مما يضع المحكم في إطار يمنعه من تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بمقر إقامة الأطراف أو مكان انعقاد هيئة التحكيم، سواء في مراحل التحكيم أو إصدار القرار. ونتيجة لذلك، يجد المحكم نفسه غير ملزم بتطبيق القواعد القانونية الأمرة التي ترتبط بمقر إقامة الأطراف أو مكان انعقاد هيئة التحكيم مما قد يؤدي إلى إشكاليات قانونية في تنفيذ القرار.³⁷

يرى الباحث أنه يمكن التغلب على هذه المخاوف نظراً لأن جميع القوانين والاتفاقيات الدولية المعتمدة عادةً لحل النزاعات في المجال التجاري تراعي بشكل كبير مسألة القواعد الأمرة وتؤكد على عدم إمكانية تطبيق هذه القوانين في حال تعارضها مع القواعد الأمرة للقوانين الوطنية لأطراف النزاع أو للقوانين الوطنية لمحل تنفيذ قرار التحكيم. برأينا، فإنّ هذه القوانين تُبنى على مبادئ العدالة والمساواة بين الأطراف، وتأخذ في اعتبارها مصالح جميع الأطراف دون أي تحيز أو محاباة.

3. القرصنة وسرقة البيانات

³⁷ هشام بشير، المرجع السابق، ص58

قد تنطوي عملية التحكيم الإلكتروني على بعض المخاوف المتعلقة بالفضاء الرقمي بشكل عام مثل عمليات القرصنة الإلكترونية وسرقة البيانات والمعلومات. يشير هذا التحدي قلق العديد من الجهات والأفراد، مما يجعلهم يميلون نحو التحكيم التقليدي على حساب التحكيم الإلكتروني، حيث تظل عمليات القرصنة وسرقة المعلومات من بين العوامل الرئيسية التي تشكل تهديدًا للتحكيم الإلكتروني، مفقداً إياه إحدى مزايا التحكيم التقليدي الرئيسية، وهي السرية.³⁸

نرى أنه يُمكن التغلب على هذا التخوف من خلال قيام هيئات التحكيم الإلكتروني باستعمال أحدث الأنظمة الإلكترونية التي تُحافظ على سلامة البيانات وتحميها من أي اختراق محتمل. كما يمكن استخدام نظام التشفير للمعلومات الذي يُعتبر واحداً من الطرق الفعّالة لتحقيق حماية مُضاعفة، مما يجعل عملية الاختراق أو الوصول إلى المعلومات أمراً صعباً.

³⁸ يسر العجلوني، "التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفضل النزاعات"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد خاص (2020)، ص 252

المبحث الثاني

اتفاق التحكيم الإلكتروني وشروط صحته

يلعب اتفاق التحكيم الإلكتروني دورًا بارزًا في تسوية المنازعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية، فهو يمثل آلية فعّالة لحل تلك المنازعات بشكل يسير وناجح. يسعى الأفراد من خلال هذا الاتفاق إلى الاستفادة من جميع مزايا التحكيم الإلكتروني، بهدف تحقيق الغاية المرجوة بأقل جهد وأسرع وقت، وذلك دون الحاجة إلى التنقل الجغرافي الفعلي إلى أماكن إجراء التحكيم.

يأتي هذا المبحث لتوضيح مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني وصوره وشروط صحته من الناحيتين؛ الموضوعية والشكلية.

وعليه، سيقوم الباحث بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، يتناول في الأول تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني وصوره. في حين يستعرض في المطلب الثاني الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم الإلكتروني. وأخيراً، سيتناول في المطلب الثالث الشروط الشكلية لهذا الاتفاق.

المطلب الأول: اتفاق التحكيم الإلكتروني وصوره

اتفاق التحكيم الإلكتروني هو اتفاق يتم بين الأطراف المعنية، يتفقون فيه على حل المنازعات التي قد تنشأ بينهم من خلال عملية التحكيم، ولكن بطريقة إلكترونية. يعتبر هذا الاتفاق وسيلة مبتكرة لتسوية النزاعات، حيث يتم تحديد الإجراءات والشروط التي يتم من خلالها التحكيم باستخدام وسائل الاتصال الإلكترونية. نتناول في هذا المطلب تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني من خلال الفرع الأول، ونبين صور هذا الاتفاق من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني

لم يفرق الفقه بين اتفاق التحكيم التقليدي واتفاق التحكيم الإلكتروني إلا من خلال الوسيلة التي يتم بموجبها التحكيم. إذ عرّف بعض الفقهاء اتفاق التحكيم الإلكتروني على أنه " اتفاق بين طرفين على إحالة كل 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".³⁹ وعرف البعض الآخر اتفاق التحكيم الإلكتروني على أنه "نظام خاص للتقاضي ينشأ من الاتفاق بين الأطراف عبر الوسائل الإلكترونية المتاحة والمحمية على أن يُعهد إلى هيئة التحكيم ومن خلال هذه الوسائل بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم، ويصدر حكم الهيئة بذات الوسائل الإلكترونية وضمن نظام بيانات يوفر حماية كافية لسرية البيانات الخاصة بعملية التحكيم".⁴⁰

إلا أن التعريف الأكثر وضوحاً وشمولاً لاتفاق التحكيم الإلكتروني برأينا هو "التقاء الإيجاب الصادر عن الموجب بشأن عرض بالتحكيم مطروح بطريقة إلكترونية سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة الاتصالات والمعلومات بقبول مطابق له صادر من الطرف المقابل بذات الطرق وبهدف فصل جميع المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية بالتحكيم".⁴¹

وبالرجوع لقانون التحكيم الساري في فلسطين، نجد بأنه وضع تعريفاً لاتفاق التحكيم بشكل عام دون تحديد تعريف مخصص لاتفاق التحكيم الإلكتروني. إذ عرفت المادة (5) منه اتفاق التحكيم على أنه "اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اتفاق منفصل". في حين عرفت المادة (1) من قانون التحكيم الإماراتي اتفاق التحكيم على أنه "اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم سواء تم هذا الاتفاق قبل حدوث النزاع أو بعده". أما قانون التحكيم الأردني، فلم يتضمن تعريفاً لاتفاق التحكيم وإنما قام بوضع شروطه وأحكامه.

يتضح مما تقدم أنّ القوانين المذكورة لم تفرق بين اتفاق التحكيم التقليدي واتفاق التحكيم الإلكتروني، وإنما وضعت تعريفاً واحداً لاتفاق التحكيم بكافة صورته وأشكاله. ونرى بأنها أصابت بوضع تعريف عام شامل، سيما وأنها بيننا ومن خلال ما سبق بأن التحكيم الإلكتروني ما هو إلا صورة من صور اتفاق التحكيم التقليدي غير أن الميزة الوحيدة له هو أنه يتم باستخدام وسائل الوسائط الإلكترونية.

³⁹ آلاء نعيمة، "الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، ع2، المجلد6، (2009)، ص217.

⁴⁰ نافذ ياسين المدهون، المرجع السابق، ص378.

⁴¹ أحمد جيلاني، "قابلية النزاع للتحكيم كشرط لصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني والتقليدي"، المجلة القانونية (مجلة مختصة في الدراسات والبحوث القانونية)، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مجلد (9)، عدد (9)، 2021، ص3187.

الفرع الثاني: صور اتفاق التحكيم الإلكتروني

يأتي اتفاق التحكيم إما على شكل شرط في العقد، أو على شكل مشاركة عند نشوء النزاع، أو بالإحالة. نستعرض بإيجاز كل صورة من هذه الصور.

1. شرط التحكيم الإلكتروني في العقد

ويعني ذلك أن يرد شرط في العقد سواء صريحاً أو ضمناً بإحالة أي منازعات مستقبلية تنشأ عن العقد أو بسببه إلى التحكيم بإحدى الوسائل الإلكترونية، سواء كانت هيئة التحكيم أفراداً أم مؤسسة. ففي هذه الصورة يتم الاتفاق على التحكيم الإلكتروني في مرحلة سابقة على نشوء النزاع.⁴² والعبرة هي في وقت الاتفاق على إحالة النزاع للتحكيم، فإذا كان ذلك الاتفاق سابقاً لنشوء النزاع؛ فنكون أمام شرط تحكيم سواء ورد ذلك في العقد نفسه أم بشكل مستقل. وفي عقود التجارة الدولية، هناك أنماط وأشكال مختلفة لشرط التحكيم الوارد فيها دون أن يكون له شكل أو نمط محدد.⁴³ وقد تطرق المشرع الفلسطيني لمسألة شرط التحكيم بالعقد. حيث نصت المادة (1/5) من قانون التحكيم الفلسطيني على أن "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اتفاق منفصل". كما تطرق المشرع الأردني في المادة (11) من قانون التحكيم الأردني لهذه الصورة من صور اتفاق التحكيم. إذ نصت المادة المذكورة على أنه "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على نشوء النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين". وفعل الأمر ذاته المشرع الإماراتي في المادة (5) من قانون التحكيم عندما نص على أنه "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء أكان مستقلاً بذاته أو وارد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف".

2. مشاركة التحكيم

⁴² ريان حمدون، "اتفاق التحكيم الإلكتروني"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، ع30، مجلد8، (2021)، ص49.
⁴³ أحمد محمد، "التحكيم الإلكتروني في ظل التطور المعلوماتي في المملكة العربية السعودية: كلية الشريعة والقانون بتفهمنا الإشراف - دقهلية، ع23، (2021)، ص2340.

وتعني " الاتفاق ما بين أطراف النزاع على إخضاع ما قد نشأ بينهم من نزاع إلى التحكيم كبديل عن اللجوء للقضاء".⁴⁴ أي أن مشاركة التحكيم تتم في حال عدم وجود بند في العقد ينص على إحالة أي نزاع ينشأ بينهم بسبب العقد للتحكيم، بل يحدث الاتفاق على ذلك عندما ينشأ النزاع. وأحد أهم الشروط واجب توافرها في مشاركة التحكيم هو بيان وذكر موضوع النزاع المحال للتحكيم بشكل دقيق وتفصيلي وتحديد إجراءات التحكيم بحيث تكون مشاركة التحكيم كاملة وواضحة ومستوفية للمتطلبات المتعلقة باتفاق التحكيم.⁴⁵

وقد عالج المشرع الفلسطيني مسألة مشاركة التحكيم عندما نص في الفقرة الرابعة من المادة (5) من قانون التحكيم على أنه "إذا تم الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع فيجب أن يتضمن الاتفاق موضوع النزاع وإلا كان باطلاً". وكذلك الأمر فعل المشرع الأردني عندما نص في المادة (11) منه على أنه "[...] يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام أية جهة قضائية ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديداً دقيقاً وإلا كان الاتفاق باطلاً". وتطرق المشرع الإماراتي لمسألة مشاركة التحكيم في المادة (5) من قانون التحكيم والتي تنص على أنه "يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم بعد أن يتم النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام محكمة، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم".

3. شرط التحكيم بالإحالة

إن تطبيق شرط التحكيم بالإحالة يثير إشكالية تخلف شرط الكتابة المطلوبة لصحة اتفاق التحكيم، حيث أن هذا النوع من الشروط لا يرد بشكل مباشر في اتفاق التحكيم⁴⁶، إذ تعتبر الإحالة إحدى صور اتفاق التحكيم، وهي تعني الإحالة إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم =. بكلمات أخرى، يرد بند في العقد الأصلي بين الأطراف يحيل إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم الإلكتروني، بحيث تكون هذه الإحالة واضحة وصريحة من خلال الإشارة إلى أن شرط التحكيم الوارد في الوثيقة هو جزء لا يتجزأ من العقد الأصلي المبرم بين الأطراف.⁴⁷ وهو ما ينطبق على التحكيم الإلكتروني.

44 غالب عبد القادر، "التحكيم ومشاركة التحكيم"، مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية، ع50، (2016)، ص129.

45 غالب عبد القادر، المرجع السابق، ص129

46 حسام شعبان، "الاختصاص بمنازعات التجارة الإلكترونية: بين القضاء الوطني والتحكيم عبر الانترنت دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة"، (الإسكندرية: دار الفكر الجامعية، 2019)، ص206

47 نسيم الشواور، "التحكيم الإلكتروني في منازعات عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة العدالة والقانون، جامعة القرآن الكريم وتأسيس العلوم بالسودان، ع5، (2022)، ص127.

يتضح مما تقدم بأن شرط التحكيم بالإحالة عبر وسائل الوسائط الإلكترونية يستوجب توفر شرطين أساسيين. أولهما أن يتضمن العقد الأصلي الإشارة إلى شرط تحكيم موجود بشكل مستقل في وثيقة معينة، وبالعادة تكون هذه الوثيقة إلكترونية بحيث تكون هذه الوثيقة واضحة عبر الوسائل الإلكترونية ومتاحة بكل وقت. أما الشرط الثاني فهو إمكانية الوصول إلى الوثيقة التي تحتوي شرط التحكيم.⁴⁸ لم يشر قانون التحكيم الفلسطيني إلى الإحالة بشكل واضح وصريح، ولعل المشرع الفلسطيني اعتبر الإحالة الواردة في العقد لأي وثيقة هو بمثابة بند يشير للتحكيم في العقد. وهذا مأخذ – برأينا – على المشرع الفلسطيني الذي كان حرياً به الإشارة إلى هذه المسألة بشكل واضح وجليّ أسوة بالقوانين الأخرى. فقد أشار المشرع الأردني للإحالة في المادة (10/ب) من قانون التحكيم الأردني حيث نصت على أنه "يعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذه الشرط جزء من العقد". وكذلك فعل المشرع الإماراتي من خلال المادة (5) من قانون التحكيم الإماراتي التي نصت على أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم من خلال الإحالة التي ترد في أي عقد أو وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت هذه الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد".

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم الإلكتروني

حاله كحال أي اتفاق أو عقد، ينطوي اتفاق التحكيم الإلكتروني على جملة من الشروط الموضوعية التي تجعله صحيحاً وتمنعه من أن يكون باطلاً أو فاسد. نتناول في هذا المطلب الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم الإلكتروني من خلال فرعين اثنين. نبين في أولها الرضا والأهلية كشروط موضوعية لصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني. ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى محل وسبب اتفاق التحكيم الإلكتروني كشروط أساسيين لصحة هذا الاتفاق.

الفرع الأول: الرضا والأهلية في اتفاق التحكيم الإلكتروني

لا شك بأن الرضا والأهلية يعتبران من أهم شروط وأركان صحة التعاقد في الأنظمة القانونية المختلفة. يعكس الرضا فهم الأطراف المتعاقدة للعقد وللالتزامات المنصوص عليها فيه والقبول بها والموافقة

⁴⁸ رجائي عوض، المرجع السابق، ص 137-138

عليها، وبالتالي ترتب آثار قانونية على أطراف التعاقد. بينما تثبت الأهلية قدرة الأطراف وكفاءتهم القانونية للدخول في التعاقدات القانونية.

1. الرضا

يعتبر الرضا من الشروط الموضوعية الجوهرية اللازمة لانعقاد اتفاق التحكيم. وفي سياق اتفاق التحكيم الإلكتروني، يعني الرضا توافق إرادتي طرفي النزاع على إحالة ذلك النزاع للتحكيم باعتباره وسيلة لفض النزاع القائم أو المحتمل قيامه في المستقبل.⁴⁹ يتم التعبير عن الرضا باتفاق التحكيم عندما تتلاقى إرادات الأطراف على إبرام اتفاق التحكيم، سواء في صور شرط تحكيم فيكون جزءاً من العقد عند إبرامه، أو على صورة مشاركة تحكيم يتم الاتفاق عليه بعد نشوب النزاع بين أطراف العقد. كما تجدر الإشارة هنا إلى أن الرضا قد يتحقق بالموافقة اللاحقة وبطبيعة الحال، إنْ خلو اتفاق التحكيم من رضا أطرافه يجعل ذلك الاتفاق باطلاً.⁵⁰

هذا ويمكن إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني عبر الوسائط الإلكترونية، وذلك من خلال حصول كل طرف من أطراف النزاع على بريد إلكتروني خاص يتم من خلاله التعبير عن الإيجاب والقبول بواسطة رسائل ترسل عبر هذا البريد. وهذا ما أكد عليه قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في المادة (1/11) منه والذي أقر صحة التراضي عبر شبكة الانترنت عن طريق رسالة البيانات.⁵¹ أما في العقود النموذجية الخاصة بهيئات التحكيم الدولية أو الإقليمية المعدة من قبل جمعية التحكيم الأمريكية (AAA) والمركز الدولي لتسوية المنازعات (ICDR)، وحتى يتم التعبير السليم عن إرادة الأطراف عبر شبكات الانترنت، فإن اطلاع الأطراف ونقرهم لإشارة الموافقة على الصفحة الإلكترونية الخاصة بالتحكيم والتي تحتوي على كافة البنود الأساسية المتعلقة باتفاق التحكيم يمنح هذا الاتفاق الصفة القانونية والإلزامية ويرتب آثاره في مواجعتهم.⁵²

49 رشا علي الدين، "النظام القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني: دراسة على ضوء قواعد تنازع القوانين"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، ع55، (2014)، ص974.

50 أحمد عبد التواب، اتفاق التحكيم: مفهومه - أركانه وشروطه - ونطاقه، (القاهرة: دار النهضة العربية، 2013)، ص184.

51 نصت المادة (11/1) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 على " في سياق تكوين العقود، ومالم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض. وعند استخدام رسائل البيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك صحته أو قابليته للتنفيذ مجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض.

52 رجائي عوض، المرجع السابق، 142-144.

وقد تناول القرار بقانون الفلسطيني رقم (15) لسنة 2017 بشأن المعاملات الإلكترونية هذه المسألة بشكل ضمني عندما أجاز في المادة (10) منه التعبير عن الإيجاب والقبول عند التعاقد بواسطة رسائل البيانات، واعتبرت ذلك التعبير ملزماً ضمن شروط أهمها أن يكون الإيجاب والقبول قد صدر من خلال رسالة البيانات عند إرسالها⁵³، أو إدخالها في نظام معلومات لا يخضع لسيطرة منشئ الرسالة، وأن يكون الإيجاب والقبول قد استلم بواسطة المرسل إليه عند دخول رسالة البيانات نظام معلومات اتفق طرفا العقد على استخدامه، أو دخل نظام معلومات المرسل إليه.

وقد كان المشرع الأردني أكثر دقة بهذا الجانب. حيث أشار قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (15) لسنة 2015 إلى اعتبار رسائل المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي. وهذا ما فعله المشرع الإماراتي أيضاً في المرسوم الاتحادي رقم (46) لسنة 2021 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة والذي أجاز التعبير عن الإيجاب والقبول بشكل إلكتروني في التعاقدات. وتشير معظم المراجع العلمية المتعلقة بالتحكيم الإلكتروني إلى أن التعبير عن الرضا في اتفاق التحكيم الإلكتروني قد يتم بعدة صور أبرزها عبر البريد الإلكتروني أو عبر شبكة المواقع الإلكترونية، أو عن طريق برنامج المحادثة عبر الإنترنت، أو عبر التنزيل عن بعد.⁵⁴

2. الأهلية

لم تتطرق القوانين محل الدراسة إلى أهلية خاصة يجب توفرها في أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني، وإنما يتم الاستناد إلى الأحكام العامة الناظمة لمسألة الأهلية للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين في إبرام العقود بشكل عام. وفي سياق التحكيم الإلكتروني، يُقصد بالأهلية امتلاك الأطراف المتنازعة صلاحية إحالة النزاع فيما بينهم للتحكيم الإلكتروني، حيث لا بد أن يكون جميع أطراف النزاع بالغين عاقلين راشدين لإبرام الاتفاق.⁵⁵

⁵³ لقد عرف القرار بقانون بشأن المعاملات الإلكترونية في المادة (1) منه رسائل البيانات على أنها "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة".

⁵⁴ جعفر معاني، المرجع السابق، ص79-80.

⁵⁵ خديجة بودالي، "النظام القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية: دراسة مقارنة"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، كلية القانون الكويتية العالمية، ع35، المجلد9، (2021)، ص560.

أما بالنسبة للصبي المميّز ومن في حكمه، فلا يستطيع إبرام اتفاق التحكيم سواء لوحده أو من خلال من ينوب عنه قانوناً إلا بإذن من المحكمة المختصة مع مراعاة مصلحته بهذه الحالة، أما الصبي المأذون له بالتجارة، فلا بد من استيفائه لكافة الشروط المنصوص عليها في القانون المدني وقانون التجارة لغايات إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني.⁵⁶

وقد تطرق قانون التحكيم الفلسطيني إلى مسألة الأهلية. حيث تشير المادة الثانية منه إلى أن قانون التحكيم يسري على كل تحكيم يجري بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يتمتعون بالأهلية القانونية للتصرف بالحقوق، وقد راعى القانون في هذا الصدد الاتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين طرفاً فيها. أي أن الأهلية القانونية المطلوبة لإبرام اتفاق التحكيم بكافة صورته بما في ذلك التحكيم الإلكتروني. وعلى نفس النهج سار المشرع الأردني في المادة (9) من قانون التحكيم، وكذلك المشرع الإماراتي في المادة (4) من قانون اتحادي رقم (6) لسنة 2018 بشأن التحكيم.⁵⁷

الفرع الثاني: المحل والسبب في اتفاق التحكيم الإلكتروني

بعد تناول الرضا والأهلية كشروط وأركان لصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني، نتحدث عن الركبين الآخرين وهما المحل والسبب.

1. المحل

نصّت القواعد العامة على ضرورة توافر محل معين أو قابل للتعيين لكل عقد والتزام يضاف إلى العقد. كما اشترطت تلك القواعد ضرورة أن يكون المحل مشروعاً وغير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة وإلا كان باطلاً. وفي سياق التحكيم الإلكتروني، يُقصد بمحل اتفاق التحكيم الإلكتروني المسألة المتنازع عليها ما بين أطراف التحكيم والمراد حسمها بواسطة التحكيم الإلكتروني شريطة أن تكون تلك المسألة مما يجوز التحكيم فيها وفق القانون.⁵⁸

نصّ قانون التحكيم الفلسطيني في المادة (4) منه على الحالات التي لا يجوز أن تكون محلاً لاتفاق التحكيم وهي المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين، والمسائل التي لا يجوز فيها

⁵⁶ خديجة بودالي، المرجع السابق، ص561.

⁵⁷ عرفت المادة (43) من القانون المدني الأردني الأهلية القانونية على أنها "كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية". وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة" في حين بينت المادة (44) منه الحالات التي لا يكون فيها الشخص متمتعاً بالأهلية القانوني وهي الصغر في السن والعتة والجنون، وقد أخضع القانون فاقد الأهلية وناقص الأهلية لأحكام الولاية الوصاية والقوامة المنظمة فيه.

⁵⁸ ياسر العجلوني، المرجع السابق، ص255.

الصلح قانوناً، والمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية. بالمقابل، اكتفى المشرع الأردني بالنص على حالة واحدة، وهي عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها. واتفق معه المشرع الإماراتي في هذا الصدد عندما نصّ على عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها.

نرى بأن الصياغة التشريعية للمشرع الفلسطيني كانت موفقة أكثر من صياغة المشرعين الأردني والإماراتي. فقد أخرج المشرع الفلسطيني المسائل المتعلقة بالنظام العام من محل التحكيم بالنص عليها بشكل حصري. ومع ذلك، نصت المادة (163) من القانون المدني الأردني على عدم جواز التعاقد أو الاتفاق على مسألة تخالف النظام العام أو الآداب العامة وإلا اعتبر العقد أو الاتفاق باطلاً. وعليه، إذا كان محل اتفاق التحكيم مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، اعتبر ذلك العقد وما ترتب عليه باطلاً بالمحصلة من خلال تطبيق قاعدة ما بني على باطل فهو باطل.

وعلى الرغم من كون التحكيم وسيلة استثنائية لحل النزاع خارج أروقة المحاكم، إلا أن المشرع الفلسطيني والأردني منحوا القضاة صلاحية الفصل في موضوع محل اتفاق التحكيم والحكم بما إذا كان المحل مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة أم لا. مما يعني أن المشرع أبقى السلطة العليا في يد القضاء العادي للفصل في هذه المسألة والحكم بالنتيجة بصحة اتفاق التحكيم أو بطلانه بناءً على محله.⁵⁹

2. السبب

ويقصد بسبب اتفاق التحكيم الدافع في توجه الأطراف لعرض النزاع على التحكيم والفصل فيه من قبله وليس من قبل القضاء، ويجب أن يكون هذا السبب والدافع مشروعاً وإلا حكم ببطلان اتفاق التحكيم. فعلى سبيل المثال، يكون السبب غير مشروع إذا انطوى على حالة من حالات الغش نحو القانون، كما لو قصد الأطراف من التوجه للتحكيم للهروب من القانون واجب التطبيق أمام القضاء نظراً لما يتضمنه من قواعد قانونية أمره في تلك الدولة. هذا وقد أوجبت المادة (165) من القانون المدني الأردني أن يكون السبب في أي عقد أو اتفاق موجوداً ومباحاً وصحيحاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وأوجبت إبطال العقد أو الاتفاق في حال

⁵⁹ ياسر العجلوني، المرجع السابق، ص256.

تبين بأن السبب وراء اللجوء للتحكيم هو التهرب من قواعد النظام العام والآداب العامة حيث نصت على " 1. السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد 2. ويجب أن يكون موجودا وصحيا ومباحا غير مخالف للنظام العام أو الآداب" 60. وكما هو الحال في المحل، يكون للقضاء العادي صلاحية الفصل في مسألة صحة السبب من عدمه. 61

المطلب الثالث: الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم الإلكتروني

بالإضافة إلى الشروط الموضوعية التي يجب أن تتوفر في اتفاق التحكيم الإلكتروني، يجب توافر شروط شكلية حتى تكتمل صحة ذلك الاتفاق ويصبح مرتباً لآثاره في مواجهة أطرافه. في هذا المطلب سنتناول الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم الإلكتروني من خلال فرعين اثنين. نبحث في الأول شرط الكتابة الإلكترونية كشرط شكلي لصحة انعقاد اتفاق التحكيم الإلكتروني، ثم ننتقل لتناول التوقيع الإلكتروني كشرط شكلي آخر لا بد من توافره حتى يعتبر اتفاق التحكيم الإلكتروني صحيحاً.

الفرع الأول: الكتابة الإلكترونية

القاعدة العامة في العقود هي "التراضي" بين الأطراف. بمعنى، أنه بمجرد النقاء الإيجاب والقبول ينعقد العقد ويرتب آثاره ويصبح ملزماً لأطرافه. إلا أنّ المشرع في بعض الحالات يضع شروطاً إضافية لا بد من توافرها حتى يكون العقد صحيحاً، كاشتراط الكتابة في بعض العقود. فالكتابة هنا تكون شرطاً شكلياً ضرورياً لانعقاد العقد ولا يصح العقد بدونه. تشترط العديد من القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم.. 62

تعتبر الكتابة أحد الشروط الشكلية الرئيسية في التحكيم التقليدي. وما يؤكد ذلك التشريعات والاتفاقيات الدولية التي تعتبر غياب شرط الكتابة نقصاناً في مقومات التحكيم وسبباً لعدم صحته. حيث نصت المادة (2/5) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً". وهذا ما أكد عليه المشرع الأردني والمشرع الإماراتي في قوانين التحكيم المعمول بها من خلال النص صراحة على أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً". كل تلك النصوص جاءت منسجمة مع المادة (2)

60 المملكة الأردنية الهاشمية، القانون المدني رقم (43) لسنة 1976. الجريدة الرسمية، ع2645: 2.

61 جعفر المعاني، المرجع السابق، ص93-94.

62 بختيار رحيم، المرجع السابق، ص 135.

من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والمادة (7) من اتفاقية الأونستيرال.⁶³

كما أجاز قانون الأونستيرال للتحكيم التجاري الدولي 1985 بالصيغة المعدلة التي اعتمدت في العام 2006 في المادة السابعة منه كتابة اتفاق التحكيم باستخدام رسالة إلكترونية إذا كانت ما تضمنته من بيانات يمكن الرجوع إليها في أي وقت لاحق. وأشار قانون الأونستيرال للتجارة الإلكترونية الدولية 1996 في الفقرة الأولى من المادة الثانية بأنه يقصد برسالة البيانات المعلومات التي تنشأ أو ترسل أو تستلم أو تخزن باستخدام وسائل إلكترونية أو وسائل مشابهة لها. وهذا يعني أن قانون الأونستيرال يعترف بالرسائل الإلكترونية التي يمكن تبادلها عبر وسائل الاتصال الحديثة.

كما عالجت اتفاقية نيويورك مسألة حسم النزاعات الناشئة بين الأطراف بموجب اتفاق التحكيم، كما منحت الاتفاقية للأطراف سلطة تنفيذ قرار التحكيم، إذ أشارت الاتفاقية إلى أنه يتوجب أن يتم بتقديم اتفاق التحكيم وقرار التحكيم مكتوباً للمحكمة وذلك لغايات التنفيذ من الطرف الذي يسعى إلى التنفيذ، كما وتمنع اتفاقية نيويورك محكمة بلد التنفيذ من فرض شروط أكثر صرامة من الشروط الواردة في الاتفاقية، إذ أن اشتراط الاتفاقية وجوب كون اتفاقية التحكيم وقرار التحكيم مكتوبين يعني أنه يجب توقيع اتفاق التحكيم أو تضمينه في رسائل أو برقيات متبادلة. ومع ذلك، قد ينشأ لبس في تفسير المادة الثانية من اتفاقية نيويورك، من حيث ما إذا كانت تتطلب فقط توقيع اتفاق التحكيم أو تضمينه في تبادل الرسائل أو البرقيات، إذ اتخذت المحاكم مناهج مختلفة في تفسير المادة الثانية.⁶⁴

⁶³ نصت المادة (2) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف بقرارات الحكيم الأجنبية وتنفيذها على " تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم. (2) يقصد " باتفاق مكتوب" شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة - أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق. كما نصت المادة (2/7) من القانون النموذجي لسنة 1975 بشأن التحكيم التجاري الدولي على أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، ويعتبر الاتفاق مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل وتلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي أو اللاسلكي التي تكون بمثابة سجل للاتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق التحكيم، ولا ينكره الطرف الآخر، وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوباً، وأن تكون الإشارة قد وردت، بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد".

⁶⁴ Omar Husain Qouteshat., 2003. Dispute settlement. International commercial arbitration. 5.9, Electronic arbitration. [online] New York, Geneva, UN: UN Digital Library. Available at: <<https://digitallibrary.un.org/record/647940>> [Accessed 13 September 2022]81 .

ففي قضية Bristol Myers ضد Krauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH (ألمانيا) Squibb (إيطاليا) حيث تم توضيح أن المادة الثانية تتطلب توقيع كل من شرط التحكيم و اتفاقية التحكيم أو تضمينهما في تبادل الرسائل أو البرقيات، وهذا النهج أكثر ملاءمة لأنه يؤكد النية الحقيقية والصريحة للأطراف للتحكيم، ووفقا للحالات المذكورة أعلاه، فإن اشتراط كل من الشرط والاتفاق سيضمن إجماع القبول في جميع الولايات القضائية، ويمكن أن نستنتج أن شرط "الكتابة" ينبغي تطبيقه على كل من شرط التحكيم واتفاق التحكيم. وبعبارة أخرى، يجب توقيع كل من شرط التحكيم في العقد واتفاقية التحكيم المنفصلة من قبل الطرفين أو تضمينهما في تبادل الرسائل أو البرقيات. ومع ذلك، في صياغة المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لا توجد إشارة إلى اتفاقيات التحكيم المبرمة عبر الاتصالات الحديثة، حيث ينص صراحة على أن كل من شرط التحكيم واتفاق التحكيم يجب أن يكونا مكتوبين إما موقعين أو متضمنين في رسائل أو برقيات متبادلة. وقد سلط العديد من العلماء الضوء على مسألة صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني، مشيرين إلى أنه لا يفي بالمتطلبات الرسمية لاتفاقية نيويورك. وتعزى المشكلة إلى عدم قدرة واضعي اتفاقية نيويورك على توقع إمكانية أن تصبح التبادلات الإلكترونية جزءا عاديا من الاتصالات والمعاملات اليومية. ومع ذلك، تم تنفيذ العديد من الحلول من أجل إنفاذ اتفاقات التحكيم الإلكترونية، مثل الاعتماد على التوقيع الإلكتروني، وتفسير المادة الثانية على نطاق واسع والاعتماد على مبدأ القانون الأكثر ملاءمة. ومع ذلك، فإن كفاءة كل حل تعتمد على محاكم التنفيذ.⁶⁵

إذا، فالكتابة شرط من شروط صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني وليس مجرد شرط لإثبات اتفاق التحكيم.⁶⁶ والكتابة الإلكترونية هي "كتابة تعبر عن مضمون ما ورد فيها بالرموز أو الحروف، ويمكن استخراجها على ورق عادي، بحيث تصبح دليلاً كتابياً إذا ما استوفت الشروط اللازمة للكتابة".⁶⁷ وعُرفت الكتابة الإلكترونية أيضاً بأنها "مجموعة من المعلومات أو البيانات المدونة على دعامة مادية بشكل دائم بحيث يسهل قراءتها، وتتوفر فيها الشروط التي تلزم توفرها في الكتابة عموماً، والتي تخولها تحقيق وظيفتها في الإثبات، وهي أن تكون مقروءة ومتصفة بالاستمرارية والثبات للرجوع إليها عند الحاجة، وتضمن

⁶⁵Omar Husain Qoutesha، المرجع السابق، ص 81

⁶⁶ أحمد عبد التواب، المرجع السابق، ص 227

⁶⁷ أحمد عبد التواب، المرجع السابق.

حفظ الدعامة لمدة أطول من الكتابة التقليدية على الورق العادي الذي يتأثر بعوامل الزمن والطبيعة وكيفية التخزين والحفظ في الأجهزة الحديثة".⁶⁸

بالعودة لقوانين التحكيم موضوع البحث، نجد بأن جميعها قد وضعت صوراً لشرط الكتابة على سبيل المثال لا الحصر، وأكدت جميعها على إمكانية أن تكون الكتابة على شكل محرر وقعه الطرفان أو تضمنه ما تبادلاه من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة. ومع ذلك، يلاحظ بأن المشرع الإماراتي كان أكثرهم دقة في صياغته كونه ربط تعريف الكتابة بقوانين المعاملات الإلكترونية بشكل مباشر.⁶⁹ فيما يتعلق بكل من فلسطين والأردن، لم تشر قوانين التحكيم لديهم صراحة إلى قانون المعاملات الإلكترونية لغايات اعتماد الكتابة الإلكترونية كصورة من صورة الكتابة كما فعل المشرع الإماراتي. ولكن، بالرجوع إلى القرار بقانون بشأن المعاملات الإلكترونية الفلسطيني، نجد بأنه أكد على الأثر القانوني للمعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية ومساررتها بالوثائق والمستندات الخطية من حيث التزام أطرافها وصلاحياتها في الإثبات⁷⁰. أما المشرع الأردني فقد أشار صراحة في قانون المعاملات الإلكترونية على أنه في حال اشترط أي تشريع تقديم النسخة الأصلية من أي قيد، أو عقد، أو مستند، أو وثيقة فيعتبر السجل الإلكتروني مستوفياً لهذا الشرط وذلك ضمن شروط محددة في ذات المادة.⁷¹

هذا وقد حددت المادة (13) من قرار بقانون بشأن المعاملات الإلكترونية في الفلسطيني الشروط واجبة توفرها في السجل الإلكتروني حتى يكون له أثر قانوني ويعامل معاملة النسخة الخطية وأهمها (1) أن تكون المعلومات الواردة في السجل قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها ويمكن الرجوع إليها في أي وقت، (2) إمكانية الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني بالشكل الذي تم به، بحيث يسهل إثبات دقة المعلومات الواردة فيه

68 بختيار رحيم، الشكلية في التحكيم التجاري الإلكتروني : دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الاطروحة - الدراسات القانونية، دار الاطروحة للنشر العلمي، ع5، المجلد 3، 2019، ص 137.

69 تنص المادة (7) من مرسوم بقانون اتحادي رقم (46) لسنة 2021 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة على " إذا اشترط أي تشريع نافذ في الدولة في أي معلومة أو بيان أو مستند أو سجل أو معاملة أو بيئة أن يكون مكتوباً، أو نص على ترتيب نتائج معينة على عدم الكتابة، فإن هذا الشرط يعد متوفراً في المستند الإلكتروني إذا كانت المعلومات التي يتضمنها محفوظة بشكل يتيح استخدامها والرجوع إليها".

70 حيث نصت المادة (1/9) من القرار بقانون بشأن المعاملات الإلكترونية الفلسطيني على " يكون للمعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية أثرها القانوني، وتعتبر صحيحة وناظمة، شأنها في ذلك شأن الوثائق والمستندات الخطية، بموجب أحكام التشريعات المعمول بها من حيث إلزامها لأطرافها، أو صلاحياتها في الإثبات".

71 نصت المادة (7) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (15) لسنة 2015 وتعديلاته على " إذا اشترط أي تشريع تقديم النسخة الأصلية من أي قيد، أو عقد، أو مستند، أو وثيقة فيعتبر السجل الإلكتروني مستوفياً لهذا الشرط بتوافر ما يلي:- 1 -حفظه بالشكل الذي تم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه وبشكل يضمن عدم إجراء أي تغيير أو تعديل على محتواه. 2 -حفظه على نحو يتيح الوصول إلى المعلومات الواردة فيه واستخدامها والرجوع إليها في أي وقت. 3- التمكن من التعرف على المنشئ والمرسل إليه وتاريخ ووقت إنشائه أو إرساله أو تسلمه.

عند إنشائه أو إرساله أو تسليمه (3) أن تدل المعلومات الواردة في السجل على الشخص الذي أنشأه أو تسلمه، وتاريخ ووقت إرساله وتسلمها. كما أن المادة (7) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني والمادة (1/6) من مرسوم بقانون اتحادي رقم (46) لسنة 2021 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة أوردت ذات الشروط الواردة في القانون الفلسطيني مع اختلاف بسيط في الصياغة.

من خلال ما تقدم، يمكن القول بأن القوانين اعترفت بالكتابة الإلكترونية ومنحتها القيمة القانونية الممنوحة للكتابة بمفهومها التقليدي مع وضع بعض الشروط والضوابط التي يجب أن تتوافر في الكتابة الإلكترونية، وذلك لضمان وحماية حقوق المتعاقدين بما يتلاءم مع طبيعة الكتابة الإلكترونية.

الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني

عرّف بعض الفقه التوقيع الإلكتروني بأنه الإجراء الذي يقوم به الفرد الذي يرغب في توقيع مستند عبر وسيلة إلكترونية، سواء كان هذا التوقيع عبارة عن رقم، إشارة إلكترونية، أو شفرة خاصة، حيث يتم الاحتفاظ بالرقم أو الإشارة أو الشفرة بشكل آمن وسري، مما يمنع الأشخاص الآخرين من استخدامه.⁷² وعرفه البعض الآخر بأنه " كل إشارات أو رموز أو حروف مرخص بها من الجهة المختصة باعتماد التوقيع ومرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالتصرف القانوني تسمح بتمييز شخص صاحبها وتحديد هويته، وتتم دون غموض عن رضائه بهذا التصرف القانوني".⁷³

وقد عرّف المشرع الفلسطيني التوقيع الإلكتروني في المادة (1) من القرار بقانون بشأن المعاملات الإلكترونية التوقيع الإلكتروني على أنه "مجموعة بيانات إلكترونية، سواء كانت حروفاً أو أرقاماً أو رموزاً أو أي شكل آخر مشابه، مرتبطة بمعاملة إلكترونية بشكل يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها وتميزه عن غيره بغرض الموافقة على مضمون المعاملة الإلكترونية".⁷⁴ وعرفه مرسوم بقانون الاتحادي الإماراتي بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة على أنه " توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو بصمة أو نظام معالجة ذو شكل إلكتروني، وملحق أو مرتبط منطقياً بمستند

⁷²د. نجوى ابو هيبه، التوقيع الإلكتروني ماهيته وحججه في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، والذي نظمته كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي (في 01 - 08 / 5 / 8113)، المجلد الأول، ص 118. مشار إليها لدى بختار رحيم، "المرجع السابق"، ص 140.

⁷³ تعريف للباحث أحمد الزوكي، مقالة بعنوان التوقيع الإلكتروني، منشورة على الموقع الإلكتروني الآتي:

<http://tibanews.com/ss/tibanet/index.php/lecturevariety/>

electronic-signature. Last visit 13/9/2017 مشار إليه لدى بختار رحيم، المرجع السابق، ص 140

⁷⁴ السلطة الوطنية الفلسطينية، القرار بقانون رقم (9) لسنة 2022 بشأن تعديل قانون البيانات. الوقائع الفلسطينية، عدد 26: 31.

إلكتروني، من شأنه التحقق من هوية شخص الموقع وقبوله لمحتوى البيانات المقترنة به". كما وضع تعريفات خاصة للتوقيع الإلكتروني المعتمد والتوقيع الإلكتروني الموثوق.⁷⁵

في حين عرّفت المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني التوقيع الإلكتروني على أنه "البيانات التي تتخذ شكل حروف، أو أرقام، أو رموز، أو إشارات، أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو أي وسيلة أخرى مماثلة في السجل الإلكتروني، أو تكون مضافة عليه أو مرتبطة به بهدف تحديد هوية صاحب التوقيع وانفراده باستخدامه وتمييزه عن غيره".

كما وضعت التشريعات المقارنة محل الدراسة ضوابط محددة للاعتداد بحجية التوقيع الإلكتروني من الناحية القانونية. فنصت المادة (34) من القرار بقانون بشأن المعاملات الإلكترونية الفلسطينية على شروط صحة التوقيع الإلكتروني وهي (1) أن يكون خاصاً بالموقع ويثبت هويته، (2) أن يتم إنشاؤه بوسائل يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الخاصة بصفة حصرية (3) أن يضمن وجود ارتباط بالوثيقة المتصلة بالتوقيع، ويكشف أي تغيير لاحق أدخل عليها. هذا وقد منح المشرع الفلسطيني في المادة (4/ب) في قرار بقانون رقم (9) لسنة 2022 بشأن تعديل قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية رقم (4) لسنة 2001 السندات الإلكترونية حجية السندات العرفية دون اقترانها بشهادة الشهود في حال تحقق فيها واستوفت الشروط الواردة في قانون المعاملات الإلكترونية.

كما أجازت الفقرة (ج) من ذات المادة الاتفاق بين الأفراد على أن تكون للبيانات المنقولة والمحفوظة باستخدام الوسائل الإلكترونية من خلال رقم سري متفق عليه بين الطرفين حجية قانونية لإثبات المعاملات التي تمت بينهما. في حين منحت الفقرة (د) من نفس المادة مستخرجات الحاسوب الآلي والمصدقة أو الموقعة قوة الأسناد العادية في الإثبات. واعتبرت المادة (5) من ذات القانون مستخرجات الحاسوب الآلي أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة التي يستخرجها التجار في تنظيم عملياتهم المالية وقيودهم المحاسبية بمثابة دفاتر تجارية.

⁷⁵ عرف مرسوم بقانون اتحادي رقم (46) لسنة 2021 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة التوقيع المعتمد على أنه "التوقيع الإلكتروني الموثوق الذي يتم إنشاؤه بأداة توقيع إلكتروني معتمدة ويتم إصداره بناءً على شهادة مصادقة معتمدة للتوقيع الإلكتروني" في حين عرف التوقيع الموثوق "التوقيع الإلكتروني الموثوق: التوقيع الإلكتروني المستوفي للشروط المحددة في المادة (19) من هذا المرسوم بقانون".

وقد تطرّق المشرّع الأردني لهذه المسألة في المادة (15) من قانون المعاملات الإلكترونية حيث اشترط لحجية التوقيع الإلكتروني أن (1) ينفرد به صاحب التوقيع ليميزه عن غيره (2) ويحدد هوية صاحب التوقيع (3) وكان المفتاح الخاص خاضعاً لسيطرة صاحب التوقيع وقت إجراء التوقيع (4) وإذا ارتبط بالسجل الإلكتروني بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على ذلك السجل الإلكتروني بعد توقيعه دون إحداث تغيير على ذلك التوقيع. وبذات الأحكام الشروط الواردة في القانون الفلسطيني، فقد منح المشرع الأردني في القانون المعدل لقانون البيانات الأردني رقم (22) لسنة 2017 في المادة (2) منه والذي جاءت كتعديل للمادة (13) من قانون البيانات الأردني رقم (30) لسنة 1952 حجية للتوقيع الإلكتروني.⁷⁶

أما المشرع الإماراتي، فقد حدد شروط صحة التوقيع الإلكتروني في المادة (1/20) من مرسوم بقانون اتحادي بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة والتي جاء فيها (1) أن يتم إنشاء التوقيع الإلكتروني والختم الإلكتروني بناءً على شهادة مصادقة معتمدة وصالحة وفقاً لأحكام هذا المرسوم بقانون، (2) وأن يتم إنشاء التوقيع الإلكتروني والختم الإلكتروني بأداة توقيع أو ختم إلكتروني معتمد، (3) وأن تكون بيانات إثبات صحة التوقيع الإلكتروني المعتمد والختم الإلكتروني المعتمد مطابقة للبيانات المقدمة إلى الطرف المعتمد، (4) وأن يتم تقديم البيانات المعرفة لشخص الموقع في شهادة المصادقة المعتمدة بشكل صحيح إلى الطرف المعتمد، وفي حال استخدام تقنيات إخفاء البيانات الشخصية يتعين إعلام الطرف المعتمد بها، (5) وأن يتم إنشاؤه بتقنيات فنية وأمنية وفقاً للاشتراطات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا المرسوم بقانون (6) وأي شروط أخرى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا المرسوم بقانون.

هذا وقد تطرقت المادة (56) من مرسوم بقانون اتحادي رقم (35) لسنة 2022 بإصدار قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية إلى مسألة التوقيع الإلكتروني والكتابة والمحركات والسجلات والمستندات الإلكترونية، حيث منحتها ذات الحجية المقررة للتوقيع والكتابة للمحركات والسجلات والمستندات الرسمية والعرفية متى استوفت الشروط والأحكام المقررة في التشريعات النافذة.⁷⁷

⁷⁶ المملكة الأردنية الهاشمية، قانون معدل لقانون البيانات رقم (16) لسنة 2005. الجريدة الرسمية، ع4709: 2188.
⁷⁷ دولة الإمارات العربية المتحدة، مرسوم بقانون اتحادي رقم (35) لسنة 2022 بإصدار قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية. الجريدة الرسمية، العدد 737.

نستنتج مما سبق أنّ المشرّع قد أدرك أهمية التطور التكنولوجي وأهميته في السياق القانوني، فقد منحت التشريعات الغطاء القانوني للتصرفات القانونية بواسطة الوسائل الإلكترونية، ومنحتها الحجية القانونية. كما منح المشرع الكتابة الإلكترونية ذات الحجية للكتابة العادية، وجعل مدى حجيتها القانونية مرتبطة بالجهة الصادرة عنها سواء أكانت رسمية أم غير رسمية.

وعليه، يمكن القول بأن المشرع في القوانين المقارنة قد عالج المسائل الإلكترونية في التحكيم ومنح التحكيم الإلكتروني الأثر القانوني النافذ في مواجهة أطرافه وهيئة التحكيم. وقد عالج هذا المبحث الأول ماهية التحكيم الإلكتروني وبين كيف أن المعاملات الإلكترونية قد تعتبر معاملات قانونية ونافذة وملزمة لأطرافها وترتب آثارها القانونية، إذا ما استوفت شروطاً محددة. وبالتالي فإن إمكانية نشوء اتفاق تحكيم إلكتروني موقع من قبل أطرافه بأحد أشكال التوقيع الإلكتروني المذكورة أعلاه، والسير بإجراءات التحكيم عبر الفضاء الإلكتروني، وصولاً لصدور قرار عن هيئة التحكيم إلكترونياً، وهو إجراء يتفق وصحيح القانون.

الفصل الثاني

القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الالكتروني من حيث الموضوع

يعتبر مبدأ استقلال اتفاق التحكيم الالكتروني عن العقد الأصلي من المبادئ المستقرة والمتعارف عليها في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح التحكيم، حيث يترتب على هذا المبدأ أن يكون لاتفاق التحكيم الالكتروني ذاتيته واستقلاليته، وبالتالي عدم خضوعه لذات القانون الذي يحكم العقد الأصلي، الأمر الذي يمكن الأطراف من اختيار قانون مغاير للقانون واجب التطبيق على العقد الأصلي حتى يترتب آثاره على اتفاق التحكيم ويفصل في النزاعات المنبثقة عنه.⁷⁸

وتعتبر مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم الالكتروني مسألة غاية بالأهمية لأطراف النزاع؛ إذ أن القانون المختار هو القانون الذي سيتم الاستناد إليه للفصل في موضوع النزاع ومن ثم تنفيذ آثاره في مواجهة الأطراف والغير ويحقق الغاية المرجوة من اختياره بما يحقق مصالحهم ويخدم أهدافهم. وحيث أن التحكيم الالكتروني هو صورة من صورة التحكيم الدولي لكونه يتم في العالم الافتراضي ومبادئ التجارة الدولية غير المقيدة بحدود دولة معينة فإن إرادة الأطراف تكون هي العنصر الجوهرية في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

إن طبيعة التحكيم الالكتروني غير المادية التي تتسم بأنها تتم عبر الفضاء الافتراضي ويصعب تركيز العلاقات التعاقدية التي تتم من خلاله داخل إقليم الدولة الواحدة يجعل من إسناد قواعد قانونية لدولة معينة على موضوع النزاع أمراً صعباً، مما ينتج عنه إفلات المعاملات العقدية التي تتم عبر شبكة الانترنت من الخضوع لمنهج الإسناد وما يقود إليه من تطبيق قوانين وطنية. ومع ذلك، فمن المستحيل تجاهل منهج الإسناد الذي يتم من خلاله تحديد القانون الوطني واجب التطبيق على النزاع لأن القانون الموضوعي الجديد للمعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الانترنت لا يمكن أن يواجه كل المنازعات المتعلقة بالتعاقد الدولي.⁷⁹

⁷⁸ محمد سويلم، المرجع السابق، ص547.
⁷⁹ نافذ المدهون، المرجع السابق، ص388

وعليه سيتناول هذا الفصل في المبحث الأول حرية الأطراف في تحديد القانون أو القواعد القانونية واجبة التطبيق على اتفاق التحكيم الالكتروني من حيث الموضوع، في حين يتناول المبحث الثاني سلطة المُحكّم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

المبحث الأول

حرية الاطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم

الإلكتروني من حيث الموضوع

يعدّ مبدأ سلطان الإرادة أحد أهم عوامل تشكل التجارة الدولية وازدهارها وتقدمها، حيث بنيت جميع المعاهدات والاتفاقيات الدولية على هذا المبدأ، وقد كان له الدور البارز في الفقرة النوعية التي حققتها التجارة الدولية؛ حيث وفرّ للأفراد البيئة الخصبة التي تمكنهم من وضع الإطار الناظم للاتفاقيات التي تربطهم دون التقيّد بقانون دولة محددة، وبالتالي إمكانية اختيار القوانين التي يرونها مناسبة لتحكم أي نزاعات تنشأ بينهم بما يخدم مصالحهم. وعليه، يمكن اعتبار هذا المبدأ بمثابة محرر لإرادة الأطراف من قيود القوانين الوطنية، ومسهماً في خلق رؤية جديدة لنمط الاتفاقيات التجارية الدولية.

إلا أنه ومع أهمية هذا المبدأ في التجارة ككل والتجارة الدولية على وجه الخصوص، فقد تنبّه الفقه والمشرع بأنه لا يمكن أن يطلق العنان لإرادة الأطراف في اختيار القوانين التي تطبق على النزاعات التي تنشأ بينهم، فلا بد من وضع بعض القيود الناظمة لهذا المبدأ لكي لا يتم استغلاله بطريقة تنافي القانون، حيث هدف المشرع من وراء هذه القيود إلى ضرورة احترام مبدأ حسن النية في التعاملات التجارية من جهة وعدم تغليب المصلحة الشخصية على مصلحة المجتمع من جهة أخرى.

وأمام ظهور التحكيم الإلكتروني كصورة من صور التحكيم ودوره البارز في مسألة التجارة الدولية، فسيتناول المطلب الأول من هذا المبحث طبيعة هذا التحكيم من حيث تصنيفه كتحكيم دولي وبيان أهم المعايير التي يمكن الاستناد إليها بهذا الخصوص، ومن ثم سيتناول المطلب الثاني صور إرادة الأطراف التي يمكن من خلالها التعبير عن رغبتهم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وسيعالج المطلب الثالث أهم القيود التي تقف في مواجهه هذه الإرادة والهدف المرجو منها.

المطلب الأول: الصفة الدولية لعقد التحكيم الإلكتروني

لقد ثار خلاف بين الفقهاء حول الصفة الدولية لاتفاق التحكيم الإلكتروني، وبيان الآلية والمعايير التي يمكن الاستناد إليها في تحديد إذ كان التحكيم الإلكتروني يعتبر تحكيمياً دولياً أم لا. وأمام هذا الخلاف، فقد ظهرت نظريتان رئيسيتان لغايات تحديد الصفة الدولية للتحكيم الإلكتروني، استند أصحاب النظرية

الأولى إلى معيار طبيعة النزاع، في حين تبنى أصحاب النظرية الثانية معيار أطراف التحكيم؛ وسنتناول من خلال هذا المطلب كلا المعيارين للوقوف على المعيار الأكثر انسجاماً مع التحكيم الإلكتروني وتطبيقه عليه.

الفرع الأول: معيار طبيعة النزاع (المعيار الاقتصادي)

يرى أنصار هذا التيار بأنه ولغايات اعتبار اتفاق التحكيم الإلكتروني دولياً فإنه لا بد من الاستناد إلى طبيعة النزاع موضوع اتفاق التحكيم الإلكتروني، ويطلق على هذا المعيار بالمعيار الموضوعي أو المعيار الاقتصادي، إذ يتناول صلب النزاع، أي العملية التي يحققها العقد التجاري الدولي والمتمثلة في تحقيق مصالح التجارة الدولية. وعليه، وسنداً لأصحاب هذه النظرية فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني يعتبر دولياً في حال كان متعلقاً بنزاع دولي عابر للحدود، ومن الأمثلة على ذلك إبرام العقد في دولة وتنفيذه في دولة أخرى، وبالتالي وفقاً لهذا المعيار، لا يمكن تحديد صفة الدولية استناداً إلى عناصر العقد (جنسية الأطراف أو مقر إقامة المحكم)، بل تتحدد إذا كان النزاع يتخطى حدود الدولة الواحدة بغض النظر عن العناصر الأخرى المرتبطة به.⁸⁰

وقد تبنت هذا المعيار اتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى⁸¹ في المادة (25) منها، إذ انحصرت نطاق تطبيقها على المنازعات القانونية التي تنشأ بين إحدى الدول الأطراف في الاتفاقية أو أحد أشخاصها المعنويين العامة وبين الرعايا من الأفراد التابعين لدولة أخرى تكون طرفاً في الاتفاقية أيضاً.⁸²

وقد فسّر الفقه الفرنسي مصطلح "التجارة الدولية" بأنها التجارة المتعلقة باقتصاد أكثر من دولة أو بنواح اقتصادية موجودة في أكثر من دولة استناداً إلى المعيار الاقتصادي في التفسير، وهذا ما أخذت به محكمة استئناف باريس التي قضت بدولية التحكيم بين شركتين إيطاليتين بسبب قيام أحدهما بالرقابة على أعمال الأخرى من خارج الدولة، واعتبار هذا النوع من النزاع يتعلق بالمعنى المراد من التجارة الدولية

80 هينة شريف، "القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع2، مجلد44، (2020)، ص416.

81 تعد اتفاقية واشنطن التي أنشأت بواسطة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا دول أخرى (ICSID) والمؤرخة في 18 آذار/مارس 1965، من أهم الاتفاقيات المنظمة للتحكيم الدولي في موضوع الاستثمار. ويصنف المركز الدولي لتسوية المنازعات من مراكز التحكيم المؤسساتي، أي يتم تنظيم وتحديد كافة إجراءات التحكيم من خلال اللوائح والأنظمة التي يقوم بوضعها.

82 رضوان أبو زيد، "الصواب العامة في التحكيم التجاري الدولي القسم الثاني (دولية التحكيم التجاري)"، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، ع2، مجلد2، (1978)، ص48-49.

طالما أنه يوجد تنقل عبر الحدود؛ كذلك اعتبرت أن العقد المبرم بين شركتين فرنسيتين والمنفذ خارج فرنسا بمثابة عقد يرتبط بالتجارة الدولية.⁸³

نستخلص مما تقدم أن هذه النظرية تركز في جوهرها على مفهوم تبادل التجارة بين الدول، حيث تتطلب عمليات نقل البضائع بين الدول إخضاع النزاعات للتحكيم الدولي. وبناءً على ذلك، تستند هذه النظرية إلى فكرة أن الصفة الدولية للعقد ليست مرتبطة بضرورة وجود تاجر كأحد الأطراف، بل يمكن النظر في صفة العقد كدولية في حال كانت التجارة بين الأطراف عابرة للحدود الوطنية، حتى لو كانت كل الأطراف مقيمة في نفس الدولة.⁸⁴

الفرع الثاني: معيار أطراف التحكيم (المعيار القانوني)

يعتمد هذا المعيار في تكييف التحكيم على أنه دولي أو وطني على نفس المعيار المستخدم في القانون الدولي الخاص، والقائم على التحقق من اشتغال العلاقة القانونية على عنصر أجنبي من عدمه. فإذا كانت العلاقة القانونية تشتمل على عنصر أجنبي فيكون التحكيم دولياً، أما إذا تخلف هذا العنصر فيكون التحكيم وطنياً. ويتم النظر في تطبيق هذا المعيار إلى عناصر التحكيم المختلفة للتحقق من مدى توفر العنصر الأجنبي فيها: جنسية الأطراف، وموطنهم ومحل إقامتهم المعتاد، والقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى إجراءات التحكيم، وجنسية المحكم، ولغة ومكان التحكيم، وغيرها من العناصر. بناءً عليه، يكون التحكيم دولياً إذا توزعت هذه العناصر على أكثر من نظام قانوني وطني، ويكون التحكيم وطنياً إذا ارتبطت جميع هذه العناصر بنظام قانوني لدولة واحدة فقط.⁸⁵

وعلى ذلك، ووفقاً لهذا الرأي، ولغايات اعتبار اتفاق التحكيم الإلكتروني دولياً، فيجب فحص أطراف النزاع من حيث الجنسية ومحل الإقامة أو مركز إدارة الشركات المتعاقدة كعناصر فعالة. فبناءً على هذا المعيار، يجب توفر عنصر أجنبي فعال يربط اتفاق التحكيم الإلكتروني بعدة أنظمة قانونية.⁸⁶ كما اعتبر البعض أن اتفاق التحكيم يكون دولياً متى كانت إجراءات إبرامه أو أعمال تنفيذه أو مركز أطرافه

⁸³ رشا علي الدين، "المرجع السابق"، ص1020.

⁸⁴ شريف هنية، المرجع السابق، ص417.

⁸⁵ يوسف الشندي، المرجع السابق، ص50.

⁸⁶ شريف هنية، المرجع السابق، ص416.

بالنسبة لجنسيتهم أو مكان إقامتهم أو مكان وجود الأمر المتنازع عليه مرتبط بأكثر من نظام قانوني، أي له صلة بعدة قوانين لدول مختلفة.⁸⁷

وقد أخذت اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجانب في المادة (1/1) بالمعيار القانوني، كما أخذ فيه أيضاً في الفقرة الثالثة من المادة (1) من القانون النموذجي لعام 1985⁸⁸ وكذلك المادة (2) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 بنصها على أنه "تطبق هذه الاتفاقية على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أي كانت جنسيتهم يربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد اشخاصها أو تكون لهم مقار رئيسية فيها".⁸⁹

إذ نصت المادة الأولى من معاهدة نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على أنه "تطبق تلك المعاهدة على الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية التي تصدر على إقليم دولة غير الدولة التي يطلب الاعتراف وتنفيذ الحكم فيها سواء بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، وتطبق أيضاً على الأحكام التحكيمية التي لا تعتبر أحكاماً وطنية في الدولة التي يطلب الاعتراف وتنفيذ الحكم فيها"، مما يعني أن اتفاقية نيويورك أخذت بالمعيار الجغرافي، حيث تعتبر التحكيم دولياً في حال تعدى حدود الدولة الواحدة.⁹⁰

الفرع الثالث: الجمع بين المعيارين

أمام الانتقادات التي وجهت إلى المعيارين السابقين، فقد توصل القضاء الفرنسي للتوصل إلى معيار ثالث قام بالجمع بين المعيارين وأخذ من كل منهما جزئية معينة لتحديد الصفة دولية للعقد؛ وقد برز هذا المعيار لأول مرة في الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 24 مايو 1972،

87 أحمد متولى، "التحكيم التجاري الدولي الإلكتروني في ظل تكنولوجيا التحول الرقمي"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ع81، جامعة المنصورة، (2022)، ص526.

88 يهدف هذا القانون النموذجي إلى مساعدة الدول على إصلاح وتحديث قوانينها المتعلقة بإجراءات التحكيم لمراعاة السمات والاحتياجات الخاصة للتحكيم التجاري الدولي. ويتناول القانون جميع مراحل عملية التحكيم، ابتداء من اتفاق التحكيم، وتكوين هيئة التحكيم واختصاصها، ونطاق تدخل المحكمة من خلال الاعتراف بقرار التحكيم وإنفاذه

89 يوسف شندي، المرجع السابق، ص51.

90 ناصر عثمان، "معايير دولية التحكيم"، ورقة مقدمة في: المؤتمر السنوي السادس عشر، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، الإمارات العربية المتحدة، (2008)، منشورة على الموقع الرسمي لمؤسسة الاقتصاد والتمويل الإسلامي (<https://iefpedia.com/arab/?p=24316>)، ص53.

والذي قضى بعدم إمكانية تحديد الصفة الدولية للعقد بوجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية (المعيار القانوني) فقط، بل لا بد أن يتعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي).⁹¹

ومن أجل تحديد المعيار الأمثل لتحديد مدى دولية اتفاقيات التحكيم الإلكتروني، قام الفقهاء بتقسيم العقود الإلكترونية إلى نوعين. في النوع الأول، يكون طرفا التحكيم ومؤسسة التحكيم في دول مختلفة، وهنا يمكن بشكل قاطع القول بأن اتفاق التحكيم دولي، نظراً لتوفر الضوابط المنصوص عليها في المعايير المعتمدة أعلاه ويتعلق هذا النوع من التحكيم بعقود التجارة الدولية والتي تستند إلى مبدأ تدفق السلع والخدمات عبر الحدود. أما في النوع الثاني، الذي يتضمن وجود طرفي التحكيم ومؤسسة التحكيم في نفس الدولة، فيكون التحكيم في هذه الحالة غير دولي، ويُعتبر تحكيمياً داخلياً.⁹²

الفرع الرابع: موقف التشريعات المقارنة من معايير دولية التحكيم

فيما يتعلق بموقف المشرع الفلسطيني من الصفة الدولية للتحكيم، يُلاحظ من الفقرة الثانية للمادة الثالثة في قانون التحكيم الفلسطيني أنه استبعد المعيار الاقتصادي عند تعريفه للتحكيم الدولي واعتمد على معيار مركب يجمع بين المعيارين الجغرافي والقانوني، على الرغم من الإشارة الضمنية للمعيار الاقتصادي عند تعريف التحكيم المحلي بالإشارة إلى "إذا لم يتعلق بالتجارة الدولية". ويؤكد ذلك أن الفقرة المشار إليها، التي تنص على أن التحكيم يُعتبر دولياً "إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بمسألة من المسائل الاقتصادية أو التجارية أو المدنية". بالتالي، يتضح أن استخدام مصطلح "المدنية" يستثني الأخذ بالمعيار الاقتصادي.⁹³ وتطبيقاً للمعيار المركب، فإن الفقرة السابقة جعلت المعيار دائماً هو معيار جغرافي: اختلاف المراكز الرئيسية للأطراف، أو محل إقامتهم المعتادة، أو ارتباط موضوع النزاع بأكثر من دولة مع شرط وجود عنصر أجنبي في التحكيم ذاته لاعتبار التحكيم دولياً (معيار قانوني).

هناك من يرى أن المشرع الفلسطيني أخذ بالمعيار المركب لتحديد الصفة الدولية للتحكيم واستبعد المعيار الاقتصادي، ويعزز موقفه بهذا الخصوص بما قال بعض الفقه بهذا الشأن من الأخذ بالمعيار القانوني "فالتحكيم الدولي هو التحكيم الذي يكون موضوعه حسم نزاع مشتمل على عنصر أجنبي، سواء اتصل هذا العنصر بالأعمال المتعلقة بنشأة العلاقة القانونية مصدر النزاع، أو بتنفيذها، أو بموطن

⁹¹ أحمد متولى، المرجع السابق، ص529.

⁹² رشا علي الدين، المرجع السابق، ص 1024-1025.

⁹³ يوسف الشندي، المرجع السابق، ص54.

أو مقر نشاط أطرافها. وهذا هو المعيار القادر على تأكيد عالمية التحكيم، إذ يكفي أن تتصل العلاقة القانونية الناشئة عنها النزاع المطروح على التحكيم في أحد عناصرها بأكثر من نظام قانوني كي يكون التحكيم دولياً. وهذا المعيار القانوني يستغرق المعيار الاقتصادي، لأنه غالباً ما تتصل المنازعات الناشئة عن تلك العلاقة القانونية بعمليات التجارة الدولية. إن الاعتماد على ما يسمى بالمعيار الاقتصادي وحده لوصف التحكيم بالدولية، فيه مصادرة على المطلوب، ووضع الأمور في غير موضعها وتدرجها المنطقي، فلا يتصور أن يتعلق نزاع معين بمصالح التجارة الدولية دون أن يكون ناشئاً عن علاقة على صلة بالنظام القانوني لأكثر من دولة"⁹⁴.

لا يتفق الباحث مع توجه المشرع الفلسطيني بقيامه بالدمج ما بين المعيارين في تحديد دولية التحكيم واستبعاد المعيار الاقتصادي، سيما وأن النزاع المعروض على هيئة التحكيم لا يمكن إخراجها من قلبه الاقتصادي، إذ جاء ليعالج الإشكاليات الناتجة عن التجارة الدولية والتي بدورها تعتبر جوهر اتفاق التحكيم، حيث يستمد التحكيم أهمية ودوره من طبيعة النزاع العروض، إلا أن هذا المعيار لوحده لا يكفي للحديث عن دولية التحكيم، فلا بد من معززات تساند هذا الشأن وهو الارتباط بعنصر أجنبي يكون ذا صفة فارقة إضافية لتمييز التحكيم الدولي، وذلك بهدف عدم تجريد التحكيم المحلي من دوره وطبيعته والإبقاء على نوع من التوازن ما بينهما.

بالرجوع إلى القوانين المقارنة نجد بأن قانون التحكيم الأردني قد خلا من أي تعريف أو ضوابط أو معايير للتحكيم الدولي بشقيه الإلكتروني أو الطبيعي، أما قانون التحكيم الإماراتي فقد نظم مسألة الصفة الدولية للتحكيم في المادة (3) منه حيث تبني المعيارين معاً، إذ تبني بالفقرات الأولى والثانية منه المعيار الجغرافي في حين تبني في الفقرتين الثالثة والرابعة المعيار الاقتصادي.⁹⁵

⁹⁴ يوسف الشندي، المرجع السابق، ص54-55

⁹⁵ نصت المادة (3) من قانون التحكيم الإماراتي رقم (6) لسنة 2018 على "يكون التحكيم ذا صفة دولية حتى لو جرى داخل الدولة، وذلك في أي من الحالات الآتية: 1. إذا كان المركز الرئيسي لأعمال الأطراف يقع في دولتين مختلفتين أو أكثر وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الأطراف عدة مراكز أعمال، فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد أطراف التحكيم مركز أعمال، فالعبرة بمحل إقامته المعتاد. 2. إذا كان أحد الأماكن التالية يقع خارج الدولة التي يقع فيها المقر الرئيسي لعمل أي من الأطراف: أ. مكان إجراء التحكيم كما حدده اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تحديده. ب. مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية بين الأطراف، أو المكان الذي يكون له صلة وثيقة بموضوع النزاع. 3. إذا كان موضوع النزاع الذي ينصب عليه اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة. 4. إذا اتفق الأطراف صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم يتعلق بأكثر من دولة.

المطلب الثاني: تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم وفقاً لإرادة المتعاقدين (مبدأ سلطان الإرادة)

ذهبت العديد من التشريعات إلى منح الأفراد حرية اختيار القانون واجب التطبيق على عقودهم، حيث سمحت هذه التشريعات لإرادة الأطراف أن تلعب دوراً محورياً في إنشاء التصرفات القانونية وتحديد آثارها وبالتالي إمكانية اختيار أي القوانين أو الاتفاقيات هي الأمثل لتحكمها؛ حيث يعتبر اتفاق التحكيم هو الصورة المثلى التي يتجلى فيها مبدأ سلطان الإرادة، إذ بموجبه يختار الأطراف طوعاً التخلي عن القضاء العادي واللجوء للتحكيم لفض أي نزاعات تنشأ بينهم، وبيان ما هو القانون الأنسب ليحكم هذا النزاع بما يخدم مصالحهم وأهدافهم.⁹⁶

وعليه، سيكون محور هذا المطلب هو الوقوف على مبدأ سلطان الإرادة في ومن ثم التعرف على صور التعبير عن الإرادة وهي الصريحة والضمنية وبالنهاية التعرف على موقف التشريعات المقارنة من هذا المبدأ وصوره.

الفرع الأول: مبدأ سلطان الإرادة

يستمد الأطراف الحق في حرية اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع من القاعدة القانونية "القعد شريعة المتعاقدين" المتعارف عليها في نظرية العقود، إذ تصعب الأمور نسبياً عند غياب إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على العقود عابرة الحدود؛ حيث أن منح الأفراد هذه الحرية يدفعهم نحو اختيار القانون الذي يتلاءم مع رغباتهم ومصالحهم ويحقق لهم الأمان المتطلب في المعاملات الدولية، إذ استناداً لهذه الحرية يستطيع الأطراف اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم منازعاتهم المختلفة عند إبرام العقد، هذا ويحق للأطراف إجراء التعديلات التي يرونها مناسبة على تلك القواعد التي تم اختيارها بشرط أن لا تلحق أي أضرار بحقوق الغير وأن لا تؤدي إلى بطلان أحكام وشروط العقد.⁹⁷

⁹⁶ بلوغ الخياط وأحمد عفيفي، "انعكاسات مبدأ الصحة والاستقلالية بشأن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية - دورة علمية محكمة، ع3، المجلد9، جامعة مدينة السادات(2023)، ص885.
⁹⁷ نور حمد الحجاليا، "القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع الخاضع للتحكيم"، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، مجلد3، عدد3، (2011)، ص69-70.

ويعرف قانون الإرادة على أنه القانون الذي يتم اختياره من قبل الأطراف سواء بإرادتهم الصريحة أو الضمنية وذلك ليحكم علاقتهم التعاقدية، بحيث يكون هذا القانون مصدراً للقواعد التي يحكمها بغض النظر عن القانون واجب التطبيق عند عدم اختيار الطرفين لذلك القانون.⁹⁸

يتضح مما سبق أن مبدأ سلطان الإرادة هو الركيزة الأساسية في تحديد شروط التعاقد، الأمر الذي يمنحه دوراً بارزاً في تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات التعاقدية، وهذا الأمر ينعكس بشكل جلي على النصوص الناظمة لاتفاق التحكيم.⁹⁹ ولا يمكن تأسيس مبدأ سلطان الإرادة أمام هيئات التحكيم على قواعد تنازع تابعة لدولة على وجه الخصوص، لأن الاختصاص بنظر النزاع ليس معقوداً لدولة معينة حتى يمكن القول بأن قانون هذه الدولة هو الذي يستمد منه حق الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق، إذ يستمد مبدأ سلطان الإرادة أساسه وتفسيره أمام هيئات التحكيم من القاعدة المادية للقانون الدولي الخاص، والتي جاءت لتحكم مسألة عقود التجارة الدولية؛ إذ تشكل هذه القاعدة المادية الأساس في تفسير مبدأ سلطان الإرادة سواء بالنسبة للعقود بين الافراد، أو فيما بينهم وبين الدولة.¹⁰⁰

وقد انقسم الفقه في المدى الذي يحق فيه للأطراف تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم إلى اتجاهين:

1. الاتجاه الأول، وهو الاتجاه التقليدي (النظرية الموضوعية)، يرى أصحاب هذه النظرية ضرورة تضييق الخناق على أطراف النزاع لتحديد القانون واجب التطبيق، بحيث يلزم الأطراف باختيار قانون له صلة بموضوع النزاع من حيث موضوعه أو جنسية أحد أطرافه أو مكان إبرامه أو تنفيذه، وذلك على أساس أن اختيار الطرفين لقانون لا علاقة له بموضوع النزاع لا مبرر له ولا يمكن تأويله إلا إن كان قصدهما التحايل على القانون، بالإضافة إلى أن إطلاق العنان لأطراف التحكيم في تحديد القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم يؤدي إلى تحرير العقد من سلطان القانون،

⁹⁸ سليمة غول، "القانون واجب التطبيق على منازعات التجارة الالكترونية"، مجلة الباحث القانوني، جامعة صفاقس، ع1، مجلد 1 (2020)، ص52.

⁹⁹ عثمان بقبش، "القانون واجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدول لتسوية منازعات الاستثمار"، مجلة منازعات الأعمال، جامعة مستغانم، العدد الخامس، (2015)، ص33.

¹⁰⁰ وفا أشرف محمد، "القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولي في مجال التحكيم"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، مجلد 7، (2019)، ص297.

وبالتالي إخرجه من مجال تنازع القوانين وفقاً للمعنى المقصود لهذه الفكرة في فقه القانون الدولي الخاص. 101

2. الاتجاه الثاني، الاتجاه الحديث (النظرية الشخصية)، يرى أصحاب هذه النظرية بأن قاعدة قانون الإرادة هي في حقيقتها قاعدة إسناد، أو قاعدة من قواعد تنازع القوانين التي تستند إلى الإرادة كمعيار أساسي للإسناد، وبنيت هذه النظرية على القول بأن وظيفة هذه القاعدة إنما هي إرشاد المتعاقد إلى القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، ومن ثم فهي تشارك سائر قواعد التنازع في خصائصها، من حيث كونها قاعدة غير مباشرة ومزدوجة الجانب وقاعدة إرشادية. وبناء على ذلك، فإن أنصار هذا الاتجاه يرون بأن هذه النظرية تستند إلى عرف دولي معمول به منذ القدم، بحيث كان الباعث من ورائها تسهيل التعاقد في التجارة الدولية، والمحافظة على التوقعات المشروعة للمتعاقدين حول مضمون التزامهم مع تقييد إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على العرف السائد. 102

إن الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة يستند إلى أسباب عملية أكثر منها نظرية، إذ تستجيب فكرة حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يسري على عقودهم، للتعدد الكبير وللأختلافات في العلاقات فيما بينهم، إذ إنها تسمح للأطراف باختيار القانون الملائم لتحقيق النتيجة التي يرغبان في تحقيقها؛ فدور مبدأ سلطان الإرادة لا يهدف إلا لتأكيد وضمان احترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين باستخدامه لتحديد القانون واجب التطبيق، وذلك بمنحه الأطراف فرصة التحكم في هذا القانون؛ بل يتعدى ذلك، بالسماح للأطراف باستبعاد قانون معين، أو التغيير في طبيعة القانون الذي يختارونه، بإدراجه في العقد ليصبح في حكم الشروط العقدية، أو بتجزئة وتقييد أحكامه، ليتحول بذلك من مبدأ لحل مشكلة تنازع القوانين، إلى مبدأ يسمح بالحرية التعاقدية في المجال التجاري والاقتصادي. 103 إلا أن مبدأ قانون الإرادة مقيد بالنظام

101 موكريان عزيز محمد، "القانون واجب التطبيق على التحكيم" دراسة مقارنة، (رسالة دكتوراه: جامعة سوران، العراق، 2020)، بحث منشور على الموقع الرسمي للجامعة (<https://conferences.tiu.edu.iq/ilic/research-27-ilic-2019>) ص14.

102 محمد حسن، "القانون واجب التطبيق على موضوع منازعة التحكيم الإلكتروني: دراسة مقارنة"، كلية الحقوق، جامعة السليمانية، العراق، (2019)، ص430.

103 هوارى بلحسان، "القانون واجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مختبر البحث قانون الأعمال، عدد28، (2018)، ص96.

العام في الدولة التي سينفذ قرار التحكيم على إقليمها وقوانين البوليس التي تفرض في مجال العقد التزامات قانونية بمعزل عن مبدأ قانون الإرادة.¹⁰⁴

الفرع الثاني: صور التعبير عن إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم

1. التعبير الصريح

يستند المتعاقدون على مبدأ حرية التعاقد للاتفاق على اختيار القانون واجب التطبيق بشكل صريح لموضوع العقد، ، حيث يختار الأطراف القانون الذي يحقق مصالحهم المشتركة؛ ويكون تعيين القانون واجب التطبيق من قبل الأطراف صريحا من خلال النص عليه في اتفاق التحكيم، وقد يرد هذا النص على عدة أشكال، إذ قد يكون على شكل بند من بنود شرط التحكيم أو على شكل مشاركة التحكيم، ولعل أهم المبررات التي أدت إلى الأخذ بمبدأ الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق هي: أ. تعتبر تطبيقاً جلياً لمبدأ سلطان الإرادة؛ ب. يمنح الأطراف أحقية اختيار أنسب القوانين لتطبيقها على النزاع، مما يسهل عملية حسم النزاع من قبل هيئة التحكيم؛ ج. تعتبر حلاً وسطاً على الصعيد الدولي للتوفيق بين المصالح المتعارضة للأطراف؛ د. إقرار حق القانون واجب التطبيق يساعد على تحقيق التوازن في المصالح بين الأطراف المتعاقدة¹⁰⁵.

ولخصوصية التحكيم الإلكتروني، يمكن التعبير عن الإرادة الصريحة بأي صورة من الصور كالنص على الصفحة الإلكترونية، أو عن طريق إبراد شرط في العقد ينص على ذلك.¹⁰⁶ وفي العقود الإلكترونية النموذجية، فإنه يمكن التعبير عن الإرادة حول القانون واجب التطبيق على النزاع المحال إلى هيئة التحكيم الإلكتروني عن طريق الضغط على أيقونة (أنا موافق) في الشروط النموذجية الواردة في صك التحكيم الإلكتروني، والتي تتضمن شرط القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، حيث أنه وبمجرد

104 الهام العزام وحيد الخراز، "التحكيم التجاري الدولي في اطار منهج التنازع "دراسة مقارنة""، (رسالة ماجستير، جامعة النجاح، 2009)، ص38.

105 سمير عبود فرحان، "القانون واجب التطبيق على منازعات التحكيم "دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والعراقي"، (رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، لأردن، 2017)، ص78.

106 أمين دواس، "اختيار المتعاقدين للقانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني"، مجلة جامعة النجاح للأبحاث - العلوم الإنسانية، ع10، مجلد 25، (2011)، ص2541.

الضغط على هذه الأيقونة بعد قراءة هذا الشرط الذي يكون قد ظهر على الشاشة يصبح جزءاً من العقد وملزماً لأطرافه، طالما توفر للأطراف فرصة الاطلاع عليها والعلم بمحتواها.¹⁰⁷

أما في حال عدم ظهور الشروط النموذجية على الشاشة الإلكترونية الخاصة بالأطراف، فإن الأمر يكون مختلفاً. ففي حال ظهور رابط (Hyperlink) يحيل إلى الشروط النموذجية فلا يمكن بهذه الحالة افتراض علم الأطراف بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. ومع ذلك، وفي حال وضوح هذا الرابط، وكانت التعليمات الظاهرة على شاشة الأطراف تفيد بأن الضغط على أيقونة (أنا موافق) تشمل القبول بالعقد وشروطه النموذجية وقام الأطراف فعلاً بالضغط عليه، فإن هذا الأمر يكفي لافتراض علم الأطراف بالشروط النموذجية والتي تشمل شرط القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني.¹⁰⁸

2. التعبير الضمني

انطلاقاً من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإن المشرع يسعى دائماً إلى تطبيق القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم الإلكتروني استناداً إلى إرادة الأطراف، إلا أنّ إرادة الأطراف وإن كانت في معظم الأحيان يتم التعبير عنها بشكل صريح في اتفاق التحكيم، إلا أنه يحدث أن لا يتم ذلك صراحة، ويكون هناك عبء على هيئة التحكيم بشأن استخلاص هذه الإرادة من ظروف وملابسات اتفاق التحكيم وذلك قبل أن تُفعل الهيئة إرادتها في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع عند السكوت الصريح من قبل الأطراف في تحديد هذا القانون.

إن أهم الأسس الذي يستند إليها المحكم في استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف تتمثل في التحليل الموضوعي للنزاع، للوقوف على ملابساته وظروفه بالإضافة إلى القرائن الذاتية المستمدة من أطراف النزاع مثل جنسيتهم المشتركة أو موطنهم المشترك أو المستمدة من موضوع النزاع، أو من خلال القرائن الخارجية مثل مكان إبرام الاتفاق الأصلي أو مكان تنفيذه، إذ أن منح المحكم صلاحية استخلاص هذه الإرادة لا يؤدي للإخلال بتوقعات الأطراف وإنما تأتي لتعبر عن الإرادة الحقيقية لهم في تحديد واختيار القانون واجب التطبيق.¹⁰⁹

107 رشا علي الدين، المرجع السابق، ص1032-1033

108 أمين دواس، المرجع السابق، ص2542

109 نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص81.

وقد تطرقت التشريعات لمسألة الإرادة المفترضة أو الضمنية باعتبارها شكلاً من أشكال الإرادة يتم اللجوء إليها في حالة غياب اختيار الخصوم صراحة لقانون معين أو لقواعد قانونية معينة لتحكم موضوع المنازعة التي تطرح على التحكيم، حيث يثور أمام المحكم مشكلة التصدي لمعرفة ما إذا كانت نية أطراف الخصومة قد التجأت في إخضاع موضوع المنازعة لقانون معين. ففي حالة انتقاء الإرادة الصريحة يتجه المحكم إلى فكرة الإرادة الضمنية التي يستخلصها من ظروف النزاع وواقع الحال بصورة مؤكدة وقاطعة.¹¹⁰

وحيث أن الإرادة الضمنية هي صورة من صور الإرادة، وهي التي لا يتم من خلالها التعبير عن إرادة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم بشكل صريح بالعقد بالصورة والكيفية التي تم الإشارة إليها سالفاً، فيلجأ المحكم إلى البحث عن الإرادة الضمنية أو المفترضة للأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع المطروح أمامه، وتسعين هيئة التحكيم بهذا الخصوص بقرائن ومؤشرات للكشف عن القانون واجب التطبيق والذي انصرفت إليه إرادة الأطراف مثل مكان تنفيذ العقد، أو استعمال أطراف العقد لصيغة عقد معمول به في بلد ما، أو اختيار مؤسسة تحكيم موجودة في ذلك البلد. كما تقوم هيئة التحكيم بالبحث عن الإرادة المفترضة لأطراف العقد في حال عدم قدرتهم للوصول للإرادة الضمنية لهم، وغالباً ما يُكتشف بأن إرادة الأطراف قد انصرفت إلى تطبيق قانون مكان التحكيم.¹¹¹

وقد عارض جزءٌ من الفقه الاختيار الضمني للقانون واجب التطبيق، وذلك بالاستناد للمادة (1/42) من اتفاقية واشنطن بحجة أن هذا الأمر يؤدي إلى تجنب الدولة المضيفة عن اللجوء للتحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار¹¹² المنشأ بموجب هذه الاتفاقية، خوفاً من استبعاد هيئة التحكيم تطبيق قانونها بذريعة الإرادة الضمنية التي تستخلص من خلال معايير شخصية، ويغلب عليها طابع الظن لا

¹¹⁰ بختي قدور، "التحكيم التجاري الدولي والقانون واجب التطبيق"، (رسالة ماجستير، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، 2017)، ص38.

¹¹¹ علاء الدين علي شعب، "القانون واجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية "دراسة مقارنة"، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد 41، (2016)، ص10.

¹¹² يعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID، هو المؤسسة الرائدة في العالم المكرسة لتسوية نزاعات الاستثمار الدولية، لديها خبرة واسعة في هذا المجال، بعد أن أدارت غالبية حالات الاستثمار الدولية وهو مركز تابع لمجموعة البنك الدولي وقد اتفقت الدول على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كمنتدى لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول في معظم معاهدات الاستثمار الدولية وفي العديد من قوانين عقود الاستثمار. تأسس في عام 1966 من قبل اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى (اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار)، واتفاقية ICSID هي معاهدة متعددة الأطراف صاغها المديرون التنفيذيون للبنك الدولي لتعزيز هدف البنك المتمثل في تعزيز الاستثمار الدولي. المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مؤسسة مستقلة وغير مسببة وفعالة لتسوية المنازعات.

اليقين، غير أنه تم دحض هذا الأمر من جانبين؛ الأول أنه لا يجوز لهيئة التحكيم الأخذ بالإرادة المفترضة للطرفين، وإنما يتوجب عليها البحث عن إرادتهما الضمنية الحقيقية واستخلاصها من الظروف الملائمة. والثاني، قيام اتفاقية واشنطن بوضع نظام خاص للطعن في أحكام التحكيم، الأمر الذي سمح لكل طرف بالطعن في الحكم الذي استبعد تطبيق القانون واجب تطبيقه، خصوصاً إذا ما تجاوزت هيئة التحكيم صلاحياتها في هذا المجال.¹¹³

الفرع الثالث: موقف التشريعات من دور الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم في التحكيم الإلكتروني

منحت الاتفاقيات الدولية إرادة الأطراف دوراً بارزاً في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع المنظور أمام هيئة التحكيم، حيث أشارت المادة (1/42) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 إلى "تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة فإذا لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع (بما في ذلك القواعد الخاصة بتعارض القوانين) وكذلك مبادئ القانون الدولي واجب تطبيقها في هذا الصدد".¹¹⁴

وجاء في المادة (1/35) من قواعد الأونسيترال للتحكيم المنقحة للعام 2021 إلى أنه "تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يعينها الأطراف باعتبارها منطبقة على موضوع المنازعة، فإذا لم يعين الأطراف تلك القواعد طبقت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسباً".¹¹⁵ وهذا يعني منح أطراف العقد الحرية الكاملة في اختيار القانون أو القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع التحكيم، وضرورة التزام هيئة التحكيم باحترام هذا الاختيار، وعليه، فكما يجوز للطرفين اختيار قانون دولة معينة صراحة، فيجوز لهما أيضاً اختيار قواعد قانونية لا تنتمي إلى دولة معينة، مثل قواعد القانون الدولي العام، أو المبادئ العامة للقانون، أو قانون التجارة الدولية، أو مزيج من هذه الأنظمة القانونية.¹¹⁶

¹¹³ أمين الدواس، "القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي"، المؤتمر السنوي الدولي السابع لكلية القانون الكويتية العالمية، العدد 8، (2020)، ص174.

¹¹⁴ اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، 1965، المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار. منشورة على موقع العهد الأمريكي للتحكيم التجاري الدولي (<https://www.aifca.com/2017/04/15/>).

¹¹⁵ قواعد الأونسيترال للتحكيم، 1976، هيئة الأمم المتحدة. منشور على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (<https://uncitral.un.org/ar/about>)

¹¹⁶ أمين دواس، المرجع السابق، ص157-158.

وقد أكدت اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها على مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم حيث تنص المادة الثانية من الاتفاقية على أنه "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يُخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية لمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم".¹¹⁷ كما جاء في الفقرة الأولى من المادة الخامسة من ذات الاتفاقية والتي تقضي بأنه "لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم السلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على عدم صحة اتفاق التحكيم وفقا لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق".¹¹⁸

وقد اعترف القضاء الفرنسي بمبدأ سلطان الإرادة في مجال عقود التجارة الدولية منذ أمد بعيد، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر بتاريخ 5 كانون الأول 1910 بأن "القانون واجب التطبيق على العقود، سواء فيما يتعلق بتكوينها أو فيما يتعلق بآثارها وشروطها، هو القانون الذي يقوم الأطراف بتحديدته".¹¹⁹ وتبنى المشرع الفلسطيني أحقية الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، بحيث وضع إرادة الأطراف في المقام الأول عند اختيار القانون واجب التطبيق على اتفاقيات التحكيم الدولية، إذ نصت المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 على "يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني".¹²⁰ أي أن المشرع الفلسطيني منح إرادة الأطراف الأولية في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وجعها بالمقام الأول.

ومع ذلك، يؤخذ على الصياغة التشريعية للمادة (19) من القانون الفلسطيني بأنه يمكن الاستنتاج من خلال الآلية التي صيغت بها بأنها حصرت إمكانية الاتفاق على قوانين محلية لغايات تطبيقها على النزاع ذات الطابع الدولي دون التطرق لمسألة إمكانية تطبيق القواعد القانونية أو الاتفاقيات الدولية المتعلقة

¹¹⁷ نبيل صالح العرابوي، "اتفاق التحكيم"، جامعة قاصدي مرتاح ورقّة، كلية الحقوق العلوم السياسية، العدد 15، (2016)، ص 365.

¹¹⁸ نبيل العرابوي، المرجع السابق، ص 365

¹¹⁹ وفا أشرف محمد، "القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولي في مجال التحكيم" مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص،

ع 4، الجزء الأول، 2019، ص 300

¹²⁰ وفا محمد، المرجع السابق، ص 300.

بهذا الخصوص؛ إذ كان لا بد من التوسع بهذا الشأن، سيما وأن التوجه الغالب في وقتنا الحالي ينصرف إلى تطبيق الاتفاقيات والمعاهدات الدولية على النزاعات ذات الطابع الدولي كونها تتميز بالشمولية والحيادية والحدثة.

وعالجت المادة (37) من القانون الاتحادي الإماراتي رقم (6) لسنة 2018 بشأن التحكيم دور الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع عندما نصت على أنه " تُطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الأطراف، وإذا اتفق على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على خلاف ذلك بشرط عدم مخالفته للنظام العام والآداب في الدولة. 2. إذا اتفق الأطراف على إخضاع العلاقة القانونية بينهم لأحكام عقد نمذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى، وجب العمل بتلك الأحكام وما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم بشرط عدم مخالفته للنظام العام والآداب في الدولة".

ونصت المادة (36/أ) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 بهذا الشأن على أنه "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين".

ويرى الباحث بأن المشرعين الإماراتي والأردني كانا موقفين في اختيار عبارة القواعد القانونية وذلك للخروج من إطار القوانين المحلية وإجازة تطبيق الاتفاقيات والأحكام المعدة من قبل هيئات ومراكز تحكيم دولية مختلفة.

المطلب الثالث: القيود التي ترد على حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم

أمام ظهور مبدأ سلطان الإرادة في العصر الحديث وأهميته في التجارة الدولية باعتباره أحد أهم ركائزها، ومع التوجه المضطرد للتحكيم الإلكتروني باعتباره أحد أهم الوسائل الحديثة لفض النزاعات بعيداً عن القضاء، لما يمتاز به من سهولة ويسر ويمنح الأطراف الحرية الواسعة في تحديد القانون واجب التطبيق وفقاً لإرادة الأطراف الحرة، كان لا بد من تقييد هذه الإرادة ببعض القيود وذلك للحيلولة دون استغلال هذه المساحة التي منحت للأطراف بطريقة غير مشروعة تهدم أحد أهم مبادئ التجارة الدولية وهو مبدأ حسن النية.

وعليه، سنتناول في هذا المطلب أهم القيود التي فرضها المشرع على مبدأ سلطان الإرادة وهما الغش نحو القانون والنظام العام، حيث سنتناول هذين القيدتين وبيان الأسباب والمبررات التي دفعت بالمشرع لوضعها وأهم الشروط واجب توفرها لإعمال أي منهما أو كليهما.

الفرع الأول: الغش نحو القانون

عرّف الفقهاء الغش نحو القانون على أنه "وسائل يتخذها شخص ليهرب من حكم القواعد القانونية الآمرة والناهية التي يخضع لها بواسطة استخدام قواعد قانونية أخرى يتوقف تطبيقها على إرادته مع الانحراف بها من معناها الحقيقي، وبذلك يكون تغيير ضابط الإسناد بهدف التحايل".¹²¹

يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ الرئيسية التي تقوم عليها التجارة بشكل عام والتجارة الدولية على وجه الخصوص، إذ أرست كافة الاتفاقيات الدولية هذا المبدأ كميّار أساسي لتنظيم العلاقة التجارية العابرة للحدود، إذ لا بد للأطراف من اختيار القانون واجب التطبيق سندا لهذا المبدأ؛ بمعنى أنه لا يجوز للأطراف الاتفاق على اختيار قانون دولة معينة أو قواعد قانونية معينة بغية الهروب من القواعد القانونية الموضوعية الآمرة في القانون الأكثر ملاءمة لموضوع النزاع، وإلا اعتبار هذا الأمر بمثابة غش نحو القانون، الأمر الذي يوجب على المحكم استبعاد هذا القانون وتفعيل صلاحياته وتطبيق القانون الأكثر صلة بموجب النزاع عملاً بصلاحياته القانونية.¹²²

تثور مسألة الغش نحو القانون في عقود التجارة الدولية أكثر من المحلية، لأن هذا الدفع لا يتصور إلا إذا منح القانون الحرية للأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع المثار أمامها سندا لأحد قواعد الإسناد المعمول بها في القوانين المحلية، كما أن عقود التجارة الدولية تتميز بأنها عقود إرادية يكون لإرادة الأطراف الدور الأكثر تأثيراً في اختيار القانون واجب التطبيق وذلك انطلاقاً من مبدأ سلطان الإرادة التي تقوم عليها هذه العقود.¹²³

وقد أثار مسألة الغش نحو القانون جدلاً ما بين الفقهاء، إذ اعتبرها البعض بأنها صورة من صور فكرة النظام العام مع منحها خاصية محددة، إذ أن الدفع بالنظام العام من شأنه أن يؤدي إلى استبعاد

¹²¹ شريف هنية، "القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي"، (أطروحة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2003)، ص103.

¹²² نور حجيا، المرجع السابق، ص72.

¹²³ شريف هنية، القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، المرجع السابق، ص104.

القانون المختار من قبل الأطراف، في حين أن الغش نحو القانون يؤدي إلى تطبيق القانون الذي عزم الأطراف على استبعاده، بالإضافة إلى أن فكرة الغش نحو القانون يمكن استخدامها في القانون الوطني والاجنبي على حد سواء، في حين أن فكرة النظام العام تكون مرتبطة في القانون الوطني وتهدف إلى حماية المصالح الوطنية.¹²⁴ ووضع الفقه عدة شروط لتطبيق فكرة للغش نحو القانون أهمها:

1. تغيير أطراف العلاقة إرادياً لضابط الإسناد

ويطلق عليها "الركن المادي للغش" وتتحقق في حالة قيام الأطراف بإدخال العنصر الأجنبي على علاقتهم التعاقدية لتجنب الخضوع لقانون الوطني للأطراف، مع أن العلاقة القائمة هي علاقة وطنية خالصة لا تحتوي أي عنصر أجنبي، أو قيامهم بتحويل العلاقة من علاقة ترتبط بالمعايير الدولية للتحكيم والمتمثلة بعنصر أجنبي إلى علاقة وطنية من خلال إخفاء هذا العنصر، إذ يهدف أطراف العلاقة إلى تطبيق القانون الوطني بدلاً من القانون الأجنبي سنداً لقواعد الإسناد.¹²⁵ ومن صور تغيير ضوابط الإسناد ضابط الجنسية بالنسبة للأحوال الشخصية، إذ يقوم أحد أطراف النزاع بتغيير جنسيته للتهرب من قانون الجنسية واجب التطبيق على النزاع بالأساس، كونه لا يحقق مآربه ورغباته؛ وضابط الموطن بالنسبة للأحوال الشخصية بالنسبة للدول التي تأخذ بضابط الموطن على اعتباره القانون الشخصي، بالإضافة إلى إمكانية تغيير ضابط موضع المال.¹²⁶

2. وجود نية الغش

أي أن يكون تغيير ضابط الإسناد من أجل تغيير القانون واجب التطبيق في الأصل على موضوع النزاع بغية تطبيق قانون يحقق مصالح أو غايات أحد أطراف، إذ وتوفر هذا الشرط بالإضافة إلى الركن المادي يكون قد تحقق الغش نحو القانون؛ أي أن فكرة الغش نحو القانون تتحقق بوجود نية وقصد مسبق من قبل أحد الأطراف أو كليهما باتجاه إرادته نحو تطبيق قانون آخر يكون أكثر فائدة له بقصد الهروب من القانون المحلي، وتكون السلطة التقديرية للمحكم في استنباط هذه النية من الظروف والوقائع التي تعرض عليه.¹²⁷

¹²⁴ طلال طلب فنيخر، "القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي"، (رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة عمان العربية، الأردن، 2011)، ص83.

¹²⁵ أحمد دغيش، "الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص"، مجلة المنارة للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع2، (20147)، ص78.

¹²⁶ صحراء داودي، "استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب الغش نحو القانون"، مجلة الدراسات والأبحاث، ع4، مجلد12، (2020)، ص896.

¹²⁷ عمارة الرواشدة، "الدفع بالتحايل على القانون في التشريع الأردني"، مجلة القانون والمجتمع، ع2، مجلد10، (2022)، ص7

3. أن يكون تغيير ضابط الإسناد حقيقياً لا صورياً

لغايات اعتبار أن ما قام به الأطراف من تغيير ضابط الإسناد فإنه لا بد أن يكون القانون واجب التطبيق وفقاً لهذا التغيير مختلفاً من ناحية الجوهر والمضمون عن القانون الأصلي، إذ لا يؤخذ بفكرة الغش نحو القانون في حال كان تغيير ضابط الإسناد سيؤدي إلى نفس الفكرة المرجوة في حال تم تطبيق القانون الأصلي لأنه لا فائدة من مصلحة مرجوة من هذا التغيير.¹²⁸

4. أن يكون التهرب من قاعدة قانونية أمراً أو مكمة

تهدف القواعد المكملة "الإرادية" إلى حماية مصالح خاصة، حيث ترتبط بالإرادة الفردية وحريتها في التنصل من القواعد القانونية واستثنائها وفقاً لاتفاق خاص، مما يجعلها قادرة على تحديد العلاقات بطرق مختلفة عما تفرضه القواعد القانونية العامة. وبالتالي، لا يمكن تصور الغش نحو القانون بالنسبة لها على عكس القواعد القانونية الأمرة والتي جاءت لغايات حماية مصالح عامة. ومع ذلك، يمكن أن يظهر مفهوم الغش تجاه القانون في سياق القواعد المكملة التي تعتمد على الإرادة الفردية، خاصة فيما يتعلق بالقوانين الإجرائية في المواد المدنية والتجارية، وتحديدًا في مجال قواعد الاختصاص المحلي للمحاكمات، حيث يمكن أن يتمثل الغش في إلحاق الضرر بأحد الأطراف أو الغير.¹²⁹

الفرع الثاني: النظام العام

يرتبط النظام العام بالقواعد والأسس الجوهرية التي ترسمها السلطة السياسية في النظام الداخلي لكل دولة، الأمر الذي يجعل مفهوم النظام العام يختلف بين الدول وذلك وفقاً لرؤية السلطة السياسية الحاكمة في تلك الدول والتي تسعى دائماً إلى الحفاظ على النسيج المجتمعي داخلها؛ هذا وترتبط فكرة النظام العام الدولي بوجود نظام قانوني دولي يختلف عن النظام القانوني داخل الدولة ومستقل عنه، إذ يختلف مضمون النظام العام الداخلي عن النظام العام على الصعيد الدولي، حيث يقتصر دور الأول في الحد من مبدأ سلطان الإرادة و تقييده وذلك عن طريق منع الأطراف من الاتفاق على ما يخالف القواعد الأمرة تحت طائلة بطلان هذا الشرط، بينما يقتصر دور النظام العام الدولي على دور استبعادي، وذلك

128 عمار الرواشدة، المرجع السابق.

129 سيد أحمد، "الغش نحو القانون"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع1، مجلد62، (2020)، ص77.

باستبعاد القاضي تطبيق القانون الأجنبي الذي حددته قاعدة التنازع بسبب تعارضها مع النظام العام في قانونه.¹³⁰

يعد النظام العام أحد أهم العوامل التي تؤدي إلى منع تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية، حيث أن فكرة النظام العام جاءت لتؤسس مبدأً مخالفاً للمبدأ العام في مجال العقود والتجارة الدولية القائم على فكرة سلطان الإرادة وحرية الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق، وقد ثار خلاف فقهي حول طبيعة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص إذ تبنى جزء من الفقه اتجاه بأن فكرة النظام العام هي تطبيق لمبدأ أصلي وقاعدة عامة، حيث اعتبر النظام العام قاعدة وضابطاً للإسناد إلى جانب القوانين الممتدة التي يكون تطبيقها شخصياً.¹³¹

في حين قال الاتجاه الآخر بأن فكرة النظام العام ما هي إلا استثناء على القاعدة العامة، حيث يستند أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه وفي إطار القانون الدولي الخاص فإنه يتوجب على القاضي الوطني أن يفصل في النزاع المرتبط بأكثر من نظام قانوني وفقاً للقانون الأكثر ملاءمة للتطبيق إلا أنه يوجد استثناءات على هذا الأصل العام وأحد هذه الاستثناءات هو تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام الداخلي الذي يقوم عليه المجتمع، ففهي هذه الحالة يقوم القاضي باستبعاد القانون الأجنبي وتطبيق القانون الذي تحدّد اختصاصه بموجب قواعد الإسناد الوطنية وهذا الاتجاه هو الحديث والراجح.¹³²

وفي إطار الحديث عن القانون الدولي الخاص (التجارة الدولية) فإن فكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين تُقسم إلى قسمين؛ الأول هو النظام العام التوجيهي أو ما يعرف باسم قوانين البوليس، وهي القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ درجة أهميتها للمجتمع لحد يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية، إذ يتوجب تطبيقها بشكل مباشرة دون النظر إلى تصنيفها وما إذا كانت تنتمي إلى القانون العام أو الخاص؛ ويعتبر النظام العام في هذا المعنى ضابطاً لإسناد لصالح قانون القاضي، حيث يطبقه بالأولوية على أي قانون أجنبي تحدده قواعد الإسناد أو يتم الاتفاق عليه ما

130 حدوش ثنهينان وقاسي دليبة، "القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي"، (رسالة دكتوراه، جامعة عبد الرحمن ميرة - بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم، الجزائر، 2017، ص54).

131 محمد القضاة، "أثر النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق" دراسة مقارنة في القانون الأردني، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، الإصدار 3، مجلد 3، (2021)، ص90.

132 محمد القضاة، المرجع السابق، ص91

بين اطراف النزاع، حيث يلعب النظام العام في هذه الحالة دوراً إيجابياً بحيث يفرض تطبيق القواعد التي يتضمنها قانون القاضي، وذلك لتحقيق المصالح الجوهرية والاساسية للدولة.¹³³

أما القسم الثاني يسمى النظام العام الحمائي او النظام الاستبعادي؛ ويقوم على أساس استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي اشارت إليه قاعدة الاسناد الوطنية ونسبت الاختصاص إليه إذا كان تطبيق الأحكام الموضوعية لهذا القانون يؤدي إلى المساس بالأسس والمبادئ التي يقوم عليها النظام العام القانوني لدولة القاضي.¹³⁴ وقد وضع الفقه عدة شروط لإعمال الدفع بالنظام العام أهمها:

1. وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقاً لقاعدة إسناد وطنية

تثار فكرة الدفع بالنظام العام في حال حددت قاعدة الإسناد الوطني قانوناً أجنبياً واجب التطبيق على النزاع المعروض أمام هيئة التحكيم في حال تعارضها مع الأسس الجوهرية التي ينهض عليها كيان دولة مجتمع القانون الذي يجري التنفيذ على ضوئه أو دولة التنفيذ، وفي حال كان القانون الأجنبي غير مختص وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية، فلا داعي للتمسك بالدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، أي لا تثار فكرة الدفع بالنظام العام طالما يوجد أسباب أخرى يمكن الاستناد إليها لاستبعاد القانون الأجنبي، مثال ذلك تطبيق قاعدة قانون موقع العقار على الالتزامات غير التعاقدية.¹³⁵

2. أن تكون أحكام القانون الأجنبي مخالفة للقانون الذي يجري التنفيذ على أساسه أو دولة التنفيذ

يجب أن يكون القانون الأجنبي الذي أشارت له قاعدة الإسناد الوطنية مخالفة للنظام العام في القانون الذي يجري التنفيذ على ضوئه أو دولة التنفيذ، لأن النظام العام في الدولة ينبع من جوهر المصالح الوطنية، إذ يهدف إلى تحقيق مصالح لجميع أفراد المجتمع داخل حدود الدولة، ويستمد قوة أحكامه من القوانين الوطنية، لذلك يشترط أن لا يكون هناك أي تعارض للقوانين الأجنبية مع فكرة النظام العام في القانون الذي يجري التنفيذ على أساسه أو مع قانون دولة التنفيذ، إذ لا تنطبق فكرة الدفع

133 إبراهيم الرواشدة، "التعاقد عبر الوسائل الالكترونية الحديثة والقانون واجب التطبيق في المنازعات الناشئة عنها"، *المجلة العربية للنشر العلمي*، ع25، (2020)، ص470.
134 إبراهيم الرواشدة، المرجع السابق، ص470.
135 منصور الصرايرة، "الدفع بالنظام العام عند تنازع القوانين: دراسة تحليلية في القانون الأردني"، *مجلة الجامعة الإسلامية للعلوم الشرعية*، ع190، مجلد53، (2019)، ص565.

بالنظام العام في حال كان الاختلاف بين القوانين فقط بل لا بد من أن يكون مخالفاً للمبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع والبيئة التشريعية لإثارة هذا الدفع.¹³⁶

3. توفر مقتضى من مقتضيات النظام العام

أحد أهم الشروط واجب توفرها لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام هو توافر أحد مقتضيات النظام العام للامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي المختص، إذ عند تحديد القانون الأجنبي وفقاً لقاعدة الإسناد لم يكن الغاية منها تطبيق القانون الأجنبي على إطلاقه وإنما وتم وضع ضوابط وحدود للتطبيق أهمها عدم مخالفتها للنظام العام في القانون الذي يجري التنفيذ على أساسه أو قانون دولة التنفيذ؛ ونظراً لصعوبة تحديد هذه المقتضيات فقد اتجه الفقه الحديث السائد إلى ترك أمر تحديدها للمحکم الذي يثار أمامه النزاع مع تقييد سلطته كي لا يتسعف في استعمالها وينحاز للقانون الوطني على حساب القانون الأجنبي بحيث يتم تحديد هذا التقييد بمعيار موضوعي مجرد يلتزم به في إعمال وتطبيق الدفع بالنظام العام.¹³⁷

4. وجود رابط ما بين النزاع ودولة التنفيذ

يرى الفقه بأنه ولغايات الدفع بفكرة النظام العام واستبعاد القانون الأجنبي فإنه لا يكفي أن يعقد الاختصاص للقانون الأجنبي وفقاً لقواعد الإسناد الخاصة في القانون الذي يجري التنفيذ على ضوءه أو قانون دولة التنفيذ أو توفر إحدى مقتضيات النظام العام الوطنية، بل لا بد من وجود صلة كافية بين هذا النزاع ودولة التنفيذ وإلا فإن النزاع لا يمس القانون الذي يجري التنفيذ على ضوءه أو دولة التنفيذ.¹³⁸ وقد انقسم الفقه في تحديد معيار وجود الرابطة، فالبعض منح الصلاحية للمحکم الذي ينظر النزاع أن يتحقق من هذه الصلة، في حين ذهب رأي آخر للقول بأن المعيار يستوجب أن يكون أحد أطراف النزاع يحمل الصفة الوطنية للقانون الذي يجري التنفيذ على ضوءه أو قانون دولة التنفيذ. وقد تعرض كلا المعيارين للانتقاد ذهب الرأي الحديث للقول بأنه لا داعي لوجود هذه الصلة لغايات إثارة فكرة النظام العام.¹³⁹

5. أن تكون المخالفة للنظام العام حالية

¹³⁶ علي علي، "أثر التغيير في قواعد الإسناد على تحديد القانون واجب التطبيق (دراسة مقارنة)" (أطروحة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، المملكة الأردنية الهاشمية، 2020)، ص59.

¹³⁷ محمد القضاة، المرجع السابق، ص93.

¹³⁸ جهاد الجراح، "تعطيل قادة الإسناد في تطبيق القانون الأجنبي إعمالاً للدفع بالنظام العام في القانون الأردني - دراسة مقارنة"، *المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية*، جامعة مؤتة، ع4، مجلد12، (2020)، ص313-314.

¹³⁹ جهاد الجراح، المرجع السابق، ص314.

إذا تبين للمحكم بأن القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد الوطنية يتعارض في حكمه ومفهومه مع النظام العام السائد في دولة القانون الذي يجري التنفيذ على ضوءه أو قانون دولة التنفيذ، فيتعين استبعاده من التطبيق وإحلال قانون آخر مكانه، بحيث يتم تحديد المخالفة في اللحظة التي يُطلب فيها من المحكم الفصل في النزاع، أي بما هو مقرر في قانون دولة القانون الذي يجري التنفيذ على ضوءه أو دولة التنفيذ وقت صدور الحكم لا وقت نشوء العلاقة موضوع النزاع لأنه هو الوقت الفعلي الذي يتم تطبيق فيه القانون الأجنبي على النزاع وفي تلك اللحظة قد حصل التعارض ما بين فكرة النظام العام وحكام القانون الأجنبي.¹⁴⁰

¹⁴⁰ منصور الصرايرة، المرجع السابق، ص568-569.

المبحث الثاني

سلطة المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم

الأصل أن تلتزم هيئة التحكيم بتطبيق القواعد الموضوعية التي يتفق عليها الأطراف وأن تقوم بالفصل في النزاع بموجب تلك القواعد احتراماً لإرادة الأطراف، فقد يتفق الأطراف على عدة قواعد من قوانين مختلفة، ويتفقون على أن تكون هذه القوانين هي التي تحكم نزاعاتهم، فاتفاق الأطراف هنا يبرز شريعتهم التي تحكم وتلزم المحكم بتطبيقها على النزاع؛ إذ قد يتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة، فتطبق هيئة التحكيم هذه القواعد الموضوعية دون القواعد المتعلقة بتنازع القوانين في تلك الدولة، أما في حال غياب اتفاق الأطراف فيبرز هنا دور المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق.¹⁴¹

وهناك العديد من النظريات التي تعنى بتحديد المحكم للقانون المختص، حيث تبنت كل نظرية وجهة نظر مختلفة يمكن الاعتماد عليها لتحديد القانون واجب التطبيق على النزاع وهذه النظريات هي: النظرية الشخصية البحتة أو فكرة الإدماج، ونظرية التركيز الموضوعية، ونظرية ازدواج نظام العقد، ونظرية الأداء المميز.¹⁴²

وقد ظهرت طرق وأساليب مختلفة لدى المحكمين من أجل الوصول إلى القانون واجب تطبيقه، ومن ثم إلى حل النزاع المعروض على التحكيم، وأهم هذه الطرائق والأساليب هي تطبيق اسناد العقد للقوانين الوطنية أو اسناد العقد لقواعد قانونية غير وطنية (اتفاقيات وقوانين ذات طابع دولي لا ترتبط بدولة محددة).

المطلب الأول: إسناد العقد للقوانين الوطنية

إن حرية المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع عادة ما تكون مقيدة في القوانين الوطنية، إذ تفرض هذه القوانين على المحكم الرجوع إلى قاعدة تنازع القوانين فيها وإعمال ضابط الإسناد لاختيار القانون واجب التطبيق، حيث أنه وفي إطار الحديث عن التحكيم الإلكتروني الذي يتم عبر الفضاء الإلكتروني فإنه لا بد من الرجوع لأحكام القانون الدولي الخاص الناظم للتجارة التي تتم

¹⁴¹ سمير عبود فرحان، "القانون واجب التطبيق على منازعات التحكيم" دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والعراقي"، (رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، لأردن، 2017)، ص99.
¹⁴² الهام عزام وحيد الخراز، المرجع السابق، ص30

عبر الحدود لمعرفة ما هي قاعدة الإسناد الأنسب واجبة التطبيق وفقاً لظروف ومعطيات النزاع المعروف أمام هيئة التحكيم. ويقصد بضابط الإسناد في إطار القانون الدولي الخاص المعيار المحدد تشريعياً لإرشاد القاضي الوطني المعروف أمامه النزاع المشوب بعنصر أجنبي إلى القانون واجب التطبيق وهو ما تنتهي إليه مهمة القانون الدولي الخاص.¹⁴³

وعليه، سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى أشكال قاعدة الإسناد من خلال ستة فروع. سيعالج الفرع الأول أعمال قاعدة الإسناد في الدولة التي يوجد فيها مقر التحكيم أما الفرع الثاني سيتناول قاعدة الإسناد الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع، بينما يعرج الفرع الثالث إلى إمكانية اختيار هيئة التحكيم لقاعدة الإسناد الملائمة، ويتناول الفرع الرابع نظرية الإحالة، أما الفرع الخامس فيتناول قاعدة الإسناد لمكان التنفيذ، وأخيراً سيتم التطرق إلى موقف القانون من قواعد الإسناد المذكورة من خلال الفرع السادس.

الفرع الأول: أعمال قاعدة الإسناد في الدولة التي توجد فيها هيئة التحكيم (مقر التحكيم)

في ظل غياب إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح أمام هيئة التحكيم الالكترونية، ظهر جانب من الفقه نادى بوجوب تطبيق قانون الدولة التي يقع فيها مقر هيئة التحكيم على اتفاق التحكيم باعتباره القانون الأكثر قابلية للتطبيق للعديد من المسائل الخاصة باتفاق التحكيم، أهمها مسألة إثبات اتفاق التحكيم. إذ نادوا بضرورة وجود علاقة بين قانون الإرادة ومقر مكان التحكيم على أساس أن دور الإرادة في اختيار القانون لا يخرج عن كونه مجرد تركيز للعقد في مكان معين وفقاً للظروف المحيطة بالعقد.¹⁴⁴

وقد استند الفقه بهذا الخصوص على أن قانون دولة مقر هيئة التحكيم هو الأقدر على تقديم الدعم لعملية التحكيم أثناء إجراءاته وكذلك بعد صدور الحكم، وأنها الدولة المؤهلة لتقديم الدعم لعملية التحكيم، ويأتي ذلك لكونهم يرون في اتفاق التحكيم عملاً إجرائياً بحثاً وليس عقداً من العقود، كما أنهم يرون أن التحكيم ذو طبيعة قضائية لا تعاقدية، وأنه قضاء خاص، وبالتالي فإنه لا بد أن يخضع من حيث تنظيمه والقانون الذي يسري عليه لقانون المقر. بالإضافة إلى أن المحكم يلعب دور القاضي إذ ينبغي عليه أعمال قانون بلده، كما يرون أن عدم إمكانية تحديد القانون واجب التطبيق سنداً إلى مبدأ إرادة الأطراف، تجعل هناك

¹⁴³ إبراهيم الرواشدة، المرجع السابق، ص 471.

¹⁴⁴ رشا علي الدين، المرجع السابق، ص 1044.

حاجة إلى تحديد قانون وطني يحكم المنازعة بشكل أكثر صلة بالمنازعة، ويرون أن قانون بلد مقر التحكيم هو الأكثر صلة بالمنازعة.¹⁴⁵

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد، تحديداً فيما يتعلق بصعوبة تطبيق قانون مقر هيئة التحكيم على التحكيم الإلكتروني وذلك لخصوصية نظام التحكيم الإلكتروني واعتماده على وسائل تكنولوجية، بحيث يتم عبر شبكة عالمية إلكترونية مفتوحة ليس لها حدود ولا ترتبط بحدود جغرافية معينة، حيث أن التحكيم الإلكتروني يتم في عالم افتراضي غير ملموس وهذا يؤدي بالنتيجة إلى استحالة تحديد مكان التحكيم الإلكتروني مادياً؛ وقد حاول بعض الفقهاء إيجاد حلول لهذه الإشكالية وذلك مثل تطبيق قانون مقدم الخدمة أو تطبيق قانون مكان المحكم.¹⁴⁶

وبرأينا، وفي إطار الحديث عن التحكيم الإلكتروني وفقاً للرؤية المقدمة في هذا البحث، فإننا نعتقد بأن الاسناد إلى هذه القاعدة غير ممكن، إذ إننا نتحدث عن تحكيم يتم عبر العالم الافتراضي، فلا يكون هناك مكان مادي فعلي لانعقاد هيئة التحكيم، ولا يمكن في كثير من الأحيان تحديد مكان الخادم (أي التقنيات التي تسمح بتبادل البيانات والخدمات على الإنترنت)، حيث أنه وفي إطار التطور التكنولوجي أصبح هناك إمكانية لإحداث تغييرات وتعديلات متعددة بهذا الخصوص، كما أنه ليس بالضرورة وفي إطار استخدام التقنيات الحديثة الحديث عن مكان تتواجد فيه هيئة التحكيم بجميع أعضائها، إذ يمكن لهم أن يتواجدوا في أماكن مختلفة وأن يتم اللقاء بينهم والنقاش عبر التقنيات التكنولوجية المختلفة.

الفرع الثاني: اختيار هيئة التحكيم للقانون الأوثق صلة بالنزاع

حرية المحكم هي حرية مقيدة تظهر في البحث عن القانون الأنسب والأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع، حيث لا يكون هذا الاختيار عشوائياً أو منحازاً، ولهذا السبب بالذات ظهرت اتجاهات تتحدث عن الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين عند تخلف الاختيار الصريح وتعذر الكشف عن الإرادة الضمنية. فهناك من رأى ضرورة إسناد حكم العلاقة إلى القانون الذي يشير إلى قاعدة الإسناد التي تراها ملائمة ما لم يتفق الأطراف على قاعدة إسناد معينة، فعندئذ يلتزم المحكم بها، وكذلك الحال إذا ارتبط الأطراف بقانون يطبق على الموضوع فإنهم يفكرون أولاً في القانون الملائم ليحسم النزاع، وعندما لا يتضمن هذا

¹⁴⁵ محمد حسن، المرجع السابق، ص438.

¹⁴⁶ محمد سويلم، المرجع السابق، ص581.

القانون المختار حلاً يواجه كل ما يتعلق بشأن النزاع كالأهلية والنظام العام لدولة ذلك القانون، فعلى المحكمين واستناداً إلى تمتعهم بالحرية التامة في اختيار قاعدة التنازع ولتحميلهم عبء الفصل في النزاع أعمال قواعد تنازع القوانين، ما يفترض في هذا أن المحكم يختار قاعدة الإسناد الملائمة من واقع الأنظمة القانونية الوطنية التي يستحسن أن ترتبط عناصرها الموضوعية بالنزاع أو تكون لها صلة به.¹⁴⁷

والقانون هنا يستند إلى معيارين للكشف عن المقصود بالقانون الأكثر اتصالاً بالنزاع، إذ يمثل المعيار الأول في تركيز موضوع النزاع على طبيعته والتي يمكن خلالها أن تحدد الأداء المميز فيها، والذي يطلق عليه محل الأداء المميز، والقانون الأكثر ارتباطاً بالنزاع وفقاً لهذا المعيار هو مكان إقامة المدين؛ أما المعيار الثاني فيخص ظروف وملابسات التعاقد والتي تشير إلى تركيز العقد في نظام قانوني معين، وهو لا يعبر عن توقعات الأطراف ويترك المجال واسعاً أمام المحكم لاختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع.¹⁴⁸

الفرع الثالث: اختيار هيئة التحكيم لقاعدة الإسناد الملائمة

تقوم هذه الفكرة على قيام المحكم بفحص كل قاعدة من قواعد الإسناد في النظم القانونية الوطنية التي لها صلة بموضوع النزاع المعروف عليه، فإذا لاحظ خلال ذلك أن هذه القواعد متقاربة وتؤدي إلى تطبيق قانون وحيد، فإنه يلجأ إلى إعلان هذا القانون مختصاً بحكم النزاع. وهذا الأسلوب في التفكير والعمل يوصل برأي بعض المحكمين إلى قاعدة الإسناد الأكثر ملاءمة، أو إلى القانون الذي يكون معترفاً باختصاصه دولياً، أو بصورة أدق قانوناً، أي معترفاً باختصاصه من مجموعة قوانين الدول ذات العلاقة، ويلبي هذا القانون أيضاً قصد المتعاقدين الضمني أو المفترض.¹⁴⁹

ويرى أنصار هذا الأسلوب في الفقه أنه ينطوي على نتيجة مهمة جداً وهي وحدة النتيجة التي تؤدي إليها قواعد الإسناد عن طريق استخلاص قاعدة إسناد مقبولة دولياً تؤدي إلى حل معترف به من الدول ذات العلاقة. وبنظرهم أن مثل هذه الفكرة تنسجم مع مستلزمات التحكيم الدولي التي تتطلب أن يكون حل مشكلة القانون واجب تطبيقه دولياً لا وطنياً، وإن كانت صفته الدولية تكاد تكون محدودة جغرافياً

¹⁴⁷ بختي قدورة، المرجع السابق، ص44.

¹⁴⁸ بختي قدورة، المرجع السابق، ص145.

¹⁴⁹ فواد ديب، المرجع السابق، ص46.

وإذا كان هذا الأسلوب يظل قريباً من قواعد الإسناد الوطنية ويقف على مسافات متساوية من هذه القواعد، إلا أن الأساليب والآليات الأخرى المستخدمة تجد نفسها منقطعة الصلة بقواعد الإسناد.¹⁵⁰

وقد تعرضت هذه النظرية بدورها للانتقاد ولعل أبرز الانتقادات هي اختلاف القانون واجب التطبيق بين دعوى وأخرى وذلك سناً لنوع العقد، حيث يخضع اتفاق التحكيم في دعوى عقد المقاوله إلى محل تنفيذ العقد بينما يخضع في عقد الوكيل التجاري إلى قانون محل الشخص؛ كما أنه وعلى الرغم من ارتباط اتفاق التحكيم بالعقد المنبثق منه إلا أن موضوع كل منهما يختلف عن الآخر.¹⁵¹

الفرع الرابع: نظرية الإحالة

وضع الفقه العديد من المفاهيم لنظرية الإحالة ومن ضمن هذه المفاهيم أن الإحالة عبارة عن آلية قانونية يتم تطبيقها عندما تشير قاعدة الإسناد في قانون دولة المحكم المعروض عليه النزاع إلى تطبيق قانون أجنبي، ولا يتم تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون، وإنما تطبق قواعد الإسناد والتي تشير إلى اختصاص قانون القاضي أو قانون دولة أخرى.¹⁵²

ويتبين من خلال هذا التعريف ولغايات تطبيق نظرية الإحالة بأن التنازع بين قواعد الإسناد في دول هيئة التحكيم ودولة أجنبية تكون تنازعا سلبياً، أي أن قواعد الإسناد في قانون دولة هيئة التحكيم تحيل الاختصاص إلى قانون دولة معينة باعتباره المختص في حسم النزاع، إلا أن قواعد الإسناد في تلك الدولة تحيل الاختصاص لقانون دولة أخرى، أي تعتبر قانونها غير مختص بالفصل بالنزاع.¹⁵³

إن تطبيق قواعد الإسناد في القانون واجب التطبيق أو ما جرى تسميته فقهاً بالإحالة من أهم وأعدد الموضوعات النظرية العامة لتنازع القوانين؛ فإذا أشارت القوانين الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي تعين معرفة القواعد القانونية واجبة التطبيق في هذا القانون، وذلك لأن القانون الأجنبي شأنه في ذلك شأن

150 فؤاد ديب، المرجع السابق، ص47.

151 محمد حسن، المرجع السابق، ص440.

152 مسعود مسعود، "الإحالة في القانون الدولي الخاص: دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة جامعة سرت العلمية - العلوم الإنسانية، ع1، مجلد12، (2022)، ص4.

153 أحمد الفضلي، الإحالة بين القبول والرفض في القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية في بعض التشريعات العربية)، مؤتم للبحوث والدراسات - سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، ع1، مجلد25، (2010)، ص184.

القانون الوطني يشمل على نوعين من القواعد وهما؛ قواعد إسناد تحدد القانون واجب التطبيق على المنازعات ذات الطابع الدولي، وقواعد موضوعية تتكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائي للنزاع.¹⁵⁴

وبالرجوع للتشريعات العربية، نلاحظ تقارب كبير بين نصوص القانون المدني الفلسطيني الساري في قطاع غزة والقانون المدني الأردني، من حيث موقفها من القانون الأجنبي، بحيث إذا تبين بأن قانوناً أجنبياً هو واجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص¹⁵⁵؛ إذ من خلال هذه النصوص يتبين بأن المشرعين قد استبعدوا تطبيق الإحالة ورفضوها لأن تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية لا تؤدي قطعاً إلى الإحالة لأنها قواعد موضوعية مباشرة وغالباً ما تكون أمرة؛ أما قانون التحكيم الفلسطيني فقد أخذ بفكرة الإحالة من الدرجة الأولى فقط (أي أن قانون التحكيم الفلسطيني قد سمح بالإحالة في حال كانت الإحالة تشير إلى اختصاص القانون الفلسطيني دون غيره من القوانين، بمعنى آخر الإحالة التي أخذ بها المشرع الفلسطيني هي التي تشير للقوانين الفلسطينية فقط)، وذلك في المادة (19) منه عندما سمح بالإحالة للقانون الفلسطيني فقط؛ إحالة من الدرجة الأولى، في حين أن قوانين التحكيم في الأردن وفي المادة (36)¹⁵⁶ والامارات العربية المتحدة في المادة (38)¹⁵⁷ قد رفضا الإحالة لأنهما حصرا اختيار هيئة التحكيم في القواعد الموضوعية الأكثر اتصالاً بالنزاع.¹⁵⁸

الفرع الخامس: قاعدة إسناد مكان تنفيذ العقد

تقوم هذه النظرية على أساس أن مصالح المتعاقدين تتركز في الدولة المنوي تنفيذ الالتزامات التعاقدية فيها، بحيث يكون قانون هذه الدولة هو القانون الأمثل لتحصيل حقوق جميع الأطراف، إذ يرتبط هذا المبدأ بشكل أكثر بموضوع العقد وليس محل إنشائه؛ وقد أيدت هذه النظرية من العديد من الفقهاء على

154 أحمد الفضيلى، المرجع السابق، ص184.

155 تنص المادة (34) من القانون المدني الفلسطيني الساري في قطاع غزة على أنه " إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو واجب تطبيقه، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص." ؛ وتنص المادة (28) من قانون المدني الأردني (إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو واجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص)

156 نص في المادة (36/ب) من قانون التحكيم الأردني على أنه "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى بأنه أكثر اتصالاً بالنزاع"

157 تنص في المادة (38) من قانون التحكيم الاماراتي " 1. إذا لم يتفق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع. 2. يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة وما جرى عليه التعامل بين الأطراف. 3. لا يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون، وذلك ما لم يتفق الأطراف على ذلك صراحة أو تفويضها بالصالح".

158 الااء عبده، المرجع السابق، ص199-200.

اعتبار أن موضوع العقد يعتبر مركز الثقل والارتباط الاجتماعي والاقتصادي في الرابطة العقدية، ويسمح بتطبيق قانون الدولة التي يتأثر اقتصادها بشكل مباشر بأثار العقد. ومكان تنفيذ العقد هو المكان الذي تتجسد فيه التزامات المتعاقدين ومصالح بحيث لا يمكن أن يكون عرضياً وإنما يمثل تطلعات المتعاقدين الذي اتجهت إليه دون غيره بما يحقق غاية التعاقد.¹⁵⁹

وتظهر الصعوبة في تحديد مكان تنفيذ الالتزام في العقود الإلكترونية ذات الطابع الدولي التي تعتمد على شبكات الاتصال الإلكترونية، حيث يمكن تنفيذ العقد إلكترونياً، أي عبر الفضاء الإلكتروني، دون أن يكون هناك مكان مادي ملموس يمكن تحديده، بما يثير التساؤل حول مكان تنفيذ العقد الحقيقي؛ فهل هو مكان موقع التحميل على الشبكة لحظة التنفيذ أم مكان المزود الذي يقدم الخدمة للبائع أم مكان تواجد الحاسب الآلي للمشتري؟ وغيرها من الفرضيات.¹⁶⁰

الفرع السادس: موقف القوانين المحلية والدولية من القانون واجب التطبيق في ظل غياب إرادة الأطراف

لم تأخذ الاتفاقيات الدولية موقفاً موحداً بخصوص موقف هيئات التحكيم من استخدام طرق البحث عن القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وقد ورد في الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري المنعقدة في جنيف لعام 1961 في المادة (7) "أن الفرقاء أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على المحكمين تطبيقه بصدد أساس النزاع، وفي حال إغفال الإشارة من قبل الفرقاء إلى القانون الذي يقتضي تطبيقه، يعتمد المحكمون إلى تطبيق القانون المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين التي يرونها مناسبة في هذا الصدد، وفي الحاليتين فإن المحكمين يأخذون بعين الاعتبار أحكام العقد والأعراف الجارية" وقد منحت الاتفاقية صلاحية واسعة للأطراف في اختيار الحقوق والموجبات القانونية.¹⁶¹

أما على صعيد الاتفاقيات الدولية فقد نصت المادة (1/35) من قواعد الأونسيترال للتحكيم "تمنح هيئة التحكيم صراحة سلطة تقدير واسعة بخصوص تطبيق القانون الذي تراه مناسباً" كما أن نص الفقرة الثالثة من المادة ذاتها تلزم هيئة التحكيم عند الفصل بالنزاع، بمراعاة "أي أعراف تجارية سارية على المعاملة"، من دون ضرورة إعمال قانون الدولة المضيفة بما في ذلك قواعد تنازع القوانين؛ إذ يتضح

159 سليمة الغول، مرجع سابق، ص60.

160 سليمة الغول، المرجع السابق، ص61.

161 طلال الشرفات، المرجع السابق، ص32.

أن تعبير "القانون الذي تراه مناسباً" من السعة بمكان، بحيث يسمح للمحكم باختيار أكثر القوانين الوطنية ارتباطاً وانسجاماً مع موضوع النزاع، ويبدو أن هذا القانون الذي تراه هيئة التحكيم مناسباً لا يجوز أن يكون مجرد "قواعد قانونية"؛ وهذا ما دفع بعض الفقهاء إلى القول بأنه لا يجوز لهيئة التحكيم - في غياب اتفاق الطرفين - أن تطبق قواعد قانون التجارة الدولية أو واحداً من مصادره كاتفاقية فيينا للبيع الدولية أو مبادئ النيديروا، غير أن تعبير "قانون" في نص المادة (1/35) من قواعد الأونسيترال للتحكيم، وفي ظل أنها تتبنى الأسلوب المباشر في تعيين القانون واجب التطبيق، يمكن تفسيره بالمعنى الواسع ليشمل ليس فقط القانون الوطني، وإنما أيضاً القانون الدولية ذات العلاقة.¹⁶²

كما نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة (32) منه على أنه "تطبق هيئة التحكيم قانون الإرادة الذي اختاره الأطراف، بالتالي فإن اختيار الأطراف لقانون دوله ما أو لنظامها القانوني يعد إشارة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدا المتعلقة بتنازع القوانين ما لم يتفق على خلاف ذلك"؛ إذا يجب على المحكم عند تطبيق القانون المختص مراعاة أحكام العقد وعادات وأعراف التجارة الدولية.¹⁶³

وتنص المادة (42) من اتفاقية منازعات الاستثمار الموقعة عام 1965 في واشنطن على أنه "فصل المحكمة في النزاع طبقاً للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة فإذا لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع (بما في ذلك القواعد الخاصة بتعارض القوانين) وكذلك مبادئ القانون الدولي واجب تطبيقها في هذا الصدد". إذ يلاحظ من هذا النص بأنه وفي حال عدم اختيار الأطراف لقانون معين ليطبق على موضوع النزاع، يتم تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع والذي يشمل تطبيق قواعد تنازع القوانين لتلك الدولة.¹⁶⁴

ويؤخذ بعادات التجارة الدولية بوصفها عنصراً من عناصر القانون الذي يتم الفصل في النزاع على أساسه، وذلك لأهميتها وملاءمتها لظروف التجارة الدولية، لكن تطبيق هذه العادات إنما يأتي بصورة تبعية أو تكميلية أو احتياطية لأن الأولوية-كما سبق توضيحه- هي للقانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه، ولمنهج التنازع، ولا خلاف في أن عادات وأعراف التجارة الدولية لا تطبق إلا بما لا يتعارض

162 أمين دواس، المرجع السابق، ص183-184.

163 الهام الخراز، المرجع السابق، ص28.

164 طلال الشرفات، المرجع السابق، ص33.

مع القانون واجب التطبيق، إذا لم يكن هناك نص يتضمن الإحالة إليها. ويتبين من خلال ما سبق مدى التعايش بين منهج قواعد التنازع وعادات وأعراف التجارة الدولية، والموضوع هنا لا يتعلق بالتنازع بين المنهجين وإنما يتعلق بمقدار التكامل بينهما، وعليه فإنه في جميع الأحوال يجب عند تطبيق القانون المختص مراعاة أحكام العقد وعادات التجارة الدولية وعدم المخالفة للنظام العام.¹⁶⁵

وقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني نصت "2- إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين ولم يتفق الأطراف على القانون واجب التطبيق فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني، مع عدم تطبيق قواعد الإحالة إلا إذا أدت إلى تطبيق أحكام القانون الفلسطيني، وفي جميع الأحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع".

فيما يتعلق بموقف التشريعات العربية بهذا الخصوص، نجد بأن المشرع الأردني نص في المادة (36/ب) من قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001 على أنه "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى بأنه أكثر اتصالاً بالنزاع" هذا يعني أن المشرع الأردني منح لهيئة التحكيم السلطة التقديرية في اختيار القواعد الموضوعية واجبة التطبيق على النزاع، وأعطاهما الحق في اختيار القواعد الموضوعية الأكثر ملاءمة واتصالاً بالنزاع.¹⁶⁶

كذلك فعل المشرع الإماراتي عندما نص في المادة (38) من قانون التحكيم الإماراتي "1. إذا لم يتفق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع. 2. يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة وما جرى عليه التعامل بين الأطراف. 3. لا يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون، وذلك ما لم يتفق الأطراف على ذلك صراحة أو تفويضها بالصلح".

¹⁶⁵ الهام الخراز، المرجع السابق، ص29.
¹⁶⁶ سمير عبود فرحان، المرجع السابق، ص60.

وقد تعرض المشرع الفلسطيني للنقد في صياغته التشريعية في نص المادة (19) من قانون التحكيم، سيما وأن القانون الفلسطيني ما زال يفتقر إلى قواعد الإسناد في غياب قانون مدني يتضمن هذه القواعد، بالإضافة إلى أن القوانين المقارنة قد رفضت تطبيق مبدأ نظرية الإحالة، حيث انتقد بعض الفقه فكرة تطبيق مبدأ الإحالة على درجة واحدة في المادة المذكورة في إطار غياب قواعد الإسناد في القانون الفلسطيني، حيث أن تطبيق قواعد الإحالة بحاجة بالضرورة إلى قواعد إسناد وبدونها يستحيل تعيين القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.¹⁶⁷ وعليه، نرى ضرورة تدخل تشريعي وتعديل نص المادة (19) بما يتوافق مع القوانين العربية والدولية والأخذ بفكرة القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع أو القواعد القانونية المناسبة سيما وذلك لتحقيق الغاية من لجوء الأطراف للتحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاع.

المطلب الثاني: إسناد العقد لقواعد قانونية غير وطنية

تفترض هذه النظرية أن الأطراف في مجال التجارة الدولية لهم كامل الحرية في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني دون أن يكونوا مقيدين بقانون دولة معينة، بحيث تكون إرادة الأطراف هي الأساس الذي يتم بموجبه تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات التعاقدية فيما بينهم. إذ كان لقصور التشريعات الوطنية في مواجهة متطلبات التجارة الإلكترونية الأثر الأكبر في تطور قواعد قانونية لا تنتمي إلى قانون دولة محددة.¹⁶⁸

وعليه، فقد ظهرت القواعد القانونية الدولية التي جاءت لتخدم حاجات ومتطلبات التجارة الإلكترونية بغية سد الفجوة التشريعية في هذا المجال، سيما وأن النظريات التقليدية لقواعد الإسناد الواردة في القوانين الوطنية أصبحت تشكل عثرة في مواجهة التجارة الدولية الإلكترونية التي تتسم بالسرعة والمرونة، إضافة إلى صعوبة تحديد مكان انعقاد اتفاق التحكيم أو مكان تنفيذه في ظل الحديث عن العالم الافتراضي، حيث سنتناول في هذا المطلب أشكال تلك القواعد وهي القانون الموضوعي الإلكتروني بالإضافة إلى قانون التجارة.

¹⁶⁷ يوسف الشندي، المرجع السابق، ص282.

¹⁶⁸ أشرف محمد وفا، المرجع السابق، ص328.

الفرع الأول: تطبيق قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني

ويعرف القانون الموضوعي الإلكتروني بأنه عبارة عن "مجموعة القواعد القانونية الموضوعية الدولية التي تمثل مجموعة الأعراف والعادات والسلوكيات الناشئة في البيئة الإلكترونية، وتهتم بمعالجة كل ما يتعلق بالعمليات التي تتم عبر الإنترنت، ويلجأ إلى تطبيقها القاضي مباشرة على موضوع النزاع دون البحث عن قواعد الإحالة وغيرها مما تتصف به قاعدة التنازع."¹⁶⁹

ويمكن من خلال هذا التعريف الوقوف على أهم خصائص القانون الموضوعي الإلكتروني وهي إن هذه القواعد تعتبر قواعد قانونية دولية تنظم من خلال اتفاقيات دولية وإقليمية وقواعد سلوكية عالمية وبرامج المجموعات الاقتصادية والهيئات والمنظمات الدولية التي ترفع التجارة الدولية الإلكترونية. كما تعتبر قواعد ذاتية النشأة لا صلة لها بالقواعد التي تضعها الدول، فهي قواعد تنشأ وتنمو في الأوساط المهنية المعنية بالتجارة الإلكترونية، بعيداً عن إجراءات القوانين الدولية، كما وتتميز هذه القواعد وتفرق عن القواعد الموضوعية المنظمة للتجارة الدولية، فهي قواعد وجدت خصيصاً لتحكم علاقات الأطراف التي تتم عبر الإنترنت¹⁷⁰.

مع ظهور التجارة الدولية ظهرت الحاجة إلى وجود قانون موضوعي إلكتروني ينبع من عادات وأعراف اعتاد التجار على سلوكها في علاقتهم التجارية الدولية، نتيجة عدم نجاح منهج تنازع القوانين في التأقلم مع طبيعة التجارة الإلكترونية، إذ أن عقود التجارة الإلكترونية تأسى الخضوع لقواعد القانون الدولي الخاص، بحكم أن طبيعتها التي تتسم بأنها غير مادية لا تتلاءم مع قواعد الاسناد الخاصة بتنازع القوانين، ناهيك عن الأساس الذي بني عليه قواعد الاسناد وهو وجود دول تفصل بينها حدود ولكل منها نظام تشريعي مستقل لا يتلاءم مع المجتمع الإلكتروني الذي يعتمد بشكل رئيسي على العالم الافتراضي في العمليات التجارية.¹⁷¹

وتعتبر أهم مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني الممارسات التعاقدية والتي تقوم على إرساء القواعد التنظيمية التي يستند إليها القانون الموضوعي الإلكتروني في إطار تنظيمه للمعاملات الإلكترونية عبر

¹⁶⁹ محمد الحسني، التحكيم الإلكتروني بين النظرية والتطبيق (دراسة تطبيقية في عقود الاستهلاك الإلكتروني)، (صنعاء: مكتبة خالد بن الوليد، 2017)، ص128

¹⁷⁰ محمد الحسني، المرجع السابق، ص128-129

¹⁷¹ محمد سويلم، المرجع السابق، ص598-597

شبكات الانترنت، أي العقود المبرمة ما بين القائمين على تقديم خدمات شبكات الانترنت وهي تقسم إلى ثلاث أنواع:

أ. العقود النموذجية: وهي عقود وضعت لغايات تسهيل التجارة الالكترونية، حيث تقوم بدور ارشادي للمتعاقدين في إطار التجارة الالكترونية مثل العقد النموذجي الفرنسي بين التجار والمستهلكين.

ب. الشروط العامة: وهي تلك الشروط المدرجة في بعض العقود اللازمة لمباشرة التجارة الالكترونية والتي توجب على كل مستهلك أو مستخدم الموافقة عليها قبل الدخول في اتفاقية تختص في التجارة الالكترونية مثل عقود الاتصال وعقود الايجار المعلوماتي.

ت. قواعد السلوك: وهي مجموعة من المبادئ والاحكام الصادرة عن هيئات ومنظمات مهنية وتجارية سواء كانت وطنية أو دولية بهدف تنظيم التجارة الالكترونية والعمل على خلق سلوك أخلاقي منضبط على الشبكة العالمية؛

ولعل من أهم القواعد التي أرستها الممارسات التعاقدية فحص مضمون الوثائق للتأكد من مصداقيتها واستبعاد أي مستخدم لا يتقيد بشروط النظام العام والآداب العامة.¹⁷²

بالإضافة للمصادر الواردة أعلاه، تعتبر العادات والأعراف المستقرة في العالم الالكتروني أحد اهم مصادر القانون الموضوعي الالكتروني، ويمكن تعريفها على أنها القواعد التي يضعها المتعاملون مع الانترنت بأنفسهم لتحكم علاقاتهم ببعض، بالإضافة إلى ما تنظمه الهيئات والمؤسسات المهنية من مبادئ للتعامل عبر شبكة الانترنت؛ وفي هذا الاطار لا بد من الإشارة إلى أن العادات التجارية تأتي بمرتبة أدنى من الأعراف التجارية، حيث لا يجوز للمتعاقدين التذرع بالجهل بالعرف التجاري الالكتروني، على خلاف العادات التجارية الالكترونية التي يمكن استبعادها في حال ثبت عدم معرفة أحد اطراف العلاقة التعاقدية بها.¹⁷³

لقد وجد القانون الموضوعي الالكتروني من أجل تنظيم المعاملات الالكترونية، ومع حداثة هذا القانون فإنه لا شك بأنه سوف يكون الأجدر في تنظيمها وحل ما ينتج عنها من منازعات، ولكنه ما زال حديث

172 رشا علي الدين، المرجع السابق، ص159-165
173 محمد سويلم، المرجع السابق، ص600-602.

النشأة يحتاج إلى مزيد من التعديل والتحديث في العديد من المسائل، كما تبقى الحاجة إلى القوانين الداخلية والاستعانة بما تقدمه من حلول من خلال منهج قاعدة التنازع ومناهج القانون الدولي الخاص الأخرى لمعالجة النقص في هذا القانون، حيث يلزم تطوير القواعد القانونية القائمة لتتلاءم مع خصوصية التعامل عبر شبكات التواصل الإلكترونية، وهي كفيلة لتقديم الحلول المناسبة لما يعرض من مشاكل ذات طابع دولي، إذ لا يكون مسوغاً استبعاد منهج التنازع كلياً خصوصاً في المسائل التي لم يوجد لها حلٌّ في تلك الأعراف وخاصة عندما يسكت الأطراف عن اختيار قانون العقد، وهذا الأمر كان له الأثر الإيجابي على العديد من الدول إذ أن الكثير منها عمدت إلى تنظيم التجارة الإلكترونية بجميع جوانبها ابتداءً من إبرام العقد الإلكتروني وما يصاحبها من عمليات وصولاً إلى تنفيذ العقد، وذلك من خلال سن تشريعات داخلية تنظم ذلك. وانعكس ذلك على التنظيم الدولي من خلال مجموعة الاتفاقيات الدولية التي تسعى إلى ضبط هذه المسائل.¹⁷⁴

إن القانون الإلكتروني ما زال حديث النشأة، حيث أنه يتضمن قواعد محددة تتعلق بالعقود الإلكترونية، وبسبب محدودية هذه القواعد، فإن القانون الإلكتروني لا يصلح لوحده ليكون القانون المختار من قبل الأطراف للفصل في النزاعات، إذ يتوقع ومع التطور المتزايد في عالم التكنولوجيا أن نصل إلى قانون إلكتروني نموذجي متكامل. ولغايات معالجة هذه الإشكالية فإنه يتم الاستعانة بقواعد مكملة للقانون الإلكتروني وذلك بإمكانية اختيار الأطراف لنصوص اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005 والقانون النمطي الخاص بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996 بحيث يتم الاستعانة بجميع هذه القواعد أو بجزء منها لتكون جزءاً من بنود العقد الإلكتروني.¹⁷⁵

الفرع الثاني: إعمال قانون التجارة الدولية

في مجال القانون واجب التطبيق، خاصة في عقود التجارة الدولية، يرى اتجاه أنه يتعين تطبيق قواعد قانونية لا تجد أساسها في قوانين وطنية، لأن هذه الأخيرة لا تتلاءم مع حاجات ومتطلبات التجارة الدولية التي تتطلب قواعد قانونية ذات طبيعة خاصة بعيدة عن سيطرة الدول الوطنية؛ لهذا يرى أنصار

¹⁷⁴ محمد الحسني، المرجع السابق، ص145.

¹⁷⁵ أمين دواس، اختيار المتعاقدين للقانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص251.

هذا الرأي ضرورة وجود نظام قانوني جديد يحتوي على قواعد مادية متعلقة بعقود التجارة الدولية وهو ما يطلق عليه اصطلاح القانون التجاري الدولي.¹⁷⁶

يتكون القانون التجاري الدولي من نوعين أساسيين من القواعد؛ عادات التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون. النوع الأول هو عادات التجارة الدولية، وهي عبارة عن القواعد التي يتوافق عليها المتعاملون في مجال التجارة الدولية، أما النوع الثاني هو المبادئ العامة للقانون وهي عبارة عن القواعد التي لا تجد مصدرها في نظام قانوني وطني على وجه التحديد ولكن تُستمد من المقارنة بين قوانين مختلف الدول كما تُستخلص من نصوص المعاهدات الدولية والقرارات التي تصدر عن الهيئات الدولية؛ كما أن الاتجاه الحديث يتبنى مدلولاً أكثر اتساعاً من هذه القواعد المشار إليها إذ يضيف لها القواعد التي تضعها غرفة التجارة الدولية وكذلك القواعد الواردة في المعاهدات الدولية طالما أنها تتعلق بمعاملات التجارة الدولية.¹⁷⁷

والمبادئ العامة للقانون هي عموماً مجموعة من المبادئ العامة في القانون الداخلي والتي يمكن تطبيقها على النطاق الدولي، وقد نصت المادة الثانية من القرار الصادر عن معهد القانون الدولي في دورة انعقاده بأثينا عام 1979 على أن "للأطراف اختيار واحد أو أكثر من القوانين الداخلية، أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين، أو المبادئ العامة للقانون أو المبادئ المطبقة في العلاقات الاقتصادية الدولية"؛ ويقصد بالمبادئ العامة للقانون بأنها المبادئ التي تشترك فيها جميع الأنظمة القانونية في مختلف الدول مثل مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ الإثراء بلا سبب ومبدأ حسن النية ومبدأ استقلال وسيادة الدولة وعدم التعسف في استعمال الحق وغيرها، إذ تتصف هذه المبادئ بعدم التحديد حيث أنها مشتقة من القوانين المدنية للدول وتشمل قواعد موضوعية وأخرى إجرائية تأخذ من القانون الداخلي ولها صفة المنطقية وتنصرف هذه المبادئ إلى مخاطبة العلاقات التعاقدية في القانون الخاص،¹⁷⁸

ويعتمد هذا الأسلوب على فكرة أن حرية المحكم في تحديد نظام تنازع القوانين تسمح له باللجوء إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، وأن هذه المبادئ يمكن الوصول إليها اعتماداً على الطريقة التحليلية

¹⁷⁶ أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص343.

¹⁷⁷ أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص343-344.

¹⁷⁸ إيلاف خليل إبراهيم الصالح، "القانون واجب التطبيق على التحكيم" دراسة مقارنة"، (رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن)، 2014، ص67.

المقارنة لمختلف النظم القانونية، ولعله من الصعب الاتفاق على تعريف جامع مانع للمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص. غير أنه يمكن القول، بشكل عام، أنها تلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين الأكثر شيوعاً من غيرها في العالم.¹⁷⁹ وأسلوب تطبيق المبادئ العامة يبدو قريب الشبه من التطبيق الجامع لقواعد الإسناد في النظم ذات العلاقة بالموضوع وغالباً ما يتقاطعان معاً، وإن كان من الصعب تمييزهما بوضوح تام.¹⁸⁰

كما يمكن أن يترابك هذا الأسلوب مع استخدام قواعد القانون الدولي الخاص في دولة مقر التحكيم، ولاسيما عندما يرى المحكم أن الحذر يتطلب منه عدم ربط تعليل قراره بأسلوب محدد ووحيد، حيث يتبين من بعض القرارات التحكيمية الدولية أن المحكمين يرون أنه: "ليس من العدل أن يستند المحكم إلى أحد النظم القانونية واستبعاد النظم الأخرى. لأن ذلك يؤدي حتماً إلى خرق مبدأ المساواة بين أطراف النزاع. ولهذا يكون من الملائم دوماً أن يتوجه المحكم نحو المبادئ العامة التي تحكم تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص ونشير أخيراً إلى أن المبادئ العامة للقانون الدولي هي غير قواعد القانون الدولي الخاص المادية أو الموضوعية المتعلقة بموضوع محدد وتطبق دون المرور بقواعد الإسناد".¹⁸¹

وقد تشكل هذه المبادئ مصدراً مساعداً وهاماً لسد النقص الذي قد يعترى القانون الدولي الخاص لقلّة قواعده القانونية، وقد تكون هامة للقوانين الوطنية التي لم تساير التطورات في هذا المجال، وتشكل عند تطبيقها المخرج للمحكم في مواجهة المشاكل القانونية المستعصية، ونظراً لعدم تحديد هذه المبادئ فسوف تكون الإرادة قابلة للتطويع، وتعطي المحكم السلطة التقديرية من أجل تطبيق القواعد الملائمة منها على موضوع النزاع؛ لكن المبادئ العامة في القانون تختلف عن تلك التي يتضمنها القانون التجاري الدولي.¹⁸²

هذا ويمكن الاستناد إلى قواعد القانون التجاري الدولي ومن ضمنها مبادئ اليونيدروا بشكل مستقل لتكون بمثابة القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، كونها تضمن قواعد متجانسة تستطيع بما

¹⁷⁹ فؤاد الدين، "المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 24، العدد 2، (2008)، ص48.

¹⁸⁰ فؤاد الدين، المرجع السابق.

¹⁸¹ فؤاد الدين، المرجع السابق، ص48.

¹⁸² ايلاف صالح، المرجع السابق، ص68.

لديها من مرونة تنظيم قطاع واسع من العقود التجارية، خاصة وأن هذا القانون يصلح للفصل في أغلب النزاعات التي تثور بشأن التجارة الدولية بشكل عام والالكترونية بشكل خاص.¹⁸³

الفرع الثالث: اتباع الطريق المباشر دون المرور بقواعد الإسناد

ظهر هذا الاتجاه للتححرر من تطبيق القوانين الوطنية، ولتخفيف من عبء المنازعات وتلبية متطلبات التجارة الدولية، ويعتمد على مبدأين هما؛ مبدأ غلبة شريعة القاضي، ومبدأ حرية هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق؛ فعندما يقوم القاضي الوطني بمهامه، وعند وجود عنصر أجنبي يقوم بدراسة نظام تنازع القوانين لتحديد القانون واجب التطبيق.¹⁸⁴

يمكن اعتبار هذه النظرية تطويراً لمعيار تطبيق قانون دولة مقر التحكيم، حيث يتوجب على المحكم أن يبحث في قواعد التنازع، في حين أنه ووفقاً لهذه النظرية فإن المحكم غير ملزم بتطبيق تلك القواعد وله الحق في استخدام نظرية التطبيق المباشر؛ وقد حصل خلاف بين أنصار هذه النظرية حول الحرية التي يتمتع بها المحكم، في حين يرى بعض منهم بأن حرية المحكم مقيدة، بينما يرى البعض الآخر أن حرته مطلقة ويستندون في ذلك إلى قانون المرافعات المدنية الفرنسي وعلى وجه التحديد المادة (1477) والتي نصت " في غيبة اختيار الأطراف للقانون، يطبق المحكم القواعد التي يراها مناسبة". إذ تقوم هذه النظرية على قيام هيئة التحكيم باستخدام أقصر الطرق لتحديد القانون واجب التطبيق بعيداً عن قواعد التنازع من خلال خلق قواعد مستقلة من الأنظمة القانونية الوطنية وقواعد تنازع القوانين.¹⁸⁵

وهذا الأمر أكده المشرع الفلسطيني عندما نص في المادة (19) في الفقرة الأولى من قانون التحكيم على أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق، يكون القانون الفلسطيني واجب التطبيق مباشرة بنص القانون، ووفقاً للفقرة الثانية من ذات المادة، إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين فالأولية لحرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق حسب النص، ولكن في حال عدم

¹⁸³ أمين دواس، اختيار المتعاقدين للقانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص251.
¹⁸⁴ طلال الشرفات، "القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي"، (رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية، 2011)، ص226-229.

¹⁸⁵ طلال الشرفات، المرجع السابق، ص229.

الاتفاق تطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في فلسطين وذلك دون الاخذ بالإحالة إلا إذا أدت إلى تطبيق القانون الفلسطيني.¹⁸⁶

الفرع الرابع: موقف التشريعات الوطنية والدولية من القواعد القانونية غير الوطنية

يعتبر ما يصدر عن المنظمات والهيئة الدولية إحدى مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني وذلك بوضعها قواعد خاصة بالتجارة الإلكترونية، إذ لعب الاتحاد الأوروبي دوراً بارزاً في مجال إرساء هذه القواعد حيث تولت لجنة الاتحاد الأوروبي CCE مهمة إعداد الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات عام 1994 كما أصدرت توجيهات بشأن التوقيع الإلكتروني عام 1999، هذا وقد ساهمت غرفة التجارة الدولية في باريس ICC في إرساء القانون الموضوعي الإلكتروني حيث قامت بإنشاء محكمة تحكيم دولية ووضع قواعد لها؛ هذا وقد أصدرت الأمم المتحدة اتفاقية استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية عام 2005 واتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر عام 2009.¹⁸⁷

وتطرقت المادة (1/33) من قواعد الأونسيترال للتحكيم المنقحة للعام 2021 لهذه المسألة عندما نصت على أنه " تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يعينها الأطراف باعتبارها منطبقة على موضوع المنازعة، فإذا لم يعين الأطراف تلك القواعد طبقت هيئة التحكيم القانون التي تراه مناسباً". كذلك ما نصت عليه قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع تعديلاته في المادة (2/28) "إذ لم يعين الطرفان أي قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي تراها الهيئة واجب التطبيق".

هذا وقد نصت المادة (36) من قانون التحكيم الأردني على " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين. ب. إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع. ج. في جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع

¹⁸⁶ الإاء عبده، مرجع سابق، ص158.
¹⁸⁷ محمد سويلم، المرجع السابق، ص604-606.

النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين". وهذا يعني أن المشرع الأردني منح الصلاحية لهيئة التحكيم في تحديد القواعد الموضوعية لتطبيقها على موضوع النزاع بحيث سمح لها وفي ظل غياب إرادة الأطراف بتطبيق القواعد الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع. وقد قيد المشرع الأردني هيئة التحكيم بمراعاة الأعراف ذات العلاقة عند الفصل بالنزاع المعروف أمامها.

وهذا ما أخذ به قانون التحكيم الإماراتي أيضاً عندما نص في المادة (1/38) منه على أنه " 1. إذا لم يتفق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع."

وبالرجوع لقانون التحكيم الفلسطيني نجد أن المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 تنص على أنه "يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني. 2- إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين ولم يتفق الأطراف على القانون واجب التطبيق فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني مع عدم تطبيق قواعد الإحالة إلا إذا أدت إلى تطبيق أحكام القانون الفلسطيني، وفي جميع الأحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع."

وفقاً لهذا النص نجد أن المشرع الفلسطيني خالف جميع التوجهات السابقة من حيث تحديد القواعد القابلة للتطبيق، حيث عالجت المادة المذكورة حالتين بشأن اتفاق التحكيم الدولي الأولى التحكيم يجري خارج فلسطين إذ ألزمت هيئة التحكيم بتطبيق قانون التحكيم الفلسطيني في حال غياب إرادة الأطراف، في حين أن الحالة الثانية جاءت لتعالج التحكيم الدولي الذي يجري في فلسطين حيث ألزمت المادة المذكورة هيئة التحكيم وفي ظل غياب إرادة الأطراف بتطبيق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني مع عدم تطبيق قواعد الإحالة إلا إذا أدت إلى تطبيق القانون الفلسطيني.

وقد تعرض هذا النص للانتقاد تأسيساً على أنه من شأن تطبيقه في شقه الأول منع الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم في بلد التنفيذ خارج فلسطين، حيث كان حرياً بالمشرع إفساح المجال لهيئة التحكيم أسوة بالقوانين العربية الأخرى لتطبيق القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع، كما أن تطبيق الشق الثاني

من المادة يجردها من مضمونها في إطار خلو التشريعات الفلسطينية من قواعد الإسناد، ورفض معظم التشريعات العربية لفكرة الإحالة، ناهيك على أنه قد جعل الإحالة على درجة واحدة دون وجود أي قواعد إسناد تعمل على تطبيقها.¹⁸⁸

ونحن بدورنا نؤيد هذا الانتقاد، إذ أن الإبقاء على المادة بالصورة التي هي عليها تجعل فكرة التحكيم الدولي بشكل عام، والتحكيم الإلكتروني على وجه الخصوص غير قابلة للتطبيق، الأمر الذي يستوجب تدخل تشريعي سريع لتعديل نص المادة أسوة بالقوانين العربية ومنح هيئة التحكيم صلاحية تطبيق القواعد القانونية الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع كما فعل المشرع الإماراتي على وجه التحديد في المادة (1/38) من قانون التحكيم.

¹⁸⁸ يوسف الشندي، المرجع السابق، ص281.

الفصل الثالث

القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني من حيث الإجراءات وتنفيذ الحكم

أدت الثورة التكنولوجية وظهور شبكات التواصل الإلكترونية لجعل معظم دول العالم في حالة تواصل مستمر، إذ يتم تحميل البيانات والمعلومات عبر تلك الشبكات وتناقلها بين الدول بسرعة قياسية، بحيث تمكن أي مستخدم في أي مكان بالعالم من الوصول إليها بسهولة وبسر؛ وقد أوجدت هذه الشبكات سوقاً إلكترونيًا واسعاً أمام التجار والمستهلكين، بحيث يمكنهم الترويج للبضائع وشراؤها وهم في أماكن وجودهم ودون الحاجة لتقلهم، وهذا يعني أن العقود والمعاملات التي تتم عبر تلك الشبكات هي بالضرورة ذات طابع دولي لأن أطرافها أشخاص موجودون في دول مختلفة ومنتمون إلى جنسيات مختلفة. وهذا الطابع الدولي للعقود والاتفاقيات عبر تلك الشبكات يثير مشاكل قانونية عديدة، تؤدي إلى ضرورة إيجاد قواعد صالحة للتطبيق على المنازعات الناشئة عن هذا النوع من العقود.¹⁸⁹

وفي إطار الطبيعة الدولية للتحكيم الإلكتروني سيما وأنه يتم عبر العالم الافتراضي، فقد ظهرت عدة تساؤلات حول آلية تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وهل إرادة الأطراف هي إرادة حرة مطلقة في اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم أم أن هذه الإرادة مقيدة بضوابط، وما هو دور هيئة التحكيم في حال غياب إرادة الأطراف وضمن أي معايير وضوابط تستطيع الهيئة التعبير عن الإرادة؟

إنّ تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم لهو أمر في غاية الأهمية، إذ يستند ويرتبط ارتباطاً وثيقاً بالقرار الصادر عن هيئة التحكيم، حيث أن القرار المذكور يدور وجوداً وعدمًا في ظل التأكد من صحة تطبيق هيئة التحكيم للقواعد الإجرائية المتفق عليها، بالإضافة إلى ضرورة اختيار قانون تتناسب أحكامه وقواعده مع قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم من جهة وقانون البلد الذي سينفذ فيه قرار التحكيم من جهة أخرى.

¹⁸⁹ سليمان قارة، "الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظل التعاقد الإلكتروني"، مجلة الندوة للدراسات القانونية، جامعة قسنطينة 1، ع3، (2015)، ص121.

وعند الحديث عن حكم التحكيم الإلكتروني فإنه لا بد من الوقوف على أهم ميزاته لا سيما صدور بصورة إلكترونية خلافاً للتحكيم التقليدي، هذه الصورة من الأحكام انبثق عنها صورة جديدة من صور التنفيذ للأحكام الإلكترونية جاء انسجاماً مع الطبيعة الفريدة لهذه النوع من التحكيم.

تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتحدث في المبحث الأول عن القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني، وقد تم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب. نتناول في المطلب الأول النطاق المكاني والزمني للتحكيم الإلكتروني، ونسلط الضوء في المطلب الثاني على دور إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني، أما المطلب الثالث فقد تطرقنا فيه إلى دور هيئة التحكيم في تحديد القانون واجب التطبيق في ظل غياب إرادة الأطراف.

أما المبحث الثاني فتحدثنا فيه عن تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، حيث يعالج في مطلبه الأول صور هيئات التحكيم الإلكترونية الحديثة، في حين سنتناول في المطلب الثاني تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني بواسطة القضاء الوطني وذلك وفقاً للقوانين الوطنية واتفاقية نيويورك للعام 1985، وتناول المطلب الثالث التنفيذ الذاتي من قبل مؤسسات التحكيم لحكم التحكيم الإلكتروني بصوره المباشرة وغير المباشرة.

المبحث الأول

القانون واجب التطبيق من حيث الإجراءات

يقصد بالقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني بأنه "مجموعة من القواعد القانونية التي تسعى إلى حل المسائل ذات الطبيعة الإجرائية التي يمكن أن تثور أثناء عملية التحكيم"¹⁹⁰، وتتبع أهمية دراسة هذه القواعد في مجال القانون التجاري الدولي الذي يقوم على أسس تحقق قدر كبير من السرعة والمرونة وذلك بتجنب الإشكاليات التي يعاني منها القضاء العادي والتي تؤدي في كثير من الأحيان- إلى وضع عراقيل أمام إنهاء النزاع بأسرع وقت ممكن، ناهيك عن أنّ وضع هذه القواعد يساهم إلى حد كبير باستقلال نظام التحكيم وفعاليتها في مواجهة العديد من الصعوبات والمعوقات وإيجاد الحلول له، وهذا كله يهدف إلى تشجيع الاستثمارات الأجنبية.¹⁹¹

يعتبر هذا القانون بمثابة البوصلة التي توجه هيئة التحكيم الإلكتروني أثناء النظر في النزاع حول أفضل الإجراءات واجبة الاتباع للوصول إلى قرار التحكيم الإلكتروني مراعية في ذلك أهم خصائص التحكيم وهي السرعة والمرونة والسرية؛ فمن شأن اختيار هذا القانون من قبل أطراف التحكيم أن يحقق الغاية المرجوة لهم من التوجه لهيئة التحكيم ويمكنهم من الدفاع عن مصالحهم بسهولة ويسر.

وعليه، سنتناول من خلال هذا المبحث القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، حيث سيعالج المطلب الأول النطاق المكاني والزمني للتحكيم الإلكتروني والذي سيتم من خلاله التعرف على كيفية تحديد مكان مقر هيئة التحكيم بالإضافة إلى الزمان الذي يتم من خلاله إصدار قرار التحكيم، في حين سنتناول المطلب الثاني أهمية دور إرادة الأطراف الصريحة والضمنية في تحديد إجراءات التحكيم ومعرفة أهم القيود التي تفرض عليها، وأخيراً سيتطرق المطلب الثالث إلى دور هيئة التحكيم في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات في ظل غياب إرادة الأطراف.

190 أحمد النجار، "اتفاق التحكيم الإلكتروني"، *المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية*، جامعة عين شمس، ع10، (2018)، ص599
191 أحمد النجار، "المرجع السابق".

المطلب الأول: النطاق المكاني والزمني للتحكيم الإلكتروني

إن تحديد النطاق المكاني والزمني للتحكيم الإلكتروني مسألة في غاية الأهمية إذ يبنى عليها عدة مسائل تؤثر في جوهر العملية التحكيمية ككل، ولعل أهمها معرفة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم ومدى ملاءمته للقواعد الأمرة الملزمة في مكان التحكيم، ومعرفة كيفية تحديد مكان التحكيم في ظل غياب إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات، والمسألة الأكثر أهمية في تحديد النطاق المكاني والزمني للتحكيم الإلكتروني وهو تحديد وقت صدور قرار التحكيم وكيفية تنفيذه.

وعليه، سنعالج من خلال الفرع الأول لهذا المطلب كيفية تحديد مكان وزمان التحكيم ومعرفة المعايير والأسس الذي تم الاستناد إليها لمعرفة هذا المكان، في حين يتناول الفرع الثاني وقت بدء إجراءات التحكيم ووقت إنجائه.

الفرع الأول: تحديد مكان التحكيم الإلكتروني

إن لتحديد مكان التحكيم الإلكتروني أهمية كبيرة لمعرفة القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، إذ وفي ظل نشأة وترعرع التحكيم الإلكتروني في الفضاء الإلكتروني فقد كانت هناك صعوبات في تحديد مكان التحكيم وقد ظهرت عدة تساؤلات حول هذا المكان، أهو في مكان موطن المحكم؟ أم في موطن أطراف النزاع أو أي منهم؟ أم أن تحديد الموطن يكون مرتبطاً بموضوع النزاع؟ أم حسب موطن مقدم الخدمة؟¹⁹²

عملاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإن الأصل أن يتم اختيار مكان التحكيم الإلكتروني من قبل الأطراف، حيث يسعى الأطراف إلى اختيار مكان التحكيم الإلكتروني وفقاً لرؤيتهم بما يحقق مصالحهم ويضمن نجاعة التحكيم.¹⁹³

وتحرص مراكز هيئات التحكيم على تحديد مكان التحكيم ومن ثم تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات، ولعل المثال الأبرز في التحكيم الإلكتروني اللائحة المعدة من هيئة تحكيم المحكمة

192 صالح سالم، "التحكيم الإلكتروني وإجراءاته"، مجلة العلوم الإدارية والاقتصادية، جامعة عدن، ع16، مجلد15، (2015)، ص372.
193 محمود الشيخ، المرجع السابق، ص142-143.

الإلكترونية والتي أنشئت في كلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا عام 1998 والتي وضحت وفصلت بشكل مستفيض إجراءات التحكيم الإلكتروني.¹⁹⁴

أمام جميع هذه التساؤلات، وعند غياب إرادة الأطراف في تحديد مكان التحكيم الإلكتروني، فقد ظهرت عدة اقتراحات فقهية لغايات تحديد مكان التحكيم الإلكتروني ولعل أهم هذه الاقتراحات هي:

أولاً: تحديد مكان محدد وثابت للتحكيم الإلكتروني بصرف النظر عن المكان الذي يتم فيه التحكيم، ذلك أن مكان التحكيم هو مجرد فكرة قانونية وليست فكرة مادية كونها لا ترتبط بمكان انعقاد الجلسات، حيث إن مكان التحكيم هو مسألة افتراضية قانونية تهدف إلى ترتيب آثار قانونية، إذ لا يوجد هناك أي مسوغ قانوني لربط مكان التحكيم بمكان انعقاد الجلسات.¹⁹⁵

ثانياً: تطبيق قانون مكان مقدم الخدمة، إذ بني هذا الاقتراح على أساس أن محكمة التحكيم الإلكترونية تكون متمركزة من الناحية الفنية في المكان التي تقدم منه الخدمة، وبناء عليه تخضع هيئة التحكيم الإلكترونية لقانون مكان مقدم الخدمة.¹⁹⁶

ثالثاً: قانون مكان المحكم، وفقاً لهذا الاقتراح، يتم الاستناد إلى مكان وجود المحكم على اعتبار أنه مكان التحكيم وبالتالي الاستناد إليه لتحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.¹⁹⁷

رابعاً: التحكيم غير التوطيني، إذ تقوم هذه النظرية على وجوب استبعاد فكرة مقر التحكيم عند تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات النزاع التحكيم، كون أن التحكيم الإلكتروني وتطوره ساهم في إلغاء فكرة النطاق الجغرافي للتحكيم، إذ أنّ خصائص وميزات التحكيم الإلكتروني تتعارض مع هذه الفكرة، سيما مع إمكانية اللجوء للتحكيم عبر مراكز التحكيم الإلكتروني من خلال النماذج الإلكترونية

194 مساعد العنيزي، المرجع السابق، ص66

195 أحمد بوقراط، اتفاق التحكيم في منازعات عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، (رسالة دكتوراة: جامعة عبد الحميد بن باديس – مستغانم- الجزائر، 2019)، ص180.

196 أمل بدر، المرجع السابق، ص337

197 سهام صديق، "نظام التحكيم الإلكتروني لتسوية المنازعات الإلكترونية"، مجلة البصائر للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة عين تموشنت بلحاج بوشعيب، ع4، مجلد2، (2022)، ص8.

المعدة مسبقاً من قبل هذه المراكز، بحيث تتم كافة إجراءات التحكيم منذ اختيار المركز وحتى صدور القرار عبر الفضاء الإلكتروني.¹⁹⁸

أمام جميع الانتقادات التي وجهت إلى الاقتراحات المذكورة أعلاه، فقد منحت التشريعات محل الدراسة السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في تحديد مكان التحكيم وفقاً لظروف النزاع ومكان وجود الأفراد في غياب إرادة الأطراف وعدم تحديدهم لمكان التحكيم بشكل صريح أو ضمني، وفي هذا الصدد فإن قانون التحكيم الفلسطيني قد نص في المادة (21) منه على أنه "إذا لم يتفق أطراف التحكيم على مكان إجرائه فإنه يجري في المكان الذي تحدده هيئة التحكيم مع مراعاة ظروف النزاع وملاءمة المكان لأطرافه، ويجوز لهيئة التحكيم عقد جلسة أو أكثر في أي مكان تراه مناسباً". وهذا يعني بأن العبرة ابتداءً لما أتفق عليه أطراف التحكيم بشأن مكان إجرائه، فإن لم يتفقوا على ذلك المكان، تنتقل صلاحية تحديده لهيئة التحكيم، والتي يمكنها أن تعقد جلساتها في أماكن مختلفة.

وقد تبني المشرع الأردني ذات الاتجاه في المادة (27)¹⁹⁹ من قانون التحكيم وذلك فعل المشرع الإماراتي في المادة (1/28)²⁰⁰. ونلاحظ من ذلك أن هذه التشريعات المقارنة قد استندت إلى القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والذي نص في المادة (1/20) منه على "للطرفين حرية الاتفاق على مكان التحكيم فإن لم يتفقا على ذلك تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان على أن تؤخذ في الاعتبار ظروف القضية بما في ذلك راحة الطرفين".

وفيما يخص العمليات التجارية التي تتم عبر الوسائل التكنولوجية المختلفة، وفي حال عدم اتفاق الأطراف على مكان التحكيم الإلكتروني فإن مكان انعقاد العقد الإلكتروني يعتبر مكاناً للتحكيم حيث أنّ القوانين المقارنة لم تبين المكان الجغرافي في إثبات الاتصال التي تتعلق بالمراسلات الإلكترونية، إذ يستند إلى مكان المرسل إليه لانعقاد العقد الإلكتروني كونه المكان الذي التقى فيه الإيجاب مع القبول.²⁰¹

198 أمال يدر، المرجع السابق، ص338

199 تنص المادة (27) من قانون التحكيم الأردني على أنه "لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في المملكة أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها، ولا يحول ذلك دون أن تجتمع هيئة التحكيم في أي مكان تراه مناسباً للقيام بأي إجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الاطلاع على مستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك"

200 تنص المادة (1/28) من قانون التحكيم الإماراتي على أنه " لأطراف الاتفاق على إجراء التحكيم وتحديد مكانه بشكل واقعي، أو بشكل افتراضي من خلال وسائل التقنية الحديثة أو في الأوساط التقنية، فإذا لم يوجد اتفاق حددت هيئة التحكيم ذلك، بمراعاة ظروف الدعوى، وملاءمة المكان لأطرافها."

201 محمود الشيخ، المرجع السابق، ص151.

وقد أخذت بذلك التشريعات المقارنة، إذ نصت المادة (18) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه "تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ وأنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعتبر مكان إقامته مقراً لعمله، ما لم يكن منشئ الرسالة والمرسل إليه قد اتفقا على غير ذلك. ب- إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل فيعتبر المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسلم، وعند تعذر الترجيح يعتبر مقر العمل الرئيس هو مكان الإرسال أو التسلم". وقد تبني المشرع الإماراتي ذات الامر في الفقرة 2 من المادة (14) من المرسوم بقانون اتحادي رقم 46 لسنة 2021 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة الإماراتي.

هذا ونجد أن قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطينية قد خلا من أي نصوص بهذا المجال، الأمر الذي يشكل ثغرة في التشريع الفلسطيني لا بد من تداركها ومعالجتها في قانون المعاملات الإلكترونية، إذ من شأن هذا الأمر أن يعالج العديد من الإشكاليات التي تثور بشأن مكان انعقاد العقود الإلكترونية.

الفرع الثاني: زمان انعقاد التحكيم الإلكتروني

إن تحديد الزمان الذي تم فيه إجراء التحكيم الإلكتروني تعتبر مسألة غاية في الأهمية لما سيترتب عليه من آثار قانونية باتجاه الأطراف، من ذلك معرفة أهلية المتعاقدين، وهي اللحظة التي يصبح فيها العقد ملزماً للجانبين، كما تكمن أهمية تحديد زمان انعقاد التحكيم الإلكتروني في تحديد نقطة بداية ترتيب اتفاق التحكيم لآثاره، والتي تتمثل في التزام الأطراف بالجوء لنظام التحكيم الإلكتروني لفض منازعاتهم.²⁰²

كما أن لتحديد زمان التحكيم الإلكتروني أهمية فيما يخص سير العملية التحكيمية ككل، فمن حيث بداية التحكيم، فإن تحديد وقت بدء الإجراءات يعني تحديد الوقت الذي وضعت هيئة التحكيم يدها بشكل فعلي على النزاع، وذلك عندما يقوم المدعي بتقديم طلب التحكيم إلى تلك الهيئة، إذ يتوجب على هيئة التحكيم أن تقوم بإشعار الطرف الآخر ضمن مدة زمنية محددة، ومنح الطرف الآخر فترة زمنية للرد عليه،

202 أحمد بوقراط، مرجع سابق، ص137

بالإضافة لأهمية تحديد زمان التحكيم على كافة الإجراءات التي تتم امام هيئة التحكيم حتى اقفال باب المرافعة وإصدار الحكم.²⁰³

ومن ناحية فقهية، فقد أثرت في النظرية العامة للعقود مسألة تقليدية تتمثل في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، وتقوم هذه النظرية على التفرقة بين ما إذا كان العقد بين حاضرين أم بين غائبين، إذ أنّ معيار التفرقة بينهما هو وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب فإذا لم يكن هناك فاصل زمني بينهما كان التعاقد بين حاضرين، إذ ينعقد العقد بالوقت الذي يعلم به الموجب بالقبول بحيث ينتج العقد آثاره اعتباراً من ذلك الوقت.²⁰⁴

يرى جانب من الفقه أنه لغايات اعتبار التحكيم الإلكتروني بين حاضرين من حيث الزمان والمكان يجب توفر ثلاثة عناصر جوهرية وهي وحدة المكان ووحدة الزمان والانشغال بشؤون التعاقد، ففي حال فقدان عنصر التزامن بين صدور القبول وعلم الموجب فإنه يتحول إلى تعاقد ما بين غائبين من حيث الزمان، وفي حال غياب عنصر المكان أصبح التعاقد بين غائبين من حيث المكان، وفي حال افتقد العنصران مجتمعين يصبح تعاقداً بين غائبين من حيث الزمان والمكان معاً.²⁰⁵ وحيث أن التحكيم الإلكتروني يمتاز بأنه يتم عبر الفضاء الإلكتروني، فيجعله ذلك في إطار التعاقد بين غائبين من حيث المكان، إلا أنه ونظراً للتطور المتسارع في مجال التكنولوجيا أصبح هناك إمكانية التعاقد دون وجود فاصل زمني بين الايجاب والقبول.²⁰⁶

إنّ اعتبار التحكيم الإلكتروني بمثابة عقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان كونه يتم بوسائل سمعية وبصرية لا يثير صعوبة في تحديد زمان انعقاد العقد لعدم وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به هناك، إلا أن الصعوبة تثور في حال لم يتحقق التزامن في التبادل الإلكتروني للتعبير عن الإرادة، كأن لا يتمكن المرسل إليه من الاطلاع على بريده الإلكتروني في ذات الوقت الذي قام المرسل بإرسال العقد لغايات التوقيع، ففي هذه الحالة يوجد فاصل زمني بين التعبير عن

²⁰³ نبيل مقابلة، المرجع السابق، ص17.

²⁰⁴ ماهر قنبر، "القانون واجب التطبيق في إثبات العقود التجارية الإلكترونية بين القوانين الدولية والقانون الدولي الاتفاقي"، مجلة الجامعة العراقية، الجامعة العراقية، ع46، ج2، (2020)، ص468.

²⁰⁵ عيسى بن مصطفى، "مجلس العقد الإلكتروني عبر الانترنت"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، ع26، (2016)، ص20.

²⁰⁶ عيسى بن مصطفى، المرجع السابق، ص20.

الإرادتين، لذلك فإن تحديد زمان إنشاء العقد له انعكاسات عملية إذ تعد من أهم المسائل القانونية التي يثيرها التعاقد عبر شبكات الاتصال الحديثة لما لها من أثر في تحديد النظام القانوني.²⁰⁷

بالمقابل يرى جانب من الفقه بأن التحكيم الإلكتروني هو عبارة عن تعاقد بين غائبين وذلك نظراً لوجود فارق زمني آخر بين الإيجاب والقبول، بالإضافة إلى وجود المتعاقدين في أماكن مختلفة، إذ يعتبر مجلس العقد في التحكيم الإلكتروني مجلس عقد حكمي، وهو ينعقد منذ اللحظة التي يصل فيها لإيجاب إلى علم الموجب إليه وقبوله له، وتلعب الوسائل التكنولوجية دور الوسيط في نقل الإيجاب والقبول.²⁰⁸ وقد اختلفت الآراء الفقهية حول تحديد زمان انعقاد العقد وظهرت أربع نظريات يتم الاستناد إليها في تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني وهي:

أولاً: نظرية إعلان القبول تقوم هذه النظرية على أساس أن العقد ينعقد بمجرد إعلان القبول المطابق للإيجاب بصرف النظر إذا ما كان علم الموجب بهذا القبول أم لا، ويرى أصحاب هذه النظرية بأنها جاءت للتوافق مع طبيعة الحياة التجارية ومتطلباتها من حيث السرعة والائتمان، إذ أن القابل يكون مطمئناً لانعقاد العقد وترتيب آثاره من لحظة إعلان قبوله؛ وتتم هذه الحالة في التحكيم الإلكتروني بمجرد ضغط القابل على الأيقونة المخصصة لذلك.²⁰⁹

ثانياً: نظرية تصدير (إرسال) القبول، وفقاً لرؤية أصحاب هذه النظرية، فإن العقد الإلكتروني ينعقد من اللحظة التي يتم فيها إرسال القبول عبر البريد الإلكتروني أو الضغط على أيقونة قبول التي تفيد بقبول العقد، إذ ينعقد العقد بذلك ودون انتظار وصول الرسالة إلى الموجب، حيث يستند أصحاب هذه النظرية بأنه وبمجرد إرسال القبول فإن القابل لا يستطيع الرجوع عنه، وأنه لا يؤثر وصول القبول للموجب، إذ أن العقد يكون قد انعقد ورتب آثاره.²¹⁰

207 ماهر قنبر، المرجع السابق، ص469.
208 خالد إبراهيم، "التحكيم الإلكتروني في عقود الاستثمار الدولية"، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال ملتقيات وندوات: النظم والقواعد القانونية للتجارة الإلكترونية، 2008، ص144.
209 زكية لولمعلي، "زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، (2016)، ص458.
210 نجوى محمود، "النظام القانوني لمجلس العقد الإلكتروني"، مجلة جامعة جنوب الوادي الدولية للدراسات القانونية، ع5، (2020)، ص384.

ثالثاً نظرية وصول القبول، يرى أنصار هذه النظرية أن العقد ينعقد بمجرد وصول القبول إلى الموجب، أي أن القبول لا يكون منتجاً لآثاره ونهائياً إلا في حال وصوله للموجب، سواء علم به الموجب أم لا، إذ وبمجرد وصول القبول للموجب يعتبر قرينة على علمه به.²¹¹

وقد تبنى هذه النظرية كلٌّ من القانون الأردني والقانون الإماراتي، حيث نصت المادة (12/أ) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني منه على أنه " إذا طلب المنشئ من المرسل إليه بموجب رسالة معلومات إعلامه بتسلم تلك الرسالة أو كان متفقاً معه على ذلك دون تحديد وسيلة معينة لهذه الغاية فإن قيام المرسل إليه بإعلام المنشئ بالوسائل الإلكترونية أو بأي وسيلة أخرى بتسلم الرسالة يعتبر استجابة لذلك الطلب أو الاتفاق"؛ في حين نصت المادة (14/أ) من القانون الإماراتي على أنه " ما لم يتم الاتفاق بين المنشئ والمرسل إليه على مكان وزمان إرسال واستلام المستند الإلكتروني يطبق ما يأتي: أ. يعد إرسال المستند الإلكتروني قد تم عندما يدخل نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل المستند نيابة عن المنشئ".

وكذلك الأمر، فقد تبنى المشرع الفلسطيني ذات النظرية عندما نص في المادة (10) من قرار بقانون بشأن المعاملات الإلكترونية على أنه " يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول عند التعاقد بواسطة رسائل البيانات، ويعتبر ذلك التعبير ملزماً، شريطة توفر الآتي: 1. أن يكون الإيجاب والقبول قد صدر من خلال رسالة البيانات عند إرسالها، أو إدخالها في نظام معلومات لا يخضع لسيطرة منشئ الرسالة. 2. أن يكون الإيجاب والقبول قد استلم بواسطة المرسل إليه عند دخول رسالة البيانات نظام معلومات اتفق طرفا العقد على استخدامه، أو دخل نظام معلومات المرسل إليه....".

رابعاً: نظرية العلم بالقبول، ويرى أصحاب هذه النظرية بأنه ينشأ العقد الإلكتروني ويرتب آثاره من لحظة علم الموجب إليه بالقبول، وذلك من خلال اطلاعه على الرسالة الإلكترونية المرسلة من قبل القابل والتي تتضمن رده بالقبول على الإيجاب الصادر عن الموجب، بحيث يتم العلم بالقبول بالمكان والزمان اللذين اطلع فيهما الموجب على الرسالة الإلكترونية التي تفيد ذلك.²¹²

²¹¹ نادية البياتي، "مجلس العقد الإلكتروني عبر الانترنت دراسة مقارنة"، مجلة القانون والاعمال، جامعة الحسن الأول، (2020)، ص26.
²¹² نجوى محمود، المرجع السابق، ص386.

أما زمان انعقاد العقد الإلكتروني بين الحاضرين فإنه يتوجب وجود كل من الموجب والقابل لحظة عرض الإيجاب وصدور القبول على أحد الوسائل التكنولوجية المتنوعة في ذات الوقت، بحيث يتم عرض الإيجاب والرد عليه من قبل القابل في ذات المجلس.²¹³

المطلب الثاني: دور الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات

يعبر الاتفاق على التحكيم عن إرادة الأطراف في سلب الاختصاص بنظر النزاع من القضاء العادي، وقد كان بديهياً أن تمارس الإرادة نفسها دورها في اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وسنداً لطبيعة مبدأ سلطان الإرادة باعتباره نظاماً اتفاقياً فإن اختيار الأطراف القانون واجب التطبيق على التحكيم هو أمر بديهي، وتعتبر إرادة الأطراف هي ضابط الإسناد، ولعل المرونة في تطبيق هذا المبدأ على إجراءات التحكيم الإلكتروني يكشف عن حقيقة الغاية المرجوة منه.²¹⁴

وقد ارتكز التحكيم الحديث على مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون المطبق على إجراءات التحكيم؛ وكون المحكم لا يتبع لإحدى سلطات الدولة الثلاثة، فإن هذا المبدأ بمثابة القانون الموجه للمحكم أثناء فترة التحكيم، حيث أن المحكم وعلى خلاف القاضي الطبيعي لا يخضع لقانون دولة معينة، ولا يتقيد بقانون إجرائي معين بل يتم الرجوع إلى إرادة الأطراف لتحديد هذا القانون، وهو ما يعد تأكيداً للطبيعة الاتفاقية للتحكيم، كما أن هيئة التحكيم لا تخضع لقانون إجرائي إلا ذلك الذي يحدده الأطراف أو ما يقع عليه اختيار هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم عند غياب الاتفاق.²¹⁵ وعند الحديث عن دور إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني لا بد من التمييز بين نوعين من التحكيم وهما التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي، وذلك للوقوف على دور الإرادة في كل منهما عند تحديد القانون واجب التطبيق ومن ثم التطرق إلى موقف التشريعات الدولية والمقارنة.

²¹³ محمود الشيخ، المرجع السابق، ص165.

²¹⁴ بشائر صلاح عبد الله شاهين الغانم، "دور سلطان الإرادة في اختيار القانون الاجرائي على التحكيم" دراسة في قواعد مركز الويبو للتحكيم والوساطة، المجلة الدولية للقانون، جامعة قطر، مجلد 9، عدد1، (2020)، ص212-213.

²¹⁵ بشائر الغانم، المرجع السابق، ص213

الفرع الأول: مبدأ سلطان الإرادة

تتبع أهمية اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني من خلال النتائج المترتبة عليه، وذلك سواء بتحديد قواعد وأنظمة الإثبات أو تحديد الأسس والوسائل التي يجب أن يتم مراعاتها عند البدء في إجراءات التحكيم من احترام حق الدفاع والمواجهة بالإضافة إلى القواعد الناظمة لقانونية استخدام الانترنت في عقد جلسات التحكيم.²¹⁶

وتتسع حرية الأفراد في اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني تتسع لتشمل معظم إجراءات التحكيم، ابتداءً من الاتفاق على كيفية تشكيل هيئة التحكيم وعدد المحكمين وتحديد آليات ردهم، مروراً بتحديد الوقت الذي تبدأ فيه إجراءات التحكيم ووقت انتهائها، وتحديد مكان ولغة التحكيم، وآليات الإخطار والتبليغ، وكيفية تقديم اللوائح والدفع وأدلة الإثبات، والمرافعات الشفوية، وإمكانية سماع الشهود وكيفية تقديم الأوراق، ووقف وإفقال باب المرافعة، وانتهاءً بكيفية انتهاء الإجراءات، وغيرها من المسائل الإجرائية.²¹⁷

وتمكن هذه الحرية الأطراف اختيار النطاق الزمني للإجراءات، كما يحق للأطراف استبدال وتعديل القواعد الإجرائية المتفق عليها بقواعد أخرى، ويلجأ الأطراف للاستبدال والتعديل بالعادة إذا تبين لهم بعد الاتفاق على الإجراءات بأنها تصطدم مع أحكام قانون الدولة الذي يجري فيها التحكيم، أو أنها تتعارض مع النظام العام في الدولة التي سيطلب منها تنفيذ قرار التحكيم، فتكون الغاية من التعديل أو التغيير ضمان عدم تعرض قرار التحكيم عند صدوره للطعن ولضمان الاعتراف به وتنفيذه مستقبلاً في دولة التنفيذ.²¹⁸

وعند غياب الإرادة الصريحة للأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني، فإن هذا لا يعني منح هيئة التحكيم صلاحية تحديد هذا القانون، إذ لا بد من قيام هيئة التحكيم بالبحث عن الإرادة الضمنية للأطراف من خلال بنود وأحكام العقد، إذ قد تكون الظروف التي أحاطت بتكوين العقد كفيلاً بالكشف عن تلك الإرادة الضمنية وتحديد القانون واجب التطبيق، كما أنه يمكن

²¹⁶ نبيل مقابلة، "إمكانية تطبيق التحكيم الإلكتروني وفقاً للقانون الأردني"، مجلة مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، ع55، مجلد19، (2015)، ص719.

²¹⁷ يوسف الشندي، المرجع السابق، ص239

²¹⁸ يوسف الشندي، المرجع السابق، ص239.

الوصول للإرادة الضمنية من خلال لغة العقد أو العملة التي تم الاتفاق على الوفاء بها أو جنسية المتعاقدين أو محل إقامتهم أو مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه.²¹⁹

وقد أنقسم الفق فيما يتعلق بشكل الإرادة التي يجب أن يعبر عنها الأفراد في اختيار القانون واجب التطبيق إلى رأيين ، الأول أكد على ضرورة أن تكون إرادة الأطراف صريحة وواضحة والابتعاد عن كل أمر من شأنه خلق أي لبس والغموض فيما يتعلق بوصول هيئة التحكيم للإرادة الحقيقية للأطراف، وإذا كان البحث عن الإرادة الضمنية في العقود متاحاً، إلا أنها استبعدته في التحكيم الإلكتروني وذلك لخصوصية المعاملات الإلكترونية وارتباطها بعقود تجارية تتطلب السرعة في الإنجاز ودقة في التعامل بعيداً عن التأويل؛ أما الرأي الثاني فإنه يرى إمكانية الأخذ بالإرادة الضمنية لتحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني، وتتولى هيئة التحكيم الكشف عن القانون الذي اتجهت إليه الإرادة الضمنية للأطراف.²²⁰

ويرى الباحث بأن الرأي الثاني الذي أخذ بالإرادة الضمنية هو الأقرب للصواب، لأنه يجسد التطبيق الفعلي لمبدأ سلطان الإرادة والذي سمح للأطراف بالتعبير عن إرادتهم باختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم بشتى الصور والأساليب الممكنة سواء الصريحة أو الضمنية والتي يمكن لهيئة التحكيم استنباطها من ظروف الاتفاق، إذ أن اتفاق التحكيم بالعادة يحتوي على العديد من المؤشرات التي تساعد هيئة التحكيم في التعرف على الإرادة الحقيقية للأطراف.

ومن ميزات مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق أنه يسمح للأطراف باختيار أكثر من قانون ليحكم جوانب مختلفة من إجراءات التحكيم، وذلك حيث يسمح بتقسيم الإجراءات على أكثر من قانون بما يحقق مصالح الأطراف، إلا أن ذلك لا يجب ألا يؤدي إلى إرهاب عمل المحكم في تطبيقه لأكثر من قانون.²²¹

²¹⁹ ابتسام زيغم، "القانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني"، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، ع2، مجلد12، (2020)، ص351.

²²⁰ أمل بدر، "القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، بجامعة حسيبة بن بو علي بالشلف، ع1، مجلد9، (2023)، ص328.

²²¹ بشائر الغانم، المرجع السابق، ص214.

وأمام الحرية التي منحت للأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني سندا لمبدأ سلطان الإرادة المعمول فيه في التحكيم الإلكتروني فإن ممارسة هذه الحرية من قبل الأطراف تتم وفق الاحتمالات التالية:

أولاً: قيام الأطراف بتحديد الإجراءات واجبة الاتباع في العقد المبرم بينهما ابتداءً.²²²

ثانياً: اختيار الأطراف لقواعد محددة وثابتة وقائمة بالفعل، بحيث يتم اختيار هذه القواعد إما من خلال القوانين الوطنية أي أن يورد الأطراف من خلال اتفاق التحكيم شرطاً بإحالة المسائل الإجرائية الخاصة بسير المنازعة التحكيمية إلى قانون وطني معين، أو اللوائح الموضوعة من قبل مراكز ومؤسسات تحكيمية، وهذه الصورة هي الأكثر شيوعاً في التحكيم الإلكتروني، بحيث يقوم الأطراف باختيار مركز تحكيم لتنظيم الأحكام الخاصة بإجراءات التحكيم، وهذا ما يطلق عليه الأثر المباشر لاختيار مركز للفصل في النزاع وفق لوائحه وقوانينه التنظيمية.²²³

ثالثاً: أن يختار الأطراف القواعد الإجرائية من مجموعة من القوانين الوطنية ولوائح هيئات التحكيم، بحيث يكون الهدف من اللجوء لهذه الطريقة هو تيسير إجراءات التحكيم بعيداً عن أي تعقيدات أو عراقيل.²²⁴

رابعاً: اتفاق الأطراف على إسناد مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني لهيئة تحكيم نيابة عنهم، بحيث تتولى هذه الهيئة تحديد كل ما يتعلق بإجراءات التحكيم بصرف النظر عن التفاصيل، بحيث تكون هذه الإجراءات المتخذة من قبل هيئة التحكيم المختارة بمثابة تجسيد لإرادة الأطراف بالخضوع لها والامتثال لأوامرها.²²⁵

222 منير المناصير، "دور هيئة التحكيم في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات في مجال التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة ما بين قانون التحكيم الأردني والمصري والفرنسي والانجليزي"، مجلة كلية الحقوق والبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ع1، (2017)، ص763.

223 بلال بدوي، "التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية"، مجلة العلوم القانون والاقتصادية، جامعة عين شمس، ع1، مجلد14، (2006)، ص163-164.

224 منير المناصير، مرجع سابق، ص765.

225 معين المومني، "هيئة التحكيم ودورها في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات في التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة بين قانون التحكيم الأردني والمصري والفرنسي والانجليزي"، مجلة جيل للأبحاث القانون المعمقة مركز جيل للبحث العلمي، ع19، (2017)، ص17.

الفرع الثاني: التحكيم المؤسسي والتحكيم الخاص (الحر)

لقد قسم الفقه التحكيم وفقاً لمعيار إدارته أو من يتولى الإشراف عليه إلى تحكيم مؤسسي وتحكيم خاص (حر)، ويُقصد بالتحكيم المؤسسي هو "أن يعهد إلى هيئة تحكيم، أو منظمة، أو مركز من مراكز التحكيم الدائمة بمهمة التحكيم، وفقاً لقواعد وإجراءات موضوعة سلفاً بهذه الإجراءات"؛ بعبارة أخرى، هو التحكيم الذي يتم من خلال هيئات ومراكز ومنظمات مختصة في مجال التحكيم، بحيث تجري كافة مراحل التحكيم وفقاً للأنظمة والقواعد والإجراءات المحددة من قبلها سلفاً، حيث تقوم هذه المؤسسات بوضع قوائم تحدد من خلالها أسماء المحكمين الذين يتمتعون بخبرة كبيرة في شتى المجالات حيث من شأن هذا النوع من التحكيم أن يساعد الأطراف على اختيار المحكمين ذوي الخبرة في مجال النزاع الذي نشأ بينهم، ناهيك عن أن كافة اللوائح والنظم والإجراءات المعتمدة لدى هذه المنظمات والمراكز تتسم بالسهولة والسرعة والسرية، وتعمل على متابعة تنفيذ قرار التحكيم بعد صدوره.²²⁶

إن اختيار الأطراف في التحكيم الإلكتروني لمركز أو لمنظمة أو لمؤسسة تحكيم دون أن يتم تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات لا يثير أي إشكالية، حيث يكفي أن يشير الأطراف إلى اختيار هيئة التحكيم لمعرفة أن إرادتهم تتجه إلى تطبيق لوائحها وأنظمتها والتي تبين الإجراءات بشكل دقيق ومفصل؛ إذ أن معظم مراكز ومؤسسات التحكيم الإلكتروني تقوم بوضع اللوائح والأنظمة التي تنظم كافة إجراءات التحكيم، حيث يكون الدافع للأفراد من اختيار تلك المراكز والمؤسسات هو تبسيط الإجراءات لفض النزاع بأسرع السبل والوسائل.²²⁷

لكن قد تثار إشكالية في تطبيق اللوائح المعدة من قبل هيئات التحكيم غير أن هذه اللوائح قد تغيرت قبل البدء في النزاع أو أثناء النظر فيه، فيثور السؤال التالي: أي من تلك اللوائح يجب اعتمادها وتطبيقها على إجراءات النزاع، هل هي السابقة أم الجديدة؟ يرى بعض الفقه في هذه الحالة الأخذ باللوائح القديمة وهي التي كان الأطراف على علم بها عند الاتفاق على الامتثال للوائح هذا المركز أو الهيئة بكل ما يتعلق بإجراءات النزاع، وذلك على اعتبار أن الإحالة إليها تكون بمثابة أحد الشروط التعاقدية، حيث يتم التعامل معها على أساس كونها من شروط اتفاق التحكيم وليست كلوائح مركز التحكيم.²²⁸

²²⁶ عماد دان، "أنواع التحكيم كأحد الوسائل البديلة لفض النزاعات"، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، ع143، مجلد11، (2023)، ص86.
²²⁷ مساعد العنزي، "خصوصية الإجراءات في التحكيم الإلكتروني"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع3، مجلد36، (2012)، ص64-65.
²²⁸ بلال بدوي، المرجع السابق، ص164.

أما التحكيم الخاص (الحر) فهو التحكيم الذي يكون لأطراف النزاع كامل الحرية في اختيار المحكمين والإجراءات والقواعد التي تطبق بشأن هذا النزاع، أي هو التحكيم الذي يختار أطرافه كافة مرحلة العملية التحكيمية الإجرائية دون التقيد بنظام معين، وهو النوع التقليدي الذي بموجبه يمنح الأطراف في الحدود التي يسمح بها النظام أو القانون لشخص أو أشخاص يختارونهم بحسم نزاع ناشئ فيما بينهم، وفيه تحديد الإجراءات والقواعد التي تنطبق على النزاع.²²⁹

أي أنّ هذا النوع من التحكيم يسمح لأطرافه باختيار قواعد إجرائية مفصلة تحكم كافة مراحل إجراءات التحكيم أمام هيئة التحكيم المختارة وذلك انطلاقاً من إرادتهم أي كان مصدرها سواء أكانت مقتبسة من قانون داخلي واحد أو أكثر أو كانت مستوحاة من لوائح التحكيم لهيئة دولية أو مزيجاً تلك القوانين واللوائح.²³⁰

وإذا كان الأطراف يتمتعون بقدر كبير من الحرية في اختيار القانون الذي يحكم إجراءات السير في المنازعات أمام التحكيم الحر، فإن هذا النوع من التحكيم عرف تراجعاً أمام التحكيم المؤسسي خاصة فيما يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، وذلك كون التحكيم المؤسسي أكثر تنظيماً من التحكيم الحر للعملية التحكيمية ككل.²³¹ ويترتب على اختيار الأطراف لتلك الهيئات ضرورة الانصياع لقواعد الإجراءات المقررة فيها على اختلاف شكلها ومكانها وزمانها. ومعنى ذلك، أن التحكيم أصبح يتمتع بقانون مستقل للإجراءات، بحيث يمكن القول بأنه لم يعد لأطراف النزاع في مثل هذا التحكيم سوى تحديد مكان التحكيم.²³²

ويتم تحديد القانون الإجرائي بين أطراف اتفاق التحكيم بصورتين:

أ. **وضع قواعد إجرائية**، يتولى أطراف التحكيم أنفسهم مهمة وضع القواعد الإجرائية التي تتبعها هيئة التحكيم وذلك بتضمينها في اتفاق التحكيم ذاته، أو أي محرر آخر يحدد فيه كيفية تشكيل هيئة التحكيم

229 عماد جان، المرجع السابق، ص88.
230 خالد تلاحمة، "الموقف الفقهي من تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات خصومة التحكيم التجاري الدولي"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد الحامة الأخضر K ع2، المجلد9، (2018)، ص23.
231 خالد الراسبي، "القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم"، مجلة العدالة للدراسات القانونية والقضائية، ع7، (2020)، ص47-48.
232 خالد الراسبي، المرجع السابق، ص48.

وإجراءات رد واستبدال وعزل أعضائها، وتحديد وقت بداية ونهاية الإجراءات، وغيرها من الأمور التي تم تفصيلها أعلاه.²³³

ب. اختيار القواعد الإجرائية الملزمة: إذا كان لأطراف اتفاق التحكيم وضع قواعد إجرائية وفقاً لإرادتهم، فمن باب أولى إعطائهم الحق في اختيار القواعد الإجرائية التي تلتزم هيئة التحكيم باتباعها من قواعد إجرائية محددة ومعلومة سلفاً، ويعتبر هذا الطريق الأكثر شيوعاً وانتشاراً في الحياة العملية وذلك لسببين؛ أولهما التحديد والوضوح الذي يميز القواعد المختارة، ومن ثم اليقين حول وجودها ومداهها، والثاني هو الرغبة في اختصار الإجراءات والخشية من وضع قواعد إجرائية قد تكشف ظروف خصومة التحكيم عن قصورها، أو عدم ملاءمتها.

ففي هذا الفرض تلعب إرادة طرفي التحكيم دورها المعتاد في نظرية تنازع القوانين كضابط إسناد إلى النظام القانوني الذي تستمد منه القواعد الاجرائية وقد يكون هذا النظام القانوني إما قانون دولة معينة، أو قواعد تنتمي إلى أكثر من نظام قانوني وضعي، أو قواعد أو لائحة أحد مراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة، أو المبادئ العامة المشتركة بين النظم القانونية وقضاء التحكيم.²³⁴

ويشير الفقه بهذا الصدد بأن التحكيم المؤسسي أو التحكيم الحر لا يثير مشكلة تحديد القانون واجب التطبيق، لكن المشكلة تظهر في حال اتفاق الأطراف على إخضاع إجراءات التحكيم الإلكتروني لإجراءات التحكيم التقليدية إذ إن حل هذه الإشكالية لا يتم إلا من خلال الأخذ بعين الاعتبار طبيعة التحكيم الإلكتروني، فيجب في هذه الحالة إبرام عقد تكميلي يتم تضمينه بعض القواعد المكملة للمسائل الفنية والتي تتناسب مع التحكيم الإلكتروني، كما قد تثار إشكالية اتفاق الأطراف على إخضاع التحكيم الإلكتروني من حيث الإجراءات لقانون دولة لا تعترف بالمعاملات الإلكترونية، ففي هذه الحالة لا يمكن تطبيق قانون تلك الدولة ويجب البحث عن القانون الأكثر مناسبة لإجراءات التحكيم.²³⁵

²³³ كريم رضائي، "القانون واجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي"، (رسالة ماجستير، جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة، الجزائر، 2016)، ص 36.

²³⁴ كريم رضائي، المرجع السابق، ص 36-37.

²³⁵ صفاء وسمي، "الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني"، مجلة أهل البيت عليهم السلام، جامعة أهل البيت عليهم السلام، العراق، ع21، (2017)، 2017، ص 432.

الفرع الثالث: الموقف التشريعي من القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم في حال اتفاق الأطراف

منح المشرع لإرادة الأطراف الحق في اختيار القواعد القانونية التي تطبق على إجراءات التحكيم، إذ يكون للأطراف الحرية في اختيار المحكمين وكيفية مباشرة إجراءات التحكيم ومكان انعقاد التحكيم؛ وتمثل المادة (1/19) الواردة في القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1981 الأساس التي استمدت منها سائر القوانين الحديثة مبدأ حرية الأطراف في الاتفاق على إجراءات التحكيم، إذ نصت على "مع مراعاة أحكام هذا القانون، للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في التحكيم".²³⁶

هذا وقد نصت المادة (44) من اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، على "يتم السير بإجراءات التحكيم طبقاً لأحكام هذا القسم تبعاً لقواعد التحكيم السارية يوم الاتفاق على التحكيم ما لم تتفق الأطراف المعنية على خلاف ذلك".²³⁷ كذلك نصت الاتفاقية الأوروبية الدولية للتحكيم التجاري الذي تم اعتمادها في عام 1961، حيث نصت صراحة في المادة الرابعة (1) (ب) (ثالثاً) منها أن: "الأطراف في اتفاق التحكيم أحرار في تحديد الإجراءات التي يجب أن يتبعها المحكمون".²³⁸

وقد حدد قانون التحكيم الفلسطيني كيفية تحديد إجراءات التحكيم واجب اتباعها من قبل هيئة التحكيم، إذ نصت المادة (18) منه على أنه "يجوز للأطراف الاتفاق على القواعد الإجرائية واجب اتباعها من قبل هيئة التحكيم، فإذا لم يتفقوا كان لهيئة التحكيم تطبيق الإجراءات المعمول بها في مكان التحكيم". كما نصت المادة (34) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني أنه "يجري التحكيم أمام هيئة التحكيم وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في هذه اللائحة، ما لم يرد نص مغاير في اتفاق التحكيم، ويجوز

²³⁶ خالد الراسبي، المرجع السابق، ص 47.

²³⁷ اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، 1965، منشورة للجنة الاجتماعية والاقتصادية لغرب آسيا (<https://www.unescwa.org/ar>)

²³⁸ Dr. Wafa Yaqoob Janahi, The Applicable Law to Arbitration Proceedings: Party Autonomy and Lex Loci Arbitri (Extent and Limitations), Kilaw Journal - Volume 10 – Issue 1 – Serial Number 37 - Rabi Al Thani/Jamada Al Awwal 1443 AH – December 2021 AD

للأطراف اختيار إجراءات إضافية للتحكيم أمام هيئة التحكيم على ألا تؤثر هذه الإجراءات على صلاحية هيئة التحكيم المنصوص عليها في هذه اللائحة".

يمكن الاستنتاج من خلال هذين النصين، أنه يمكن تحديد إجراءات التحكيم من خلال طريقتين، الأولى إرادية وتطبق بصفه أصيلة، بحيث يمنح الأطراف حرية اختيار القواعد الإجرائية التي يرونها مناسبة وهو ما أشارت إليه المادة (18) من قانون التحكيم الفلسطيني. أما الثانية، فهي غير إرادية وتطبق بصفة احتياطية تظهر في ظل غياب إرادة الأطراف تمنح بموجبها لهيئة التحكيم سلطة تطبيق القواعد الإجرائية المعمول بها في مكان إجراء التحكيم.²³⁹ وهو ما أشارت إليه المادة (34) من اللائحة التنفيذية المذكورة ولكن بشكل غير مباشر، بنصها على أنه "يجوز للأطراف اختيار إجراءات إضافية للتحكيم أمام هيئة التحكيم على أن لا تؤثر هذه الإجراءات على صلاحية هيئة التحكيم المنصوص عليها في هذه اللائحة".

وجاء في المادة (24/أ) من قانون التحكيم الأردني على "الطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم وترتيب أدوار الطرفين في تقديم اللوائح والبيانات والمرافعات ووسائل تقديم تلك البيانات، كما يجوز للطرفين الإحالة إلى القواعد المتبعة لهذه الغاية لدى أي مركز تحكيم داخل المملكة أو خارجها". كما أن قانون التحكيم الإماراتي قد نص في المادة (1/23) منه على "مع مراعاة المادة (2/10) من هذا القانون، للأطراف الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها للسير في التحكيم بما في ذلك إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مؤسسة تحكيم في الدولة أو خارجها".

نستنتج مما سبق بأن كلا من قانون التحكيم الأردني وقانون التحكيم الإماراتي قد أخضعا إجراءات التحكيم لمبدأ إرادة الأطراف ابتداءً، فالأطراف لهم كامل الصلاحية لوضع القواعد القانونية واجبة التطبيق على إجراءات النزاع أو الاتفاق على تطبيق قانون وطني معين أو تطبيق اللوائح أو الأنظمة النافذة لدى مؤسسة أو مركز تحكيم داخل الدولة أو خارجها.²⁴⁰

وبهذا الصدد، فإن الباحث يرى بأن المادة (18) من قانون التحكيم الفلسطيني بحاجة إلى تعديل في الصياغة أسوةً بالقانون الأردني والقانون الإماراتي وذلك بالإشارة إلى إمكانية اتفاق الأطراف على

²³⁹ يوسف الشندي، المرجع السابق، ص238.
²⁴⁰ منير المناصير، المرجع السابق، ص769.

إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد المعمول بها بأي منظمة أو مؤسسة داخل فلسطين أو خارجها، لا سيما أن التحكيم في الوقت الحالي يتجه إلى حد كبير إلى التحكيم المؤسسي والذي يعتمد بشكل كبير على اللوائح والأنظمة المعمول بها في مؤسسات وهيئات التحكيم، و بالتالي فإن تلك المؤسسات قادرة بشكل أكبر على التعامل مع التحكيم الإلكتروني من خلال إمكانية وضعها لقواعد خاصة بهذا المجال من التحكيم.

هذا وقد نظمت اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958 ومن خلال نص المادة (5/د) منها رفض تنفيذ حكم التحكيم من الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، في حال تبين أن إجراءات التحكيم المتبعة من طرف المحكم لم تكن وفقاً لما تم الاتفاق عليها من قبل الأطراف؛ وهذا يعزز ضرورة خضوع المحكم للقانون المنظم لإجراءات التحكيم المحدد من قبل الأطراف ويمنح حماية إضافية لمبدأ سلطان الإرادة في تنظيم عملية التحكيم.²⁴¹

وهذا ما أكدت عليه المادة (5/43) من قانون التحكيم الفلسطيني التي تحدثت عن واحدة ومن حالات بطلان التحكيم عندما نصت على أنه "يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الأسباب الآتية: إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن اتفاق التحكيم أو موضوعه". وقد عالج قانون التحكيم الأردني هذه المسألة أيضاً في المادة (49) منه وكذلك فعل القانون الإماراتي في المادة (53) منه.

المطلب الثالث: عدم اتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم

إن عدم تحديد الأطراف للقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يثير إشكالية كبيرة في التحكيم الإلكتروني المؤسسي، إذ يكفي في التحكيم المؤسسي تحديد مؤسسة التحكيم التي تتولى فض النزاع فيما بينهم، إذ تكون لهذه المؤسسة لوائح وأنظمة كفيلة لمعالجة مسألة القانون واجب التطبيق على الإجراءات،

²⁴¹ كريم بودسية، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، (رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2012)، ص76.

حيث تعمل هذه المؤسسات بالعادة على وضع قواعد تفصيلية لكل ما يتعلق بإجراءات التحكيم؛²⁴² إلا أن الإشكالية تظهر بشكل في حالة التحكيم الحر والذي لا يكون تابعا لأي مؤسسة أو جهة معينة.

عند غياب إرادة الأطراف في التحكيم الحر وعدم الاتفاق على القانون واجب التطبيق على الإجراءات، تظهر مشكلة تحديد القانون واجب التطبيق في نطاق التحكيم الإلكتروني مقارنة مع التحكيم التقليدي، ففي التحكيم التقليدي تتمتع هيئة التحكيم بسلطة تقديرية واسعة في اختيار القانون الذي يحكم الإجراءات اعتمادا على معايير معينة منها تطبيق قانون مكان إبرام العقد أو قانون محل تنفيذه، أو قانون الجنسية وذلك وفقا لمحل إقامة المتعاقدين أو جنسية المحكم، وهذه المعايير غير قابلة للتطبيق في مجال التحكيم الإلكتروني، لأنها تستند إلى المعيار الجغرافي، وأهم سمات التحكيم الإلكتروني أنه لا يتركز في مكان محدد مما يطرح أمام هيئة التحكيم إشكالية تحديد القانون الذي يخضع له التحكيم الإلكتروني.²⁴³

سنتناول من خلال هذا المطلب سلطات هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق في ظل غياب إرادة الأطراف، إذ سيسلط الفرع الأول الضوء على سلطة قانون مكان التحكيم كأحد الأسس التي تستند لتطبيقها هيئة التحكيم، في حين يتناول الفرع الثاني المعايير الأخرى التي تستند إليها هيئة التحكيم في تحديد القانون واجب التطبيق، هذا وسنتطرق من خلال الفرع الثالث إلى القيود المفروضة على هيئة التحكيم عند اختيار القانون واجب التطبيق.

الفرع الأول: سلطة قانون مكان التحكيم في تحديد إجراءات التحكيم الإلكتروني

يبرز دور قانون مقر التحكيم في إطار الحديث عن غياب إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني، إذ يتصدر قانون مقر التحكيم سلم الأوليات في التطبيق باعتباره القانون الأنسب موضوعيا ليحكم المسائل الإجرائية، كما أنه يمكن للقواعد القانونية الواردة فيه أن تسد أي نقص قد يشوب القواعد التي اتفق الأطراف عليها لتحكم إجراءات التحكيم.²⁴⁴

²⁴² مساعد العنيزي، المرجع السابق، ص65.

²⁴³ بسمة فوغالي، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، (رسالة دكتوراه، جامعة باتنة -1- الحاج لخضر، الجزائر، 2022)، ص118.

²⁴⁴ بلال بدوي، المرجع السابق، ص166.

فإذا كان خضوع الإجراءات للقانون الذي يختاره الأطراف يتفق مع الطبيعة التعاقدية للتحكيم، فإن خضوعها لقانون دولة المحكمة أمر لم يتفق بشأنه الفقهاء، فأنصار الطبيعة التعاقدية للتحكيم، يرون أن أساس خضوع الإجراءات لقانون محل التحكيم هو نتيجة لقاعدة (أن شكل التصرف يخضع لمحل إبرامه أو إجرائه)، أما أنصار الطبيعة القضائية فيرون أنها نتيجة لقاعدة (خضوع الإجراءات لقانون القاضي)؛ وتعرض كل من الاتجاهين للانتقادات. ولعل أهم الانتقادات التي وجهت لأنصار الطبيعة التعاقدية للتحكيم بأنه لا يمكن لأطراف التحكيم الإلمام بالإجراءات المختلفة للتحكيم حتى ولو كانوا على اطلاع على جزء كبير منها، أما من أهم الانتقادات التي وجهت لأنصار الطبيعة القضائية هو صعوبة تحديد المكان الذي سيتم فيه إجراء التحكيم، خصوصاً أن هيئة التحكيم لها أن تعقد جلساتها في أكثر من مكان وحسب الحاجة.²⁴⁵

ففي الأحوال التي لا يتفق فيها الأطراف على قانون دولة معينة، فيجب الرجوع إلى قانون مكان التحكيم لتفسير اتفاق التحكيم، فقانون مكان التحكيم يشكل بديلاً في حالة غياب قانون الإرادة، وهذا ما أكدت عليه العديد من الأحكام الصادرة خاصة في قضايا التحكيم التي يتم الفصل فيها في إطار محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية، وذلك عملاً بما جاء في اتفاقية نيويورك لسنة 1958 إذ نصت المادة (5) منها على "الفرقاء الحرية التامة في اختيار القانون المطبق على الإجراءات التحكيمية على أن يكون مكان قانون التحكيم هو القانون الاحتياطي في حال عدم اتفاقهم على قانون معين".²⁴⁶ هذا ويمكن لهيئة التحكيم تطبيق أحكام القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية والذي تم الحديث عنه في الفصل السابق.

وقد وجه انتقاد إلى هذه النظرية، وذلك لأن اتفاق الأطراف على اختيار مكان التحكيم قد يكون لاعتبارات تخص تجارتهم يكون في مكان حيادي لتحقيق تكافؤ الفرص بين الأطراف وهذا لا يمت بصلة للقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، إذ أنّ اختيار مكان التحكيم لا يعبر بصورة كبيرة عن رغبة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على الإجراءات وإنما يكون الاختيار لاعتبارات أخرى لا علاقة لها بالقانون الأكثر صلة بموضوع النزاع.²⁴⁷

²⁴⁵ سمير عبود فرحان، المرجع السابق، ص 87-88

²⁴⁶ مصطفى محمد مصطفى الباز، "شكل اتفاق التحكيم وتفسيره في قانون التحكيم المصري والسعودي" دراسة فقهية، مجلة العدل، عدد 46، (2016)، 162.

²⁴⁷ مصطفى الجمال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية، مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية، (الإسكندرية: بدون دار نشر، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1998)، ص 215.

هذا وقد نصت المادة (19) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 في الفقرة الثانية منه على "إذا لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق، كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة، وتشمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم البت في مقبولية الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدواها وأهميتها". هذا وقد أخذ المشرع الفلسطيني بهذا المعيار عندما نص في المادة (18) من قانون التحكيم على "يجوز للأطراف الاتفاق على القواعد الإجرائية واجب إتباعها من قبل هيئة التحكيم، فإن لم يتفقوا كان لهيئة التحكيم تطبيق الإجراءات المعمول بها في مكان إجراء التحكيم".

في حين أن المشرع الأردني في المادة (24) من قانون التحكيم نص على "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد المتبعة في أي مؤسسة أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون".

كما نص المشرع الإماراتي في المادة (2/32) من قانون التحكيم أنه على "2. إذا لم يوجد اتفاق على اتباع إجراءات معينة، كان لهيئة التحكيم أن تحدد الإجراءات التي تراها مناسبة وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون وبما لا يتعارض مع المبادئ الأساسية في التقاضي والاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها".

ويرى الباحث بأن المشرع الفلسطيني لم يكن موقفاً في صياغته لنص المادة المذكورة وذلك بالتزام هيئة التحكيم بتطبيق قانون مقر هيئة التحكيم في ظل غياب إرادة الأطراف، وهذا الأمر يشكل عائقاً كبيراً أمام تطبيق التحكيم الإلكتروني في فلسطين بسبب الصعوبات التي ستظهر في تحديد مكان هيئة التحكيم في ظل الحديث عن عالم افتراضي لا يتعلق بالواقع المادي؛ وعليه، يفضل لو قام المشرع الفلسطيني باتباع نهج كل من المشرع الإماراتي والأردني وذلك بمنح هيئة التحكيم الصلاحية الواسعة لاختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم وذلك لتجنب أي معوقات تواجه إمكانية تطبيق التحكيم الإلكتروني في فلسطين.

الفرع الثاني: سلطة هيئة التحكيم في اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم

نصت المادة (19) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 في الفقرة الثانية منه على "إذا لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق، كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة، وتشمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم البت في مقبولية الأدلة المقدمة واصلتها بالموضوع وجدواها وأهميتها".

يتضح من خلال هذا النص، بأن المشرع قد منح هيئة التحكيم صلاحية اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في ظل غياب إرادة الأطراف وفقاً لما تراه مناسباً، مع ضرورة التقييد بأحكام القانون والذي قام بوضع الضمانات الأساسية للفصل في النزاع؛ إذ يكون لهيئة التحكيم صلاحية تطبيق قانون دولة معينة أو قواعد قانونية أو تطبيق اللوائح والأنظمة المتبعة في أحد مراكز التحكيم، إلا أن هذه الحرية مقيدة بالنصوص الإجرائية الأمرة في قانون دولة مقر التحكيم.²⁴⁸ كما يشترط في تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم أن تراعي هيئة التحكيم توفر الضمانات الأساسية، لا سيما فيما يتعلق بكفالة مبدأ المواجهة بين الخصوم ومبدأ معاملة الأطراف على قدم المساواة واحترام حقوق الدفاع.²⁴⁹

ويرى جانب من الفقه بأن القانون الأنسب لتطبيقه على إجراءات التحكيم في ظل غياب إرادة الأطراف هو القانون المطبق على موضوع النزاع من منطلق وحدة القانون واجب التطبيق على الموضوع والإجراءات، إذ لا تملك سلطة التحكيم غض النظر عن القانون الذي اتجهت إرادة الأطراف لتطبيقه على جزء من النزاع وتطبيق قانون آخر.²⁵⁰

إن دور هيئة التحكيم في تطبيق القانون على إجراءات التحكيم يتسع ويضيق وفقاً لنوع التحكيم المعتمد، ففي التحكيم الخاص (الحر) وعند عدم تحديد القانون واجب التطبيق صراحة أو ضمناً من قبل الأطراف أو في حال تم إحالة مسألة تحديد القانون لهيئة التحكيم، تكون هناك الحرية للمحكم لاختيار القواعد الإجرائية الأكثر ملاءمة ومناسبة لسير عملية التحكيم، وسلطتهم تكون أوسع والقيود الوحيد يكون الالتزام بحقوق و ضمانات الدفاع والمساواة بين الخصوم، أما في التحكيم المؤسسي الذي يحال فيه النزاع

248 محمود الشيخ، المرجع السابق، ص135-138

249 جعفر المعاني، المرجع السابق، ص187.

250 عبد القادر سرحاني، سلطة المحكم في خصومة التحكيم التجاري الدولي، (أطروحة دكتوراه، جامعة أحمد دراية ادرار، الجزائر)، ص59

لمؤسسات تحكيم دولية، فإن سلطة هيئة التحكيم تكون مقيدة بالأنظمة واللوائح المعمول بها في هذه المؤسسة.²⁵¹

يستنتج مما سبق بأن هيئة التحكيم وفي إطار تنظيمها لإجراءات التحكيم تكون أمام عدة خيارات، من ضمنها أن تقوم بالتحديد المباشر للإجراءات المتبعة في منازعة التحكيم دون الرجوع لأي قانون وطني أو نظام تحكيمي، وإما أن تقوم باختيار القواعد الإجرائية الواردة في قوانين التحكيم الأكثر شيوعاً أو لوائح مراكز التحكيم؛ وإما أن تقوم بالإحالة إلى قانون وطني بشأن إجراءات التحكيم دون التقيد بقانون محدد كقانون دولة مقر التحكيم، وإما أن تقوم بالإحالة إلى أحد مراكز التحكيم الدائمة²⁵².

في حين يرى بعض الفقه الفرنسي بأن ضابط الاسناد الأكثر نجاعة وواجب التطبيق في ظل غياب إرادة الأطراف هو قانون دولة مقر إقامة المدين (ضابط الأداء المميز)، إذ أنّ المدين هو الطرف الملزم بأداء الالتزامات الناشئة عن العقد، وعلى الرغم من تعدد الالتزامات الأساسية الواردة في العقد، إلا أنه يبقى هناك التزام أساسي جوهرياً يعبر عن العقد ويميزه عن غيره من العقود، وقد عرف بعض الفقهاء هذا الضابط على أنه "الأداء الذي يكون بمقتضاه دفع المقابل المادي واجبا"، في حين يرى البعض الآخر من الفقهاء أن المقصود بضابط الأداء المميز هو مكان تسليم المبيع أو المكان الذي التزم من خلاله المدين بنقل ملكية المبيع.²⁵³

وبكلمات أخرى، فإن ضابط الأداء المميز يقوم على فكرة تحديد القانون الذي يحكم العقد بناءً على الالتزام الأساسي فيه أو الأداء المميز فيه، فعلى الرغم من وجود عدة التزامات على عاتق الأطراف في العقد الواحد إلا أنه يوجد التزام يميز العقد عن غيره من العقود ويعبر عن جوهر العقد، وهو الالتزام الذي بموجبه يتم تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني.²⁵⁴

ويعد ضابط إسناد الأداء المميز أحد أهم المبادئ الأساسية الذي قام عليها قانون التجارة الدولية، إذ استندت إليه العديد من الدول في تشريعاتها لغايات تحديد القانون واجب التطبيق على العقود الدولية،

²⁵¹ خالد تلاحمة، المرجع السابق، ص28.

²⁵² امل بدر، المرجع السابق، ص339.

²⁵³ محمد العبد الله، "القانون واجب التطبيق على منازعات العقود الرقمية"، مجلة جامعة البعث، العراق، ع12، المجلد43، (2021)، ص23.

²⁵⁴ رغد عبد العزيز، "القانون واجب التطبيق على عقد البيع عبر الانترنت"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، ع42، مجلد11، (2020)، ص245.

وذلك بهدف تجنب اللجوء إلى إسناد الرابطة العقدية لضوابط جامدة فيما يتعلق بتحديد قانون العقد؛ ورغم هذه الأهمية إلا أن هذه النظرية تعرضت للانتقاد في مجال التحكيم الإلكتروني ولعل أهم الانتقادات أن تطبيق هذه القاعدة سيؤدي إلى تطبيق قانون الطرف القوي في العقد على حساب الطرف الضعيف الذي يكون بالعادة المستهلك، ناهيك عن الصعوبة في التطبيق التي قد تثار أيضاً عندما يتم تنفيذ العقد عبر الشبكة الإلكترونية، إذ لا يوجد إقليم دولة معين لتنفيذ العقد من الناحية الفعلية وذلك بسبب البيئة غير المادية التي ينعقد فيها العقد وينفذ خلالها.²⁵⁵

الفرع الثالث: القيود الواردة على سلطة هيئة التحكيم باختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم

لا بد من الإشارة إلى وجود قيود على حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم ولعل أهم هذه القيود:

1- **احترام حق الدفاع**، إن أحد أهم الأسباب التي يستند عليها للطعن ببطلان إجراءات التحكيم الإلكتروني هو عدم احترام المحكم لحق الدفاع وعدم إعطاء كل من الطرفين الفرصة الكاملة لتقديم ادعاءات ودفع؛ ويقصد بحق الدفاع، منح أطراف النزاع الفرصة الكاملة بأن يقدم ما لديه من بيانات خطية وشفوية، بما في ذلك إعطاء الوقت الكافي لإحضار الشهود أو لتبادل اللوائح أو استدعاء الخبراء أو تقديم الادعاءات أو الاعتراضات التي تجعل كل طرف في وضع يستطيع فيه أن يدافع عن ادعاءاته وبكافة الوسائل التي يمكن أن يقدمها إلى الهيئة القضائية كما لو كان النزاع معروضاً على القضاء.²⁵⁶

وقد نصت الاتفاقية الأوروبية بخصوص التحكيم التجاري الموقعة في جنيف عام 1961 في الفقرة (ب) من المادة الثانية على رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا تبين للقاضي أن الطرف الذي صدر الحكم ضده لم يبلغ خلال وقت ملائم بإجراءات التحكيم لكي يتمكن من تقديم دفاعه؛ وكذلك نصت اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام 1958 في المادة (1)

²⁵⁵ محمد الايوبي، "دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مركز المنارة للدراسات والأبحاث بالرباط، ع12، (2016)، ص70-71
²⁵⁶المصطفى الغاشم الشعيبي، "القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم"، مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية، المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية، (2020)، ص50-51.

الفقرة (ب) على جواز عدم الاعتراف وعدم تنفيذ حكم التحكيم في حالة عدم احترام حق الدفاع للطرف الذي صدر حكم ضده²⁵⁷

2- **الصلة بين القواعد القانونية المختارة وموضوع النزاع**، نادى بعض الفقهاء بضرورة الفصل بين القواعد القانونية المختارة وموضوع النزاع وعدم تقييد حرية الأطراف عند اختيار القانون الذي يحكم الإجراءات بموضوع النزاع؛ إذ يجب على المحكم أن يطبق القواعد المختارة من قبل الأطراف دون أن يعدل اختيار الأطراف بحجة أنه لا يوجد صلة بين القانون المختار والنزاع، والقول بغير ذلك من شأنه أن يخل بالاستقرار القانوني، ويتنافى مع المبدأ القاضي باحترام توقعات الأطراف. بينما يرى اتجاه آخر ضرورة توفر صلة بين القانون المختار والنزاع، حيث لا يكون النزاع مقطوع الصلة بالقانون الذي يحكمه، لذا يكفي أن يوجد صلة فنية بينهما، وهذه الصلة الفنية تتحقق في مجال التجارة الدولية.²⁵⁸

3- **احترام النظام العام**، إن أحد أهم الأمور واجب مراعاتها من قبل هيئة التحكيم وهي تطبيق القانون عدم مخالفتها للنظام العام، إذ إن من المستقر عليه فقهاً وقانوناً عدم إمكانية تنفيذ أي حكم صادر عن هيئة التحكيم جاء بصورة مخالفة للنظام العام، وعلى الرغم من هذا الإجماع؛ فإن فكرة النظام العام هي من أكثر المفاهيم المختلف في تحديد ماهيتها، حيث أن مفهوم النظام العام يلعب دوراً هاماً في الحفاظ على مصالح جميع الأطراف، سواء أكانت هذه الأطراف تجمعها علاقة داخلية أو من خلال مجتمع التجارة الدولي، وهو ما يعطي النظام العام السمو حتى على إرادة الأطراف، وبالتالي فإن على الأطراف عند اختيارهم للإجراءات التي تحكم التحكيم عدم مخالفتهم للنظام العام، إذ أن اختيار القواعد الإجرائية يسهم بشكل كبير في تعقيد أو تيسير العملية التحكيمية.²⁵⁹

بالإضافة لما تقدم، فإنه يتوجب على هيئة التحكيم احترام النصوص الإجرائية الأمرة في كل من قانون مقر التحكيم وقانون محل تنفيذ حكم التحكيم، مع فرض القيد على هيئة التحكيم بعدم تجاوز حدود السلطة المخولة لها في تنظيم إجراءات التحكيم، إذ وفي حال عدم مراعاة أي من الأسباب المذكورة فإن حكم التحكيم يكون عرضة للطعن بالبطلان.²⁶⁰

257 المصطفى الغاشم الشعيبي، المرجع السابق، ص51
258 نور الدين الحجابا، المرجع السابق، ص72
259 سمير فرحان، مرجع سابق، ص68-69
260 معين المومني، المرجع السابق، ص41

وهذا ما أخذ به قانون التحكيم الفلسطيني في المادة (43) منه حيث جعل قرار التحكيم محل طعن في حال مخالفته للنظام العام في فلسطين عندما نص "يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الأسباب الآتية: [...] 3. مخالفته للنظام العام في فلسطين"؛ وكذلك قانون التحكيم الأردني عندما نص في المادة (49/ب) "تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها". وكذلك نص المشرع الإماراتي على الأمر ذاته في المادة (1/53/د).²⁶¹

ويرى الباحث بأن المشرع الإماراتي كان موفقاً بالصياغة التشريعية للحالات التي توجب بطلان حكم التحكيم أكثر من المشرعين الفلسطيني والأردني، وذلك بالنص على جميع المبادئ التي يعتبر تخطيها والخروج عنها سبباً لإبطال حكم التحكيم وأهمها مبدأ حق الدفاع ومبدأ عدم مخالفة النظام العام أو الآداب العامة.

²⁶¹ نصت المادة (3581/د) من قانون التحكيم الإماراتي على "لا يقبل الاعتراض على حكم التحكيم إلا بموجب رفع دعوى بطلان إلى المحكمة أو أثناء نظر طلب المصادقة على الحكم وعلى طالب البطلان أن يثبت أيًا من الأسباب الآتية: إذا تعذر على أحد أطراف التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو نتيجة إخلال هيئة التحكيم بأسس التقاضي أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته" ونصت المادة (2/53/ب) من نفس القانون على "تحكم المحكمة ببطلان حكم التحكيم من تلقاء نفسها إذا وجدت مخالفة حكم التحكيم للنظام العام والآداب العامة بالدولة".

المبحث الثاني

تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

عرّف بعض الفقهاء حكم التحكيم الإلكتروني بأنه " كافة القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم عبر شبكات الاتصال كالإنترنت سواء كانت قرارات نهائية أو قرارات مؤقتة أو تمهيدية أو جزئية، دون حاجة إلى الاجتماع المادي لأعضاء هيئة التحكيم في مكان واحد"²⁶² فيما عرفه آخرون على أنه "القرار الصادر عن المحكم والذي يفصل بشكل قطعي، على نحو كلي أو جزئي، في المنازعة المعروضة عليه، سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بمسألة تتصل بالإجراءات أدت بالمحكم إلى انهاء الخصومة" وهو التعريف الأكثر شمولية وتكاملاً في حكم التحكيم الإلكتروني إذ تضمن كافة صور وعناصر حكم التحكيم الإلكتروني"²⁶³.

تتمثل الغاية المرجوة من التوجه للتحكيم الإلكتروني في الحصول على قرار تحكيم ينصف أطراف منازعة التحكيم ويمكن تنفيذه، إذ أن حكم التحكيم الإلكتروني يبقى مجرد حبر على ورق ما لم يكن قابلاً للتنفيذ، فهذا الحكم يعتبر بمثابة محور نظام التحكيم ككل، ومن خلاله يمكن الحكم على التحكيم الإلكتروني من ناحية الفعالية والنجاعة كأسلوب لفض النزاعات.²⁶⁴

وعليه سنتناول من خلال هذا المبحث حكم تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، إذ سيعالج المطلب الأول فكرة القاضي الافتراضي والمحكمة الإلكترونية في حيث يتناول المطلب الثاني الآلية المتبعة من قبل القضاء الوطني في تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني وذلك في صورتين الأولى تتمثل في الاستناد إلى القوانين الوطنية عند تنفيذ الحكم أما الصورة الثانية تتمثل بالاستناد إلى اتفاقية نيويورك في تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني؛ في حين يعالج المطلب الثالث وسائل تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني وتتمثل في وسيلتين، الأولى التنفيذ المباشر من قبل أحد الأطراف لحكم التنفيذ الإلكتروني، أما الثانية فهي التنفيذ غير المباشر وذلك عبر الوسائل القضائية المختلفة.

²⁶² يوسف الجراجرة، "آثار التحكيم الإلكتروني"، *المجلة القانونية (مجلة مختصة في الدراسات والبحوث القانونية)*، جامعة القاهرة، ع2، مجلد7، (2020)، ص181.

²⁶³ نجادي بن عبد الله، "تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي: شروطه وإجراءاته"، *مجلة القانون الدولي والتنمية*، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، ع1، مجلد9، (2021)، ص86.

²⁶⁴ محمد حودي، "إجراءات التحكيم الإلكتروني في العقود التجارية الدولية"، *مجلة الدراسات القانونية والسياسية*، جامعة عمار ثلجي، ع1، المجلد5، (2019)، ص184.

المطلب الأول: القاضي الافتراضي والمحكمة الإلكترونية

ساهم التطور في مجال التكنولوجيا إلى إيجاد آليات جديدة يتم من خلالها نظر النزاعات المتعلقة بالتحكيم الإلكتروني وتضمن تنفيذ أحكامها بأسرع الطرق وأسهلها، ويعتبر إنشاء هيئات تحكيم عبر الفضاء الإلكتروني تلبية للحاجات التي وجد من أجلها التحكيم الإلكتروني ولعل أهمها السرعة والمرونة والسرية، وقد أدى ظهور المراكز التحكيمية إلى تشجيع الأطراف للجوء للتحكيم الإلكتروني وتفضيله على غيره من أنواع التحكيم المختلفة.

وعليه، سيعالج هذا المطلب صور هيئات التحكيم الإلكترونية الحديثة، إذ سيناول الفرع الأول القاضي الافتراضي في حين سينناول الفرع الثاني المحكمة الإلكترونية.

الفرع الأول: القاضي الافتراضي

انطلقت نواة فكرة مشروع القاضي الافتراضي للتحكيم عبر الإنترنت بهدف فض المنازعات الناشئة بين مستخدمي الإنترنت والمتضررين من الرسائل أو الملفات غير المشروعة وبين القائمين على الأنظمة المختلفة بشكل تجريبي عام 1996²⁶⁵ إذ تمكن أساتذة مركز القانون وأمن المعلومات في الولايات المتحدة الأمريكية في شهر أذار من العام 1996 من إنشاء نظام القاضي الافتراضي، وذلك بدعم من جمعية المحكمين الأمريكيين ومعهد قانون الفضاء والمركز الوطني لأبحاث المعلوماتية الأمريكي، إذ تقوم فكرة هذا النظام على تجميع الخبراء المختصين، بحيث يتمكن القاضي الافتراضي المختص من الفصل بأي نزاعات تعرض عليه خلال مدة اثنين وسبعين ساعة تبدأ من لحظة عرض النزاع عليه.²⁶⁶

كان الهدف وراء من إنشاء نظام القاضي الافتراضي هو إيجاد حلول سريعة للنزاعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية التي تتم عبر وسائل الوسائط الإلكترونية، وذلك عبر وسيط معتمد من المركز يتمتع بالخبرة القانونية في التحكيم وعلى وجه الخصوص في القوانين الناظمة للتجارة الإلكترونية ومنازعات العلامات

²⁶⁵ رانيا جعفر، "فعالية التحكيم الإلكتروني في تسوية النزاعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية"، مجلة القانون والاعمال، جامعة الحسن الأول، ع59، (2020)، ص116.
²⁶⁶ عسام مطر، المرجع السابق، ص165.

التجارية والملكية الفكرية وغيرها من المواضيع المتصلة بها؛ كما يهدف النظام إلى زيادة الثقة بالتجارة الإلكترونية من خلال وضع قواعد سلوك تحكم عملية التعامل خلالها.²⁶⁷

وانحصر دور القاضي الافتراضي في المنازعات الناشئة في تقديم الخدمات الإلكترونية فقط والتي تنشأ بين مستخدمي شبكات التواصل الإلكترونية مع بعضهم البعض أو مع القائمين على هذه الشبكات وتشمل على سبيل المثال المنازعات المتعلقة بأسماء المواقع الإلكترونية أو المنازعات الخاصة بالملكية الفكرية أو المنافسة التجارية، ويستثنى من اختصاص القاضي الافتراضي المنازعات المتعلقة بالالتزامات المالية والمحاسبية بين مستخدمي شبكات الانترنت وبين القائمين عليها.²⁶⁸

ويتم تعيين المحكمين وفقاً لهذا النظام من قبل جمعية التحكيم الأمريكية وذلك وفقاً للوائح بأسماء المحكمين المعدة مسبقاً من قبلها، بحيث يتمتع هؤلاء المحكمون بالخبرة والدراية الكافيتين في مجال التحكيم المعروف أمامهم، وتتشكل محكمة التحكيم وفقاً لهذا النظام من محكم فرد أو ثلاثة محكمين.²⁶⁹

ومن مزايا نظام القاضي الافتراضي بأن القاضي وأثناء نظره للنزاع لا يتقيد بقواعد إجرائية معينة، وإنما يستند لقواعد العدالة عند إصدار الحكم وفقاً لما يراه مناسباً، كما أن القاضي الافتراضي لا يتقيد بالقواعد الواردة في اللائحة المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات، وإنما يتسند إلى النصوص التعاقدية التي تحكم العلاقة بين الطرفين، هذا ويمتاز القاضي الافتراضي بالكفاءة والخبرة والحيادية وبسرعة البت في النزاعات.²⁷⁰

إلا أنه ومع ميزات القاضي الافتراضي فقد ظهرت العديد من العراقيل التي قيدت دوره، لعل أهمها فشل النظام في استقطاب أطراف النزاع كونه جعل اللجوء مقترن بموافقة جميع الأطراف، بالإضافة إلى عدم الثقة بهذا النظام من قبل المتخصصين وذلك لحدائته من جهة وعدم التأكد من آلية تنفيذ أحكامه من جهة أخرى، ناهيك عن خوف الأطراف من اختراق وتسريب الاسرار وذلك من خلال عمليات

²⁶⁷ نسيمه درار، "تسوية المنازعات الإلكترونية بجمعية التحكيم الرقمي"، مجلة الندوة للدراسات القانونية، هيئة المحامين بطنجة، ع11، (2016)، ص177.

²⁶⁸ محمد سويلم، المرجع السابق، ص462-463.

²⁶⁹ صالح سالم، المرجع السابق، ص356.

²⁷⁰ محمد سويلم، المرجع السابق، ص465-466.

القرصنة التي من الممكن أن تحدث لهذا النظام وبالتالي الاطلاع على كافة مجريات ومعطيات النزاع.²⁷¹

الفرع الثاني: المحكمة الإلكترونية (الافتراضية)

قامت كلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا في سبتمبر 1996 وبدعم من مركز أبحاث القانون العام بإنشاء مشروع المحكمة الإلكترونية، إذ تضمن مشروع المحكمة الإلكترونية خدمات التحكيم الإلكتروني باستخدام تطبيقات البرمجيات وتقنيات التشفير التي حققت الأمان والسرية في تنفيذ الإجراءات، مستنبطة أحكامها لحد كبير من القواعد الإجرائية لنظام التحكيم التجاري الدولي مثل لجنة الأونسترال وغرفة التجارة الدولية.²⁷²

وتعد المحكمة الإلكترونية أو كما يطلق عليها المحكمة الافتراضية إحدى أهم صور التحكيم المؤسسي الإلكتروني، الذي جاء كصورة متطورة لنظام التحكيم المؤسسي التقليدي، حيث تستخدم المحكمة الإلكترونية قنوات الوسائط الإلكترونية لغايات حسم النزاعات وجميع إجراءات التحكيم تتم عبر الوسائل الإلكترونية ابتداء من ملء النموذج الإلكتروني مروراً بالإجراءات وانتهاءً بإصدار الحكم وقيده على الموقع الإلكتروني للمحكمة.²⁷³ هذا وقد جاءت محكمة التحكيم الإلكترونية بهدف وضع نظم وآلية تعمل على حل المنازعات التي تنشأ بسبب استخدام الفضاء الإلكتروني وذلك بتقديم خدمات التحكيم الإلكتروني عبر وسائل الوسائط الإلكترونية والتي تتمثل في وضع قواعد إجرائية تنسجم وطبيعة التجارة الإلكترونية وتكفل في سلامة بيناتها وإنشاء نظام متكامل يكفل مصادقية الإجراءات المتبعة ويتحقق الارتباط به بموجب إطار تعاقدي.²⁷⁴

كما وتهدف هذه المحكمة إلى إيجاد حلول للمشكلات التي تثور في مجال التجارة الإلكترونية، وذلك عبر توحيد القواعد القانونية المطبقة على المعاملات الموجودة على شبكة الإنترنت، ولزيادة الثقة في نظام المحكمة الإلكترونية؛ فإنها تقوم بإصدار شهادات مصادقة على المواقع الإلكترونية التي تتحقق فيها الشروط المطلوبة، وتمنح هذه الشهادات لأصحاب المواقع أو المسؤولين عنها لتسوية منازعاتهم

²⁷¹ محمد سويلم، المرجع السابق، ص466.

²⁷² رانيا جعفر، المرجع السابق، ص117.

²⁷³ أحمد جلاني، "فكرة عن التحكيم الإلكتروني والمحكمة الفضائية كأحد هيئاته المختصة"، مجلة بحوث الشرق الأوسط، جامعة عين شمس،

ع80، (2022)، ص242-243

²⁷⁴ نسيمه درار، المرجع السابق، ص178

وفقا لإجراءات المحكمة، حيث يتوجب عليهم العمل بالمبادئ التي يكفلها نظام المحكمة الإلكترونية من أجل احترامها والالتزام بقواعد السلوك التي تتضمنها.²⁷⁵

وتمتاز محكمة التحكيم الإلكترونية بأنها تفصل المنازعات المعروضة أمامها بشكل أسرع من القاضي الافتراضي، إذ تتسم بأنها تعمد على اللغتين الإنجليزية والفرنسية كلغات رسمية لغايات إجراءات التحكيم، كما أنها تتميز بقدرتها العالية على حفظ المستندات والمعلومات وفقاً لنظام تشفير عالي السرية؛ وعليه، تعتبر محكمة التحكيم الإلكترونية في وقتنا الحالي أفضل نظام معمول به لحسم النزاعات باستخدام وسائل الإنترنت.²⁷⁶ هذا ويعتبر القانون النموذجي الصادر عن هيئة الأمم المتحدة عام 1958 وقواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس أحد أهم المصادر التي تستمد منها محكمة التحكيم الإلكتروني أحكامها، مع إدخال بعض التعديلات على هذه الأنظمة بما يتفق وطبيعة الإجراءات في التحكيم الإلكتروني.²⁷⁷

كما وتمتاز المحكمة الإلكترونية مقارنة بالقاضي الافتراضي باتساع اختصاصها أو نطاق تطبيقها، حيث تشمل التجارة الإلكترونية، والمنافسة، وحق المؤلف، وحرية التعبير، إلا أن اتساع اختصاصها يبقى محدوداً في المسائل ذات الصلة في التجارة الإلكترونية كما أنها لا تفصل في المسائل ذات الصلة بالنظام العام؛ هذا وتقوم المحكمة الإلكترونية بالفصل في القضايا بطريقتين، الأولى هي الوساطة أما الثانية والتي تعيننا لغايات هذا البحث فهي التحكيم.²⁷⁸

ولعل أهم الأهداف التي دفعت إلى إنشاء المحكمة الإلكترونية تتمثل في الوصول إلى إطار كامل من القواعد القانونية والتنظيمية والفنية النازمة للتحكيم الإلكتروني، بالإضافة إلى الضرورة الملحة لوجود قواعد قانونية خاصة بعيدة عن القوانين والتشريعات الوطنية، تسير في إطار لا يتعارض مع النظام العام الدولي، وذلك كله في إطار عدم ملاءمة القوانين الوطنية لحل النزاعات الناشئة عن معاملات

²⁷⁵ صالح المنزلاوي، "تسوية المنازعات التجارية عبر شبكات الاتصال الإلكترونية"، مجلة المحامين العربي، ع3، (2009)، منشور على منتدى المحامين العرب، تاريخ الزيارة <http://www.mohamoon-2023/12/25> montada.com/default.aspx?Action=Display&ID=95168&Type=3

²⁷⁶ مصطفى مطلوب، "التحكيم التجاري الإلكتروني"، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، ع39، مجلد11، (2009)، ص151.

²⁷⁷ مصطفى مطلوب، المرجع السابق، ص151.

²⁷⁸ صالح المنزلاوي، المرجع السابق.

التجارة الإلكترونية، إذ كان لا بد من وضع قواعد سلوك تستجيب لطبيعة التجارة الإلكترونية وتضمن سلامة بياناتها من خلال نظام يتسم بالمصادقية ويحقق مصالح الأطراف.²⁷⁹

نشير بهذا الصدد بأن جامعة الدول العربية قد تبنت تأسيس الاتحاد العربي للتحكيم الإلكتروني في 2007/9/1 وقد انضم إلى هذا الاتحاد تسع دول هي: المملكة الأردنية الهاشمية، والإمارات العربية المتحدة، وجمهورية مصر العربية، والمملكة العربية السعودية، والجمهورية السورية، وعمان، ولبنان وليبيا، والمملكة المغربية، وقد هدف هذا الاتحاد إلى تثقيف المجتمعات العربية بالقواعد المنظمة للتجارة الإلكترونية وطرق تطبيق نظم العقود الإلكترونية وحسم المنازعات بواسطة التحكيم الإلكتروني، كما سعى الاتحاد إلى تنمية الموارد البشرية في مجال التحكيم الإلكتروني وتقديم كافة سبل الدعم لمؤسسات والأطراف بهذا الخصوص.²⁸⁰ ويرى الباحث ضرورة إسراع دولة فلسطين بالانضمام لهذا الاتحاد وذلك بغية اكتساب الخبرة الفنية والعملية بهذا المجال للمستثمرين والتجار وتشجيعهم على اللجوء لهذا النوع من التحكيم للميزات التي يتحلى بها.

وقد قررت المحكمة الإلكترونية وفقاً لأنظمتها ولوائحها أن تحديد مكان التحكيم لا يتطلب وجود المحكم في مكان معين في أي مرحلة من مراحل التحكيم، وقد منحت اللوائح الأمانة العامة للمحكمة وبناء على طلب أحد الأطراف أن تقرر بصفة مؤقتة وقبل تشكيل هيئة التحكيم مكاناً مؤقتاً للتحكيم، على أن يكون القرار النهائي في تحديد مكان هيئة التحكيم للهيئة مع مراعاتها لظروف الدعوى ورغبة الأطراف.²⁸¹

المطلب الثاني: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني عن طريق القضاء الوطني

يعتبر حكم التحكيم الثمرة الحقيقية للتحكيم الإلكتروني، التي يحصل عليها المحكوم له في نهاية التحكيم بناءً على ما قدم له هيئة التحكيم من وقائع وبيانات، إذ دون الوصول إلى الحكم وتنفيذه تفقد العملية التحكيمية مكانتها باعتبارها إحدى الوسائل البديلة لحل النزاعات، ويبقى حكم التحكيم حبيس أدراج المحكمين، إذ أن تنفيذ حكم التحكيم هو الغاية التي يسعى وراءها الأطراف من خلال اللجوء للتحكيم؛ فلا بد من تنفيذ

279 أحمد جيلاني، المرجع السابق، ص245.

280 مصطفى المطلوب، المرجع السابق، ص152

281 رجائي عوض، المرجع السابق، ص254.

الحكم حتى يرتب أثره، والتنفيذ يكون إما طواعية عن طريق القضاء في حالة امتناع الطرف الذي صدر الحكم ضده عن التنفيذ.²⁸²

وعليه، سنبين من خلال هذا المطلب صور تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني. سيتناول الفرع الأول تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني عبر القضاء الوطني بموجب القوانين الوطنية، في حين سيعالج الفرع الثاني تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني من القضاء الوطني بموجب اتفاقية نيويورك للعام 1958.

الفرع الأول: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني عبر القضاء الوطني بموجب القوانين الوطنية

أحد الأسس القائم عليها التحكيم بشكل عام والتحكيم الإلكتروني بشكل خاص هو أنّ تنفيذ قرار التحكيم يكون بالتراضي بين اطراف النزاع، إذ وبصدور الحكم، فإنه يتوجب على الطرف المحكوم عليه أن يقوم بتنفيذ ما يتضمنه قرار التحكيم من التزامات في مواجهته، وهذا ما أكدت عليه المادة (6/28) من لائحة غرفة التجارة الدولية في باريس عندما نصت: "كل حكم تحكيم يكتسي الطابع الإلزامي بالنسبة لأطرافه وذلك نتيجة خضوع نزاعهم للائحة الحالية، ويتعهد الأطراف بتنفيذ الحكم الصادر دون إهمال، وبتنازلهم عن كافة طرق الطعن التي يجوز لهم التنازل عنها قانوناً".²⁸³

إلا أنّ صدور حكم التحكيم الإلكتروني من قبل هيئة التحكيم واكتسابه حجية الأمر المقضي به لا يكفي وحده لتنفيذ حكم التحكيم، إذ لا بد من تدخل خارجي لإصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، إذ منح القانون النموذجي والقوانين الوطنية هذه الصلاحية للقضاء الوطني، ويبرر الفقه هذا الأمر، بأن المحكم هو جهة غير رسمية استمد سلطته من اتفاق الأطراف، وبالتالي فإنه لا يملك القوة الإلزامية لإلزام الافراد بتنفيذ الحكم، بل لا بد من وجود جهة تتمتع بالسلطات الاجبارية بموجب القوانين الوطنية تتمكن من فرض إرادتها على الأطراف والزامهم بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني.²⁸⁴

ويعود افتقار هيئة التحكيم لصلاحية تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني كما غيره من أحكام التحكيم إلى طبيعة عمل المحكم، ذلك أن اتفاق التحكيم يمنحه سلطة حسم النزاع فقط لا السلطة التنفيذية الجبرية، لذلك كان لا بد من تدخل الدولة ومنح الصلاحية للقاضي الوطني في الدولة المنوي تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

²⁸² محمد حودي، المرجع السابق، ص184.

²⁸³ عصام مطر، المرجع السابق، ص487.

²⁸⁴ جعفر المعاني، المرجع السابق، ص260.

فيها وإعطائه صلاحية إكساب الصفة التنفيذية لحكم التحكيم الإلكتروني، وهذا الأمر كله يعود إلى أن عمل التنفيذ هو عمل اجرائي يكون من صلاحية القاضي المختص لتحقيق رقابة قضائية لاحقة من قضاء الدولة على حكم التحكيم الإلكتروني للتأكد من خلوه من أي عيب جوهري ومن انتفاء موانع التنفيذ.²⁸⁵

وقد نص المشرع الفلسطيني في المادة (47) من قانون التحكيم "يكون لقرار التحكيم بعد تصديقه من المحكمة المختصة القوة والمفعول التي لقرارات المحاكم ويتم تنفيذه بالصورة التي ينفذ فيها أي حكم أو قرار صادر عن محكمة وفقاً للأصول المرعية"، يلاحظ أن المشرع الفلسطيني قد ربط اكتساب القرار الصادر عن هيئة التحكيم لحجية الأمر المقضي به واكتسابه الصفة التنفيذية بالتصديق عليه من قبل المحكمة المختصة. كذلك الأمر في القانون الإماراتي، فقد منح المشرع حكم التحكيم حجية الأمر المقضي به ومنحه القوة التنفيذية إلا أنه جعلها مقترنة بالتصديق عليها من قبل المحكمة حيث نص في المادة (52) منه على "يعتبر حكم التحكيم الصادر وفقاً لأحكام هذا القانون ملزماً للأطراف، ويجوز حجية الأمر المقضي، ويكون له ذات القوة التنفيذية كما لو كان حكماً قضائياً، إلا أنه يشترط لتنفيذه الحصول على قرار للمصادقة عليه من المحكمة".

أما المشرع الأردني فقد تبنى منحى آخر في كيفية تنفيذ حكم التحكيم وذلك عندما نص في المادة (52) من قانون التحكيم على " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي به وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فيه".

ويثير تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني من قبل القضاء الوطني إشكالية عند إقامة دعوى التنفيذ أمام المحكمة المختصة، وذلك لأنه يشترط عادة أن يكون هناك نسخة ورقية أصلية من حكم التحكيم لغايات قبول طلب تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، ومن هذه القوانين قانون التحكيم الأردني والذي نص في المادة (41/أ) منه إذ نصت " يتم تدوين حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم يكتفى بتوقيع أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية".

²⁸⁵ خيري البتانوني، "النظام الإجرائي لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني"، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع1، (2018)، ص1218.

أما في فلسطين، فإن المشرع الفلسطيني فلم ينص صراحة على وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، إذ عالج الفصل الخامس من قانون التحكيم الفلسطيني مسألة قرار التحكيم والطعن فيه، ولم تتناول أي من مواد الفصل المذكور شرط الكتابة فيما يتعلق بحكم التحكيم، ولكن أكد على ضرورة توفر بعض البيانات الجوهرية في قرار التحكيم بالإضافة إلى ضرورة تسبيب القرار وتوقيعه.

ولغايات تنفيذ قرار التحكيم الإلكتروني فقد منح المشرع الفلسطيني في القرار بقانون بشأن المعاملات الإلكترونية المحررات الإلكترونية الحجة القانونية التي تتسم بها المحررات الورقية إذا ما توفرت فيها الشروط التي يتطلبها القانون، إذ نص في المادة (9) منه على "يكون للمعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية أثرها القانوني، وتعتبر صحيحة ونافذة، شأنها في ذلك شأن الوثائق والمستندات الخطية، بموجب أحكام التشريعات المعمول بها من حيث إلزامها لأطرافها، أو صلاحيتها في الإثبات. 2. تعتبر الصورة المنسوخة على الورق من رسالة البيانات الإلكترونية حجة على الكافة، ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل".

إلا أن الإشكالية تثور في القانون الفلسطيني في حالة تنفيذ قرار التحكيم الإلكتروني، بالنظر لما اشترطته المادة (50) من قانون التحكيم الفلسطيني من أنه ولغايات تنفيذ مضمون قرار التحكيم الأجنبي فإنه لا بد من أن يكون القرار مصادقاً عليه حسب الأصول، إذ جاء فيها "يجب على طالب الأمر بتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي أن يبرز للمحكمة المختصة ما يلي: 1- قرار التحكيم الأجنبي مصدقاً عليه من المعتمد السياسي، أو القنصلي الفلسطيني في ذلك البلد إن وجد. 2- أن يكون القرار مترجماً إلى اللغة العربية من مترجم قانوني معتمد لدى جهات الاختصاص، ومصدقاً على صحة توقيع المترجم من المعتمد السياسي، أو القنصلي للدولة التي ينتمي إليها طالب التسجيل، أو أن يكون القرار مترجماً بعد حلف اليمين من مترجم قانوني فلسطيني".

ولعل هذا الأمر يعتبر قصوراً في التشريع الفلسطيني وعثرة في تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني فيها، سيما وأن الحديث يتم عن تحكيم يدور في فلك الواقع الافتراضي، إلا أنه يمكن تلافي هذا القصور في حال تم تحديد مكان التحكيم وفقاً للمعايير التي ذكرت سابقاً والتي يمكن بناء عليها التمسك بالحصول

على صورة مصدقة عن قرار التحكيم في الدولة التي تعتبر مكاناً للتحكيم بعد أن يصبح قرار التحكيم باتاً ونهائياً في تلك الدولة وذلك وفقاً لنص المادة (49) من قانون التحكيم الفلسطيني.²⁸⁶

وقد وضع المشرع الفلسطيني شروطاً لا بد من توفرها في حكم التحكيم الصادر عن جهة خارجية لغايات تنفيذه وهو ما سيسري على هذا الحكم سواء أكان تقليدياً أم إلكترونياً وذلك في المادة (48) من قانون التحكيم²⁸⁷، وهي عدم مخالفة القرار الصادر عن هيئة التحكيم للنظام العام في فلسطين أو في حال عدم اتفاق القرار مع المعاهدات والاتفاقيات الدولية المعمول فيها في فلسطين. هذا وقد أجاز المشرع الفلسطيني في المادة (49) من قانون التحكيم للمحكوم عليه في قرار تحكيم اجنبي (بما فيها قرار التحكيم الصادر عن هيئة تحكيم إلكترونية) الطلب من المحكمة عدم تنفيذ القرار الصادر في عدة حالات وهي مخالفة قرار التحكيم لنص المادة (43)²⁸⁸ أو في حال صدور قرار من إحدى محاكم الدولة التي صدر فيها قرار التحكيم يبطل القرار أو يوقفه، أو في حال كان قرار التحكيم قد استؤنف في البلد الذي صدر فيه ولم يفصل فيه، وأخيراً في حال صدر حكم عن المحاكم الفلسطينية يناقض ذلك القرار في دعوى أقيمت بين ذات الأطراف وتناول الحكم نفس الموضوع والوقائع.

أما المشرع الأردني فلم يميز بين التحكيم الأجنبي والتحكيم المحلي وقد وضع ذات الشروط لإمكانية التمسك ببطلان قرار التحكيم في المادة (49) من قانون التحكيم، وكذلك فعل المشرع الإماراتي في نص المادة (54) من قانون التحكيم، والذي حدد حالات بطلان حكم التحكيم بشكل عام دون التمييز بين التحكيم الأجنبي والتحكيم المحلي.

²⁸⁶ نصت المادة (49) من قانون التحكيم الفلسطيني على " أسباب الطلب إلى المحكمة بعدم تنفيذ قرار التحكيم يجوز للمحكوم عليه في قرار تحكيم أجنبي أن يطلب من المحكمة المختصة الأمر بعدم تنفيذ قرار التحكيم استناداً إلى أحد الأسباب الآتية: 1- إذا أثبت للمحكمة توافر سبب من الأسباب الواردة في المادة (43) من هذا القانون. 2- إذا أثبت أن القرار قد أبطلته أو أوقفت تنفيذه إحدى المحاكم في البلد الذي صدر فيه. 3- إذا أثبت المحكوم عليه أن القرار المراد تنفيذه قد استؤنف في البلد الذي صدر فيه ولم يفصل فيه بعد فعلى المحكمة المختصة وقف التسجيل لحين البت في الاستئناف. 4- إذا كانت إحدى محاكم فلسطين قد أصدرت حكماً يناقض ذلك القرار في دعوى أقيمت بين ذات الفرقاء وتناول الحكم نفس الموضوع والوقائع.

²⁸⁷ تنص المادة (48) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه " مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين طرفاً فيها والقوانين المعمول بها في فلسطين، يجوز للمحكمة المختصة ولو من تلقاء نفسها رفض تنفيذ قرار تحكيم أجنبي في إحدى الحالتين التاليتين: 1- إذا كان القرار مخالفاً للنظام العام في فلسطين. 2- إذا كان القرار لا يتفق والمعاهدات والاتفاقيات الدولية المعمول بها في فلسطين.

²⁸⁸ تنص المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه " يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الأسباب الآتية: 1- إذا كان أحد أطراف التحكيم فاقداً الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته ما لم يكن ممثلاً تمثيلاً قانونياً صحيحاً. 2- إذا كان قد أصاب هيئة التحكيم أو أحد أعضائها عارض من عوارض الأهلية قبل صدور قرار التحكيم. 3- مخالفته للنظام العام في فلسطين. 4- بطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه بانتهاء مدته. 5- إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن اتفاق التحكيم أو موضوعه. 6- إذا وقع بطلان في قرار التحكيم أو كانت إجراءاته باطلة بطلاناً أثر في الحكم. 7- إذا استحصل على قرار التحكيم بطريق الغش أو الخداع ما لم يكن قد تم تنفيذ القرار قبل اكتشاف الغش أو الخداع.

هذا وقد عالج قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية إحدى الآليات واجب اتباعها عند تنفيذ حكم التحكيم وذلك بالنص على مسألة حفظ حكم التحكيم الإلكتروني، إذ تتضمن المادة (10) منه أهم الشروط واجب توفرها لغايات حفظ حكم التحكيم الإلكتروني لعل أبرزها حفظه في مكان يمكن الأطراف من الاطلاع على المعلومات الواردة فيه ويمكنهم من الرجوع إليه بالإضافة إلى ضرورة حفظه بالشكل الذي أنشئت به أو أرسلت أو استلمت به والاحتفاظ بالمعلومات التي يمكن من خلالها معرفة منشأ رسالة البيانات ووجهة وصولها وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها؛²⁸⁹ هذا وقد تبنى المشرع الفلسطيني أمراً مشابهاً في القرار بقانون بشأن المعاملات الإلكترونية في المادة (7/6) على وجه التحديد، وذلك عندما أناط بوزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات مهمة تحديد آليات ومدد وشروط حفظ البيانات الإلكترونية والذي يعتبر التحكيم الإلكتروني إحدى صورها.

الفرع الثاني: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني عبر القضاء الوطني بموجب اتفاقية نيويورك

نصت المادة (1/2) من اتفاقية نيويورك للعام 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية على أن "تعترف كل دولة متعاقدة بأي اتفاق مكتوب يتعهد فيه الطرفان بأن يحيلوا إلى التحكيم جميع الخلافات أو أي خلافات نشأت أو قد تنشأ بينهما بالنسبة لعلاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، تتصل بموضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم".

في حين نصت المادة (3) من الاتفاقية "على كل دولة متعاقدة أن تعترف بقرار التحكيم كقرارات ملزمة وأن تقوم بتنفيذها وفقاً للقواعد الإجرائية المتبعة في الإقليم الذي يحتج فيه القرار، طبقاً للشروط الواردة في المواد التالية، ولا تفرض على الاعتراف بقرار التحكيم التي تطبق عليها هذه الاتفاقية أو على تنفيذها شروط أكثر تشدداً بكثير أو رسوم أو أعباء أعلى بكثير مما يفرض على الاعتراف بقرارات التحكيم المحلية أو على تنفيذها".

بموجب المادة المذكورة، فإن جميع الدول الموقعة على الاتفاقية ملزمة بالاعتراف باتفاقيات التحكيم الأجنبية وتنفيذ قراراتها، إذ تعتبر اتفاقية نيويورك المعيار الأساسي الذي يتم الاستناد إليه للحكم على

²⁸⁹ احمد مساعد، "التنظيم القانوني لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية، جامعة الكويت، ع2، المجلد 12، (2015)، ص59.

فعالية النظام القانوني للتحكيم في كل دولة، إذ توجب الاتفاقية على كل دولة من الدول الأعضاء وفقاً لأحكام المادة (3) منها الاعتراف بحجية أحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها وفقاً للشروط الواردة فيها.²⁹⁰

ولم تحدد اتفاقية نيويورك الإجراءات واجب اتباعها للاعتراف ولتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إنما أرست مبدأ المعاملة الوطنية، غير أنها أشارت إلى ضرورة اتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الدولة المطلوب تنفيذ الحكم بها واعتبارها قاعدة الاسناد الوحيدة بهذا الخصوص، ويعود السبب بذلك لعدم تمكن محرري اتفاقية نيويورك من سن تنظيم إجرائي تفصيلي موحد يتضمن جميع الإجراءات واجب اتباعها في تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، حيث كان من الصعب من الناحية الواقعية وضع نظام إجرائي موحد يسري على جميع الدول الأطراف في الاتفاقية، وخاصة أن هذه المسائل ترتبط ارتباطاً وثيقاً بتنظيم عمل السلطات العامة لكل دولة.²⁹¹

ومن خلال استقرار أحكام اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، وعلى وجه التحديد أحكام المواد الرابعة والخامسة والعاشر منها يمكن استنتاج أهم الشروط واجب توفرها في قرار التحكيم ليتسنى للقاضي الوطني منحه الصفة التنفيذية، وهي كالتالي:

أولاً: تقديم أصل اتفاق وقرار التحكيم

الأصل أن يتم تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني بشكل تلقائي ورضائي من قبل الأطراف وذلك بإقرارهم بالحكم والتنازل عن الطعن به بأي طريق من طرق الطعن، إلا أنه وفي حال رفض المحكوم عليه تنفيذ الحكم فإنه يمكن للمحكوم له اللجوء للقضاء لغايات الحصول على قرار قضائي يلزم المحكوم عليه بالامتثال لحكم هيئة التحكيم وعلى المحكوم له إرفاق أصل اتفاق التحكيم وأصل قرار التحكيم، بحيث تتم ترجمتها للغة الرسمية لدولة القاضي في حال كانا مدونين بلغة مختلفة عن لغة دولة القاضي.²⁹²

ثانياً: شرط المعاملة بالمثل

²⁹⁰ إيمان يعيش، التحكيم الإلكتروني، (رسالة ماجستير: جامعة يحي فارس بالمدينة، الجزائر، 2020) ص76
²⁹¹ حسام الدين، "ضوابط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين، دراسة مقارنة"، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، جامعة المرقب، ع1، (2022)، ص200.
²⁹² كريم بو ديسة، المرجع السابق، ص174

نصت المادة العاشرة من اتفاقية نيويورك على مبدأ المعاملة بالمثل ويعني هذا الشرط بأنه يتوجب على المحكمة التي تنظر في مسألة تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني أن تتأكد بأن النظام القانوني للدولة التي صدر فيها القرار أو صدر بموجبها حكم التحكيم يسمح بتطبيق الاحكام الصادرة عن دولة المحكمة بذات الطريقة، إذ تبنت اتفاقية نيويورك هذا المبدأ بشكل صريح، وذلك بإلزام كل دولة توقع على الاتفاقية أن تعلن بشكل صريح وواضح عن كيفية تطبيقها لهذه الاتفاقية وفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل.²⁹³

ثالثاً: رفض التنفيذ بسبب البطلان

أشارت المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك إلى أن الأصل هو قابلية الحكم للتنفيذ متى توفرت جميع شروط صحته وذلك بعد تحقق الشروط الواردة في المادة الرابعة منها والمشار إليها أعلاه، وجعلت من رفض تنفيذ الحكم مقتصرًا على حالات محدودة يقع عبء إثباتها على عاتق المحكوم عليه ومنها؛ عدم أهلية أحد اطراف اتفاق التحكيم اثناء النظر بالنزاع وفقاً للقانون الذي خضع له الأطراف أو أنه لم يتبلغ قرار التحكيم بشكل أصولي أو أن حكم التحكيم قد تجاوز الحدود الواردة في اتفاق التحكيم أو أن تشكيل هيئة التحكيم كان بصورة مخالفة لاتفاق التحكيم أو أن اتفاق التحكيم أصبح غير ملزم لأطرافه أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي صدر الحكم فيها.²⁹⁴

في حين ألزمت المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك القاضي الذي ينظر تنفيذ حكم التحكيم أن يرفض تنفيذ الحكم من تلقاء نفسه في حال كان موضوع النزاع غير قابل للفصل فيه عن طريق التحكيم في بلد تنفيذ الحكم أو كان تنفيذ الحكم مخالفاً للنظام العام في ذلك البلد.²⁹⁵

المطلب الثاني: التنفيذ الذاتي لحكم التحكيم الإلكتروني وفقاً للآليات الخاصة به

تتطلب التشريعات المقارنة محل الدراسة لغايات تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني أن يتم توقيعه من قبل أعضاء هيئة التحكيم، في حين لم تشترط قوانين أخرى مثل قانون التحكيم الإنجليزي للعام 1996 توفر شرط الكتابة وسمحت للأطراف الاتفاق على بتحديد شكلية قرار التحكيم الإلكتروني بموجب اتفاق التحكيم، إلا أنه والحالة هذه تثار إشكالية حول تحديد شكلية قرار التحكيم في حال عدم النص عليها في

²⁹³ قاسم الاسطل، حكم التحكيم الأجنبي وتنفيذه في التشريع الفلسطيني في ضوء لانضمام إلى اتفاقية نيويورك: دراسة تحليلية مقارنة، (رسالة ماجستير: الجامعة الإسلامية، غزة، 2019)، ص92.

²⁹⁴ أيمان يعيش، المرجع السابق، ص78.

²⁹⁵ أيمان يعيش، المرجع السابق.

اتفاق التحكيم، وهنا لا بد من الرجوع إلى القوانين الوطنية في تلك الدول لمعرفة كيفية تعاملها مع الكتابة والتوقيع الإلكتروني والأثر القانوني الذي منحها إياه.²⁹⁶

أمام الصعوبات التي واجهت تنفيذ حكم التنفيذ الإلكتروني عبر القضاء الوطني وأهمها التعقيدات في الأنظمة القضائية الوطنية وطول إجراءات التقاضي، فقد ظهرت وسيلتان لتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني؛ الأولى تتمثل بالتنفيذ المباشر لقرارات التحكيم الإلكتروني من قبل الطرف الذي صدر حكم التحكيم في مواجهته ورتب عليه التزامات قانونية ومالية (المحكوم عليه)، دون أن يكون هناك حاجة إلى تدخل سلطة قضائية أو أي سلطة أخرى لتنفيذ الحكم وذلك انطلاقاً من مبدأ الثقة في المعاملات التجارية، أما الطريقة الثانية فتتمثل في تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني من قبل مركز التحكيم الإلكتروني وذلك بإنشاء صندوق من قبل أطراف النزاع يتولى مهمة تنفيذ قرارات التحكيم الإلكترونية.²⁹⁷

وفقاً لهذه الطريقة يتم حسم النزاعات ذات الطابع الإلكتروني بواسطة مراكز التحكيم الإلكترونية التي تم إعدادها لذات الغاية وبطريقة تتناسب مع الطبيعة الإلكترونية لها وتتفق مع طبيعتها، وتعمل على التخلص من العقبات التي وضعها القضاء العادي أمام أهم سمات التحكيم الإلكتروني وهي السرعة والسرية، إذ تعد لوائح المراكز مصدراً لقواعد وإجراءات التحكيم الإلكتروني وتتناسب مع الطابع العالمي لشبكات الاتصال الإلكترونية ومن هذه المراكز مركز الأيكان (ICANN) والمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الوايبو) ونظام المحكمة القضائية ونظام القاضي الافتراضي وجمعية التحكيم الأمريكية ومحكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس.²⁹⁸

وعليه، سنتطرق إلى وسائل التنفيذ الذاتي لحكم التحكيم الإلكتروني، إذ سنتناول في الفرع الأول وسائل التنفيذ الذاتي غير المباشرة في حين سنتناول في الفرع الثاني وسائل التنفيذ الذاتي المباشرة.

²⁹⁶ Agreements Concluded in an Electronic Environment and Digital Arbitral Awards." Chapter. In Arbitration in the Digital Age: The Brave New World of Arbitration, edited by Maud Piers and Christian Aschauer, 151–81. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. doi:10.1017/9781108283670.010

²⁹⁷ محمد حودي، المرجع السابق، ص184.

²⁹⁸ خيري البتانوني، "النظام الاجرائي لإصدار الحكم الإلكتروني"، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ع1، (2018)، ص1044.

الفرع الأول: وسائل التنفيذ الذاتي غير المباشرة لتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

ساهمت مراكز التحكيم الإلكترونية الحديثة في وضع أسس ومعايير يمكن الاستناد عليها لغايات تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، وذلك بوضع نظام عالمي متكامل يعمل على وضع نقاط سلبية أمام موقع كل طرف رفض تنفيذ حكم التحكيم بصورة مباشرة ودون اللجوء للقضاء، إذ أن الغاية من وراء هذا الأمر هو ضمان احترام الأطراف لحكم التحكيم الإلكتروني وتنفيذه بصورة مباشرة وذلك لتعزيز الأسس الذي بنيت عليه التجارة بشكل عام والتجارة الإلكترونية بشكل خاص وهو عامل الثقة في التعامل بين الأطراف، ومن هذه الوسائل: 299

أولاً: التهديد بسحب علامة الثقة

تسمح مراكز تسوية المنازعات للبائعين عبر شبكة التواصل الإلكتروني بوضع علامة الثقة على موقعهم وذلك لزيادة ثقة المتعاملين مع الموقع من قبل المستهلكين، إذ تعتبر علامة الثقة ذات قيمة اقتصادية كبيرة للعملاء وألية لاكتساب عملاء جدد، على اعتبار أن المشتري غالباً يبحث عن هذه العلامة عند الشراء، وذلك في مقابل التزام صاحب الموقع بعدة شروط يتم وضعها من قبل تلك المراكز، منها قبول صاحب الموقع أن يكون المركز هو الجهة المخولة بفض أي نزاعات تنشأ بينه وبين المستهلكين، بحيث يحق للمركز سحب علامة الثقة من موقع البائع الإلكتروني في حال امتنع هذا البائع صاحب الموقع عن تنفيذ الحكم الصادر عن مركز التحكيم؛ إذ يتم تخيير البائع ما بين تنفيذ الحكم والإبقاء على علامة الثقة، أو رفض تنفيذ الحكم وإزالة هذه العلامة من موقعه، حيث غالباً ما يفضل صاحب الموقع تنفيذ الحكم على أن يخسر عملاءه. 300

ثانياً: التهديد بنظام إدارة السمعة على الإنترنت

يعمل هذا النظام وفقاً لآلية محددة خاصة في مواقع التسوق عبر شبكات التواصل الإلكترونية، إذ تهدف هذه المواقع إلى ترويج منتجات البائعين أمام أكبر قدر من المستهلكين وزيادة الثقة بمنتجاتهم وذلك من خلال الكشف عن السيرة الذاتية للبائعين وسمعتهم وآراء المتعاملين السابقين عنهم وذلك عند قيام

299 محمد عبد الخالق، "التنظيم القانوني لحكم التحكيم الإلكتروني"، مجلة استراتيجيات ضمان الجودة، المركز الجامعي مغنية، 1ع، مجلد4، (2023)، ص32.

300 خيري البتانوني، المرجع السابق، ص1242-1243

المشتري بنفعيل خاصية الشراء من الموقع؛ إذ من شأن وجود أي آراء سلبية عن البائعين عبر تلك المواقع تقليل ثقة المستهلكين بهم وبالتالي تراجع مردودهم الاقتصادي، إذ يمكن لمراكز التحكيم الإلكترونية إضافة معلومات سلبية على موقع البائع الممتنع عن تنفيذ الحكم وبالتالي إلحاق أضرار بسمعته التجارية مما ينعكس على مردوده المالي والاقتصادي.³⁰¹

ثالثاً: التهديد بنظام القائمة السوداء

تقوم بعض المراكز بمنح علامة الثقة للبائعين الذين يقومون بتنفيذ الأحكام الصادرة عن مراكز التحكيم الإلكترونية ونشرها على مواقع البائعين والجهات المانحة لتلك الإشارة، بالإضافة إلى قيامها بإرسال تلك العلامة إلى المواقع الإلكترونية المتخصصة في حماية المستهلك لغايات نشرها على مواقعها، بحيث تمكن المستهلك من التأكد من معرفة طبيعة التاجر الإلكتروني الذي يتعامل معه وبالتالي زيادة الثقة به جراء هذه العلامة؛ أما في حال رفض التاجر الإلكتروني الامتثال لقرار مركز التحكيم فإنه يتم وضعه على قائمة سوداء يطلع عليها المستهلكون تحذره من عقد أي صفقات تجارية مع هؤلاء التجار الأمر الذي يعد أمراً خطيراً على سمعة التجار عبر وسائل التواصل الإلكتروني ويؤدي إلى نزع ثقة المستهلكين بهم، مما يدفعهم للالتزام بأحكام مراكز التحكيم الإلكترونية في مواجهة الخوف من نشر أسمائهم ومواقعهم الإلكترونية على القائمة السوداء.³⁰²

رابعاً: التهديد بالطرد من الأسواق

إن إحدى وسائل التنفيذ الذاتي غير المباشر لتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني هو منح الصلاحية لبعض مراكز التحكيم عبر وسائل التواصل الإلكتروني بحرمان المواقع الإلكترونية التي ترفض تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني الصادرة عنها من تقديم أي عروض لمنتجاتهم عبر الإنترنت، بحيث يتم طرد هؤلاء البائعين من الأسواق الإلكترونية، وبحيث يقوم مقدم خدمة المعلومات للمواقع الإلكترونية بطرد الموقع الإلكتروني المخالف وإغلاق صفحته، بحيث لا يستطيع المستخدمون الولوج للموقع أو التصفح عبره، ويقوم مقدم الخدمة بهذا بناءً على اتفاق تعاقدي ثلاثي الأطراف بين مركز التحكيم والبائع ومقدم الخدمة، وينتج عن هذا الطرد آثار سلبية كبيرة على الموقع تكون على صورة خسائر مالية بالإضافة إلى

301 خالد عودة، تنفيذ حكم التحكيم التجاري الإلكتروني: دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير: جامعة اليرموك، الأردن، 2022) ص146.
302 اكرم الديجور، "حكم التحكيم الإلكتروني وتنفيذه"، مجلة القانون والاعمال، جامعة الحسن الأول، ع16، (2018)، ص108-109.

الأضرار المعنوية المنبثقة عن فقدان الثقة والسمعة التي كان يتمتع بها الموقع، بحيث يكون لهذه الوسيلة الرادع الأكبر للامتناع عن تنفيذ أحكام مراكز التحكيم الإلكترونية.³⁰³

خامساً: التلويح بنظام الغرامة التهديدية

يعتبر هذا النظام شبيهاً بالنظام المعمول به في الأحكام القضائية التي تصدر عن القضاء الوطني، إذ يكون واجباً على المحكوم عليه في التحكيم الإلكتروني تنفيذ الحكم دون أي تقاعس وبأسرع وقت ممكن، وذلك كله تحت طائلة فرض غرامات مالية عن كل يوم تأخير في التنفيذ وبالتالي زيادة الأعباء المالية على المحكوم عليه، إذ أن اتباع هذا النظام من قبل مراكز التحكيم الإلكتروني من شأنه أن يضيف ضمانات إضافية لتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني بأسرع وقت ممكن؛ حيث يتم الاتفاق على فرض الغرامة التهديدية بين البائع ومركز التحكيم الإلكتروني بحيث يكون أقرب إلى شكل الشرط الجزائي، وتكون الغرامة وسيلة فاعلة لضمان تنفيذ أحكام مراكز التحكيم الإلكتروني.³⁰⁴

الفرع الثاني: وسائل التنفيذ الذاتي المباشرة لتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

تنص بعض لوائح التحكيم الإلكتروني على صلاحية مركز التحكيم الإلكتروني لتنفيذ الحكم الصادر عنه في مواجهة المحكوم عليه دون أن يكون هناك أي دور لإرادة المحكوم عليه وذلك بعدة طرق وهي:

أولاً: إيداع ضمان مالي مغلق

يتم العمل وفقاً لهذا النظام من خلال قيام أطراف النزاع بالاتفاق على وضع مبلغ نقدي في صندوق بحساب مركز التحكيم الإلكتروني قبل البدء بإجراءات التحكيم، بحيث يبقى هذا المبلغ تحت عهدة المركز لحين الانتهاء من إجراءات التحكيم بحيث يضمن للطرف المحكوم له بنتيجة التحكيم من الحصول على أمواله بشكل مباشر وذلك من خلال قيام المركز بالتنفيذ المباشر لقرار التحكيم على الأموال المودعة لديه؛ تضمن هذه الآلية سرعة تنفيذ الحكم الصادر عن مركز التحكيم دون أن يكون لإرادة الأطراف أي قدرة في عرقلة عملية التنفيذ أو التهرب منها.³⁰⁵

303 محمد عبد الخالق، المرجع السابق، ص33.

304 بسمة فوغالي، المرجع السابق، ص346.

305 محمد عبد الخالق، المرجع السابق، ص33.

ثانياً: التنفيذ من خلال الخصم من بطاقة الانتماء

يتم العمل بهذه الآلية من خلال الاتفاق بين البائع ومركز التحكيم الإلكتروني على منح المركز صلاحية وسلطة التحكم في الدفع ببطاقة الانتماء التي تتم على الموقع الإلكتروني الخاص بالبائع عند تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، إذ يتمتع المركز بصلاحية إعادة المبالغ التي تدفع من قبل المشتري بواسطة هذه البطاقات إلى حساب المشتري في حال وجود خلل ما في الدفع دون الحاجة إلى الحصول على موافقة البائع، ويمنح هذا الحق لمركز التحكيم الإلكتروني بناء على الاتفاق التعاقدى بينه وبين البائع من جهة وبين الشركة مصدرة بطاقة الانتماء ومركز التحكيم من جهة أخرى؛ بحيث يتوجب على البائع الموافقة على هذا الشرط في سبيل الحصول على خدمة الانتماء في السوق الإلكتروني كون تسديد ثمن البضائع يتم بواسطة بطاقة الانتماء.³⁰⁶

ثالثاً: التنفيذ التلقائي الإلكتروني

تتمتع هيئات التحكيم المختصة بتسوية المنازعات الإلكترونية صلاحية القدرة على تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني الصادر عنها بصورة مباشرة عبر الوسائل الإلكترونية ودون تدخل من المحكوم عليه، ومن ضمن هذه المراكز مركز هيئة الأيكان (ICANN)، إذ تنص لوائحه على صلاحيته بشطب أو إلغاء أي موقع إلكتروني أو تعديل على أي عنوان إذا صدر حكم عن المركز بوجود لبس أو تشابه باسم هذا الموقع مع موقع آخر سبق وأن تم تسجيله، بحيث يتم الشطب من خلال المشغل التابع للمركز، ويحق للمحكوم عليه رفع دعوى أمام المحكمة المختصة خلال مدة عشرة أيام من تاريخ صدور القرار عن المركز بهذا الشأن بحيث يتوجب على المركز بمجرد إشعاره بإقامة تلك الدعوى أن يوقف تنفيذ الحكم لحين صدور حكم قضائي في الدعوى القضائية المقامة من المحكوم عليه.³⁰⁷

وتعتمد هيئة الأيكان على التكنولوجيا لفرض سلطتها وتنفيذ الأحكام الصادرة عن مراكز التحكيم الإلكتروني التابعة لها، إذ يتم تنفيذ القرارات الصادرة عن هذه المراكز بطريقة إلكترونية من خلال

³⁰⁶ اكرم الديجور، المرجع السابق، ص104.
³⁰⁷ خيرى النتانوني، المرجع السابق، ص1247.

قاعدة بيانات تدعى (Registry) تابعة للهيئة، ويتم التنفيذ بشكل مباشر من قبل مركز الأيكان من خلال سيطرته على قاعدة البيانات ودون الحاجة لتدخل أي طرف.³⁰⁸

وفي هذا الإطار يرى الباحث ضرورة اجراء تعديلات على القوانين الناظمة للتحكيم الالكتروني في فلسطين والتعامل مع هذا النوع من تنفيذ قرارات التحكيم ومنحه الصبغة التشريعية لما له دور كبير في زيادة ثقة الافراد بالتحكيم الالكتروني وأهميته ودوره الناجع في فض النزاعات بسرعة .

³⁰⁸ بسمة فوغالي، المرجع السابق، ص350.

الخاتمة

مع التطور المتسارع الذي شهده قطاع التكنولوجيا في عصرنا هذا كان لا بد من إيجاد نظام قضائي بديل يسعى إلى مواكبة هذا التطور ويخلق البيئة المناسبة التي تستطيع التعامل مع التنوع التكنولوجي، وفي هذا السياق يلعب التحكيم الإلكتروني في الوقت الحالي دوراً رئيسياً في فض النزاعات التي تنشأ عبر مواقع التواصل الإلكترونية المختلفة، حيث أنه الوسيلة المثلى التي يمكن لها أن تحقق الأشخاص رضا الأطراف؛ فقد أصبح التوجه في مجال التجارة بشكل عام والإلكترونية بشكل خاص أن يتم اللجوء للتحكيم الإلكتروني وذلك في ظل العقوبات التي يضعها القضاء والتحكيم التقليدي فيما يتعلق بالتنقل والوجود المادي لإتمام إجراءات التحكيم.

ومن أجل تحقيق الغاية المرجوة من التحكيم الإلكتروني، لوحظ في الوقت الحالي بأن هناك العديد من المؤسسات الدولية التي قامت بوضع الأنظمة واللوائح الخاصة بهذا المجال وذلك بغية تخفيف الوقت والجهد على المتعاقدين في تنظيم اتفاقيات التحكيم بينهم، وذلك لقدرتها على صياغة هذه الاتفاقيات بما يكفل حقوق الأطراف ويضمن الفصل في النزاعات بأسرع وقت ممكن وبأقل جهد بما يضمن تحقيق أهداف التجارة بشكل عام والتجارة الدولية بشكل خاص.

وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة لأهم النتائج التالية:

1. أنّ التحكيم الإلكتروني ما هو إلا صورة من صور التحكيم التقليدي، إلا أنه يمتاز بأنه يتم بكافة مراحلها عبر وسائل الاتصال الإلكترونية. ولم يشر قانون التحكيم الفلسطيني إلى مسألة التحكيم الإلكتروني، إلا أن اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم وفي المادة (19) منها قد تضمنت إشارات إلى هذا النوع من التحكيم وذلك باعتبار أنّ الكتابة في اتفاق التحكيم يمكن أن تكون على شكل رسائل معلومات تم تبادلها بين الأطراف بواسطة الوسائل الإلكترونية.
2. أهم ما يميز التحكيم الإلكتروني سرعة الإجراءات والسرية وتجاوز مسألة تنازع القوانين ومسألة الاختصاص القضائي بالإضافة إلى الخبرة والكفاءة الواسعة في مجال التحكيم الإلكتروني. أما المآخذ على التحكيم الإلكتروني فهو عدم ملاءمة القوانين الوطنية لهذا النوع

من التحكيم بالإضافة إلى إمكانية عدم تطبيق المحكم للقواعد الأمرة المنصوص عليها في القوانين الوطنية والخشية من مسألة القرصنة وسرقة البيانات.

3. اتفاق التحكيم هو عبارة عن نزع صلاحيات من القضاء الوطني ومنحها للمحكم الذي يتفق الأطراف على اختياره لحسم النزاع فيما بينهم، ويكون اتفاق التحكيم على صورة شرط في العقد أو مشاركة تحكيم لاحقة لنشوء النزاع أو إحالة إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم الإلكتروني.

4. الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم هي ذاتها الشروط الموضوعية لأي عقد سندا لأحكام مجلة الاحكام العدلية وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب المشروعين؛ هذا وتعتبر الكتابة إحدى أهم الشروط الشكلية التي يتطلبها التحكيم بشكل عام، وقد قام القرار بقانون بشأن المعاملات الإلكترونية بسد الثغرة في قانون التحكيم عندما أكد على الأثر القانوني للمعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية ووضعها في نفس القالب الخاص بالوثائق والمستندات الخطية من حيث التزام أطرافها وصلاحياتها في الإثبات، وبالإضافة للكتابة فقد منح القرار بقانون بشأن المعاملات الإلكترونية الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني.

5. اختلفت الآراء حول معيار الصفة الدولية للتحكيم الإلكتروني، إذ استند أحدها على المعيار الجغرافي أما الأخرى فقد تبنت المعيار الاقتصادي، في حين توجه البعض إلى تبني المعيار القانوني؛ وفي فلسطين وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة الثالثة في قانون التحكيم الفلسطيني، نجد أن المشرع اعتمد معياراً مركباً يجمع بين المعيارين الجغرافي والقانوني لتحديد هذه الصفة.

6. سندا للقاعدة العامة بأن العقد شريعة المتعاقدين، فإن الأصل أن تكون إرادة الأطراف هي الأساس في تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم وإجراءاته، ويمكن التعبير عن هذه الإرادة بشكل صريح، كما يستطيع المحكم استنباطها من ظروف وبنود العقد؛ إلا أن هذه الإرادة ليست مطلقة وإنما تكون محكومة بقيود أهمها الغش نحو القانون والنظام العام؛ إلا أنه وفي ظل غياب هذه الإرادة فإن السلطة التقديرية في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع تعود للمحكم والذي قد يستند إلى قوانين وطنية في تحديد القانون أو قد يلجأ إلى قواعد قانونية غير وطنية مثل القانون الموضوعي الإلكتروني. هذا وتكون سلطة المحكم مقيدة باحترام

حق الدفاع وضرورة الصلة بين القواعد القانونية المختارة وموضوع النزاع مع ضرورة احترام النظام العام في مكان إجراء التحكيم ومكان تنفيذه.

7. تبني المشرع الفلسطيني فكرة الإحالة من الدجة الواحدة في المادة (19) وذلك في حال عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق، إذ أن هذا الامر منتقد لأنه لا يحقق الغاية من لجوء الأطراف للتحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاع سيما وأن القانون الفلسطيني ما زال يفتقر إلى قواعد الإسناد في غياب القانون المدني الذي لم ير النور بعد، بالإضافة إلى أن القوانين المقارنة محل الدراسة قد رفضت تطبيق مبدأ نظرية الإحالة، كما انتقد فكرة تطبيق مبدأ الإحالة على درجة واحدة في المادة المذكورة في إطار غياب قواعد الإسناد في القانون الفلسطيني، حيث أن تطبيق قواعد الإحالة بحاجة بالضرورة إلى قواعد إسناد وبدونها يستحيل تعيين القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع نظراً لحدائثة التحكيم الإلكتروني وإتمام كافة إجراءاته عبر الفضاء الإلكتروني دون أن يكون هناك أي واقع مادي ملموس يرتبط به، فقد ثار خلاف حول تحديد النطاق المكاني له، إذ توجّه بعض الفقهاء إلى تطبيق قانون مقدم الخدمة لغايات تحديد مكان هيئة التحكيم في حين نادى البعض بعدم وجود أي مسوّغ قانوني لربط مكان التحكيم بمكان انعقاد جلسات هيئة التحكيم، واستند البعض إلى مكان وجود المحكم لغايات تحديد مكان التحكيم في حين دعا البعض إلى استبعاد فكرة مكان التحكيم في ظل الحديث عن التحكيم الإلكتروني، فقد منحت التشريعات المقارنة محل الدراسة السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في تحديد مكان التحكيم وفقاً لظروف النزاع ومكان وتواجد الأفراد في غياب إرادة الأطراف وعدم تحديدهم لمكان التحكيم بشكل صريح أو ضمني.

8. ظهرت عدة نظريات بشأن تحديد زمان التحكيم الإلكتروني أهمها نظرية إعلان القبول ونظرية ارسال القبول ونظرية وصول القبول وأخيراً نظرية العلم بالقبول؛ وقد تبني المشرع الفلسطيني نظرية وصول القبول.

9. ظهور فكرة القاضي الافتراضي والمحكمة الافتراضية وقيامها بدور فعال في مجال التحكيم الإلكتروني لما تمتاز به من ميزات تحقق أفضل صورة من التحكيم الإلكتروني؛ إذ أن هذا النوع من التحكيم جاء ليقدم أكثر فكرة التجارة الدولية وتعمل على حماية المصالح التجارية وذلك بما تمتاز به من سرعة في بت النزاعات بالإضافة إلى السرية والخبرة التي تمتاز فيها هيئة التحكيم

10. عزوف الافراد عن التحكيم الحر والتوجه للتحكيم المؤسسي لما يمتاز به من وضع لوائح ناظمة لكافة إجراءات التحكيم أن يعمل على تحقيق الغاية المرجوة من قبل الأطراف في التوجه للتحكيم، وذلك بموجب قواعد إجرائية تتلاءم وطبيعة النزاع.

11. هناك صورتان لغايات تنفيذ قرار التحكيم، الأولى تكون عبر القضاء الوطني وذلك بموجب القوانين الوطنية أو الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والتي تتطلب تقديم أصل اتفاق التحكيم والقرار الصادر فيه وضرورة المعاملة بالمثل، وتمسك القاضي الوطني بإمكانية رفض تنفيذ القرار لوقوع بطلان في اجراءاته؛ أما الصورة الثانية، فهي التنفيذ الذاتي لحكم التحكيم الالكتروني، وذلك وفقاً لآليات خاصة تتبع من قبل مراكز التحكيم ومنها وسائل تنفيذ غير مباشرة مثل التهديد بسحب علامة الثقة والتهديد بنظام إدارة السمعة على الانترنت والتهديد بنظام القائمة السوداء والتهديد بالطرد من الأسواق الالكترونية والتهديد بنظام الغرامة التهديدية، في حين تم وضع وسائل تنفيذ ذاتي مباشرة تتمثل في إيداع ضمان مالي معلق أو التحكيم في بطاقة ائتمان أو التنفيذ التلقائي الالكتروني.

وبناء على هذه النتائج فقد توصل الباحث لأهم التوصيات:

1. ضرورة اجراء تعديل على قانون التحكيم الفلسطيني وذلك بالإشارة للتحكيم الالكتروني وأثره القانوني سواء على الصعيد المحلي أو الدولي؛ وتعديل المادة (5) منه والتي تلزم أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً بإضافة جملة "يدوياً أو الكترونياً" أو أن يقوم بتبني موقف المشرع الاماراتي وذلك بربط الكتابة بقانون المعاملات الالكترونية وجعل الكتابة الالكترونية إحدى صور الكتابة المعترف بها.

2. ضرورة اجراء تعديل على نص المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني وذلك بتبني المعيار الاقتصادي بالإضافة إلى المعيار القانوني لغايات تحديد دولية التحكيم؛ وكذلك السماح للأطراف بالاتفاق على قوانين وطنية أو قواعد قانونية لتطبيقها على منازعات التحكيم التي تنشأ بينهم وعدم اقتصار ذلك على القوانين الوطنية. إضافة إلى تبني المشرع الفلسطيني فكرة القانون الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع أو القواعد القانونية المناسبة في حال لم يتم الاتفاق بين أطراف التحكيم على تطبيق قانون معين.

3. تعديل القرار بقانون بشأن المعاملات الالكترونية الفلسطيني وذلك بالإشارة إلى مكان التحكيم الالكتروني أسوة بالقوانين العربية المقارنة محل الدراسة وذلك في حال عدم اتفاق الأطراف على مكان التحكيم الإلكتروني، بحيث يكون مكان المرسل إليه هو المكان المحدد لغايات انعقاد العقد الإلكتروني كونه المكان الذي التقى فيه الإيجاب مع القبول.
4. تعديل المادة (10) من القرار بقانون بشأن المعاملات الالكترونية الفلسطيني من خلال تبني المشرع الفلسطيني نظرية العلم بالقبول بدلاً من نظرية وصول القبول لتحديد زمان انعقاد التحكيم الإلكتروني
5. تعديل قانون التحكيم على نحو يتم من خلاله الاعتراف بالقاضي الافتراضي والمحكمة الافتراضية وجعل قراراتها ملزمة للأطراف وتبني فكرة تنفيذ هذه القرارات من قبل القضاء الوطني، وذلك كله انسجاماً مع التطور التكنولوجي والاقبال المتزايد من قبل الأطراف على هذا النوع من التقاضي لما يخدم مصالحهم ويحقق أهدافهم.
6. تعديل المادة (18) من قانون التحكيم الفلسطيني وذلك بالإشارة إلى إمكانية إخضاع الأطراف في إجراءات التحكيم للقواعد المعمول بها بأي منظمة أو مؤسسة داخل فلسطين أو خارجها أسوة بالقانون الأردني والقانون الإماراتي، وذلك لتجنب أي معيقات تواجه إمكانية تطبيق التحكيم الإلكتروني في فلسطين.
7. تعديل نص المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني والخاصة بحالات بطلان قرار التحكيم، وتبني موقف المشرع الإماراتي الذي كان موفقاً بالصياغة التشريعية للحالات التي توجب بطلان حكم التحكيم أكثر من المشرعين الفلسطيني والأردني، وذلك بالنص على جميع المبادئ التي يعتبر تخطيها والخروج عنها سبباً لإبطال حكم التحكيم وأهمها مبدأ حق الدفاع ومبدأ عدم مخالفة النظام العام أو الآداب العامة.
8. تعديل نص المادة (50) من قانون التحكيم الفلسطيني والخاصة بكيفية تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، والتي اشترطت المصادقة من الجهات الرسمية في البلد الذي صدر فيه قرار التحكيم قبل تنفيذه في فلسطين، إذ يعتبر هذا النص عثرة في تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني فيها، سيما وأن الحديث يتم عن تحكيم يدور في فلك الواقع الافتراضي وصادرة عن هيئات يكون مركزها الفعلي الفضاء الإلكتروني، وبالتالي لا بد من اعفاء قرارات التحكيم الصادرة هذه المؤسسات من مسألة المصادقات الخارجية.

9. ضرورة منح المشرع الفلسطيني الصبغة التشريعية لأساليب التنفيذ الذاتي لأحكام التحكيم من قبل مؤسسات التحكيم الصبغة التشريعية ومنح قراراتها القوة التنفيذية وجعل آثارها ملزمة للأطراف، إذ من شأن هذا الأمر أن يعزز مكان التحكيم الإلكتروني ويشكل رادعاً للأطراف لاحترام القرارات التي تصدر عن هذه الهيئات وأن يقوموا بتنفيذها بصورة مباشرة دون أي تقاعس.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

القوانين

قانون (التحكيم الإماراتي) قانون اتحادي رقم (6) لسنة 2018 بشأن التحكيم. منشور في الجريدة الرسمية، العدد 630.

قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 2821.

قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000. منشور في جريدة الوقائع الفلسطينية، عدد 33: 5-29.

القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976. منشور في الجريدة الرسمية، ع 2645: 2.

قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم (15) لسنة 2015. منشور في الجريدة الرسمية، ع 5341: 5292.

قانون معدل لقانون البيئات الاردني رقم (16) لسنة 2005. منشور في الجريدة الرسمية، ع 4709: 2188.

القرار بقانون رقم (15) لسنة 2017 بشأن المعاملات الإلكترونية. منشور في جريدة الوقائع الفلسطينية، عدد ممتاز 14: 2-14.

القرار بقانون رقم (9) لسنة 2022 بشأن تعديل قانون البيئات. منشور في جريدة الوقائع الفلسطينية، عدد 26: 31.

قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004م باللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000

مرسوم بقانون اتحادي رقم (35) لسنة 2022 بإصدار قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية. منشور في الجريدة الرسمية، العدد 737.

مرسوم بقانون اتحادي رقم (46) لسنة 2021 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة. منشور في الجريدة الرسمية، العدد 712.

الاتفاقيات والمعاهدات الدولية

اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، 1958، لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي والتجاري، منشورة على الموقع (<https://bitly.ws/3f1YU>) استرجاع بتاريخ 2023/08/15.

قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي مع التعديلات، 1985، لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي والتجاري، منشورة على الموقع (<https://2u.pw/M8z8fnp>) استرجاع بتاريخ 2023/11/2.

اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، 1965، المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار. منشورة على الموقع (<https://2u.pw/kq9fFOV>) استرجاع بتاريخ 2023/9/12.

قواعد الاونسيترال للتحكيم، 1976، هيئة الأمم المتحدة. لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي والتجاري، منشورة على الموقع (<https://2u.pw/CLnzATm>) استرجاع بتاريخ 2023/09/19.

المراجع باللغة العربية:

الكتب

أبو الهيجاء، محمد إبراهيم: التحكيم الإلكتروني: الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات – الوساطة والتوفيق – التحكيم المفاوضات المباشرة. الطبعة الثانية. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2010.

أنيس، إبراهيم وآخرون: المعجم الوسيط. المجلد (1). القاهرة: مجمع اللغة العربية. 1989.

بشير، هشام: التحكيم الإلكتروني: المفهوم والاهمية – دراسة مقارنة. مجلد 70. المجلة المصرية للقانون الدولي. 2014.

الجمال، مصطفى: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية، مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية. الجزء الأول. الطبعة الأولى. الإسكندرية: بدون دار نشر. 1998.

الرفاعي، أشرف: النظام العام والقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2003.

الزعبي، محمد: دور بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2011.

سويلم، محمد علي: اتفاق التحكيم الإلكتروني "دراسة مقارنة. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 2021.

شعبان، حسام: الاختصاص بمنازعات التجارة الإلكترونية: بين القضاء الوطني والتحكيم عبر الإنترنت دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2019.

الشندي، يوسف محمد: التحكيم الداخلي والدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000
"دراسة مقارنة". جامعة بيرزيت: كلية الحقوق والإدارة العامة. 2014.

الشيخ، محمود: القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
2015.

عبد التواب، أحمد: اتفاق التحكيم: مفهومه – أركانه وشروطه – ونطاقه. القاهرة: دار النهضة العربية.
2013.

عوض، رجائي عبد الرمان عبد القادر: الإجراءات المتبعة في التحكيم عبر الوسائط الإلكترونية.
الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة. 2018.

مطر، عصام: التحكيم الإلكتروني: ماهيته وأجراءاته وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية
والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة. 2009.

المعالي، جعفر ذيب: التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله. عمان: دار الثقافة للنشر
والتوزيع. 2014.

ناصر، حسام: التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية: دراسة في ضوء الاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم والقوانين المقارنة. القاهرة: دار النهضة العربية. 2005.

الأبحاث والمقالات

إبراهيم، خالد (التحكيم الإلكتروني في عقود الاستثمار الدولية) المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2008.
إبراهيم، إبراهيم (فعالية قرار التحكيم الإلكتروني: دراسة مقارنة) مجلة جامعة بابل – العلوم الإنسانية،
ع2، مجلد 21، 2013.

أبو زيد، رضوان (الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي القسم الثاني: دولية التحكيم التجاري)
مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، ع2، مجلد2، 1978.

أحمد، سيد (الغش نحو القانون) مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع1، مجلد62، 2020.

الايوبي، محمد (دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة
الإلكترونية) مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، ع12، 2016.

الباز، مصطفى محمد مصطفى (شكل اتفاق التحكيم وتفسيره في قانون التحكيم المصري والسعودي
"دراسة فقهية) مجلة العدل، عدد46، 2016.

البتانوني، خيرى (النظام الإجرائى لإصدار حكم التحكيم الإلكترونى) مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع1، 2018.

بدورى، بلال (التحكيم الإلكترونى كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية) مجلة العلوم القانون والاقتصادية، ع1، مجلد14، 2006.

بقنيش، عثمان (لقانون واجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدول لتسوية منازعات الاستثمار) مجلة منازعات الأعمال، العدد الخامس، 2015.

بلحسان، هوارى (القانون واجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار) مجلة القانون والاعمال، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مختبر البحث قانون الأعمال، عدد28، 2018.

بن عبد الله، نجادى (تنفيذ حكم التحكيم الأجنبى: شروطه واجراءاته) مجلة القانون الدولى والتنمية، ع1، مجلد9، 2021.

بن مصطفى، عيسى (مجلس العقد الإلكترونى عبر الانترنت) مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ع26، 2016.

بودالي، خديجة (النظام القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية: دراسة مقارنة) كلية القانون الكويتية العالمية، ع35، المجلد9، 2021.

البياتي، نادية (مجلس العقد الإلكتروني عبر الانترنت دراسة مقارنة) مجلة القانون والاعمال، 2020.

تلاحمة، خالد (الموقف الفقهي من تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات خصومة التحكيم التجاري الدولي) مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع2، المجلد9، 2018.

الجراجرة، يوسف (آثار التحكيم الإلكتروني"، المجلة القانونية) مجلة مختصة في الدراسات والبحوث القانونية، ع2، مجلد7، 2020.

الجراح، جهاد (تعطيل قادة الاسناد في تطبيق القانون الأجنبي إعمالاً للدفع بالنظام العام في القانون الأردني: دراسة مقارنة) المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، ع4، مجلد12، 2020.

جعفر، رانيا (فعالية التحكيم الإلكتروني في تسوية النزاعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية) مجلة القانون والاعمال، ع59، 2020.

جلاني، أحمد (فكرة عن التحكيم الإلكتروني والمحكمة الفضائية كأحد هيئاته المختصة) مجلة بحوث الشرق الأوسط، ع80، 2022.

جيلاني، أحمد (قابلية النزاع للتحكيم كشرط لصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني والتقليدي) المجلة القانونية (مجلة مختصة في الدراسات والبحوث القانونية)، 2021.

حامد، محمد (دور التحكيم الإلكتروني في حل النزاعات التجارية) مجلة القلم للدراسات السياسية والقانونية، ع3، 2021.

الحجاي، نور حمد (القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع الخاضع للتحكيم) المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مجلد 3، عدد3، 2011.

حسن، محمد (القانون واجب التطبيق على موضوع منازعة التحكيم الإلكتروني: دراسة مقارنة) كلية الحقوق، جامعة السليمانية، العراق، 2019.

الحسني، محمد (التحكيم الإلكتروني بين النظرية والتطبيق: دراسة تطبيقية في عقود الاستهلاك الإلكتروني) صنعاء: مكتبة خالد بن الوليد، 2017.

حمدون، ريان (اتفاق التحكيم الإلكتروني) مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ع30، محلد8، 2021.

حودي، محمد (إجراءات التحكيم الإلكتروني في العقود التجارية الدولية) مجلة الدراسات القانونية والسياسية، ع1، المجلد5، 2019.

خليل، أمير وتسليم كحلة (نحو تحكيم سيبراني في فلسطين في ظل جائحة كورونا: دراسة مقارنة) المجلة الدولية للقانون، المجلد العاشر، العدد الثالث، 2021.

الخياط، بليغ وأحمد عفيفي (انعكاسات مبدأ الصحة والاستقلالية بشأن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم) مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية – دورة علمية محكمة، ع3، المجلد9، 2023.

دان، عماد (أنواع التحكيم كأحد الوسائل البديلة لفض النزاعات) مجلة البحوث والدراسات الشرعية، ع143، مجلد11، 2023.

داودي، صحراء (استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب الغش نحو القانون) مجلة الدراسات والأبحاث، ع4، مجلد12، 2020.

درار، نسيم (تسوية المنازعات الإلكترونية بمعية التحكيم الرقمي) مجلة الندوة للدراسات القانونية، ع11، 2016.

دغيش، أحمد (الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص) مجلة المنارة للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع2، 2014.

الدين، حسام (ضوابط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في فلسطين: دراسة مقارنة) مجلة العلوم الشرعية والقانونية، ع1، 2022.

دواس، أمين (اختيار المتعاقدين للقانون واجب التطبيق على العقد الإلكتروني) مجلة جامعة النجاح للأبحاث – العلوم الإنسانية، ع10، مجلد 25، 2011.

الدواس، أمين (القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي) المؤتمر السنوي الدولي السابع لكلية القانون الكويتية العالمية، العدد8، 2020.

دين، فؤاد (المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية) مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 24، العدد 2، 2008.

الراسبي، خالد (القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم) مجلة العدالة للدراسات القانونية والقضائية، ع7، 2020.

رحيم، بختيار (الشكلية في التحكيم التجاري الإلكتروني: دراسة تحليلية مقارنة) مجلة الاطروحة – الدراسات القانونية، ع5، المجلد 3، 2019.

الرواشدة، إبراهيم (التعاقد عبر الوسائل الالكترونية الحديثة والقانون واجب التطبيق في المنازعات الناسئة عنها) المجلة العربية للنشر العلمي، ع25، 2020.

الرواشدة، عمارة (الدفع بالتحايل على القانون في التشريع الأردني) مجلة القانون والمجتمع، ع2، مجلد 10، 2022.

سالم، صالح (التحكيم الإلكتروني واجراءاته) مجلة العلوم الإدارية والاقتصادية، ع16، مجلد15، 2015.

السعدون، ريناد وآخرون (التحكيم الإلكتروني لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية) مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية والقانونية، ع7، 2023.

العرباوي، نبيل صالح (اتفاق التحكيم) جامعة قاصدي مرتاح ورقة، كلية الحقوق العلوم السياسية، العدد15، 2016.

شبع، علاء الدين علي (القانون واجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية "دراسة مقارنة) مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد41، 2016.

شريف، هينة (القانون واجب التطبيق على العقد الالكتروني: دراسة مقارنة) مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع2، مجلد44، 2020.

الشعبي، المصطفى الغاشم (القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم) مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية، 2020.

الشواور، نسيم (التحكيم الالكتروني في منازعات عقود التجارة الالكترونية) مجلة العدالة والقانون، ع5، 2022.

صدقي، سامية (التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية) مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 1، 2018.

صديق، سهام (نظام التحكيم الإلكتروني لتسوية المنازعات الإلكترونية) مجلة البصائر للدراسات القانونية والاقتصادية، ع4، مجلد2، 2022.

الصررايرة، منصور (الدفع بالنظام العام عند تنازع القوانين: دراسة تحليلية في القانون الأردني) مجلة الجامعة الإسلامية للعلوم الشرعية، ع190، مجلد53، 2019.

عبد الخالق، محمد (التنظيم القانوني لحكم التحكيم الإلكتروني) مجلة استراتيجيات ضمان الجودة، ع1، مجلد4، 2023.

عبد العزيز، رعد (القانون واجب التطبيق على عقد البيع عبر الانترنت) مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ع42، مجلد11، 2020.

عبد القادر، غالب (التحكيم ومشاركة التحكيم) مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية، ع50، 2016.

العبد الله، محمد (القانون واجب التطبيق على منازعات العقود الرقمية) مجلة جامعة البعث، ع12، المجلد43، 2021

عثمان، ناصر (معايير دولية التحكيم). المؤتمر السنوي السادس عشر في جامعة الامارات العربية المتحدة. كلية الحقوق، الامارات العربية المتحدة. 2008.

العجلوني، ياسر (التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفضل النزاعات) مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد خاص، 2020.

علي الدين، رشا (النظام القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني: دراسة على ضوء قواعد تنازع القوانين)
مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ع55، 2014.

العنزي، مساعد (خصوصية الإجراءات في التحكيم الإلكتروني) مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع3،
مجلد 36، 2012.

الغانم، بشائر صلاح عبد الله شاهين (دور سلطان الإرادة في اختيار القانون الاجرائي على التحكيم:
دراسة في قواعد مركز الويبو للتحكيم والوساطة) المجلة الدولية للقانون، جامعة قطر، مجلد 9، عدد1،
2020.

الغفار، شيماء (التحكيم الإلكتروني كآلية لحل منازعات عقود التجارة) المجلة العلمية للبحوث الإدارية
والمحاسبية والاقتصادية والقانونية، 2022.

غول، سليمة (القانون واجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية) مجلة الباحث القانوني، ع1،
مجلد 1، 2020.

الفضلي، أحمد، (الإحالة بين القبول والرفض في القانون الدولي الخاص: دراسة تحليلية في بعض التشريعات العربية)، مؤتة للبحوث والدراسات – سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، ع1، مجلد25، 2010.

الفضي، أوان (التحكيم عن بعد في ظل جائحة كورونا دراسة تحليلية مقارنة) مجلة العلوم القانونية والسياسة، 2020.

قارة، سليمان (الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظل التعاقد الإلكتروني) مجلة الندوة للدراسات القانونية، ع3، 2015.

القضاة، محمد (أثر النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق: دراسة مقارنة في القانون الأردني) مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، الإصدار3، مجلد3، 2021.

قنبر، ماهر (القانون واجب التطبيق في اثبات العقود التجارية الإلكترونية بين القوانين الدولية والقانون الدولي الاتفاقي) مجلة الجامعة العراقية، ع46، ج2، 2020.

كبور، نبيلة عبد الكريم (التحكيم الإلكتروني) مجلة العدل، ع2، 2014.

بولمعالي، زكية (زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني) المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية
والسياسية، 2016.

متولى، أحمد (التحكيم التجاري الدولي الإلكتروني في ظل تكنولوجيا التحول الرقمي) مجلة البحوث
القانونية والاقتصادية، ع81، جامعة المنصورة، 2022.

محمد، أحمد (التحكيم الإلكتروني في ظل التطور المعلوماتي في المملكة العربية السعودية) كلية الشريعة
والقانون بتفهننا – دقهلية، ع23، 2021.

محمد، وفا أشرف (القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولي في مجال التحكيم) مجلة كلية
القانون الكويتية العالمية، مجلد 7، 2019.

محمود، نجوى (النظام القانوني لمجلس العقد الإلكتروني) مجلة جامعة جنوب الوادي الدولية للدراسات
القانونية، ع5، 2020.

المدهون، نافذ ياسين (النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني في فلسطين) مجلة جامعة الأزهر، عدد خاص
بمؤتمر كلية الحقوق الخامس المحكم، المجلد 19، 2016

مسعود، احمد (التنظيم القانوني لإصدار حكم التحكيم الإلكتروني) المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية،
ع2، المجلد 12، 2015.

مسعود، مسعود (إحالة في القانون الدولي الخاص: دراسة تحليلية مقارنة) مجلة جامعة سرت العلمية
– العلوم الإنسانية، ع1، مجلد12، 2022.

مطلوب، مصطفى (التحكيم التجاري الإلكتروني) مجلة الرافدين للحقوق، ع39، مجلد11، 2009.

مقابلة، نبيل (التحكيم الإلكتروني"، مجلة الفقه والقانون) المملكة العربية السعودية، ع24، 2014.

مقابلة، نبيل (أمكانية تطبيق التحكيم الإلكتروني وفقاً للقانون الأردني) مجلة مركز صالح عبد الله كامل
للاقتصاد الإسلامي، ع55، مجلد19، 2015.

المناصير، منير (دور هيئة التحكيم في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات في مجال التحكيم
التجاري الدولي: دراسة مقارنة ما بين قانون التحكيم الأردني والمصري والفرنسي والإنجليزي) مجلة
كلية الحقوق والبحوث القانونية والاقتصادية، ع1، 2017.

المنزلاوي، صالح (تسوية المنازعات التجارية عبر شبكات الاتصال الإلكترونية) مجلة المحامين
العربي، ع3، 2009.

مهدي، رضا (التحكيم الإلكتروني كآلية من آليات تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية) مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 7، العدد2، 2022.

المومني، معين (هيئة التحكيم ودورها في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات في التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة بين قانون التحكيم الأردني والمصري والفرنسي والإنجليزي) مجلة جيل للأبحاث القانون المعمقة، ع19، 2017.

النجار، أحمد (اتفاق التحكيم الإلكتروني) المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، ع10، 2018.

نعيمي، آلاء (الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني) مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، ع2، المجلد6، 2009.

وسمي، صفاء (الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني) مجلة أهل البيت عليهم السلام، العراق، ع21، 2017.

يدر، أمل (القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني) مجلة الدراسات القانونية المقارنة، ع1، مجلد9، 2023.

الرسائل الجامعية

الاسطل، قاسم (حكم التحكيم الأجنبي وتنفيذه في التشريع الفلسطيني في ضوء لانضمام إلى اتفاقية نيويورك: دراسة تحليلية مقارنة) رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، الجامعة الإسلامية، ماجستير قانون عام، غزة، 2019.

بودسية، كريم (التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية) رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري -تيزي وزو، ماجستير قانون التعاون الدولي، الجزائر، 2012.

بوقراط، أحمد (اتفاق التحكيم في منازعات عقود التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة) أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون المدني المعمق، جامعة عبد الحميد بن باديس – مستغانم- القانون المدني المعمق، الجزائر، 2019.

ثنهينان، حدوش وقاسي دليلة (القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي) رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية، القانون العام للأعمال، الجزائر، 2017.

رمضاني، كريم (القانون واجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي) رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون أعمال، جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة-، قانون أعمال، الجزائر، 2016.

سرحاني، عبد القادر (سلطات المحكم في خصومة التحكيم التجاري الدولي) أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في قانون الأعمال، جامعة أحمد دراية ادرار، قانون الأعمال، الجزائر، 2022.

الشرفات، طلال (القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي) أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عمان العربية، قانون الخاص، الأردن، 2011.

الصالح، ايلاف خليل ابراهم (القانون واجب التطبيق على التحكيم: دراسة مقارنة) رسالة لنيل الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، القانون الخاص، الأردن، 2014.

علي، علي (أثر التغيير في قواعد الاسناد على تحديد القانون واجب التطبيق: دراسة مقارنة) رسالة لنيل الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، القانون الخاص، المملكة الأردنية الهاشمية، 2020.

عودة، خالد (تنفيذ حكم التحكيم التجاري الإلكتروني: دراسة مقارنة) رسالة لنيل الماجستير في القانون الخاص، جامعة اليرموك، القانون الخاص، الأردن، 2022.

فرحان، سمير عبود (القانون واجب التطبيق على منازعات التحكيم "دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والعراقي) رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، القانون الخاص، الأردن، 2017.

فنيخر، طلال طلب (القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه فلسفة في القانون الخاص، جامعة عمان العربية، فلسفة في القانون الخاص، الأردن، 2011.

فوغالي، بسمة (التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية) أطروحة لنيل الدكتوراه في قانون الأعمال، جامعة باتنة -1- الحاج لخضر، قانون الأعمال، الجزائر، 2022.

قدور، بختي (التحكيم التجاري الدولي والقانون واجب التطبيق) رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون دولي اقتصادي، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، قانون دولي اقتصادي، الجزائر، 2017.

موكريان، عزيز محمد (القانون واجب التطبيق على التحكيم: دراسة مقارنة) أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه فلسفة في القانون الخاص، جامعة سوران، فلسفة في القانون الخاص، العراق، 2020.

الخرار، الهام (التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع: دراسة مقارنة) رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة النجاح، قانون، فلسطين 2009.

هنية، شريف (القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الدولي) رسالة لنيل شهادة الماجستير في فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، العقود والمسؤولية، الجزائر، 2003.

يعيش، إيمان (التحكيم الإلكتروني) رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات السياسية،
جامعة يحي فارس بالمدينة، القانون الدولي والعلاقات السياسية، الجزائر، 2020.

المراجع باللغة الإنجليزية

Piers, Maud and Christian Aschauer (Agreements Concluded in an Electronic Environment and Digital Arbitral Awards) Chapter In Arbitration in the Digital Age: The Brave New World of Arbitration, P.151–81, Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

Janahi, Wafa (The Applicable Law to Arbitration Proceedings: Party Autonomy and Lex Loci Arbitri "Extent and Limitations"), Kilaw Journal - Volume 10 – Issue 1 – Serial Number 37 - Rabi Al Thani/Jamada Al Awwal 1443 AH – December 2021 AD.

Qouteshat, Omar (Dispute settlement. International commercial arbitration. 5.9, Electronic arbitration) New York, Geneva, UN: UN Digital Library, 2003
(<https://digitallibrary.un.org/record/647940>) (Retrieved on 13 September 2022).

Abstract

This research delves into the legal framework surrounding electronic arbitration agreements within the context of the Palestinian Arbitration Law No. (3) of 2000. The central issue arises from the Palestinian legislator's limited awareness during the enactment of the arbitration law regarding significant technological advancements and the potential integration of technological means into the arbitration process, both in terms of procedures and subject matter. The study aims to examine the application of traditional arbitration conditions outlined in Arbitration Law No. (3) of 2000 to electronic arbitration, establishing these rules as a foundation for understanding Decree Law No. (15) of 2017 concerning electronic transactions.

The research is structured into three main chapters. The first chapter sheds light on the concept of electronic arbitration, elucidating its key characteristics and advantages. Additionally, it identifies formal and substantive conditions essential for Electronic Arbitration Agreements. The subsequent two chapters address the core of the research.

The second main chapter, titled "The Law Applicable to the Subject of Electronic Arbitration," comprises two sections. The first section explores the parties' right to determine the law or legal rules applicable to the electronic arbitration agreement concerning the subject matter. The second section delves into the arbitrator's authority to select the law applicable to the subject of the dispute.

The third main chapter, titled: "The Law Applicable to the Electronic Arbitration Agreement in Terms of Procedures and Implementation of the award" Is also divided into two sections.

In its first section examines the law applicable to electronic arbitration procedures in terms of procedures, while the section highlighted The second is on the methods and mechanism for implementing the electronic arbitration award. Implementing the electronic arbitration award.

In his study, the researcher used the descriptive analytical method by describing the nature of electronic arbitration, its characteristics, and identifying its advantages, in addition to describing the formal and substantive conditions of the electronic arbitration agreement, and then reviewing the importance of recognizing the freedom of the parties in choosing the procedural and substantive law to determine the subject of the law of will to apply it whether to electronic arbitration procedures and/or on the subject of electronic arbitration to resolve the dispute, and a description of the role of the arbitrator when the dispute is presented before him/her. The research is also based on the analytical approach by analyzing the articles of the Palestinian Arbitration Law and exploring the possibility of their application to electronic arbitration and how to address the law applicable to the arbitration procedures and its subject matter.

The researcher also used the comparative approach. This is done by looking at how the mechanism by which Arab legislation dealt with this issue and comparing it with the Palestinian arbitration law, specifically the laws in the Hashemite Kingdom of Jordan and the United Arab Emirates, in addition to exploring the position of international treaties and agreements on the issue of electronic arbitration and the extent of the role they played in this matter.

The research concludes with significant findings, emphasizing that electronic arbitration is essentially a form of traditional arbitration, distinguished by the execution of all procedures through electronic communication means. The will of the parties is essential in determining the law applicable to the arbitration subject and procedures, either explicitly expressed or deduced by the arbitrator from contract circumstances and terms. This will, however, is not absolute, and in its absence, the arbitrator holds discretionary authority, guided by specific controls, to determine the applicable law.

Based on the research outcomes, several recommendations are proposed. Notably, there is a call for the Palestinian legislator to amend Article (19) of the Palestinian Arbitration Law, specifically addressing the issue of international arbitration. The researcher advocates for the inclusion of evidence in the article supporting the adoption of an economic criterion alongside the geographical criterion in determining the internationality of arbitration. Furthermore, parties should be allowed to agree on national laws or legal rules for arbitration disputes, not restricted solely to national laws. Additionally, consideration of the law most closely related to the subject of the dispute or appropriate legal rules is emphasized when the arbitrator selects the applicable law, given the absence of clear attribution rules in Palestinian law.