التحكيم التجاري الدولي

د. مصطفى بختياروند

استاذ في القانون الخاص والملكية الفكرية كلية القانون /جامعة قم

حسين ادنين عبدعلي

طالـــــب دكتــوراه كلية القانون /جامعة قم

International commercial arbitration

Dr.. Mustafa Bakhtiarvand

PhD student Hussein Adenine Abd Ali

Qom University College of Law

المستخلص:

خصص هذا المقال لتوضيح ما هي التحكيم التجاري الدولي و اهميته و نطاق التحكيم و اهم الشروط القائم عليها . كما و تحدث الباحث عن دور التحكيم التجاري الدولي في تنمية التجارة الالكترونية و شروط تطوير التجارة الالكترونية فضلاً عن بيان لطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي و استعواض اهم مشكلات المجتمع الدولي للمعاملات الإلكترونية .

الكلمات المفتاحية : التحكيم الدولي , التحكيم التجاري , المجتمع الدولي للمعاملات الإلكترونية

Abstract:

This article is devoted to clarifying what international commercial arbitration is, its importance, the scope of arbitration, and the most important conditions based on it.

The researcher also talked about the role of international commercial arbitration in the development of electronic commerce and the conditions for the development of electronic commerce, as well as a statement of the legal nature of international commercial arbitration and a review of the most important problems of the international community for electronic transactions.

key words: International Arbitration, Commercial Arbitration, International Society for Electronic Transactions

مقدمة

التحكيم مؤسسة عريقة ترجع أصولها إلى بداية تواجد الإنسان على وجه الأرض فعرفته مختلف الحضارات القديمة ، منها دول الشرق في علاقاتها المتبادلة كما ذاع وانتشر أيضا في المدن اليونانية القديمة فيما كان يثور بينها من منازعات تجارية و دينية و حدودية ، كما عرفته القبائل العربية حيث كان شيخ القبيلة يقوم بدور فعال في التحكيم في المنازعات التي تثور بين أفراد القبيلة الواحدة أو بين القبائل بعضها و بعض ، وفي الإسلام تأكد نظام التحكيم بالنصوص القرآنية من أجل تحقيق السلام و الأمن و العدل بدلا من القتال و الحرب والتناحر . لقد أقرته كافة الأنظمة القانونية الأساسية المعروفة منذ البداية البشرية فقد مر بمراحل وأتت عليه حقب من الزمن فقد قيمته و كادت تنطفئ شعلته خصوصا بعدما أصبح قضاء الدولة هو القضاء الرسمي و الطريق الأكثر شيوعا لحل أي نزاع ، لكن سرعان ما استعاد مكانته الطبيعية وأصبح أهم وسيلة ترغب المتعاملون في التجارة الدولية باللجوء إليها خاصة بعد الحرب العالمية الثانية و لاسيما حين أخذ التطور طريقه في فتح أبواب الدول على بعضها في حقل الأموال والخدمات والسلع والنقود ، حيث أصبح التحكيم التجاري الدولي حاجة يتطلبها واقع التجارة الدولي .

ماهية التحكيم التجاري الدولي ودوره في تنمية التجارة الالكترونية

ان التحكيم الدول يعتبر نظاما عالميا وقضائيا وان التحكيم يقر لتسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية, ومن الطبيعي ان التحكيم يواكب التطورات المتعددة للقانون الدولي العام والقانون التجاري الدولي وقانون التجارة الدولي , حيث ان القواعد الجديدة في مجملها اصبحت تلعب دورا فعالا ومهما في النظام العالمي الجديد الاقتصادي , حيث ان التحكيم التجاري الدولي يعد من ابرز الوسائل التي يسمح اللجوء اليها على اعتبار انها تمثل نظاما قضائيا يعلو فوق النظم القانونية الوطنية

ان التحكيم يعتبر بارزا في المجتمعات القديمة وفي العرب قبل الاسلام , حيث ان اللجوء الى التحكيم يكون اختياريا كما ان حكم المحكم ينفذ طوعا واختيار الامر الذي يرتب الى نشوب القتال بين القبائل وتناحر الافراد كما ان التحكيم اتضح ووجد في الشرائع القديمة بصور متعددة وغريبة , حظي موضوع التحكيم باهتمام على كافة مستوياته ، فعلى المستوى الدولي ، ثم ابرام العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة به ، وعلى الاصعدة جميعا حظي موضوع التحكيم باهتمام فعال وتربع على قمة الموضوعات التي جذبت الأنظار فقد ساهمت المؤسسات المعنية بالتحكيم والمنظمات الدولية ، بوضع قواعد خاصة بالإجراءات التي تتبع في سير عملية التحكيم ، كما أصدرت دول عديدة قوانين عديدة وحديثة تعالج مسائل التحكيم الدولي من بعد أن كانت قوانينها تكون تقتصر على معالجة قضايا التحكيم الداخلي ان التحكيم يعد طريقة لإيجاد حل لقضية تخص علاقة بين شخصين أو أكثر دون تدخل القضاء على اعتبارات مقتضاها ان التحكيم قضاء خاص اما فيما يخص أهمية التحكيم وفقا لقواعد التجارة الدولية ففي الاصل ان القضاء كسلطة من سلطات الدولة يكون اختصاصه بالفعل في المنازعات التي تكون بين أطراف العلاقة التجارية سواء على النطاق الدولي أو على المستوى الوطني ، إلا أن طبيعة العقود او المعاملات التجارية خاصية الدولية القائمة على السرعة والثقة , حيث انها جعلت القائمين عليها يفرضون نظاما بديلا لفض المنازعات التي تنشأ في نطاق التجارة الدولية [1]، حيث ان نظام التحكيم التجاري الذي يواكب ما وصلت إليه التجارة الدولية من تطورات كما انه يساهم في ازدهار التجارة الدولية وذلك لما

يتمتع به من مزايا عديدة كالمرونة وبساطة الإجراءات وسهولتها و الاقتصاد في الوقت والجهد والمحافظة على العلاقة بين الودية بين الخصوم و السرية , حيث ان التحكيم الدولي في العصر الحديث شهد قفزات نوعية حديثة ، من خلال اتفاقية لاهاي التي عقدت سنة ١٨٩٩ م ، حيث ان الدول سعت جديا إلى إنشاء محكمة دولية تحكيمية ، حيث ان هذه الاتفاقية تضمنت النص صراحة على إنشاء محكمة دولية دائمة للتحكيم من أجل حل النزاعات التجارية بما يرضي طرفي العلاقة التجارية ويتضح من ذلك ان التحكيم يعد الخيار الأول أمام المتعاملين في حقل التجارة الدولية لأنه يعتبر السبيل المثالي الأكثر ملائمة مع متطلبات الدول ككل كما ان أهمية التحكيم تكمن في تحقيق الكثير من الفوائد والمزايا التي كانت السبب في كثرة اللجوء إليه في المنازعات عوضا عن القضاء العادي , ومن أهم المميزات هي السرعة حيث ان مبدأ الوقت يلعب دورا فعالا في توضيح مدى نجاح نظام التحكيم , حيث يوجد في مقدمة ما يوفد على القضاء المدة التي يستغرقها في القضاء في المسائل هذا ما يجعل حقوق الأطراف تبقى عالقة لمدة مديدة ،وايضا تنامي الأضرار [٢] اما فيما يخص السرية حيث تتسم السرية في التحكيم بضمان الحفاظ على أسرار الحياة الخاصة وحقوق الأطراف كما انه يتيح للمتخاصمين فرصة لعدم معرفة الافراد الاخرين بوجود نزاع بينهم والذي من شأنه أن يؤثر على مكانتهما تجاريا واجتماعيا ودينيا .كما تتطلب إجراءات التحكيم الحضور الشخصي لأطراف النزاع ، ومشاركتهم في جميع الإجراءات وايضا النفوذ إلى جوهر النزاع في ظرف أقل عنوانية [٣],حيث ان التحكيم اظهر تطورا شاسعا مع الاعتبار لمميزاته العديدة وبما ان القضاء الوطني لم تعد له القدرة على التصدي لحل الخلافات التجارة الدولية بالحسم وبالكفاءة اللازمين لأنه مقيد بالقواعد الجامدة التي تختلف اختلافا ملحوظ من دولة لدولة اخرى ، إضافة إلى إمكانية عرقلة التجارة الدولية عند النزاع , لذا ان التحكيم اصبح ذو مكانة هامة لأنه يعتبر جوهرا أصيلا للمعاملات الخارجية والداخلية بصفة عامة والتجارة الدولية بصفة خاصة تكون نتيجة التطور الحاصل .

اهمية التحكيم

أهمية التحكيم تختلف باختلاف الزاوية التي ينظر إليها ، و مجال التعامل الذي أصلته الظروف الصناعية والاقتصادية من خلال تجسيد أحكامها في التعاملات الدولية بين جميع الدول ، حيث ان ذلك يكون مؤشر على تطور مفاهيم التجارة الدولية وازدهارها مما جعل القضاء محصورا للبت فيها ،وعدم استبعادها ومن هنا أهمية التحكيم ظهرت ، اما فيما يخص مشروعية التحكيم فلا يتضح ان هناك اختلاف في مشروعية التحكيم ، حيث ان التحكيم عرفته البشرية منذ أوائل العصور كصورة من صور إرساء العدالة ، حيث ان الإنسان عرفه في المراحل الأولى لتشكيل الفكر القانوني في المجتمعات البدائي حيث لم تكن هناك سلطة عامة قادرة على القيام بتأمين العدالة للمجتمع ،فقد كانت العشيرة او الأفراد القبيلة يقومون باللجوء بأنفسهم إلى تحصيل الحقوق من خلال القوة ومع مرور الزمن هذ النظام تحول إلى أعراف وقائي واصبح بمقتضى ذلك تخلي أفراد المجتمع عن تحصيل حقوقهم بأيديهم وأصبحوا وفقا لذلك يلجئون الى شخص ثالث للفصل في النزاع الناشئ بينهم يختاره المتنازعون بأنفسهم من خلال مواصفات معينة .

نطاق التحكيم التجاري الدولي

يعتبر التحكيم التجاري الدولي ذو أهمية فعالة خاصة لما لقاه من نجاح وانتشار كبير منقطع النظير في التجارة الدولية , حيث يتمثل من خلال العمل على جعل قواعد التحكيم التجاري ذات تطبيق واثر , فمن حيث النطاق نتناول شروط صحة التحكيم في إطار منظمة العالمية للتجارة حيث يتم اللجوء إلى التحكيم في إطار المنظمة العالمية للتجارة كطريق مميز واختياري ، حيث ان مذكرة الاتفاق اوردت ضمن سبل فض المنازعات التجارية , كما أن التحكيم يعد مقتصرا على الدول الأعضاء بالمنظمة والتي تكون قد ارتضت سلفا الأخذ بأحكام مذكرة الاتفاق التي يرد بها نظام التحكيم, حيث أنه يشترط أن يكون هناك انفاق صريح بين الأطراف المتنازعة فلا يمكن أن تتقدم الدولة بطلب اللجوء إلى التحكيم رغما عن إرادة الطرف المقابل الأخر, وبالتالي فأنه يلزم لصحة اتفاق التحكيم وفق للمنظمة عدة شروط يجب أن يتوافر وتتلخص بما يلي :

١- أن يترتب اتفاق التحكيم بين دولتين يكونان قد انتميا إلى عضوية المنظمة العالمية للتجارة ,حيث يلزم لصحة اتفاق التحكيم في إطار المنظمة العالمية التجارية أن يكون الاتفاق بين طرفي دولتين [٤]، فلا يمكن اتفاق التحكيم إذا كان بين دولة معينة وشخص معنوي خاص, فهذا الاتفاق يحسم خارج اطار المنظمة كما ويلزم أن تكون كلا الدولتين من أعضاء او اطراف المنظمة العالمية للتجارة ، فإذا كانت احد الدول عضوا دون الدولة الاخرى فلا يمكن الاتفاق على فض النزاع في نطاق المنظمة وإنما يكون خاضع لنظام التحكيم التقليدي الذي يتم بين الدول ،أو عن طريق التحكيم الذي يكون منظما بموجب اتفاقية بين الدولتين المتنازعين في اطار معين

٢- أن يكون اتفاق التحكيم قد تعلق بنزاع ناشئ على أحد الاتفاقيات التجارية للمنظمة وفي خضم ذلك بان يكون وارد بشأن فض نزاع ناشئ عن أحد الاتفاقات التجارية الملحقة بميثاق المنظمة وفي حال كون الخلاف ناشـــئا عن تجارة خارج هذه الاتفاقية ، فإن التحكيم لا يجد له مجالا في نطاق أحكام هذه المنظمة .

٣- اعلان اتفاق التحكيم في المنظمة العالمية للتجارة الالكترونية الدولية, حيث يلزم اعلان الاتفاق الى كافة الدول الاعضاء ,وان يكون الاعلان قبل افتتاح اجراءات بوقت معقول وهذا الامر من الشروط التشكيلية الهامة التي يلزم مراعاتها ,والسبب في هذا الشرط ان تكون يكون الدول الاعضاء على علم بموضوع الخلاف لإعطاء الفرصة في طلب الانضمام الى اجراءات التحكيم [٥].

المبادئ المهمة للتحكيم الدولي

من حيث نطاق التحكيم التجاري الدولي حيث تتعدد الاتجاهات التي اقرت الى تحديد وحسم وصـف التحكيم وحسـب ما اذا كان اجنبي او دولي وتعددت الاتجاهات الفقهية بين من يأخذ بحسب طبيعة النزاع او معيار جنسية الاطراف [٦] حيث انه يصنف الى :

١- التحكيم الدولي : هو الذي يكون متعلقا بنزاع ذو طبيعة دولية أي يخص بمعاملة دولية تجارية , ولو كان يقضـــي بين شـــخصـــين يكونان يحملان جنسية ذاتها ,وان التحكيم قضى في الدولة التي ينتمي إلى جنسيتها ، حيث ان التحكيم يعد أجنبيا إذا تم خارج الدولة حتى لو كان أطرافه ، وتعلق بعلاقة محلية بحتة او بعقد ، والأمر ذاته لو كان أحد الأطراف من الدولة ذاتها ، والأخر أجنبيا , كما ان التحكيم لا يوصـــف بانه دولي بمجرد توفر طرف أجنبي ، أما جريانه في الخارج ، فيؤدي إلى اعتباره بالأجنبي ، أو بأنه تحكيم اجنبي غير محلي , ويكون التحكيم دوليا تبعا للمادة الثالثة من قانون التحكيم المصري إذا كان موضوعه قد تعلق بالتجارة الدولية ،[٧]

٢- التحكيم الداخلي : هو الذي يتعلق بعلاقات داخلية وطنية في كافة عناصرها الذاتية سببا وموضوعا وأطرافا ، حيث يرى البعض انه يكفي أن تكون العناصـــر الرئيســـية الموضـــوعية المكونة لهذه العلاقة مرتبطة بدولة معينة حتى يكون التحكيم وطنيا , وللتفرقة بين التحكيم الدولي والوطني أهمية كبيرة ، فمن جانب التنظيم القانوني لكلا الموضـوعين ، حيث يخضـع التحكيم الوطني لقواعد موضـوعية قانونية هي إجرائية داخلية بوضعها المقنن الوطني في كل دولة ، أما فيما يخص التحكيم الدولي فهو يكون خاضعا في تنظيمه القواعد قانونية خاصة من وضع المقنن الوطني الداخلي ،[٨]

٣- التحكيم التجاري :وهو صـنف من اصـناف حل المنازعات من غير اللجوء الى تعقيدات وطول الاجراءات القانونية في مواعيد رفع الدعوى وتستهدف تلك الوسيلة الى انهاء النزاع بتكلفة اقل ووقت اقل

٤- التحكيم الالكتروني :وهو صـنف من اصـناف الوسـائل التحكيمية حيث دخلت فيها الوسـائل الالكترونية كبديل لاجتماع المحكمين واطراف النزاع في مكان واحد بحيث يتم تداول موضـوع الخلاف من خلال تلك الوســائل الالكترونية (موقع الكتروني , بريد الكتروني , فاكس) ثم يرسل الحكم الى اطراف النزاع المطروح من خلال تلك الوسائل [٩]

٥-التحكيم الخاص :وهو صـــنف من التحكيم الذي يحدد خلاله اطراف النزاع المهل والمواعيد حيث يعينون المحكمين ويقومون بردهم او عزلهم ويقومون بتعيين الاجراءات اللازمة للفصـل في القضـايا التحكيم ,حيث ان التحكيم يكون خاصـا حتى وان تم الاتفاق بين اطراف النزاع على تطبيق قواعد واجراءات منظمة او هيئة تحكيمية ما دام ان التحكيم يكون اوامه خارج تلك الهيئة او المنظمة[١٠]

٦- التحكيم المؤسـسـي :وهو التحكيم الذي تنظمه مركز او منظمة من هيئات او مراكز التحكيم الدائمة , حيث ان التحكيم فرض جدواه واهميته في مجال العلاقات التجارية الدولية بما اقتضـــى قيام هيئات ومؤسـســات ومراكز مختلفة بما تمتلك من امكانيات فنية ومادية وعلمية , كما يتميز التحكيم المؤسسي باليسر والسهولة, [11]

٧- التحكيم الاختياري : ان الاصـل في التحكيم ان يكون اختياريا حيث اسـتناده يكون الى ارادة اطراف النزاع الذي يقومون بالاتفاق على اختيار المحكم وان امر اختيارية التحكيم يعني ترك الحرية لأطراف الخلاف لتسوية منازعاتهم [12]

٨- التحكيم الاجباري : يكون اذا فرض المشـرع على الخصـوم لأجل فض المنازعات نظرا للطبيعة الخاصـة , وخلال هذا النوع يفوض التحكيم تاركا للخصوم حرية اختيار المحكم وتعيين اجراءات التحكيم

٩- التحكيم بالقانون حيث ان الاصـل ان اطراف النزاع يكونون قد اتفقوا على تسـوية منازعاتهم وفقا لمواد القانون حيث يمارس المحكم سـلطة القاضي , فيجي تطبيق احكام القانون على النزاع المعروض فيبحث من خلال الادعاءات ضمن القانون الى مدى عدالة النتائج المتحصلة

١٠- التحكيم بالصلح : حيث ان المحكم خلاله لا يتقيد بقواعد القانون الموضوعي وانما يلجأ الى التحكيم من خلال قواعد العدالة التي تؤدي الى تحقيق التوازن في العدالة بين المصالح بين الطرفين حتى وان كانت مخالفة لأحكام القانون الذي يحكم النزاع [١٣]

دور التحكيم التجاري الدولي في تنمية التجارة الالكترونية

ان اهمية التحكيم يتجلى بشـــكل فعال من خلال مواكبته للتطورات الكبرة في نطاق التجارة الدولية ,وهذا ما يتضـــح من خلال النماذج التحكمية والاتفاقيات التي تبين مزاياه وتنظم قواعده وكذلك اعتماده في كافة التشـــريعات مما جعله يأخذ مكانة دولية أدت إلى حد التســـليم بمساهمته في تقدم القواعد التجارية الدولية وفي خضم هذا المبحث نتطرق الى التحكيم التجاري الدولي بوصفه اداة لتطوير التجارة الالكترونية وانها ضـمانة للمتعاقدين مع كونها تسـهم في انها أداة لتسـوية المنازعات التجارة الالكترونية. حيث يعد التحكيم التجاري الدولي ابرز الطرق التي يعتمد عليها المتعاقدون في نطاق التجارة الدولية على اعتبار انه من الاليات المهمة في فض النزاعات نظرا لما تتســـم به وقدمه من اجراءات وضمانات تكفل حقوقهم خاصة فيما يخص بالسرية في الأحكام , وتنظيم الخصائص الضرورية للاتفاق على اللجوء إليه في العقود الناشئة بين الأطراف حيث أن اتفاق التحكيم سواء كان شرط او عقدا ، فإنه يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة ، الذي يشكل مبدأ رئيسي في مشـروعيته والى التجاء الأطراف إلى التحكيم و منه دور المحكم سـلطته في فض الخلاف المطروح ويترتب على عدم وجود هذا الاتفاق انعدام حكم التحكيم كما انه يستند على اتفاق التحكيم

شروط تطوير التجارة الالكترونية

١- الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم :

من المتطلب لصحة اتفاق التحكيم أن تكون الشروط الموضوعية موجودة وهذه المبادئ تشغل جانب اساسي في صحة التعاقد بين المتعاقدين وضمانة لهم ونتطرق لهم بما يأتي

أ- التراضي : يعتبر التراضي من ابرز الشروط الموضوعية التي تكون ملزمة لصحة انفاق التحكيم و تعني تطابق إرادتين معتبرتين في ترتيب أثار قانونية طبقا لمضـمون الاتفاق ,ولا بد أن يطابق الايجاب مع القبول, حيث ان التحكيم يعتبر وسـيلة لحسـم المنازعات التي تثور بين طرفي العلاقة وضمانة للمتعاقدين في عقدهم [١٤], فيجب أن تتقابل إرادة طرفي الاتفاق على اتفاق التحكيم خاصة انه وسيلة مهمة لفض النزاع الناشئ أو الذي يمكن ان ينشأ بين المتعاقدين ,فضلا على ان إلى اتفاق التحكيم سواء كان مشارطة او شرطا ، فإنه قد يكون خاضعا لقانون يختلف عن القانون الذي يخضع له الاتفاق الأصلي فضلا على ذلك يكون المرجع في جميع ما يتعلق بهذا الاتفاق وهو إما الموطن المشترك قانون الإرادة أو ،أو قانون بلا محل إبرام الاتفاق ,[١٥]

ب- المحل : ان المحل يعني أن يكون النزاع يكون قابلا للتسوية بطريقة التحكيم حيث نصت المادة ١١ من قانون التحكيم المصري على انه " لا يجوز التحكيم في المسـائل التي لا يجوز فيها الصـلح " , وفضـلا على ذلك فأن اتقان التحكيم يتمثل في موضوع المنازعات التي يشـملها اتقان التحكيم والتي يقضي على حلها من خلال التحكيم ، وفي بعض الأحيان الاتفاق لا يتضمن الإشارة فقط إلى النزاع في موضوع معين ، كأن يذكر أن الخلافات التي تنجم وتنشأ بين الطرفين بالنسبة لجودة البضاعة يصار إلى حلها من خلال التحكيم أو القول أن كافة المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقد تحل من خلال التحكيم هذا بطبيعة الحال في امر وضع شرط التحكيم حالة عدم وجود مثل هذا الشرط , فأن اتفاق التحكيم او مشـــارطة التحكيم يكون اتمامه بعد نشـــوء النزاع او الخلاف ، وفي هذه الامر يكون موضـــوع النزاع متعارف عليه ومن الممكن تحديده بدقة فموضوع المحل يثار في موضـوعين الاول يتمثل في القابلية الشـخصـية للتحكيم التي تكون متعلقة بأهلية الدولة او الدول التي تكون خاضـعة الى الأشـخاص المعنوية للقانون العام وللمجموعات العامة في امر الالتجاء إلى التحكيم وهذه يحكمها أيا من الطرفين سـواء كان الشخص المعنوي في القانون العام او القانون الشخصـي للدولة او لقانون العقد الأصـلي الذي يكون ممتدا لاتفاق التحكيم مع مراعاة أن أهلية الدولة للأشـــخاص المعنوية في القانون العام تعد قاعدة قانونية مادية دولية , اما فيما يخص القابلية الموضـــوعية التي تكون متعلقة بموضـوع النزاع فأنها تتحدد تبعا للقانون المطبق على اتفاق التحكيم في الموضـوع المتنازع عنه , إذا كانت تخرج عن نطاق العقد وكما أن اتفاق التحكيم يعتبر انه عقد مثل باقي العقود فإن محله يلزم أن تتوفر فيه العناصر العامة الملزمة في مجال النزاعات التعاقدية و التي تقصد من خلالها على أن يكون هذا المحل

- موجودا
- معينا او ممكنا أو قابلا للتعيين

- أن يكون مشروعا .

ت- السبب : يلزم في هذا الصدد أن يكون السبب مشروع ، حيث أنه من الملزم لتكوين اتفاق التحكيم ان يكون حاله حال العقود الأخرى , حيث ان اتفاق الأطراف يتوفر سببه في إرادتهم في استبعاد طرح النزاع على القضاء و تفويض الموضوع للمحكمين ، كما ان السبب يعد مشروعا إلا إذا أثبت أن المقصود منه التهرب من أحكام القانون الذي كان من الممكن تطبيقه في حال عرض الخلاف على القضاء بسبب وجود قيود معينة يكون الأطراف خلالها في مبدأ التخلص منها ،وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون فيكون التحكيم بذلك هو وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف أو حرية المحكم في توضيح القانون الملزم التطبيق ,وان السبب غير المشروع لا يرتبط بالمحل غير المشروع او غير الممكن [16]

٢- الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم : حيث ان اتفاق التحكيم اذا كان يتباين من حيث اصنافه عقدا او شرطا فأنهما يلتقيان لكليهما في خضم ضرورة وجود شرط شكلي استلزمه المشرع لقيام اتفاق التحكيم صائبا ومؤدي الى تعلق الإثارة الموضوع بشرط الكتابة, إذ من المفترض أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ,حيث لا يعتد بالاتفاق الشفوي ,[١٧]

الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي

إن ابراز الطبيعة القانونية التحكيم يعد من الأمور المهمة في توضيح الوصف القانوني لحكم التحكيم عند إرادة تنفيذه ومن ناحية أخرى فإن الطبيعة التعاقدية للتحكيم تؤدي إلى اعتبار حكم المحكم مجرد تشكيل أحكام عقد التحكيم الذي يلتزم به طرفان بمجرد صدوره ، اما فيما يخص الطبيعة القضائية فإنها تجعل من الحكم التحكيمي بالمعنى الدقيق حكما في الأحكام القضائية وعليها فإن توضيح الطبيعة القانونية التحكيم التجاري الدولي تتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق فيما يخص بإجراءات التحكيم ، كم ان اهمية التحكيم تتجلى في تحديده خاصة مع تعدد الاتجاهات التي اتسمت في هذا الشأن ، حيث أن التباين في تحديد الطبيعة القانونية ادى إلى التمايز في تقسيمات وأشكال التحكيم والتي انعكست على موقف القضاء في الدول المتعددة وحتى في الدولة الواحدة ففي فرنسا يوجد تباين بين التحكيم الخاضع للقانون المدني و آخر يكون خاضعا لقانون الاجراءات .ومن المعترف به ان أي اختلاف في النظر حول الطبيعة القانونية للتحكيم جعل هناك اختلاف في القيمة المعتورة فمثلا النظام الأنجلو أمريكي عند وفاته , فأن المحاكم تشارك المحكمين في عملهم ولا يمكن للمحكمين أن يقروا في جوانب القانون ، كما أن المحكم لا يكون ملزما بتسبيب حكمه إلا إذا أمرته المحكمة العليا وفي ضوء ذلك نتناول الطبيعة التعاقدية والقضائية في التحكيم

اولا : الطبيعة التعاقدية للتحكيم التحكيم ليس قضاء بمعنى الكلمة , حيث انه عقد رضائي يكون ملزما للجانبين ، لذا يظهر ان حكم التحكيم وفق مؤيدي هذا الرأي عنصر تعبي في عملية التحكيم لأن اتفاق التحكيم يكون مستغرقا في عملية التحكيم , حيث أنه يعتبر اساسا لتفسير جميع اصنافها حتى في امر صدور من المحكم يلتزم به اطراف النزاع ، فحكم التحكيم تبعا لذلك لهذه الطبيعة التعاقدية هو مجرد توضيح لمحتوى عقد التحكيم بمعرفة غير المتعاقدين كما انه رغم صدور حكم التحكيم يكون الهدف من العملية التحكيمية من حيث كونه يفصل في الخصومات

ثانيا : الطبيعة القضائية للتحكيم يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التحكيم كان ذو طبيعة قضائية ، فالتحكيم هو قضاء إجباري يلزم الخصوم في حالة اتفاقهم على اللجوء إليه كطريق لفض خلافاتهم ، و أنه بهذه الوسيلة يكون بديلا ويحل محل مع قضاء الدولة الإجباري ، كما أن عمل المحكم و ان تأسس وقام على اتفاق التحكيم ، فإن هذا الاتفاق لا يمثل الأساس الوحيد لعمل المحكم ، حيث ان عمل المحكم يتسم بأنه عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة ، فمهمة المحكم هي مهمة قضائية وحكمه يقوم بترتيب ذات الآثار التي يتسم بها الحكم القضائي وإذا كان التحكيم يصدر في مراحله البدائية بعمل إرادي ألا وهو اتفاق او شرط في التحكيم , فإن هذا العمل يتمثل في رأي أنصار الطبيعة القضائية لا يعني أن يتسم بأنه تجسيد لبداية قيام هذا الاطار والعمل الإرادي للمتنازعين في الالتجاء التي التحكيم لحل خصوماتهم يطابق شأن ذلك العمل الإرادي للخصوم وفي اللجوء إلى قضاء الدولة ذاتها .

التحكيم التجاري

أن التحكيم التجاري قد اصبح بمثابة القضاء الطبيعي للمنازعات التي تثار في اطار عقود التجارة الالكترونية ، فقد احتل التحكيم في الوقت الحالي مكانة فعالة كوسيلة لحل النزاعات المتعلقة بهذا الصنف من العقود حيث نلاحظ من جانب قدرته على ابتكار حلول فعالة من واقع هذه التجارة عن طريق ما تزخر به من عادات وأعراف وعناصر تساعد على ذلك وصولا إلى المنظمات العالمية ومدى فعاليتها في صياغة

القواعد ذات البعد العالمي وبالتالي فأن المحكم يتمتع بالاستقلال عن أي نظام وطني قانوني ، حيث لا يفصل في النزاعات المعروضة امامه باسم أي دولة ، وفي الأصل أن المحاكم تقوم بتطبيق القواعد الدولية تطبيقا تلقائيا على موضوع النزاع المطروح أمامه نتيجة تضمنين الأطراف على عقدهم عقدا صريحا يقوم بإيفاء رغبتهم في أعمال تلك القواعد لفض مما قد ينشأ بينهم من خلافات , خاص أن الواقع العملي يرمي بإثبات عدم وجود اتفاق حول التعابير المستخدمة من جانب المتعاملين للدلالة على هذه القواعد الدولية، على الرغم من ان الأشكال المختلفة للصياغة لا تعني تباين في المضمون العام ، فهي ليست الا مرادفات تصوح لمعنى موحد ، ونصب كلها فيرغبة الأطراف في تسوية نزاعاتهم بموجب قواعد غير وطنية ,

التحكيم التجاري كأداة لتسوية المنازعات التجارة الالكترونية

ان التحكيم التجاري الدولي من السبل الفعالة في حل النزاعات في التجارة الالكترونية فلا يخلو اي من عقود التجارة الالكترونية من شرط الزام اتباع نظام التحكيم عند حدوث خلاف او نزاع المرتبط بهذا العقد , حيث إن الأطراف يسعون عن طريق الاتفاقات الى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي إلى البحث عن أسلوب فعال لفض النزاعات القائمة بينهم ، و ذلك على نحو يختلف عما لو تم طرح النزاعات على القاضي الوطني والتي لم توضع الا لمواجهة متطلبات المجتمع الداخلي و التي تتباين تماما عن مقتضيات التجارة الدولية وحاجاتها , فالقاضي الوطني يكون حريصا على تطبيق قواعد التنازع التي ترشده في نهاية الامر قانون وطني , حيث انه قانون مهما بلغت اصناف تطوره تبقى غير مستجيبة لطبيعة المعاملات التجارية الدولية والالكترونية ومواكبة القواعد المعتوة ، وذلك لأنه مستمد من نظام داخلي خاص بدولة معينة من الدول ، مما يفقد القوة على مواجهة التطورات الكبوة في اطار التجارة الدولية المعاصرة ، وتظهر فعالية التطبيق المباشر للقواعد عبر الدولية من جانب أخر في الحالات التي يواجه فيها المحكم تباينا واسعا بين الشروط التعاقدية [١٨]، وان القانون حكمه يسري على العقد إذا ما تم اعمال منهج النزاعات ، كما لو تضمن العقد عنصرا يعفيه من المسؤولية ، في حين أن قانون العقد يبطل هذا العنصر أو يتفق الأطراف في العقد المبرم بينهم على نسبة معينة من الفوائد ،وهو شرط يقوم القانون بحضره ويجعله بطلا ، فإذا ما عرض مثل هذا النزاعات أمام القاضي الوطني ، في حين أن عرض ذات النزاع أمام قضاة التحكيم سيؤدي إلى نتيجة مغايرة عند إعماله للقواعد عبر الدولية السارية في هذا الاطار إليها مباشرا على الخلاف وبالتالي فإذا كانت الشروط التعاقدية تتفق مع أحكام القواعد عبر الدولية قضي المحكم بصحتها حتى لو كانت مخالفة لأحكام قانون العقد وصفوة القول ان القاضي يعتمد على عادات وقواعد التجارة الدولية بشكل مباشر متجاهلا بذلك تطبيق ضابط الإسناد الذي يحيل إلى تطبيق القانون الوطني لدولة معينة ، لاسيما وأن اعراف التجارة الدولية هب قواعد ليست منتمية لأي نظام قانوني ، مما يعني عدم وجود التطبيق التنازعي بين القانون الوطني وعادات وقواعد التجارة الدولية ، و بالتالي فهذا يعتبر مناهضة للزام القاضي بعمل قواعد الاسناد الوطنية التي تفرض من طرف مشرع دولته [١٩] الاتفاق في التحكيم يعد وسيلة لفض الخلافات ويتم من خلال القواعد والاحكام التي يرتضيها الدول الاعضاء عند الانضمام ,واذا كان اتفاق التحكيم مقتصرا على الدول الاعضاء فليس من الملزم ان تكون الدول هي المتنازعة فيمكن ان تمثل هيئاتها المختلفة [٢٠] وان مما يتباين في اجراءات حل المنازعات هو الاعتراف بعدم المساواة في معظم الاوضاع بين الدول المتنازعة , لاسيما عندما يكون احدهم من الدول المتقدمة وهذا ما يمكن الاشارة اليه في الاحكام التي تمنح الاعتبار الخاص للمواضيع التي تخص الدول النامية او غيرها [٢١] , ان القاعدة العامة المعترة التي تسير الى حل المنازعات وهي تحقيق العدالة بين الدول جميعها وتنفيذ الاتفاقات التجارية المتعددة , حيث ان القرار لا يؤدي الى نقصان وزيادة في التزامات الدول الاعضاء , كما تستبعد احكام القوانين الوطنية ككل من موضوع الخلاف وفي حال وجود خلاف فراغ قانوني محتمل في الاتفاقات التجارية حيث يتمكن الى تطبيق احكام قانون التجار [٢٢]

مشكلات المجتمع الدولي للمعاملات الإلكترونية

يلاحظ أن المجتمع الدولي للمعاملات الإلكترونية له مشكلاته ومعطياته الذاتية ، التي تقتضي حلول وقواعد تتفق مع ذاتيته ، قواعد خاصة لا تخاطب إلا فئة معينة من الأشخاص وهم مقدمو خدمات المواقع الرقمية ومستخدمو شبكة الإنترنت وحتى يكون الفرد طرفا في خصومة التحكيم الإلكتروني يفترض أن تتوافر له الصلاحية لمباشرة الإجراءات أمام القضاء او اهلية التقاضي وفي ظل هذا التحديد فإنه يلزم أن يتوافر لطرف خصومة التحكيم الإلكتروني أهلية التصرف في الحق محل الخصومة [٢٣], ومرد ذلك أن التقاضي من شأنه أن يؤدي الى ان يعرض وجود الحق محل الخلاف للخطر نتيجة لاحتمال ان يقضي طرف ضد الطرف غير كامل الأهلية كما ان قواعد الأهلية تكون مقررة على اعتبار الأصل لحماية غير كامل الأهلية ،وهذا يعني أنها تكون مقررة لمصلحة خاصة هي مصلحة الشخص الذي أهليته منعدمة او

ناقصة وتطلب أهلية التقاضي يستند إلى الاعتبار ذاته وهو حماية غير كامل الأهلية وحده من غير خصمه ،وهو ما كان يقتضي الذكر بأن بطلان الخصومة الناجم عن عدم توافر الأهلية لا يتعلق بالنظام العام [٢٤]، ولكن هناك اعتبارات اخرى يقوم إلى ناحية هذا الاعتبار طوال مدة عسير الخصومة ويزول بمجرد الانتهاء الخاص بها والحكم فيها ،وهو أن المصلحة العامة ترتب تفادي السير في الإجراءات التي تكون معيبة بعيب تخلف الأهلية فاذا انتهت الخصومة بالحكم فيهازالت المصلحة العامة التي تكون مرتبطة بعيب الأهلية وبقيت المصلحة الخاصة للخصم المراد حمايته وحدها , ولذلك فهذا الخصم يصبح ذاته هو صاحب المصلحة في التمسك ببطلان حكم التحكيم الإلكتروني نتيجة عدم اكتمال أهليته عن طريق سير الخصومة التي صدر فيها الحكم ,وحيث ان القاعدة العامة أنه من يكون غير أهل التقاضي ، له ان يباشر هذا الحق من خلال من يمثله قانونا , حيث يتبين في هذا الامر أن تمثيل غير كامل الأهلية قد يكون تمثيلا قانونيا كما في حالة القيم الولي أو الوصي، كما قد يكون التمثيل فنيا وذلك من خلال توكيل محامي ، وطلق هذا التمثيل الفني بالوكالة في الخصومة ومن ثم يثار التساؤل بأنه هل يمكن تطبيق هذه القواعد في نطاق التحكيم الإلكتروني لاسيما إذا كان واقع الحال يشير إلى أن المستخدم لشبكة الإنترنت قد يكون غير كامل الأهليةولا يدرك الطرف المقابل في التعامل التجاري الإلكتروني هذه الصفة ؟ , حيث يقرر في هذا الوضع أنه يجوز للقيم والولي أو الوصي أن يمثل القاصر سواء في انشاء الاتفاقات الالكترونية التجارية وكذلك في الخلافات الإلكترونية ، إلى أن ذلك يكون مشروطا بالحصول على إذن من المحكمة المختصة وأن يتم عرض هذا الإذن تبعا الى مستندات الصفقة التجارية ويجد هذا الراي مسنده وذلك بالرجوع إلى سلطة الاتفاق على التحكيم ، ونطلق على صلاحية الشخص لأن يبرم اتفاق التحكيم بحساب الغير وباسمه ، تبعا للاتفاق (الوكالة أو بموجب القانون كالوصاية والولاية او القوامة)[٢٥] , حيث ان الوكالة اللازمة لإنشاء اتفاق التحكيم في الوكالة الخاصة وليست الوكالة العامة ، لأن الوكالة العامة لا ترتب التخويل إلا مباشرة أعمال الإدارة من غير أعمال التصرف، فإذا كان اتفاق التحكيم يعتبر من أعمال التصرف، فلابد من وكالة خاصة لإبرام اتفاق او عقد التحكيم ,حيث ان البعض يرون أن العرف الدولي كان قد استقر في اطار المعاملات الدولية على أن الوكالة التجارية العامة قد تخول الوكيل الى الاتفاق على التحكيم من خلال المنازعات التي تنشأ عن كل محل عقد الوكالة ،وأن هذا العرف يقر بالاستناد إلى أن عقود التجارة الدولية عادة ما تتم عن طريق عقود نموذجية معروفة في المعاملات التجارية الدولية ،وهذه العقود النموذجية يكون قد تضمن شرط التحكيم ، فلا يحتاج بشأنها وكالة خاصة للاتفاق على التحكيم [٢٦], ويقرر البعض الأخر بأن المبادئ العامة للوكالة فيما يتعلق بالوكلاء العاديين لا يمكن إعمالها فيما يتعلق بالوكلاء الإلكترونيين , كما انه لابد من البحث عن قواعد معينة جديدة تناسب تلك النظم المستحدثة , حيث ان هذا الاتجاه يبدأ فكرته حول تلك القواعد الجديدة بتقريره بان الشخص الذي تم لحسابه برمجة الحاسوب سواء كان كيانا قانونيا او شخصا طبيعيا يكون مسؤولا عن أي رسالة معلومات او بيانات ينتجها الانترنت او الحاسوب , وتعد رسالة البيانات صادرة عن هذا الشخص إذا كان هو الذي أرسلها بذاته أو قام بإرسالها شخص له صلاحية في التصرف عنه , فضلا على أن الرسائل التي ينشئها الحاسب الآلي تلقائيا من غير تدخل إنساني مباشر يلزم أنها صادرة عن هذا الشخص طالما ان الحاسوب يعمل بالنيابة عن الشخص [٢٧]

---

[١]) محمد وليد العبادي, أمية التحكيم وجواز اللجوء لحل منازعات العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ،مقال , دراسات علوم الشريعة والقانون ، المجد ٣٤ , العدد ٢ ,الدراسات العربية و القانونية , جامعة ال البيت ، الأدن : ٢٠١٧

[٢]) حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي , ط١ , منشورات الحلبي الحقوقية , ٢٠١٤ ، ص ٣٣

[٣]) بودودة سعاد , التحكيم التجاري الدولي , رسالة ماجستير , كلية الحقوق, بن عكون الجزائر , ٢٠٠١ , ص ١

[٤]) ابو زيد رضوان , الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي , دار الفكر العربي , ١٩٩١ , ص ٦٤

[٥]) نجم رياض نجم , ضمانات أطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة , جامعة الزقازيق كلية الحقوق, ٢٠٠٣ , ص ٩٠-٩١

[٦]) محمود مختار بربري , التحكيم التجاري الدولي , ط٣ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٧ , ص ٧٥

[٧]) فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي , المصدر السابق , ص ٩٨

[٨]) احمد عبد الكريم سلامة , التحكيم في المعاملات المالية الداخلية , ط١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٦ , بند ٢٤ , ص ٧٨-٧٩

[٩]) فراح مناني , التحكيم طريق بديل لحل النزاعات , المصدر السابق , ص ٧٩-٨٠

[١٠]) فراح مناني , التحكيم طريق بديل لحل النزاعات , المصدر السابق , ص ٥٠-٥١

[11]) عبد العزيز عبد المنعم , التحكيم , دار الثقافة للنشر والتوزيع , مصر ,٢٠٠٥ , ص ٢١

[12]) سليمان مرقس , الوافي , مطبعة السلام , شبرا , ١٩٨٧ , ص ١٣٠

[١٣]) جعفر مشيش , التحكيم , ط١ , منشورات زين الحقوقية , دار الثقافة للنشر والتوزيع , لبنان , ٢٠٠٩ , ص ٥٠

[١٤]) يحيى والي , قانون التحكيم في النظرية والتطبيق , المصدر السابق , ص ١٠٤

[١٥]) بودودة سعاد , التحكيم التجاري الدولي في القانون المقارن ,رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة البليدة , ٢٠٠٧ , ص ٦٩

[16]) احمد ابو الوفا , التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري ,ط٥ , دار المعارف الاسكندرية , ١٩٩٩ , ص ١ .

[١٧])والي انور بندق , موسوعة التحكيم الاتفاقات الدولية وقوانين الدول العربية , دار الفكر الجامعي , ٢٠٠٤ , ص ٤٠٣

[١٨]) أحمد بوخلخال , نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي و تطبيقاته, كلية الحقوق بن عنكنون , ٢٠١٣ , ص ٣١

[١٩]) صفاء تقي العيساوي , التحكيم متعدد الاطراف اسلوب لتسوية منازعات العقود التجارية الدولية , مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية , مجلد ١٤ , العدد ١ , ٢٠٠٧ , ص ٣١

[٢٠]) عبد العزيز قادري , التحكيم الدولي التجاري , المصدر السابق , ص ١٠٥

[٢١]) حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي , المصدر السابق , ص ١٣٠

[٢٢]) نجم رياض نجم , ضمانات أطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة , المصدر السابق , ص ٩٩

[٢٣]) احمد عبد الكريم سلامة , القانون الدولي الخاص , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٨ , ص ٥

[٢٤]) فايز نعيم رضوان ، اتفاق التحكيم وفقا لقواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، مجلة الأمن و القانون ، أكاديمية شرطة دبي ، السنة الخامسة عشر, العدد ١ , ٢٠٠٧ م , ١٥

[٢٥]) وجدي راغب فهمي ، مبادئ القضاء المدني وقانون المرافعات , ط١ ، دار الفكر العربي , ١٩٨٩ ص ٤٩٨ .

[٢٦]) احمد عبد الكريم سلام ، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية , ١٩٩٠ , ص ٢٠٣

[٢٧]) صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة , ٢٠٠٩ , ص ١٠٤