إعمال قواعد التنازع على الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإلكترونية دراسة تحليلية

أ.م.د. محمد جلال حسن م.د.ئافان عبدالعزيز رضا

كلية القانون والسياسة- جامعة السليمانية

مقدمة

إن إستخدام وسائل الإتصال الحديثة في إنجاز معاملات التجارة الإلكترونية يثير مسائل عدة مرتبطة بالإختصاص القضائي، والذي يرجع أساساً إلى طبيعة البيئة الإلكترونية التي تجري من خلالها إنجاز هذه المعاملات، هذا إضافة إلى مدى إختصاص المحاكم الوطنية الذي ينحصر في حدود الدولة التي تتبعها، إضافة لتحديد وتعيين القانون الواجب التطبيق، سيما أن الآليات التقليدية لتسوية المنازعات المتمثلة في طرح النزاع على المحاكم الوطنية ذات الإختصاص الإقليمي سوف يفتح المجال لبروز عدة مشاكل تتعلق بإعمال معايير تحديد المحكمة المختصة وحدود سلطتها ومدى فاعلية ما توفره أحكامها أو أوامرها من حماية للحقوق المتنازع عليها. ومن المتوقع أن تزداد أهمية معالجة مثل هذه المسائل نتيجة لكثرة التعامل على شبكات الإتصال الإلكترونية، الأمر الذي يجعلها مجالاً خصباً لتنازع الإختصاص القضائي.

وإزاء هذه الصعوبات والتي يحتمل أن يفرزها إختصاص محاكم الدول بمنازعات المعاملات على شبكات الإتصال الإلكترونية، إتجه العمل نحو إيجاد آليات بديلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية خارج المحاكم، يجري إتخاذ شكلها وإجراءاتها ومتطلباتها على ذات القنوات الإلكترونية التي جرى من خلالها التعامل محل النزاع، كما تتفادى الإصطدام بالطابع الإقليمي والمادي لمعايير فض التنازع القضائي، وتكفل تسوية سريعة وغير مكلفة وفعالة دولياً وفق حلول خاصة بقواعد التنازع، ومن هذه

الوسائل الوساطة الإلكترونية، والمفاوضات الإلكترونية المباشرة، والتوفيق الإلكتروني، والتحكيم الإلكتروني.

أهمية البحث :

تكمن الأهمية العملية للبحث في إرتباطه بعقود التجارة الدولية الإلكترونية والتي أصبح التعامل بها في إزدياد، سيما أن التعامل من خلال شبكة الإنترنت في صورة عقود دولية من الأمور المفروض واقعها على الدول والأفراد، نظراً لما تحققه من قيمة مادية وإقتصادية ضخمة، إضافة إلى ماتوفره للتخلص من مشاق الإنتقال والسفر من دولة لأخرى، والذي ينعكس على الفترة الزمنية لحل النزاع.

وتتمثل الأهمية القانونية لموضوع البحث كونه بحثاً تحليلياً للوسائل البديلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية وإعمال قواعد التنازع عليها، والتي تهدف إلى التوفيق بين القواعد القانونية التقليدية، والطبيعة السريعة والمرنة لعقود التجارة الإلكترونية، وإعمال قواعد التنازع وفقاً للتشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية، بشكل يحقق الأمان والضمان لطرفي العلاقة القانونية في مواجهة المشاكل التي يمكن أن يواجهها في تسوية المنازعات. إضافة لأهميته من الناحية العلمية المتمثلة في حداثته من الناحية البحثية، إضافة لعدم تلبية قانون التوقيع الالكتروني العراقي لمتطلبات هذه المنازعات بصورة وافية، وقلة المراجع المتخصصة والتي تضع حلولاً مباشرة للإشكاليات التي يثيرها هذا الموضوع.

مشكلة البحث :

تثير مشكلة البحث عدداً من التساؤلات حول ماهية الوسائل البديلة للمنازعات الإلكترونية، ومتطلبات اللجوء إليها، وكيفية تسويتها للمنازعات الإلكترونية، وبيان قواعد التنازع والحلول الخاصة بها.

منهج البحث :

إن دراسة هذا الموضوع يتطلب إتباع إسلوب يتميز بكونه مزيجاً من المنهج الوصفي، والتحليلي، والمقارن، حيث يقوم على وصف وتحليل الفكرة المستقاة من المراجع والمصادر المتنوعة ومعالجتها

قانوناً وفقاً للدراسة المقارنة بين مختلف القواعد القانونية محل الدراسة واللوائح التي تطبق عالمياً وعلى الصعيدين الوطني والدولي ومراكز التسوية للمنزاعات، محاولين الوصول للحلول الناجعة لمشكلة محل الدراسة والوصول إلى الهدف المنشود منه.

خطة البحث :

إقتضت دراسة هذا الموضوع، تناوله من خلال مبحثين، يسبقه تمهيد، وكالآتي :

تمهيد : يتضمن نقطتين :

أولا : مفهوم الوسائل البديلة.

ثانيا : مفهوم تسوية المنازعات الإلكترونية.

المبحث الأول : آليات اللجوء للوسائل الإلكترونية البديلة.

المطلب الأول : شكل الإتفاق على الوسائل الإلكترونية البديلة.

المطلب الثاني : الإجراءات المتبعة عند إختيار الوسائل البديلة.

المبحث الثاني : آثار اللجوء للوسائل الإلكترونية البديلة.

المطلب الأول : متطلبات تسوية المنازعات الإلكترونية بالوسائل البديلة.

المطلب الثاني : إعمال قواعد التنازع وفقاً للنصوص الوطنية والإتفاقيات الدولية.

المطلب الثالث : الحلول الخاصة بقواعد التنازع.

الخاتمة

تمهيد

إن وسائل حسم المنازعات في التشريع العراقي تكون لجهتين رئيسيتين تتوليان وظيفة القضاء وهما القضاء العادي والقضاء الإداري، إلا أن طبيعة بعض المنازعات وفي حالات معينة تجعل الأطراف يلجأون إلى خارج هذين الجهتين لتسوية منازعاتهم، بأتباع الوسائل البديلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية والتي أصبحت حقيقة واقعية في العالم المتحضر ذات العمل والتطوير المستمر.

فأحياناً يفضل الأطراف في مجال التجارة الإلكترونية تضمين العقد حلولاً للمسائل التي يمكن أن تثور بينهم بوضع الأحكام والشروط الخاصة بتسوية المنازعات المتوقعة، ويستعين الأفراد في ذلك بالعقود النموذجية المطبوعة في صيغ معدة سلفاً، وتضم الشروط المتعارف عليها في مجال سلعة أو خدمة معينة، وتقبلها أوساط التجارة الدولية، وقد أصبح هذا الأمر مألوفاً في مجال التجارة الإلكترونية[1].

كما قد يلجأون إلى الوسائل البديلة والذي يقوم على فكرة تدخل طرف ثالث لحل النزاع، وعليه سوف نبين مفهوم هذه الوسائل، ومن ثم مفهوم تسوية المنازعات الالكترونية، وكمايلي :

أولاً : مفهوم الوسائل البديلة

أفرز الواقع العملي وتطوره، وتزايد الإستثمار الدولي، وسائل جديدة لفض النزاع عن بعد، تتصف باليسر والمرونة، وتعين الأفراد على تسوية منازعاتهم الدولية دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء العادي لفضها، ولعل من أهم الأسباب التي دفعت الكثير من الأشخاص للإلتجاء لهذه الوسائل (غير القضائية) هي توفيرها للوقت والجهد.

ويقصد بالوسائل البديلة : تلك الوسائل غير القضائية لحل منازعات التجارة الإلكترونية والفصل فيها من خلال شبكة الإنترنت، بدلاً من اللجوء إلى المحاكم الوطنية، إذ يتم رفع النزاع والفصل فيه خارج المحكمة، ويتم إختيار الوسيلة غير القضائية وذلك بالنص عليه في العقد، كما يجوز للأطراف

([1])Huet commerce électronique, loi applicable. CP. 1999. P.1601

نقلاً عن : د. محمد حسين منصور، المسئولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص٣٥٣.

إختيار الوسيلة غير القضائية لتسوية النزاع بإتفاق لاحق للعقد، ومن هذه الوسائل[١]: الوساطة الإلكترونية، والتوفيق الإلكتروني، والمفاوضات الإلكترونية المباشرة، والتحكيم الإلكتروني، والصلح الإلكتروني.

وسنبين مفهوم كلاً منها، وكمايلي :

١. الوساطة الإلكترونية

تعرف الوساطة الإلكترونية بأنها: إحدى الوسائل الودية لفض المنازعات الإلكترونية، إذ يقوم أطراف النزاع بالعمل مع وسيط يختارونه ويعرضون عليه نزاعهم، وهو من يقدم النصح والإرشاد، ويقرب وجهات النظر بين الأطراف ويحثهم على الحوار، أو يقدم رأي إستشاري ويطرح الحلول لطرفي النزاع دون أي ضغط و إكراه لفض النزاع القائم بينهم في ضوء ماقدمه له الأطراف طواعية من معلومات[٢].

وتعتبر الوساطة أداة مناسبة لتسوية النزاع في العقود الإلكترونية، نظراً لطابع السرية التي تتمتع بها، كما أن اللجوء إليها ليس قسرياً، إذ للأطراف حرية اللجوء إليها من عدمه. ويتم اللجوء إلى الوسيط بموجب شرط في العقد، ولايوجد ثمة مايمنع الأطراف من اللجوء إليها بموجب إتفاق لاحق للعقد[٣].

هذا وأن رأي الوسيط لايتمتع بالقوة الملزمة لأطراف النزاع، إذ يمكنهم أو يمكن لأحدهم ألا يأخذ به، كما لهم حق العدول عنه، وإختيار اللجوء إلى القضاء.

---

(١) يميل الإتجاه السائد في نطاق العقود الدولية ومنها العقد الإلكتروني إلى الأخذ بنظام تنازع غير قضائي يقوم على فكرة تدخل طرف ثالث لحل النزاع ويأخذ هذا التدخل أحد شكلين أما الوساطة أو التحكيم.

للمزيد أنظر: د.إلياس ناصيف، العقود الدولية " العقد الإلكتروني في القانون المقارن"، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص٣١٥.

(٢) إذ تنص المادة (١) من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام ٢٠٠٢م على: " يقصد بمصطلح التوفيق أي عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين (الموفق) مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشيء عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين ".

(٣) د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص٣١٦.

٢. التوفيق الإلكتروني

يعد التوفيق الإلكتروني وسيلة بديلة لفض المنازعات الإلكترونية خارج نطاق القضاء التقليدي، ويعرف بأنه:" العملية التي يقوم بها شخص أو أكثر أو هيئة لإنهاء نزاع ما بين طرفين أو أكثر، وقد يكون التوفيق إختيارياً أو إجبارياً"[١].

ويطلق على الشخص الذي يتولى العملية التوفيقية بـ"الموفق"، وهو شخص من الغير بالنسبة للمتنازعين، كما ويتم إختياره بإتفاق الطرفين وتتم كل إجراءات العملية التوفيقية إلكترونياً بإستخدام وسائل الإتصالات الحديثة كالإنترنت، إلا أن من يقوم بالتوفيق يكون مجرد عن السلطة القضائية وغير ملزم بإتباع الإجراءات القضائية المتعارف عليها، إذ أن مهمته تقتصر على تقريب وجهات النظر بين طرفي النزاع عن طريق الوسائل الإلكترونية، والوصول إلى حلول مقبولة من قبل الأطراف[٢].

هذا وأن القرار التوفيقي في شأن النزاع لايمنع الأطراف من اللجوء إلى القضاء.

٣. المفاوضات الإلكترونية المباشرة

يقصد بالمفاوضات الإلكترونية المباشرة : حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى إتفاق بينهم، يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة، لهدف الوصول إلى إتفاق بشأن خلاف معين. إذاً تتم المفاوضات الإلكترونية المباشرة من خلال إتصال طرفي العقد بالآخر خلال مدة معينة، لإنهاء النزاع، والتي حددتها بعض المراكز بثلاثين يوماً، وذلك عن طريق صفحة تابعة لموقع فض المنازعات الإلكترونية، لكن دون تدخل المركز سواء تم حل النزاع أم لم يتم، بعد أن يتم تزويد كل منهما بكلمة مرور تسمح بالدخول إلى هذه الصفحة[٣].

---

(١) د.عبدالهادي مقبل، فض المنازعات في المسائل الإقتصادية والمالية بغير الطريق القضائي، مجلة مصر المعاصرة، مجلة ربع سنوية تصدرها الجمعية المصرية للإقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع،العدد(٤٩١)، السنة المائة، القاهرة، يوليو ٢٠٠٨، ص١٠.

(٢) د. أحمد عبدالكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والعولمة، ط١، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر، ص٥١.

(٣) محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٤، ص١٦٠.

٤. التحكيم الإلكتروني

إن التحكيم الإلكتروني نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم بمقتضى إتفاق أو شرط التحكيم في العقد، وذلك لفض النزاع الذي قد ينشأ بينهم بخصوص علاقتهم التعاقدية،أو بإتفاق لاحق على العقد- مشارطة التحكيم - بمناسبة نشوء النزاع[١]، ويتم بإستخدام الوسائل الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، حيث تتم جميع إجراءاته عليه إبتداءً من تعبئة طلب التحكيم، والسير في إجراءاته، وإصدار حكمه، وتنتهي مهمة المحكم بإصدار قرار التحكيم، وهذا القرار يكون نهائياً وملزماً لجميع الأطراف، ويكون قابلاً للطعن فيه وفقاً لما قرره المتعاقدون في مشارطة التحكيم[٢]. ويختلف التحكيم عن الوساطة في أن اللجوء إلى التحكيم يغلق باب اللجوء إلى المحاكم القضائية إبتداً[٣].

٥. الصلح الإلكتروني

يعرف الصلح الإلكتروني بأنه:" الإجراء الذي يتخذه طرفان أو أكثر لإنهاء النزاع بينهم لمنع السير في إجراء قضائي أو لوقف ذلك الإجراء إذا كان قد بدأ"[٤].

فالصلح الإلكتروني هو إتفاق يقوم على توافق إرادة أطراف النزاع، إذ لابد من وجود هذا الإتفاق للجوء إلى الصلح[٥]، كما وأنه يتم بإستخدام وسائل إلكترونية مثل الإنترنت، إلا أنه لايوجد فيه وسيط

---

(١) إذ تنص المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٤ على: " إتفاق التحكيم هو إتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية ". كما تنص في المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ على: " يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين. كما يجوز الإتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين".

(٢) د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠١٠، ص٢١٣.

(٣) د. صابر عبدالعزيز سلامة، مرجع سابق، ص١٢٨-١٣٠.

(٤) د.هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٢، ص٣٤-٣٥.

(٥) نصت المادة (٦٩٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاته على:" الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي".

بين طرفي النزاع خلافاً للوساطة والتحكيم الذي يتطلب شخصاً من الغير يعمل كمحكم أو وسيط بين طرفي النزاع لحسم الخلاف بينهم.

ثانيا : مفهوم تسوية منازعات التجارة الالكترونية

يقصد بالنزاع بأنه: الخلاف الذي يمكن عرضه على القضاء الوطني او الدولي، واصدار القرار المناسب فيه، أو يمكن عرضه على لجان أو هيئات خاصة غير قضائية لتسويته بالطرق المرسومة قانوناً [١].

وكذلك يقصد به : الخلاف القضائي الذي يقبل الخضوع لتسويته بالطرق غير التقليدية، خارج ساحة القضاء العادي[٢].

أما مصطلح التجارة الإلكترونية فيقصد به بالمعنى العام بأنه : ممارسة مختلف الأعمال التجارية من بيع وشراء وغيرها من التصرفات القانونية، بإستخدام وسائل الإتصال الإلكترونية بمختلف أنواعها. ويقصد بالتجارة الإلكترونية بالمعنى الخاص بأنها : المبادلات المختلفة التي تتم عبر شبكة الإنترنت، بعد أن أصبحت شبكة دولية ومتاحة لكل شعوب العالم، سواء كانت تجارة منتجات مادية أو رقمية و خدمات[٣].وكذلك يقصد بها: " الآليات المستخدمة في إجراءات حل كافة أنواع النزاع داخل ساحة القضاء أم خارجها"[٤].

عليه فإن تسوية المنازعات يقصد بها الحلول القانونية المبتغاة لغرض إحقاق الحقوق وإستقرار المبادلات والتعاملات المالية في داخل وخارج إقليم الدولة. إذ أن عدم تسوية هذه المنازعات الحاصلة في العلاقات القانونية تؤدي إلى زعزعة الثقة في المعاملات المالية وعدم إستقرارها، وبالتالي إلى هدر الحقوق التي نشأت في ظلها.

---

(١) هند عبد القادر سليمان، دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الدولية، بحث مقدم إلى مؤتمر المغرب الأول حول المعلوماتية والقانون، ٢٠١٤، ص80 ومابعدها.

(٢) د. سعد فاضل منديل، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة القادسية، العدد الثاني، ٢٠١٢، ص٤.

(٣) يعرف عقد التجارة الإلكترونية بأنه : العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في ذات الدولة او في دول أخرى ، من خلال الوسائط الالكترونية المتعددة ، وبهدف إتمام التعاقد .
للمزيد أنظر : د. عبدالله ثامر محمود، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت ، ٢٠١١، ص٣٥ .

(٤) محمد امين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨، ص٢٧.

المبحث الاول
آليات اللجوء للوسائل الإلكترونية البديلة

نتناول في هذا المبحث شكل الإتفاق على الوسائل الإلكترونية البديلة، والإجراءات الإلكترونية المتبعة عند إختيار الوسائل البديلة، وذلك في مطلبين، وكمايلي :

المطلب الاول
شكل الإتفاق على الوسائل الإلكترونية البديلة

إذا كان الأصل هو لجوء المتضرر عند نشوب النزاع إلى القضاء فإن هذا الأمر يختلف عند إختياره لوسيلة بديلة إلكترونية لتسوية النزاع الناتج عن إبرام العقد الإلكتروني. ولما كانت الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإلكترونية أمراً إستثنائياً عليه فلا يمكن التمسك به إلا بإتفاق الأطراف صراحة، وهذا الإتفاق يتم عادة كشرط من شروط العقد أو بإتفاق مستقل[1].

وعلى الرغم من الطابع الإختياري للتوفيق إلا أن إدراج الإتفاق عليها في العقد المبرم بينهم يلبسها طابع الإلزام - حسب رأينا - إذ في هذا الوقت لايحق لأحد الأطراف العدول عنه واللجوء لوسيلة أخرى لتسوية النزاع قضائياً أو تحكيمياً دون موافقة الطرف الآخر، وحتى القضاء سوف يرجيء النظر في الدعوى لحين بيان نتيجة التسوية، والذي يمكن أن يعتمد عليه كدليل للاثبات، إذ أن هناك فارق بين إلزامية الإتفاق على التوفيق التجاري في حال إدراجه كبند في العقد المبرم بين الطرفين، وعدم إلزامية القرار الصادر من الموفق، فعندما يتفق الأطراف على إدراج الإتفاق كأحد بنود العقد المبرم بينهم، وتتجه إرادتهم إلى التوفيق كوسيلة لتسوية النزاع الذي قد ينشأ بينهم، فعندها لامفر من الرضوخ إليها بصرف النظر عن كون القرار الصادر من الموفق ملزماً أم لا.

أما بالنسبة للتحكيم، فإن القوانين التي تنظم شرط وجود" شرط التحكيم" تستلزم كأي شرط عقدي ضرورة توافر التراضي بين الطرفين على هذا الشرط، وكذلك الأمر بالنسبة لإبداء الرغبة في التسوية الودية والذي يقدم في صورة طلب مكتوب للطرف الآخر بناءً على مبادرة أحد الطرفين بعد نشأة النزاع أو إمتثالاً لإتفاق الطرفين قبل نشوء النزاع أو بناءً على دعوة من مركز أو غرفة التحكيم، وهذا مانصت

---

(1) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص٣٥٠.

عليها الفقرة الرابعة من المادة الأولى من القانون النموذجي الذي وضعه " الأونسيترال" بقولها : " تنطبق هذه الأحكام التشريعية النموذجية دون إعتبار لما إذا كان التوفيق يجري بناءً على مبادرة أحد الطرفين بعد نشوء النزاع، أو إمتثالاً لإتفاق بين الطرفين قبل نشوء النزاع، أو عملاً بتوجيه أو طلب من محكمة أو هيئة تحكيمية مختصة "[١].

هذا وقد إختلفت التشريعات على إستلزام كتابة شرط أو إتفاق التحكيم بإعتبارها الوسيلة البديلة الإلكترونية الفعالة والأكثر إنتشاراً، وكمايلي[٢]:

الأول: (تشريعات) لاتستلزم فرض شكل معين لشرط التحكيم، إذ لايستلزم الكتابة لصحته. وهذا ماذهبت إليه إتفاقية جنيف بخصوص التحكيم التجاري الدولي المبرمة في ٢١/أبريل/١٩٦١م، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة (١) منه على: أن شرط التحكيم غير المكتوب يكون صحيحاً إذا تم بين أطراف يجيز القانون الخاص بهما أن يكون إتفاق التحكيم غير مكتوب. أي إنها تحيل في مسألة شكل شرط التحكيم إلى القوانين الداخلية، ومن هذه القوانين القانون الألماني الذي لايشترط شكلاً معيناً لإتفاق التحكيم إذا كان مبرماً بين التجار، كما لم يستلزم المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية أن يكون شرط التحكيم الدولي مكتوباً، كل ماهنالك أن المادة (١٤٩٩) منه تتطلب لتنفيذ شرط التحكيم، أن يكون مقروناً بالعقد الأصلي المصاحب لإتفاق التحكيم. من هنا يمكن الجزم بأن القانون الفرنسي لم يتطلب لوجود شرط التحكيم الدولي بأن يكون مكتوباً.

أما الثاني: (تشريعات) تستلزم أن يكون شرط التحكيم مكتوباً وفقاً لقواعد التحكيم التقليدية[٣].إذ يجب حسب القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن الأمم المتحدة في ٢١ يونيو١٩٨٥م، أن يكون إتفاق التحكيم في شكل مكتوب، وهذا ماذهبت إليه أيضاً إتفاقية نيويورك للتحكيم الدولي في المادة (٢) منه

---

(١) د. محمد إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص١٥٥.

(٢) د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، مرجع سابق، ص٣٩-٤٠.

(٣) وهذا ما تنص عليها المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بقولها : " يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون إتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ماتبدله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة ". كما تنص المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ على : " لايثبت الإتفاق على التحكيم إلا بالكتابة. ويجوز الإتفاق عليه أثناء المرافعة. فإذا ثبت للمحكمة وجود إتفاق على التحكيم أو إذا أقرت إتفاق الطرفين عليه أثناء المرافعة، فتقرر إعتبار الدعوى مستأخرة إلى أن يصدر قرار التحكيم".

إذ إشترط أن يكون هذا الإتفاق مكتوباً، ولكي يتم وضعه موضع التنفيذ يجب أن يكون مع الشخص الذي يطالب بالتنفيذ أصل الإتفاقية التي تتضمن إتفاق الأفراد على اللجوء إلى التحكيم[١].

كما أن المشرع الفرنسي أوجب إستيفاء هذا الإجراء الشكلي في حالات معينة بغض النظر عن المكان الإفتراضي الذي يبرم فيه العقد، سيما إذا كانت المعلومات التي يتم توريدها ذات طبيعة فنية، وتمثل قيمة تكنولوجية أو إقتصادية، حيث أوجب المشرع ضرورة إعلان بعض الجهات الإدارية بالنسبة للعقود التي تتناول معرفة فنية أو إقتصادية وذلك لضمان نفاذه، وهذا مانصت عليها الفقرة الأولى من المادة (٦٤١) من قانون الملكية الذهنية الفرنسي الذي ينص على أن : " كل عقد يبرمه شخص طبيعي أو معنوي مقره في فرنسا مع شخص طبيعي أو معنوي مقره في دولة أجنبية يتعلق بحقوق الملكية الصناعية أو غيرها من المعارف الفنية أو الإقتصادية يجب أن يسبقه إعلان إلى المعهد الوطني للملكية الصناعية "[٢].

عليه يتضح لنا أن غالبية النصوص التي تنظم عملية التحكيم تستلزم أن يكون شرط التحكيم مكتوباً. والتساؤل الذي يثار هنا هل أن الكتابة الإلكترونية التي تتم من خلال الإنترنت تلبي هذا الشرط ؟ هنا لابد لنا من بيان مفهوم الكتابة بمفهومها التقليدي،ومدى إنطباقها على الكتابة الإلكترونية التي تتم من خلال الإنترنت، إن الكتابة يتم تفسيرها تقليدياً على إنها : مجموعة من الحروف والأرقام والرموز والإشارات التي تدل على معنى وتكون ثابتة على دعامة ورقية. ويقصد بهذه الدعامة تقليدياً بأنها : دعامة ورقية تحوي معلومات معينة تكون مكتوبة باليد أو بالآلة الطابعة ولكنها في جميع الأحوال تكون موقعة يدوياً. إلا أن التطور المستمر في وسائل الإتصال أدى إلى إعادة النظر في المفهوم التقليدي للكتابة، ذلك أن الهدف من الإتفاق على شكل الكتابة، ليس هو الدعامة الورقية في ذاتها، وإنما كوسيلة لإثبات نسبة المعلومات التي تتضمنها إلى شخص معين. ويجدر الأخذ بهذا المفهوم الواسع للكتابة أمام التطور المعاصر سيما في مجال المعاملات الإلكترونية، إذ أن الوسائل الحديثة كثيرة ومتطورة

---

(١)Huet, Val machino , Réflexion sur l arbitrage électronique dans le commerce international , G. P.2000, P.7.

نقلاً عن : د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص٣٥٠.

(٢) د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، مرجع سابق، ص٦٦.

مثل البرقيات، والفاكس، والمصغرات الفلمية، ومخرجات الحاسوب ودعاماته، وإسطوانات الفديو، والشرائط الممغنطة، والوثائق الإلكترونية [1]. لذلك فأنه لايوجد مايمنع من قبول الدعامات الأخرى الحديثة طالما تحقق الهدف وهو إستيفاء شكل معين يسمح بتأكيد إثبات نسبة المعلومات التي تتضمنها إلى شخص معين، إذ أن المهم في كل هذه الوسائل أنها تسمح بحفظ المعلومات المتبادلة والإبقاء على مضمونها في وثيقة ذات أثر مادي بحيث يمكن إسترجاع هذا المضمون والإحتكام إليه عند النزاع[2].

لذا فأن نصوص إتفاقيتي جنيف ونيويورك، بعد أن إشترطت الكتابة لوجود شرط التحكيم، فإنها أخذت بالمفهوم الواسع للكتابة، بحيث يشمل تلك التي تكون ثابتة على دعامة ورقية تقليدية، وكذلك وسائل الإتصال الحديثة الأخرى ومنها الوثائق الإلكترونية[3].

هذا وأن قانون الأمم المتحدة النموذجي في مجال التحكيم يؤدي إلى القول بضرورة إعتبار الكتابة الإلكترونية كالكتابة الورقية، ذلك لأن المادة (١٢) منه إستخدمت الفاظاً عامة تسمح بإمكانية مساواة الكتابة الإلكترونية بالكتابة العادية. كما أصدرت اللجنة التابعة للأمم المتحدة القانون النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية الصادر في ١٤ يونيو١٩٩٦م، والذي أكد على أن التصرفات المبرمة عبر الإنترنت لايمكن الطعن في صحتها لمجرد أنها تمت عبر الإنترنت، حيث أن الوثيقة الألكترونية كالورقة العادية المكتوبة في مجال إبرام العقود الإلكترونية، شريطة أن يكون من السهل الوصول إلى هذه الوثيقة الإلكترونية فيما بعد[4].

---

(١) أنظر المادة (١٠٤) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، بشأن إتباع الوسائل الحديثة في الإثبات المدني.

(٢)L. Gréban, La prevue littérale et la signature a l heure de la communication électronique.com elect. Nov.1999, p.2

نقلاً عن : د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص٣٥٠.

(٣) د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، مرجع سابق، ص٤٢.

(٤) د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، مرجع سابق، ص٤٦-٤٧.

المطلب الثاني
الإجراءات الإلكترونية المتبعة عند إختيار الوسائل البديلة

هناك مجموعة إجراءات على أطراف النزاع القيام بها عند نشوء النزاع في حالة إختيار إحدى الوسائل البديلة الإلكترونية لحسم النزاع والتي تتم من خلال شبكة الإنترنت، إذ يبدأ بطلب يقدمه أحد أطراف العلاقة التعاقدية أو كليهما إلى مركز التحكيم، أو الوساطة أو التوفيق، وذلك وصولاً إلى صدور القرار.

وإذا تناولنا إجراءات التحكيم بإعتبارها إحدى الوسائل البديلة الإلكترونية الفعالة فإنها تبدأ عن طريق ملأ النموذج المعد مسبقاً والموجود على الموقع الإلكتروني الخاص بمركز التحكيم، وعادة يشمل هذا الطلب بيانات عدة تتمثل في أسماء المحتكمين، وطبيعة أعمالهم، وعناوينهم البريدية والإلكترونية، وطريقة الإتصال بهم، وتحديد موضوع النزاع الذي يرغب الأطراف إخضاعه للتحكيم تحديداً دقيقاً، وبنود التحكيم أو مشارطة التحكيم، وتحديد عدد أعضاء هيئة التحكيم كأن يكون محكم واحد أو أكثر، إذ أن إغفال هذا البند يعد مقدم الطلب قد إختار محكماً واحداً لنظر النزاع، إضافة لتحديد الإجراءات التي يرى مقدموا الطلب أنها مناسبة لحل النزاع، وفي حالة إغفاله يعد موافقاً بما يتخذه المحكم من إجراءات، بعد ذلك يتم إستيفاء الرسوم المستحقة والتي يتم تحديدها من قبل المركز والتي تتضمن"رسوم التسجيل، ورسوم المحكمين إضافة إلى الرسوم الإدارية"[1]. وبعد ذلك يتم تزويد المدعي بكلمة مرور خاصة به كي يتمكن من الدخول إلى هذه الصفحة مرة أخرى وذلك لمعرفة الإجراءات التي تمت على العملية التحكيمية ومتابعتها، ثم يقوم المركز بتبليغ المدعى عليه بالطلب خلال مدة محددة والتي تختلف من مركز لآخر، وتزويد المدعى عليه أيضاً بكلمة مرور خاصة كي يتمكن هو الآخر من الإطلاع على إجراءات التحكيم ومتابعتها[2].

---

(1) د.أحمد شرف الدين، جهات الإختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، النسر الذهبي للطباعة، ٢٠٠٣م، ص٥٤.

وأنظر كذلك: محمد أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الإنترنت، ط١، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع،، عمان، الأردن، ٢٠٠٢، ص٥٢. عادل أبو هشيمة محمود حوته، مرجع سابق، ص٣٢٠. د. ناصر محمد عباس، مرجع سابق، ص٩٨.

(2) د. مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص٢١٨.

وأنظر كذلك : د. ناصر محمد عباس، مرجع سابق، ص٥٠٤.

وعادة مايتم تبادل الطلبات والوثائق في القضية المتنازع عليها والإطلاع عليها عن طريق دخول الأطراف إلى موقع المركز عبر شبكة الإنترنت، أو تبادلها فيما بينهم عبر البريد الإلكتروني للأطراف، أو بأي وسيلة إلكترونية أخرى بحيث يتمكن الطرفان من سماع صوت الآخر ورؤيته، ورؤية مايعرض عليه من وثائق ومستندات، كما يمكن أن يتم ذلك بين الطرفين المحتكمين والمحكم أو هيئة التحكيم، إضافة لإدارة جلسات التحكيم عن بعد بوسائل إلكترونية والتي تمكن الأطراف من متابعة الجلسات ورؤيتها مباشرة وبشكل يضمن إحترام حقوق الدفاع ووجاهية المحاكمة. وبعد أن يتمكن المحكم أو هيئة التحكيم من الإطلاع على البيانات والوثائق المقدمة، وسماع الإدعاء والدفاع، ومن ثم قفل باب جلسات المرافعة ورفع القضية للتشاور والمداولة بين أعضاء هيئة التحكيم، ومن ثم إصدار الحكم والتي تفصل في القضية. ويتم تبليغ الأطراف بالحكم بالوسائل الإلكترونية، وإرسال نسخ القرار التحكيمي على البريد الإلكتروني لإبلاغ الأطراف بالقرار الصادر، كما قد يوضع القرار التحكيمي على الموقع الإلكتروني الخاص بالمركز التحكيمي، والذي يمكن الأطراف من الإطلاع عليه من خلال الدخول إلى الصفحة الخاصة بالمركز والمخصصة لهم عن طريق كلمة المرور التي زودتها بهم[١].

وفي حال صدور القرار التحكيمي يكون على الأطراف تنفيذه بدون تأخير، وإذا ماطل الطرف الخاسر أو رفض تنفيذ القرار، هنا يمكن للطرف الآخر اللجوء إلى القضاء الوطني لتنفيذ القرار التحكيمي جبراً[٢].

وجدير بالذكر ان قانون التوقيع الالكتروني العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢، قد اخرج المسائل الاجرائية من نطاق تطبيقه، اذ نصت الفقرة (هـ) من البند (ثانياً) من المادة (٣) على أنه : (لاتسري احكام هذا القانون على مايأتي : إجراءات المحاكم، والإعلانات القضائية، والإعلانات بالحضور، و أوامر التفتيش، و أوامر القبض، والأحكام القضائية) وبهذا يكون هذا النص ماهو الا تطبيق للقواعد العامة في القانون.

(١) د. سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي (التحكيم المختلط) وفقاً للقانون الكويتي رقم (١١) لسنة ١٩٩٥، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٧، ص٢١٩.

(٢) د. حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص٢٢١.

ومن الثابت أن القواعد المنظمة لسير الإجراءات ما هي إلا قواعد منظمة للنظام العام ضمن مرفق عام، وتتعلق بالإختصاص القضائي، الذي هو من مظاهر سيادة الدولة، وتسري على كافة الدعاوى، سواء تعلق بالوطنيين أم بالأجانب، وعلى الصعيدين الوطني والدولي، وسواء تعلقت بتصرفات وعلاقات قانونية نشأت ضمن المحيط المادي، أم ضمن المحيط الإفتراضي وفقاً للتعامل الإلكتروني.

المبحث الثاني
آثار اللجوء للوسائل الإلكترونية البديلة

نتناول في هذا المبحث، متطلبات تسوية المنازعات الإلكترونية، وبيان قواعد التنازع وفقاً للنصوص الوطنية والإتفاقيات الدولية، إضافة إلى الحلول الخاصة بقواعد التنازع، كآثار للجوء لهذه الوسائل، وذلك في ثلاثة مطالب وكمايلي :

المطلب الاول
متطلبات تسوية المنازعات الالكترونية بالوسائل البديلة

مما لاشك فيه أن هذه الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإلكترونية تتصف بالمرونة واليسر، إذ يتم عن بعد عبر شبكة الإنترنت، كما يمكن لأطراف النزاع الإطلاع على الإجراءات التي من خلالها يتم فض النزاع، إضافة إلى أنه يوفر الكثير من الوقت والجهد والتكاليف، كما إنها تتمتع بالسرية فتصون سمعة الأطراف[1].

والقاعدة هي أن الأطراف لهم أحقية إختيار المحكمين ويكون ذلك غالباً في الإتفاق على التحكيم، أو ضمن الشرط المدرج في العقد، كما يمكن أن يتم في وقت لاحق بعد إبرام العقد الرئيسي. كما قد يعهد المتعاقدان إلى طرف ثالث للقيام بتعيين محكمة التحكيم، وقد يحيل الأطراف إلى القواعد المنظمة لمؤسسة التحكيم، وبالتالي إختيار المحكمين من بين المدرجين داخل قائمة تلك المؤسسة. كما قد

(1) د. صابر عبدالعزيز سلامة، مرجع سابق، ص١٢٥.
وأنظر كذلك: د. مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص٢١١.

تتم الإحالة إلى محكمة تحكيم معينة تتولى سكرتاريتها تعين الأعضاء، كما قد تترك للأطراف حرية إختيار المحكمين دون تدخل من مؤسسة التحكيم إلا عند إختلاف الأطراف[١].

وفي حالة ما إذا قام الأطراف بالإحالة إلى القواعد المنظمة لمؤسسة التحكيم، فإنه وفقاً للقواعد المنظمة لمحكمة التحكيم الإلكترونية، فإن سكرتارية محكمة التحكيم هي التي تتولى تعين أعضاء المحكمة، إذ تتكون المحكمة غالباً من قانونيين وخبراء في مجال تكنولوجيا المعلومات[٢]. وهذا يختلف عما ذهبت إليها القواعد المنظمة لغرفة التجارة الدولية في باريس والتي تعطي للأفراد حرية إختيار الأعضاء الذين يشكلون محكمة التحكيم، بحيث لاتتدخل مؤسسة التحكيم إلا في حالة عدم إتفاق الأطراف عليها[٣].

ويجوز للأطراف رد المحكمين عند عدم إلتزامهم بمبدأ الحياد والإستقلالية، ويجب تقديم طلب الرد خلال عشرة أيام من تاريخ تعيين المحكم أو من تاريخ علم الطرف طالب الرد بالأسباب التي بنى عليها طلب الرد، وفي حالة مرور المدة لايلتفت إلى الطلب المقدم للرد[٤].

هذا ويتم رد المحكمين من قبل الأطراف عن طريق إرسال إعلان كتابي إلى السكرتارية وفقاً لقواعد ICC، أو بأي وسيلة أخرى مناسبة، مالم يتفق الأطراف على شكل محدد لذلك[٥].

إلا أن قواعد القانون النموذجي للأمم المتحدة للتحكيم ترك للأطراف حرية الطريقة التي يتم بها إعلان الرد، دون أن تستلزم الإعلان الكتابي للسكرتارية إلا في حالة عدم الإتفاق بين الأطراف عليه. ولقد إتخذت قواعد محاكم التحكيم الإلكتروني التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكريةI.P.M.O في المادة (٣)، والمادة (٢٣) منه، وقواعد محكمة التحكيم الإلكتروني الكندية في المادة (٨) منه، موقفاً يتفق مع

---

(١) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص٣٥٢.

(٢) وهذا ما متبع من قبل محكمة التحكيم الإلكترونية الكندية.

للمزيد أنظر : د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، مرجع سابق، ص٥٠-٥١.

(٣) ينظر في ذلك الفقرة الأولى من المادة (١٠) من القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة في عام ١٩٨٥.

(٤) فادي محمد عمادالدين توكل، مرجع سابق، ص٢٢٦-٢٢٧.

(٥)Gaillard, Traite de l arbitrage commercial international , 1996, p.195.

نقلاً عن : د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص٣٥٢.

الطبيعة الإلكترونية لعملية التحكيم، حيث يكون الرد من خلال إعلام السكرتارية بذلك عن طريق وثيقة إلكترونية[١].

وبعد إعلان كل من المحكمين وطالب الرد بتقديم ملاحظاتهم، تفصل سكرتارية المحكمة في طلب الرد بقرار نهائي غير قابل للطعن فيه[٢].

المطلب الثاني
إعمال قواعد التنازع وفقاً للنصوص الوطنية والاتفاقيات الدولية

عمدت بعض التشريعات[٣]والمنظمات الدولية[٤]، إلى وضع قواعد مستقلة عن نظام القضاء سميت بالقواعد البديلة لحل النزاعات، ويمكن للمتنازعين اللجوء إلى هذه القواعد والحلول في سبيل إيجاد آلية أو وضعية لإنهاء نزاعهم بطريقة ودية قبل اللجوء للقضاء، وحرصاً على إستمرار علاقاتهم التجارية وسواء كان النزاع محلياً أم دولياً، وقد تم عبر وسائل إلكترونية، وعليه سوف نبين إعمال قواعد التنازع هذه ضمن فقرتين، وكالآتي :

أولا : إعمال قواعد التنازع وفقاً للنصوص الوطنية

لقد أصبحت الوسائل البديلة لحسم المنازعات التجارية عبر الوسائل الإلكترونية جزءاً من الانظمة القانونية المعاصرة، والتي تعتمد أساساً على القانون الذي إتفق الأطراف المتنازعة إبتداءً عليه دون

---

(١) د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، مرجع سابق، ص٥١.

(٢) فادي محمد عمادالدين توكل، مرجع سابق، ص٢٢٧.

(3) أنشئت الوساطة في الولايات المتحدة الأمريكية بموجب النظام الفدرالي للوساطة والمصالحة في عام ١٩٤٧م، وطبقت في العديد من ولاياتها، وباتت وسيلة فعالة يتم اللجوء إليها في الكثير من المنازعات التجارية. وكذلك الحال في فرنسا، حيث طبقت نظام الوساطة والمصالحة بموجب قانون رقم ١٢٥/٩٥ لعام ١٩٩٥، في المنازعات التجارية. وفي بريطانيا ظهرت بدائل للنظام القانوني، حيث قامت المحاكم التجارية بتوجيه وحث المتنازعين على اللجوء لهذه الوسائل البديلة قبل اللجوء للقضاء والتحكيم، وذلك إستناداً للنظام القانوني البريطاني لعام ١٩٩٦، وبذلك أصبحت الوساطة والتوفيق تأخذان حيزاً واسعاً في هذا الشأن.
للمزيد أنظر : د. خالقي عبد اللطيف، مرجع سابق، ٣٤٤.

(4) كلجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (الأونسيترال)، وكذلك غرفة التجارة الدولية.
للمزيد أنظر: إخلاص مخلص إبراهيم، تنازع القوانين في سندات الشحن الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٥، ص١٩٠- ١٩٧

الخضوع إلى شكليات معتمدة، بغية الوصول لحل يرضي الأطراف هذه، لذا فإن المتنازعين إذا تبنوا النظام المذكور، خضعوا لأحكامه وفقاً للقانون المختار من قبلهم، وبخلافه يخضعون لقانون المركز الخاص بالتسوية وإجراءاته المطبقة بهذا الخصوص أو لقانون مكان التسوية وغالباً يكون هو قانون الدولة التي تتم فيها التسوية[1].

ومما تجدر الإشارة إليه أن تطبيق القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي عبر الوسائل الإلكترونية لايمكن للقائمين بتطبيق الوسائل البديلة على المنازعات الإلكترونية دون منهج التنازع، وأن قاعدة الإسناد المقررة في هذا الشأن في كافة الأنظمة القانونية المعاصرة هي خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة[2]. باعتباره القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، فهذه القواعد الموضوعية لاتفرض نفسها على القائمين بتطبيق هذه الوسائل البديلة من (محكم، موفق، وسيط، مفاوض)، وإنما تستمد قوتها القانونية وصفتها في التطبيق من إرادة الأطراف التي يعبر عنها صراحة أو ضمناً مع مراعاة الأعراف والعادات المهنية والتجارية ذات الطابع الدولي[3]، ولاشك أن الكثير من القواعد الموضوعية في العلاقات التجارية الدولية تتمتع بالصفة القانونية، وأن العمل وفقاً لقانون الإرادة أو العادات الإتفاقية التي تنزل منزلة الشروط العقدية، هو إختيار مادي وليس تنازعي، مما يتم من خلال قاعدة من قواعد الإسناد الوطنية والتي تشير بأختصاص القانون واجب التطبيق على العقد. الا انه بسبب النقص الذي يشوب القواعد الموضوعية في القانون التجاري الدولي وخاصة فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية قد يؤدي إلى ضرورة خضوع العقد ولو بصفة جزئية لأحكام القانون الداخلي لدولة معينة، وبذلك يتبين أنه لايمكن للعقد أن يتحرر تماماً من سلطان القانون، إضافة إلى كون العقد لايتخلص في جميع الفروض من الخضوع للأعراف والعادات الدولية التي يطبقها المحكمون أو الموفقون أو الوسطاء أو الخبراء بهذا

([1]) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٢١٥.

([2]) هناك من يرى ان قاعدة خضوع العقد لقانون الارادة لاتعد من قواعد التنازع، وانما هي قاعدة مادية تخول المتعاقدين حق اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، وبذلك تنزل باحكام قانون الارادة (القانون المختار) منزلة الشروط العقدية.

للمزيد أنظر : د. حسن محمد الهداوي و د. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، ج ٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد،١٩٨٢م، ص١٥١.

([3]) إذ تنص المادة (١٦٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على أنه : (١- المعروف عرفا كالمشروط شرطا، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص. ٢- والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم).

الخصوص، وعليه قد يضطرون هؤلاء إلى إسناد العقد للقانون الداخلي لدولة ما لمواجهة المسائل التي لم تتضمن هذه الأعراف خلالها، خاصة عند سكوت المتعاقدين عن إختيار قانون العقد[١].

ويلاحظ أن المشرع العراقي قد أخذ بمبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود كقاعدة إسناد عامة، معتمداً قانون الإرادة، وذلك بالنص عليه ضمن نصوصه بأنه : " يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدا موطناً، فإذا إختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه"[٢].

وهنا يتبين أن المشرع لم يقيد إرادة الأطراف بأختيارهم لقانون أجنبي بأي قيد، سوى إلزام وجود علاقة وصلة مابين العقد والقانون المختار من قبل الأطراف المتعاقدة عند إختيار القانون المختار، وذلك وفقاً لمباديء القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً[٣].

والجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي نص في المادة (١٢٩) من قانون المرافعات المدنية، وبالتحديد في إطار موضوع التوفيق الرضائي على أنه : " يكون للأطراف دائماً أن يطلبوا من القضاء إثبات توافقهم"[٤].

كما نص في المادة (١٢٥) من القانون ذاته بالنسبة لموضوع الوساطة الإتفاقية، على : " كل عملية منظمة أياً كانت التسمية التي يحاول من خلالها طرفان أو أكثر الوصول إلى إتفاق حول الحل الودي لمنازعاتهم"[١].

([1]) هنالك قوانين (كما في نص المادة (١٦٣) من القانون المدني العراقي) تحيل نصوصها إلى العادات والأعراف التجارية السائدة والتي قد تتطابق مع عادات وأعراف التجارة الدولية، فإذا اشارت قواعد الإسناد في دولة القاضي إلى تطبيق أحد هذه القوانين على العقد الدولي المعروض عليه، فإن القاضي سيؤدي بالضرورة الى إعمال العادات والأعراف التجارية الدولية التي قد تحيل اليها نصوص هذه القوانين كنتيجة لإعمال منهج التنازع.

([2]) أنظر الفقرة الأولى من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي. وفي السياق ذاته أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا المعنى حينما قررت في حكمها المنشور والصادر في عام ١٩٥١ بأن:(كل عقد دولي يخضع بالضرورة لقانون دولة معينة...)، وقد سبق لمحكمة العدل الدولية أن أكدت أيضا نفس هذا الإتجاه في حكميها الصادرين في قضايا القروض العربية والبرازيلية عام ١٩٢٩، بإعتبار أن:(أي عقد لايعد عقداً بين دولتين بصفتهما أشخاص قانونية دولية، إلا ويجد أساسه في النظام القانوني الوطني لدولة ما... وأن تحديد هذا النظام يتم وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص). نقلاً عن : د. أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٤٢٤.

(١) أنظر المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي.

([4]) محمد ابراهيم موسى، مرجع سابق، ص١١٠

وبذات النهج إتجه المشرع المصري عندما نص على : "على الوسيط أن يبذل مساعيه للتقريب بين وجهات نظر طرفي النزاع"[٢]. وقد إتجهت التشريعات المعاصرة إلى إمكانية إخضاع كافة المنازعات الناشئة عن التجارة الدولية وأن كانت عن طريق شبكة الإنترنت لنظام التحكيم بدلاً من القضاء الوطني إبتداءً[٣]. ووفقاً لذلك فإن المشرع العراقي أورد (٢٦) مادة ضمن نصوص قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، تنظم أحكام التحكيم، وعندما نظم أحكام التحكيم لم يفرق بين التحكيم الداخلي والدولي، ثم أن قرارات التحكيم لاتنفذ بشكل مباشر، بل يجب تحقق الشروط المطلوبة فيها، وبعد مصادقة محكمة عراقية مختصة عليها، ولايهم بعد ذلك كون التحكيم قد تم في العراق أم في خارجه[٤]. وهذا الأمر تماماً ما يطبق بشأن تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق.

وبما أن قانون المرافعات العراقي نص على أن أي حكم تحكيمي لايمكن تنفيذه مالم يتم تصديقه من قبل المحكمة العراقية المختصة، وأن هذه الأخيرة هي التي تقرر ما إذا كان حكم التحكيم موافقاً للقانون العراقي شكلاً وموضوعاً أم لا. على الرغم من إنضمام العراق إلى بروتوكول جنيف للتحكيم الصادر في ٢٤/٩/ ١٩٢٣، وذلك بعد المصادقة عليه بالقانون رقم (٣٤) لسنة ١٩٢٨، إلا أن أهم نصوص هذا البروتوكول لم تؤخذ بنظر الإعتبار من قبل المشرع العراقي، إذ أنه بمقتضى هذا البروتوكول كان يجب على الدول المنضمة إليه القيام بتبسيط إجراءات التحكيم، وهذا مالم يحدث لا في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (٨٨) لسنة ١٩٥٦ (الملغي)، ولا في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ النافذ. كذلك إنضم العراق إلى غالبية الإتفاقيات العربية التي تتضمن تنفيذ أحكام

([1]) خالقي عبد اللطيف، الوسائل السلمية لحل منازعات العمل الجماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص٤٣٤.

([2]) وهذا مانصت عليها المادة (١٧٦) من قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣.

([3]) كالتشريع الفرنسي الذي طبق نظام الوساطة والمصالحة والتحكيم بموجب القانون رقم(٩٥) لسنة ١٩٩٥، وقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، وقانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ بالنسبة للتحكيم في المواد (٢٥٠- ٢٧٦). وكذلك المادة (١٧) من قانون الإستثمار لإقليم كوردستان – العراق رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦، وقانون الإستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦.

([4]) إذ تنص الفقرة الأولى من المادة (٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه : " لاينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ، سواء كان تعيينهم قضاءً أو إتفاقاً، ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناء على طلب احد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة ".

التحكيم الصادرة في الدول الأعضاء فيها، ومنها إتفاقية تنفيذ الأحكام الخاصة بدول الجامعة العربية لسنة ١٩٥٢، وكذلك إتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة ١٩٨٣.

مما تقدم يتضح لنا أن موقف المشرع العراقي تجاه التعامل مع التحكيم الدولي هو موقف سلبي بشكل يكاد يكون منغلقاً في هذا الخصوص بالمقارنة مع الدول الأخرى وخاصة في الوقت الراهن، سيما أن العراق قد دخل حقبة أخرى تختلف تماماً عما كان عليه قبل سنة ٢٠٠٣م، ويبدو ذلك جلياً في محاولة إستقطاب الأنواع المختلفة من الإستثمارات والشركات الأجنبية العاملة في المجالات المختلفة، مما يحتم على الجهات المعنية في العراق إعادة النظر في هذا الموقف السلبي تجاه التحكيم بشكل عام، والتحكيم الدولي الخاص على وجه الخصوص. وهذا خلافاً لموقف المشرع الكوردستاني الذي تجاوز هذا الموقف السلبي تجاه إتباع الوسائل البديلة وخاصة التحكيم، لحل المنازعات خارج ساحة القضاء العادي إبتداءً، مسايراً في ذلك للتطورات الحاصلة على الساحة السياسية والإقتصادية والإجتماعية في العراق عامة، والإقليم خاصة تجاه التجارة الدولية والإستثمار[1].

ومما تقدم : يتبين أن الأفضلية في إعمال القواعد الموضوعية في القانون التجاري الدولي و بصفة خاصة الإلكترونية، تكون ضمن منهج التنازع لإعمال قواعد الإسناد الخاصة بها، بوصفها الأصل في حل كافة المشاكل المتعلقة بالحياة الدولية الخاصة، ولو كان النزاع بشأنها معروضاً على القضاء الإستثنائي التي تطبق الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الدولية هذه، لكون قواعد الإسناد تشير بإختصاص القانون الذي ترتبط بها العلاقة أو المركز القانوني محل النزاع أكثر من غيره من القوانين المتزاحمة لغرض حكمها.

ثانيا : إعمال قواعد التنازع وفقاً للإتفاقيات الدولية

إن نظام تسوية المنازعات الإلكترونية بالوسائل البديلة وإدراجها كبند من بنود الإتفاقيات الدولية والعقود المتعلقة بمصالح الأفراد أو التي تنشأ بسبب تنفيذ أو تفسير هذه العقود، له مكاناً بارزاً في

(1) إذ نصت المادة (١٧) من قانون الإستثمار لإقليم كوردستان رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦ مكرر على: " تحكم منازعات الإستثمار وفق العقد المبرم بين الطرفين، وعند عدم وجود فقرة فيه بهذا الخصوص، تحل بطريقة ودية وبتراضي الطرفين... وبخلافه يجوز للطرفين اللجوء إلى التحكيم المبينة أحكامه في القوانين المرعية في الإقليم أو وفقاً لأحكام تسوية المنازعات الواردة في أي من الإتفاقيات الدولية أو الثنائية التي يكون العراق طرفاً فيها".

مسألة حماية الأفراد كمستهلكين ضمن هذه العقود المبرمة إلكترونياً[1]. فقد يتفق المتعاقدان على إختيار أحكام معاهدة دولية تتصدى لتنظيم العقد المبرم بينهما، وقد يتفق المتعاقدان على إخضاع العقد لأحكام عقد نموذجي[2] صادر عن هيئة متخصصة، ويتضمن مجموع العادات الجارية في إطار العلاقة التي يتصدى لتنظيمها وحل الخلافات الناجمة خارج ساحة القضاء العادي[3].

فالإتفاقيات الدولية تعد من أهم مصادر القواعد المادية في القانون الدولي الخاص، ومنها بطبيعة الحال القواعد التي تتضمن تنظيماً مباشراً لبعض العقود الدولية[4]. ويبدو لنا أن الأعراف وعادات التجارة الدولية لاتعد في ظل الحقائق الوضعية الراهنة من القواعد المادية ذات المصدر الدولي في القانون الدولي الخاص، إلا إذا كان النزاع العقدي معروضاً على قضاء التحكيم أو إحدى الوسائل البديلة الأخرى لتسويته، وبخلاف ذلك فانه لايحتاج لإعمال منهج تنازع القوانين أمام القضاء الداخلي، وإنما يكون بموجب أحكام الإتفاقيات الدولية التي تصدت لتوحيد القواعد الخاصة بالروابط العقدية الدولية فيما لو كان النزاع معروضاً على قضاء دولة متعاهدة.

والجدير بالذكر أنه على الرغم من الخصوصيات التي تتمتع بها هذه الوسائل البديلة، فإنها لاتخلو من بعض القيود الخاصة التي قد تحيط بإجراءاتها بالرغم من إستناد نجاحها على إرادة الأطراف المتنازعة[5]. فللأفراد أن يرتبوا علاقاتهم كما يشاؤون بشرط أن يراعوا قواعد النظام العام الدولي

([1]) د. عصام القصبي، تنازع الإختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٣، ص٦٢٣.

([2]) أجاز المشرع العراقي في قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته، العمل بالعقود النموذجية في باب البيوع الدولية وذلك في المادة (٢٩٧) منه بالنص على : " يجوز للمتعاقدين فيما يتعلق بالشروط التفصيلية للبيع ان يحيلا الى احد عقود البيع النموذجية ".

([3]) أقرت المادة (٦) من قانون التحكيم التجاري الدولي هذا الأمر وذلك عندما نص على : " إذا إتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو إتفاقية دولية أو أي وثيقة دولية، وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم والوسائل البديلة الأخرى".

([4]) د. حسن محمد الهداوي و د. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، ج٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٢، ص٢١٨.

([5]) كما هو الحال في بعض الشركات والمصارف حيث ان نزاعاتها لاتقبل الحلول الوسيطة والبديلة، لانه ليس بامكانها ان تفصل في نزاعات تتطلب تفسيراً لأحد شروط العقد او لأحد مواد القانون لان ذلك يعد من اختصاص القضاء. ينظر : د. عبد الحميد الاحدب، من الوساطة الى التحكيم، بحث منشور في مجلة التحكيم، العدد،٣٨، السنة ٢٠٠٦، بيروت، ص١٩.

والداخلي، والآداب العامة، والأحكام القانونية ذات الصفة الإلزامية، بمعنى أنه يجب إستبعاد كل إجراء مصالحة أو وساطة أو توفيق أو أية تسوية ودية تتعارض مع هذه القيود، بأعتبارها قيود حقيقية على هذه الوسائل تمنع التسوية في بلد التنفيذ، فالنظام العام بصفة عامة كمبدأ أو فكرة يكرس دون أن تحدده إعتبارات عديدة تتعلق بالمصلحة الإجتماعية والسياسية والإقتصادية للمجتمع[١]. عليه يتبين أن القاعدة الأساسية لخضوع الدولة للقضاء الدولي بشان المنازعات الخاصة، يفترض توافر رضاها، ويتخذ إحدى الصورتين :

١. إبرام إتفاقية دولية خاصة أو إدراج نص في إتفاقية موجودة أو إعلان فردي من قبل الدولة نفسها[٢].

٢. الإنضمام إلى إتفاقية قائمة فعلاً، ودون حاجة إلى إصدار تصريح بالقبول، أو إبرام إتفاقية دولية جديدة[٣].

إذاً وفقاً للصورتين المذكورتين أعلاه يمكن القول بأنه على الدول لحل مشكلة التنازع وإعمال قواعده لتسوية المنازعات هذه وإن كانت بوسائل بديلة أما الإتفاق على قواعد قانونية مشتركة تطبق في الدول الأعضاء، أو الإتفاق على قواعد قانونية موحدة، هذه القواعد تحدد قانون أية دولة من الدول الأعضاء في الإتفاقية هو الواجب التطبيق.

إلا أنه تثار صعوبة في مسائل إعمال قواعد تنازع القوانين تجاه الوسائل الإلكترونية في عقود التجارة الدولية، وذلك بسبب إتجاه بعض الدول حول التساؤل عن مدى صلاحية العقود الإلكترونية لإنتاج

([1]) على سبيل المثال لايجوز الصلح وإجراء أية تسوية ودية في أمور تتعلق بالإفلاس.
للمزيد أنظر : إياد بردان، التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤، ص٣١٠.

([2]) تنص المادة (٢/٣٦) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أنه: " الدول التي هي اطراف في هذا النظام الاساسي ن ان تصرح في اي وقت، بانها ابدت تصريحها هذا وبدون حاجة الى اتفاق خاص تقر للمحكمة ولايتها الالزامية في نظر جميع المنازعات القانونية التي تقوم بينها وبين دولة تقبل الالتزام ذاته...".

([3]) تنص المادة (٢٨٧) من اتفاقية الامم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢ على أنه : " تكون الدولة عند توقيعها او تصديقها على الاتفاقية او انضمامها اليها في اي وقت بعد ذلك حرة في ان تختار بواسطة اعلان مكتوب واحد او اكثر من الوسائل لتسوية المنازعات المتعلقة بتفسير هذه الاتفاقية او تطبيقها وما ينجم عنها...". ينظر: د. محمد صافي يوسف، المحكمة الدولية لقانون البحار، دار النهضة العربية، القاهرة،، ٢٠٠٣، ص٤.

آثارها، إضافة لحدود الحماية التي تسبغها على الأعمال المطروحة على الشبكات الإلكترونية، فالدول تختلف بخصوص الإعتراف بهذه العقود وصلاحيتها، فالمشكلة تثار عندما لايعترف القانون الواجب التطبيق بصحة هذه العقود التي يجري ابرامها دون مستندات ورقية موقعة خطياً من قبل طرفي العقد[١].

لهذا فإن معظم الإتفاقيات الدولية التي تجري بواسطة الوسائل الإلكترونية تحرص على إعمال قواعد التنازع لتحديد القانون الواجب التطبيق على منازعاتها التجارية، وتؤكد على الأطراف المتعاقدة أن يختاروا من القوانين والوسائل البديلة ذات الصلة بالتعاقد، بحيث تستجيب أحكامها لمتطلبات التجارة الإلكترونية[٢].

إذ أن تطور المجتمع الدولي أدى إلى وجود أجهزة للقضاء الإستثنائي تقوم بمهام تسوية المنازعات بوسائل بديلة خارج ساحة القضاء العادي، وليس ضمن حدود الدولة وسيادتها فقط، بل تعدت ذلك إلى الصعيد الدولي وضمن لجان الأمم المتحدة التي إعتمدت هذه الوسائل، كوسيلة التوفيق في إطار لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (الأوتوكاد) لتسوية المنازعات التجارية، وكذلك في اطار لوائح غرف ومراكز التحكيم لتسوية المنازعات التجارية والإقتصادية، إضافة لنظام التوفيق التجاري[٣]، والتفاوض، والوساطة[٤] في حل وتسوية هذه المنازعات[٥].

([1]) د.أحمد أبو الوفا، مشكلة عدم الظهور أمام محكمة العدل الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٧.

([2]) طبقًا لنص المادة (١/٣) من إتفاقية روما لعام ١٩٨٠، الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، يطبق قانون الإرادة الذي يختاره المتعاقدون صراحة أو ضمناً. كذلك الحال بالنسبة لإتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦، التي جاءت بديلة لإتفاقية روما، فقد أخذت بعين الإعتبار التطورات الحديثة في مجال التجارة الدولية عموماً، وأعطت الحرية المطلقة للأطراف المتعاقدة لإختيار القانون الواجب التطبيق والوسيلة المتبعة لفض النزاع.

([3]) فقد أشار قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام ٢٠٠٢م، إلى الإلزام والتنفيذ في هذا الشأن وذلك بموجب نص المادة (١٤) منه.

([4]) ففي مونتريال تبنت غرفة التجارة فيها نظام الوساطة وأصبحت تدرس في جامعة مونتريال كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات، وتبنتها أيضا شركات خاصة في هذا الشأن.

أنظر في ذلك: د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص ١٤.

([5]) وهذا ما إعتمدته لائحة الغرفة العربية للتحكيم والتسوية الودية للمنازعات لعام ٢٠١٢، بالقاهرة.

عليه فإن القاعدة القانونية المستمدة من الإتفاقيات الدولية العامة والخاصة، تكون ذات قيمة قانونية أسمى من القواعد المشتقة من المصادر الأخرى للقانون الدولي، الأمر الذي يؤدي إلى ترجيح قواعد تلك الإتفاقيات في التطبيق.

هذا وتنص الفقرة الثانية من المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لغرض إعمال قواعد التنازع وتطبيق القانون الواجب التطبيق، صراحة بجواز لجوء المحكمة من تلقاء نفسها ودون موافقة الدول المتنازعة إلى مباديء العدل والإنصاف للفصل في النزاع المعروض عليها، والإستناد إلى أي من القواعد والنصوص القانونية لغرض تطبيقها وتسوية النزاع حتى وإن إتبعت الوسائل البديلة في ذلك[1]. لذا يبدو لنا إن الفقرة الثانية من المادة (٣٨) هذه، تسمح وفقاً لمفهوم المخالفة، باللجوء للوسائل البديلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية (الإلكترونية) وفقاً لمباديء العدل والإنصاف هذه.

وجدير بالذكر أن غالبية التشريعات المعاصرة إتجهت إلى إخضاع كافة المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية، وبصفة خاصة المبرمة عن طريق شبكة الإنترنت، لنظم الوسائل البديلة وخاصة نظام التحكيم بدلاً من اللجوء للقضاء الوطني، وقد تجسد ذلك بالإنضمام إلى الإتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة الدولية بالرغم من وسيلة الإبرام، والتي تتضمن نصوصاً صريحة تجعل الفصل فيها بموجب الوسائل البديلة وبصفة خاصة قضاء التحكيم دون القضاء الوطني للدولة المضيفة، وذلك يرجع لخصوصية التحكيم، وضرورته كوسيلة هامة لتسوية هذه المنازعات الحديثة، دون الإقلال بأهمية القضاء الوطني في هذا الشأن.

إلا أن التشريعات العربية -بإستثناء مصر ولبنان- لم تأخذ بالوسائل البديلة لحسم منازعات التجارة الدولية صراحة.

كما أن المشرع الكوردستاني تبنى مسألة تسوية المنازعات هذه بإتباع طريق التسوية الودية أو اللجوء للتحكيم[2]. وفي ضوء ماسبق بيانه نرى أنه في إطار تعدد القواعد القانونية ومصادرها، يمكن أن

للمزيد أنظر: د. أحمد أبو الوفا، جامعة الدول العربية كمنظمة دولية إقليمية،دراسة قانونية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص١٥٠.

(1) أنظر نص المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

(٢) أنظر المادة (٧١) من قانون الإستثمار رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦.

تقاس هذه المسألة مع ماورد في نص الفقرة الثانية من المادة (٢) من القانون المدني العراقي، مع الأخذ بعين الإعتبار ما ورد في نص المادة (٣٠) من القانون ذاته.

ومما يجدر ذكره أن المشرع العراقي قد أشار في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢، إلى بعض المعايير الدولية المعتمدة في تنظيم إبرام المعاملات الإلكترونية من حيث نشوؤها وتنفيذها، دون تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن النزاع فيما لو وقع، وذلك لكونه لم يحدد في هذا القانون الطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية، من أجل تحديد الإختصاص القضائي والتشريعي، وهل يتسم بالطبيعة الوطنية أم بالطبيعة الدولية، وأن مرتكزات العقد غير متوافرة، مما تعمل على إظهار الصفة الدولية للعقد لكونها هي الغالبة، وقد تمت عبر الشبكة الدولية (الإنترنت)، وبذلك يؤدي إلى إعمال القانون الواجب التطبيق، وكذلك تحديد الإختصاص القضائي المختص للنظر في النزاع، وعليه نرجع في شأنها إلى إعمال قواعد الإسناد طبقاً للقواعد العامة الواردة في القانون العراقي.

المطلب الثالث
الحلول الخاصة بقواعد التنازع

بالنظر للصفة الدولية لعقود التجارة الإلكترونية وماتتضمنه من عناصر أجنبية، سواء في إطرافه أو محله أو سببه أو حتى في وسيلة إبرامه، وفي ظل غياب قانون خاص محدد المعالم يمكن أن يطبق على الإنترنت، وبذلك هل يمكن أن تخضع هذه العقود لقواعد الإسناد التقليدية (الأصلية) والتي أهمها قانون الإرادة ؟ وماالقانون الواجب التطبيق في ظل غياب الإتفاق من قبل المتعاقدين ؟ فهل يمكن إعمال قواعد الإسناد الإحتياطية ؟ وكذلك بالنسبة لتحديد مكان تسوية النزاع بالوسائل البديلة وإجراءاتها ؟ وللإجابة عن هذه الأسئلة سنحاول بيانها وكالآتي :

إن من أهم الأمور التي يحرص عليها المتخاصمون هو مواجهة المسائل الفنية المرتبطة بالإنترنت، والتي تغيب عن نصوص الإتفاقيات الدولية وتكون مكملة لقواعد التحكيم التقليدية، لهذا يفضل الأطراف قواعد محاكم التحكيم الإلكتروني،أكثر من الوسائل الأخرى لغرض حل النزاع، ذلك لأنها تضع ضمانات للمحافظة على سرية المعلومات المطروحة أكثر من غيرها من الوسائل البديلة للتسوية، إضافة إلى تأكيدها على المباديء الأخرى التي تحكم التحكيم التقليدي كمبدأ المواجهة وإحترام النظام العام[1].

(١) د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، مرجع سابق، ص٤٧ -٤٨.

هذا وتعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم الإلكتروني من المسائل الجوهرية نظراً لأن هذا القانون هو الذي يحكم وجود إتفاق التحكيم وصحته ونفاذه وآثاره وتحديد مايرتبه من حقوق وإلتزامات لأطراف الإتفاق.

ففيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم فيقصد بها : تحديد القواعد التي تتضمن إحترام مباديء المواجهة والدفاع والإثبات، أو القواعد المتعلقة بإجتماعهم عبر الإنترنت، حيث يمكن للأفراد أن يتفقوا على هذه الإجراءات مباشرة بأنفسهم داخل شرط التحكيم، فقد يقيدونها بقانون إجرائي معين قد يكون قانون الدولة التي يجري التحكيم على أرضها أو التي سيجري التنفيذ فيها أو وفقاً للقواعد الإجرائية التي تنظمها إحدى لوائح هيئات ومراكز التحكيم الدائمة سيما إذا كان التحكيم دولياً أو مؤسسياً، ولاتتوقف تلك المرونة عند هذا الحد بل قد يفوض الأطراف هيئة التحكيم في إختيار أو تكملة القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة محل التحكيم[١]. كما يمكن أن يتم ذلك بطريق غير مباشر من خلال الإحالة إلى نصوص قانون معين، أو نصوص الإتفاقيات الدولية في مجال التحكيم التقليدي[٢]. أما إذا لم يتفق الأطراف على تحديد إجراءات التحكيم، فيجري العمل بالنسبة للتحكيم التقليدي على تطبيق الإجراءات الواردة في قانون مكان التحكيم، أي قانون الدولة التي تنعقد محكمة التحكيم على إقليمها، وهذا ماذهبت إليه أحكام الفقرة الأولى من المادة (٥) من إتفاقية نيويورك للتحكيم الدولي. إلا أن هذا الحل من الصعوبة إعمالها في مجال التحكيم الإلكتروني الذي لايرتبط بإقليم معين، ويتم إجراء المعاملات وتنفيذها عبر الإنترنت. وفي حالة عدم تحديد مكان التحكيم، وبالتالي قانون الإجراءات الواجب التطبيق، جاز للمحكمين إعمال الإجراءات المتبعة أمام محاكم التحكيم الإلكتروني[٣]. وهذا مانصت عليها المادة (١٤) من قواعد غرفة التجارة الدولية في

وأنظر كذلك : د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص٣٥١.

(١) شريف الطباخ، التحكيم الإختياري والإجباري في ضوء مختلف الآراء، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠٠٨، ص٢٠٥.

(٢) إذ تنص المادة (٢٥) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، على:" لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة ".

(٣)Gaillard Trait de l arbitrage commercial international , 1996, p.195.

باريس والتي تنص على أن :"المحكمة لاتحدد مكان محكمة التحكيم إلا إذا لم يتفق الأطراف على ذلك ". وكذلك المادة (٢٠) من القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة C.N.U.D.C.I والتي تؤكد مبدأ حرية الأفراد في تحديد مكان التحكيم. عليه إذا حدد الأطراف مكان محكمة التحكيم كقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني، دون أن يتم تحديد مكان التحكيم في الشرط المندمج في العقد، يمكن لهم أن يحددوا ذلك المكان في إتفاق لاحق. وفي حالة عدم إتفاق الأفراد يمكن للمحكمة أن تقوم بتطبيق القواعد التي تنظم الإجراءات التي تتم أمام محاكم التحكيم الإلكترونية التابعة لجامعة مونتريال في كندا، وتلك التابعة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية، على أساس إنها تشكل القانون الإجرائي(النموذجي)للمعاملات الإلكترونية[١].

هذا وقد إختلف الفقه والقضاء في تحديد مكان التحكيم الإلكتروني، بأعتباره القانون الواجب التطبيق على الإجراءات. ففيما يتعلق بتحديد مكان التحكيم الإلكتروني فقد ذهب الفقه والقضاء إلى عدة إتجاهات كمايلي:

١- مكان وجود المحكم :

يذهب أنصار هذا الإتجاه[٢]، إلى تحديد مكان التحكيم التقليدي أو الإلكتروني بمكان وجود المحكم، أي الدولة التي يحمل جنسيتها المحكم أو التي يقيم فيها إقامة دائمة، إلا أن هذا المعيار غير كاف لتحديد مقر التحكيم، وسيؤدي إلى إثارة مشاكل عدة سيما في حالة تعدد المحكمين.

٢- معيار موقع القضية على شبكة الإنترنت :

ويذهب أنصار هذا الإتجاه[٣]، إلى تبني معيار موقع القضية على شبكة الإنترنت مكاناً للتحكيم الإلكتروني وتطبيق قواعد التجارة الإلكترونية على هذه الإجراءات.

نقلاً عن : د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص٣٥٢.

(١) د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، مرجع سابق، ص٤٨-٥٠.

(٢) شريف الطباخ، مرجع سابق، ص٢١٣.

(٣) د. حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠٠٧، ص٢٦٩.

٣- نظرية المكان الطليق :

يرى أنصار هذا الإتجاه[١]،أن التحكيم الإلكتروني تحكيم طليق وغير مرتبط بمكان معين، لذا فهو تحكيم غير وطني وغير محدد المكان، لذلك لايرتبط بقانون مكان التحكيم. وقد أخذ بهذا الإتجاه قانون التحكيم الإلكتروني الإنكليزي الصادر سنة ١٩٩٦.

ولايمكن الأخذ بهذه النظرية أيضاً كونها لاتتوافق مع إتفاقية نيويورك، وسيترتب على الأخذ بها عدم تطبيق أحكام التحكيم في الدول الأخرى، وبالتالي فلن يتم الإعتراف بحكم التحكيم دولياً.

٤- الموقع الجغرافي لمزودي الخدمة على شبكة الإنترنت :

ويذهب أنصار هذا الإتجاه [٢]، بأن الموقع الجغرافي لمزودي الخدمات المعلوماتية على شبكة الإنترنت هو المكان الأنسب ليكون مقراً للتحكيم الإلكتروني. إلا أن هذا الإتجاه غير كاف أيضاً وذلك للأسباب التالية :

أ. قد يشترك أكثر من مزود خدمة معلوماتية على شبكة الإنترنت في معاملة واحدة، مع إختلاف مواقعهم، فموقع أي منهم يكون مقراً للتحكيم ؟

ب. قد يكون المحكم أو هيئة التحكيم في مكان، بينما يكون الموقع الجغرافي لمزود الخدمات في مكان آخر، دون أن يكون لهذا الموقع أية صلة بموضوع النزاع أو أطراف النزاع أو حتى هيئة التحكيم.

٥- ذهب إتجاه آخر إلى تبني حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩٩٧/١٠/٢٨ :

ذهب أنصار هذا الإتجاه[٣] إلى تبني حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر هذا، والذي إعتبر " أن مفهوم مقر التحكيم هو مفهوم قانوني بحت، يترك تحديده للأطراف أو لهيئة التحكيم طبقاً للقواعد

---

(١) د.محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٥، ص٣٧٤ .

(٢) د.هات محي الدين اليوسفي، الأثر المانع لإتفاق التحكيم ومدى تأثيره على الإختصاص القضائي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٤ ، ، ص٦٤ ومابعدها.

(٣) د.عصام عبد الفتاح مطر، التشريعات الالكترونية الدولية والعربية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص٦١٤ ومابعدها .

الواجبة التطبيق على التحكيم، وليس مكاناً مادياً محدداً مثل مكان المرافعات أو المكان الذي جرى فيه توقيع الحكم". وهو الإتجاه الذي نؤيده.

أما فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، فيقوم المحكم بالفصل في النزاع إعمالاً للقانون الواجب التطبيق والذي يتم تعينه من قبل أطراف العقد[١]، وفي حالة عدم تحديده يقوم المحكم بتحديده بنفسه، ويتعين على المحكم الفصل في النزاع وفقاً للقانون، وليس له الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة، مالم يجز له الأطراف ذلك[٢]،ويجوز للمتعاقدين إعطاء المحكم حرية كبيرة في إختيار القواعد التي تطبق على النزاع، كما يجوز السماح له بتسوية النزاع وفقاً لقواعد العدالة، وعندها يسمى المحكم في هذه الحالة بالمحكم الطليق[٣].

وهذا ما أشار اليه المشرع العراقي في حالات خاصة [٤] ، وبالنسبة لإعمال قواعد التنازع لتعيين وتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع : ففي العقود الدولية عادة مايتم اختيار القانون الواجب التطبيق بأتفاق طرفي العقد، سواء بصفة صريحة ام ضمنية – وهي الحالة التي تستخلص من نية المتعاقدين وظروف وملابسات العقد التي يترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع، ليطبق هذا القانون في

---

(١)إذ تنص المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤،على: "١- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا إتفقا على تطبيق قانون دولة معينة إتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين مالم يتفق على غير ذلك. ٢- وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر إتصالاً بالنزاع". أما المشرع العراقي فقد نص في المادة (٢٥) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاته على: " يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدا موطناً ، فإذا إختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد . هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه " .

(٢)إذ تنص المادة (١) من القانون المدني العراقي على: "١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها . ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مباديء الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة " .

(٣) يقصد بالتحكيم الطليق:" التحكيم الذي يتحرر فيه الأطراف من كل القواعد الوطنية ، حيث تقوم إرادة الأطراف بصياغة أو تقنين القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة فيه بشكل مفصل " .

للمزيد من التفصيل ينظر: شريف الطباخ، مرجع سابق، ص ٢١٢ . فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص٢٢٧ ، د. صابر عبدالعزيز سلامة، مرجع سابق، ص٢٩ .

(٤) أنظر المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٠ .

حالة النزاع، وهو مايسمى بقانون الإرادة، وإلا إحتكم إلى القواعد العامة في حالة عدم التحديد لا الصريح ولا الضمني لقانون العقد[1]، ولما كان العقد المبرم إلكترونياً عبر الإنترنت، يعتبر عقداً مابين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان، فأنه يعد منعقداً في العادة في المكان والزمان الذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب[2]، إلا أنه بالرجوع إلى النص الذي أورده المشرع العراقي في المادة (٢٥) من القانون المدني، الذي ينص على : " يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً، فاذا إختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا مالم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا آخر يراد تطبيقه ". يتبين أن المشرع إعتمد نظرية قانون الإرادة إبتداءً كقانون مسند إليه بموجب قاعدة إسناد أصلية لتعين القانون الواجب التطبيق، وفي حالة عدم وجود الإتفاق فأنه بموجب قاعدة الإسناد الإحتياطية يطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدا موطناً، وإذا اختلفا في موطنهما فإنه يطبق قانون محل إبرام العقد.

وجدير بالذكر أن المشرع العراقي واكب التقدم العلمي والتكنلوجي سيما مايتعلق بالعقود الإلكترونية التي تبرم على شبكة الإنترنت وتوثيقها وتنظيمها من الناحية القانونية، وذلك بتشريعه قانون التوقيع الإلكتروني رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢، إلا أنه إستثنى من نطاق تطبيق هذا القانون في المادة (٣) منه، مسائل الأحوال الشخصية، والمسائل المتعلقة بالأموال غير المنقولة، وإنشاء الحقوق العينية عليها، وهذا يعد تطبيقاً للقواعد العامة التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة (١٣٠) من القانون المدني التي تنص على : " ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية كالأهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحماية المستهلكين في الظروف الإستثنائية ". إذ تعد القواعد المنظمة لهذه الأحوال قواعد آمرة لايجوز الإتفاق على مخالفتها.

---

(١) د. حسن محمد الهداوي، و د. غالب علي الداوودي، مرجع سابق، ص١٩٨ .

(٢)إذ نص المشرع العراقي على حالة التعاقد بين الغائبين في المادتين (٨٧) و (٨٨) من القانون المدني العراقي ، وهذا مايمكن تطبيقه بشأن التعاقد الإلكتروني وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني .
للمزيد أنظر : د. عبدالمجيد الحكيم ، نظرية العقد ، العاتك للطباعة والنشر، بغداد ، ١٩٦٧، ص٦٣ .

وجدير بالذكر : أن المادة (١٥) من تنظيم محكمة القضاء الدولي تنص على أنه : " ١- للأطراف حرية إختيار القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم على موضوع النزاع، وفي حالة غياب إتفاق الأطراف تطبق الهيئة قواعد القانون التي تراها مناسبة. ٢- ويجب ان تأخذ الهيئة في إعتبارها، في جميع الاحوال، شروط العقد وعادات التجارة الدولية الوثيقة الصلة بالموضوع "[١].

، ونرى أن المادة (١٥) أعلاه تتحلل من القيود المركزية التي قررها تنظيم محكمة القضاء الدولي بخصوص غيره من المسائل، فهذه المادة تتطابق مع القواعد العامة في التحكيم التقليدي في الأحكام الموضوعية التي تتضمنها، فالنص يفرق بين أمرين : إختيار الاطراف للقانون الواجب التطبيق، وهنا لاتثور أية مشكلة، إذ تلتزم الهيئة بهذا الإختيار. أما إذا لم يتفق الطرفان على إختيار قانون معين، حلت هيئة التحكيم محلهم في تحديد القانون الواجب التطبيق الذي تراه مناسباً من بين القوانين ذات الصلة لحكم النزاع الإلكتروني، والذي يسمى بالإسناد الجامد في القانون الدولي الخاص _ كتطبيق قانون محل إبرام العقد أو قانون بلد تنفيذه أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو قانون موطنهما المشترك، وهنا يتبين أن النص يتضمن قواعد إسناد أصلية وإحتياطية لإعمال قواعد التنازع في الوسائل البديلة على المنازعات الإلكترونية هذه. كما أوجب هذا النص مراعات الهيئة عند فصلها في الدعوى وفقاً للقانون المختار شروط العقد وعادات التجارة الدولية المتصلة بموضوعه، سواء تم الإختيار بواسطة الأطراف أو بواسطة هيئة التحكيم الإلكتروني ذاتها.

عليه فإن منهج تنازع القوانين الدولي لايكون متناسباً مع طبيعة التجارة الدولية، فقاعدة الإسناد تحدد قانوناً داخلياً لدولة معينة ليحكم علاقة ذات طابع دولي، والقواعد القانونية المحلية موضوعة أصلاً لتنظيم العلاقات الوطنية الداخلية، ومن ثم فهي لاتصلح لتنظيم روابط التجارة الدولية، وتبدو تلك الحقيقة بوضوح عبر المعاملات الإلكترونية التي تتجاوز الحدود الإقليمية من خلال شبكة الإنترنت التي يصعب التعرف على المتعاملين فيها وأماكن تواجدهم الجغرافي، لذا كانت الحاجة لقواعد موضوعية تتميز بخصوصية فنية وقانونية قابلة لمواكبة هذا التطور. ووفقاً لما بيناه فإن اللجوء لنظام التحكيم الإلكتروني يتقرر بمجرد مليء البيانات الشاغرة في طلب التحكيم المتاح على الموقع الإلكتروني للهيئة المراد الإحتكام إليها، وهو مايكفي بذاته لإعتبار دعوى التحكيم رفعت[٢]، بيد أن هذا لايعني

(١) د. محمد صافي يوسف، مرجع سابق، ص٥٤ .

(٢) أنظر المادة (٢/٥) من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس .

تحلل نظام التحكيم الإلكتروني من القوالب الإجرائية كلية، فطلب التحكيم يوجه في شكل معين، وله بيانات محددة يتعين الإلتزام بها، لذا تنص المادة (١٤) من تنظيم محكمة القضاء الدولي على أنه : " تخضع الدعوى لاحكام هذا التنظيم، وفيما عدا القواعد المتعلقة بالنظام العام لايمكن لأي قانون إجرائي آخر أن يكون واجب التطبيق"[١].

ويبدولنا ان المادة (١٤) تسير في إتجاه النظام العام بمفهومه المستقر عليه بين الأمم والشعوب، والذي يتجسد في مجموعة المباديء التي تسلم بها الجماعة الدولية، كمباديء عليا لايمكن تجاهلها في التعامل الدولي[٢]، وهذا ما إتجه إليه المشرع العراقي في المادة (٣٠) من القانون المدني، عندما نص على : " يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين، مباديء القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا "، بإعتبارها قاعدة من القواعد المادية في القانون الدولي الخاص، فعلى سبيل المثال توجب على هيئة التحكيم الإلكتروني أن تباشر الدعوى بشكل عادل ومحايد إحتراماً لحقوق الدفاع، وتعد هذه القاعدة من قواعد النظام العام الداخلي والدولي في آن واحد.

(١) د. محمد صافي يوسف، مرجع سابق، ص٥٤.
(٢) د. حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص١٦٤.

الخاتمة

بعد إكمالنا لهذا البحث بعون الله وتوفيقه، من الضروري أن نستعرض أهم النتائج والتوصيات التي إنطوى عليه، عسى أن يشكل ذلك إسهاماً علمياً متواضعاً ومفيداً.

أولا : الإستنتاجات

١. في ظل التطور الهائل والحاصل في مجال التجارة الدولية الإلكترونية، أصبحت الوسائل البديلة في تسوية المنازعات التجارة الإلكترونية أمراً متزايداً، لأنه يتفق مع طبيعة هذه التجارة، وأن تطور دور الوسائل البديلة في حل المنازعات الدولية من نظام بديل إلى أداة أساسية يكون لها المقدرة على مجاراة القضاء العادي، الأمر الذي أدى إلى تزايد إستخدام هذه الوسائل لتسوية المنازعات الإلكترونية، إذ تعد هذه الوسائل رد فعل تجاه القضاء العادي نظراً لما تتميز بها من سهولة وسرعة في الإجراءات وإصدار الأحكام، مقارنة بالقضاء العادي الذي يعد أكثر تعقيداً من هذه الوسائل، لما فيه من تعقيدات وشكليات مؤثرة سلباً في إطالة أمد الدعوى، وبقاء عدد من الدعاوى دون حل،هذا إضافة إلى تكاليفها الباهضة، اذ تتميز هذه الوسائل بالبساطة والمرونة في إنجاز وحسم الدعاوى والتي تكفل إمكانية تطبيقها مع ظروف كل قضية لكونها تيسر الحوار والتفاوض وتسوية النزاع بين المتنازعين، وبالنتيجة الوصول إلى توافق ودي ينهي النزاع دون الإخلال بروابطهم وعلاقاتهم التجارية وبمبدأ حسن النية لديهم، وبالنتيجة إستقرار المعاملات.

٢. إن الوسائل البديلة تقوم على فكرة تدخل طرف ثالث لحل النزاع، ويقصد بها تلك الوسائل غير القضائية لحل المنازعات الإلكترونية والفصل فيها من خلال شبكة الإنترنت، وتتمثل في الوساطة الإلكترونية، والتوفيق الإلكتروني، والمفاوضات الإلكترونية المباشرة، والتحكيم الإلكتروني، والصلح الإلكتروني. ويعتمد نجاح هذه الوسائل في المقام الأول على الوسيط أو الشخص الثالث المكلف بحل النزاع والذي يقوم بتسوية النزاع الذي يحتوي الشروط الشكلية والموضوعية المطلوبة للسعي في الوصول إلى الحكم العادل وفق أسس موضوعية سليمة قانوناً، ويؤمن ضمانة وصول الحقوق إلى الأطراف المتخاصمة.

٣. إن نصوص الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية تجعل الفصل في منازعات التجارة الدولية الإلكترونية ابتداءً من إختصاص قضاء التحكيم دون قضاء الدولة المضيفة، وذلك يرجع لخصوصية

التحكيم وضرورته كوسيلة هامة لتسوية هذه المنازعات الحديثة، دون الإقلال بأهمية القضاء الوطني في هذا الشأن.

٤. يتم إختيار الوسيلة البديلة غير القضائية لتسوية المنازعات التجارة الإلكترونية، بالنص عليها في العقد، كما يجوز للأطراف إختيار الوسيلة غير القضائية لتسوية النزاع بإتفاق لاحق للعقد.

٥. لايختلف التحكيم الإلكتروني كأحد هذه الوسائل عن التحكيم التقليدي من حيث جوهره، فكلاهما من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، إلا أن التحكيم الإلكتروني يتميز بأنه يتم من خلال وسائل الإتصال الحديثة وبشكل خاص عبر شبكة الإنترنت، كما يجمع الخصائص التي يتميز بها التحكيم التقليدي إضافة إلى بعض المميزات التي ترجع لطبيعته الإلكترونية، إذ لايستلزم إنتقال الأفراد المتخاصمين إلى مكان بعيد عن محل إقامتهما، ذلك لأن إستماع المحكمة إلى المتخاصمين لايستلزم التواجد المادي لكلاهما، وإنما يتم عبر وسائل الإتصال الإلكترونية، كما ويتضمن التحكيم الإلكتروني إضافة إلى المباديء الخاصة بالتحكيم التقليدي مجموعة مباديء خاصة بها ولعل من أبرزها كيفية تقديم المستندات، وأهمية الحفاظ على سرية المعلومات التجارية والصناعية التي تهم اطراف موضوع النزاع.

٦. إختلفت التشريعات على إستلزام كتابة شرط أو إتفاق التحكيم بإعتبارها الوسيلة البديلة الإلكترونية الفعالة والأكثر إنتشاراً، فذهب إتجاه إلى أنه لايستلزم فرض شكل معين لشرط التحكيم، كشرط الكتابة لصحته، أما الإتجاه الثاني والغالب فيستلزم أن يكون شرط التحكيم مكتوباً وفقاً لقواعد التحكيم التقليدية.

٧. إذا حدد الأطراف مكان الوسيلة التي يتم بها حل النزاع كمكان محكمة التحكيم كقانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني، دون أن يتم تحديد مكان التحكيم في الشرط المندمج في العقد، يمكن لهم أن يحددوا ذلك المكان في إتفاق لاحق، وفي حالة عدم إتفاق الأفراد يمكن للمحكمة أن تقوم بتطبيق القواعد التي تنظم الإجراءات التي تتم أمام محاكم التحكيم الإلكترونية على أساس إنها تشكل القانون الإجرائي للمعاملات الإلكترونية.

٨. إختلف الفقه والقضاء في تحديد مكان التحكيم الإلكتروني إلى عدة إتجاهات منها تحديد مكان التحكيم الإلكتروني بمكان وجود المحكم، أي الدولة التي يحمل جنسيتها المحكم أو التي يقيم فيها

إقامة دائمة، وذهب إتجاه ثاني إلى تبني معيار موقع القضية على شبكة الإنترنت مكاناً للتحكيم الإلكتروني وتطبيق قواعد التجارة الإلكترونية على هذه الإجراءات، كما ذهب إتجاه آخر إلى أن التحكيم الإلكتروني تحكيم طليق وغير مرتبط بمكان معين، لذا فهو تحكيم غير وطني وغير محدد المكان، لذلك لايرتبط بقانون مكان التحكيم، وذهب إتجاه آخر بأن الموقع الجغرافي لمزودي الخدمات المعلوماتية على شبكة الإنترنت هو المكان الأنسب ليكون مقراً للتحكيم الإلكتروني، كما ذهب إتجاه آخر والذي أيدناه بدورنا إلى ان مفهوم مقر التحكيم هو مفهوم قانوني بحت يترك تحديده للاطراف أو لهيئة التحكيم طبقاً للقواعد الواجبة التطبيق على التحكيم، وليس مكاناً مادياً محدداً مثل مكان المرافعات أو المكان الذي جرى فيه توقيع الحكم.

٩. إن منهج تنازع القوانين الدولي لايكون متناسباً مع طبيعة التجارة الدولية، فقاعدة الإسناد تحدد قانوناً داخلياً لدولة معينة ليحكم علاقة ذات طابع دولي، والقواعد القانونية المحلية موضوعة أصلاً لتنظيم العلاقات الوطنية الداخلية، ومن ثم فهي لاتصلح لتنظيم روابط التجارة الدولية، وتبدو تلك الحقيقة بوضوح عبر المعاملات الإلكترونية التي تتجاوز الحدود الإقليمية من خلال شبكة الإنترنت، التي يصعب التعرف على المتعاملين فيها وأماكن تواجدهم الجغرافي، لذا كانت الحاجة لقواعد موضوعية تتميز بخصوصية فنية وقانونية قابلة لمواكبة هذا التطور.

١٠. إتجاه غالبية التشريعات المعاصرة إلى إخضاع كافة المنازعات الناشئة عن التجارة الدولية وبصورة خاصة عن طريق شبكة الإنترنت لنظم الوسائل البديلة، لغرض حسمها، وقد تجسد ذلك بالإنضمام إلى الإتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة الدولية، والتي تتضمن نصوصاً صريحة تجعل الفصل في هذه المنازعات، تكون بموجب النظم البديلة،وبصفة خاصة قضاء التحكيم دون القضاء العادي للدولة المضيفة

١١. يقوم الوسيط أو المفاوض أو الموفق أو المحكم بالفصل في النزاع إعمالاً للقانون الواجب التطبيق والذي يتم تعينه من قبل أطراف العقد، وفي حالة عدم تحديده يقوم أحدهم (مما ذكر) بتحديده بنفسه.

١٢. أشار المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ إلى بعض المعايير الدولية المعتمدة في تنظيم إبرام المعاملات الإلكترونية من حيث نشوؤها وتنفيذها، دون تحديد

القانون الواجب التطبيق بشأن النزاع فيما لـو وقـع، وذلـك لكونـه لم يحـدد في هـذا القـانون الطبيعـة القانونية للعقود الإلكترونية، من أجل تحديد الإختـصاص القـضائي والتـشريعي، مـما يـؤدي إلى إعـمال القانون الواجب التطبيق، وكذلك تحديد الإختـصاص القـضائي المخـتص للنظـر في النـزاع، وفقـاً لقواعـد الإسناد في القانون الوطني إستناداً للقواعد العامة.

ثانياً : التوصيات

١. نوصي بضرورة مراعاة الصياغة النموذجية لشرط التحكيم ومشارطة التحكيم أو اللجوء للوسـائل البديلة الأخرى، وذلك مراعاة لكافة الإحتمالات والعمل وفق خطـوات تفـصيلية لـسير الخـصومة، تبعـاً لإحـدى هـذه الوسـائل البديلـة، لحـين إصـدار الحكـم وتنفيـذه، ومراعـاة الإطـار القـانوني النمـوذجي للمعاملات التجارية الدولية، لتحقيق مصلحة الأطراف المتخاصمة.

٢. ينبغي التمييز بين النظام العام الداخلي المستمد مـن أحكـام القـوانين الوطنيـة، والنظـام العـام الدولي المستمد من أحكام القانون الدولي، في مسائل تسوية المنازعات بالوسائل البديلة، والإعتماد عـلى النظام العام المستمد من أحكام القوانين الوطنية بالقـدر الممكـن، ذلـك أن المـشاكل المتعلقـة بالنظـام العام في تطور دائم أمام المحاكم التحكيمية، حيث أصبحت هذه المحاكم تتبنـى نظامـاً عامـاً لايخـالف النظام العام الدولي، إذ لاتجيز مراكز التحكيم أي إجـراء متفـق عليـه بـين الأطـراف إذا كانـت مخالفـة للنظام العام الدولي.

٣. إنشاء مراكز متخصصة بالوسائل البديلة الإلكترونية لفض منازعات التجارة الإلكترونيـة، والعمـل على تنسيق عمليات المفاوضة والوساطة الإلكترونية والتوفيق الإلكتروني، وتنظيم لوائح خاصـة بأسـماء الوسطاء والموفقين من ذوي الخبرة في هذا المجال.

٤. نرى إضافة مادة التجارة الدولية إلى مناهج كليات القانون والمعاهد القضائية ومراكـز التحكـيم، والتأكيد على موضـوع التجـارة الدوليـة الإلكترونيـة والمنازعـات الناتجـة عنهـا، ودور الوسـائل البديلـة الإلكترونية في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية، سـيما في ظـل التطـور التكنولـوجي وتطـور التجـارة الدولية الإلكترونية وتزايد الإستثمار الدولي .

٥. على المشرع العراقي وضع نظام قانوني متكامل للتحكيم الإلكتروني كوسيلة بديلة لتسوية منازعات التجارة الدولية وفقاً لمتطلبات العصر، وبما يتوافق مع القوانين الوطنية والإتفاقيات الدولية، مع وضع صياغات نموذجية لشرط التحكيم ومشارطة التحكيم، وذلك مراعاة لكافة الإحتمالات .

٦. نوصي المشرع العراقي بضرورة تشريع قانون خاص بالتجارة والمعاملات الإلكترونية على غرار التشريعات المقارنة، والنص على ضرورة اللجوء إلى الوسائل البديلة الإلكترونية لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، والعمل على تطويرها وتحديد مدلولاتها ومضامينها وجوانبها القانونية كافة، وتنظيم قواعد موضوعية تتميز بخصوصية فنية وقانونية قابلة لمواكبة هذا التطور بحيث تناسب منهج تنازع القوانين تجاه طبيعة التجارة الدولية ولكون قانون التوقيع الإلكتروني العراقي قاصراً لحل هذه المسائل.

٧. عندما يكون العقد مكون من أقسام متعددة، ومرفق به جداول وملاحق كثيرة، نرى من الحكمة وضع فقرة في العقد تنظم أسبقية كل هذه الملاحق أو الجداول، كي يكون هناك تناسق وترابط في المعنى بين هذه الوثائق المتعددة، وتحدد صراحة وبوضوح الهدف المنشود منها، وذلك لتلافي الإختلاف عليها بين الأطراف عند قراءتها أوتفسيرها أو إستنتاج المعاني منها.

٨. تضمين تشريعات الدول ومنها العراق نصوصاً محددة وحديثة، تجعل الوسائل البديلة لتسوية منازعات التجارة الدولية، وخاصة نظام التحكيم، من بين الوسائل ذات الأولوية الفعالة لتسوية منازعاتها هذه، وبالنص على : " أن يكون للأطراف الطلب من القضاء إثبات توافقهم في اللجوء للوسائل البديلة. لتسوية منازعاتهم الخاصة بالتجارة الدولية إبتداءً، مع مراعات مقتضى النظام العام في بلد التنفيذ".

٩. نوصي المشرع العراقي بتحديد الطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية، من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق وفق قواعد إسناد خاصة بها، دون الرجوع للقواعد العامة لتحديد الإختصاص القضائي والتشريعي.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : الكتب

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الخاص الدولي، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥.
- د.أحمد شرف الدين، جهات الإختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، النسر الذهبي للطباعة، ٢٠٠٣م.
- د. أحمد عبدالكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والعولمة، ط١، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر.
- د. إلياس ناصيف، العقود الدولية " العقد الإلكتروني في القانون المقارن"، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.
- د. أيمن مصطفى البقلي، النظام القانوني لعقد الإشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية " دراسة تطبيقية مقارنة للتعاقد عبر الإنترنت"، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
- د. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، دراسة في ضوء الإتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية والقوانين المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- د. حسين الماحي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- شريف الطباخ، التحكيم الإختياري والإجباري في ضوء مختلف الآراء، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠٠٨ .
- د. صابر عبدالعزيز سلامة، العقد الإلكتروني، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
- د. صفاء فتوح جمعة فتوح، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، آليات فض المنازعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣.
- د. عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

- د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، ٢٠٠٠.
- د. عبدالله ثامر محمود، عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت، ٢٠١١.
- فادي محمد عماد الدين توكل،عقد التجارة الإلكترونية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠.
- د. فاروق سعد، المحاكمات والتحكيم عن بعد، المدخل، النظرية، التطبيق، منشورات صادر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣.
- د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
- د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- د.محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- محمد أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الإنترنت، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٢.
- محمد امين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨ .
- د. محمد حسين منصور، المسئولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
- د. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠١٠.
- د. ناصر محمد عباس،الوسائل الإلكترونية ودورها في عقد البيع، بدون ناشر، مصر، ٢٠١١.
- د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- د.هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٢.

ثانياً : البحوث والمؤتمرات

- د. أبو العلا علي أبو العلا، النظام القانوني لرد المحكم في ضوء حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٦ نوفمبر ١٩٩٩ بعدم دستورية المادة (١/١٩) من قانون التحكيم المصري، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي الخامس لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، حول الإتجاهات الحديثة في التحكيم، للفترة من ٢٨-٢٩ مارس ٢٠٠٠.
- د. أحمد حشيش، نحو فكرة عامة للوساطة الإجرائية بإعتبارها عوناً للقضاء، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي الخامس لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، حول الإتجاهات الحديثة في التحكيم، للفترة ٢٨-٢٩ مارس ٢٠٠٠.
- سعد فاضل منديل، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة القادسية، العدد الثاني، ٢٠١٢.
- د. عبدالهادي مقبل، فض المنازعات في المسائل الإقتصادية والمالية بغير الطريق القضائي، مجلة مصر المعاصرة، مجلة ربع سنوية تصدرها الجمعية المصرية للإقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع،العدد(٤٩١)، السنة المائة، القاهرة، يوليو ٢٠٠٨.
- د. مصلح أحمد طراونة، د. أنور أحمد حجايا، التحكيم الإلكتروني، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثاني، العدد الأول، ٢٠٠٥.
- هند عبد القادر سليمان دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الدولية، بحث مقدم إلى مؤتمر المغرب الأول حول المعلوماتية- والقانون، ٢٠١٤.

ثالثاً: الرسائل الجامعية

- محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٤.
- د.محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٥.

رابعاً : الإتفاقيات الدولية

- القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة لعام ١٩٨٥.
- قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام ٢٠٠٢.
- الملحق رقم (٢) من إتفاقية منظمة التجارة العالمية والمتضمن التفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات ١٩٩٤.

خامساً : القوانين

- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.
- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.
- قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩
- قانون التحكيم المصري رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٤.
- قانون التوقيع الالكتروني العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢.

الملخص

نظرا للخصوصية التي تمتاز بها منازعات التجارة الإلكترونية والتي ترجع إلى أن هذا النوع من التجارة تعتمد على وسائل الإتصال الحديثة لاسيما الإنترنت، كما أن هذا النوع من التجارة يغلب عليها الطابع الدولي، إضافة إلى أن القوانين الوطنية والإتفاقات الدولية غالباً ماتكون غير ملائمة عند التطبيق على هذه النوعية من المنازعات، سيما مايتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة بنظر النزاع، لذا كان لابد من إيجاد آليات جديدة لتسوية النزاعات الناتجة عن إبرام هذه العقود تتميز بالبساطة في الإجراءات، والسرعة في إصدار الأحكام، كما وتتجنب المشاكل التي يمكن أن تنتج عن تنازع القوانين، كما وتحقق للأطراف ميزة الخصوصية في عرض المنازعة.

پوختە

لەبەر ئەو تایبەتمەندییانەی کە ناکۆکییەکانی بازرگانی ئەلیکترۆنی لە خۆی گرتووە و ئەمەش بۆ ئەوە ئەگەڕێتەوە کە ئەم جۆرە بازرگانییە پشت بە هۆیەکانی پەیوەندی نێو دەوڵەتی هاوچەرخ ئەبەستێ بە تایبەتی ئینتەرنێت,ئەم جۆرە بازرگانییە مۆرکێکی نێو دەوڵەتی هەیە لەگەڵ ئەوەشدا یاسا و پەیماننامە نێو دەوڵتییەکان گونجاو نین بۆ پیادە کردنی ئەم جۆرە ناکۆکییانە بە تاییبەتی ئەوەی پەیوەندی بە دیاری کردنی ئەو یاسایەی کە پێویستە جێبەجێ بکرێ و ئەو دادگایەی تایبەتمەندە بە بینینی ئەو کێشانە,بۆیە ئەبێ ڕێگا چارە بۆ یەکلاکردنەوەی ئەو کێشانەی لەم مامەڵانە دەکەوێتەوە بەوە جیاکەرێنەوە ڕێکارەکان ئاسان و خێران لە دەرکردنی بڕیار,ئەمەش خۆی بە دوور ئەگرێ‌لەو کێشانەی کە لە ناکۆکی ئەم یاسایانەوە بەرهەم دێت,ئەمەش ئەو تایبمەندییە بۆ لایەنەکان بەدی دێنێ لە خستنەڕووی ناکۆکییەکان.

Abstract

The implementation of disputes rules on alternative forms of resolutions in electronic Commercial Disputes

Taking into consideration the features of the electronic commercial disputes that heavily depend on modern communication means in particular internet, its cross-border (international) feature, often the lack of proper application of domestic laws and international treaties in these cases especially when we try to identify the right law to apply (Applicable Law) and the Jurisdictional Court hearing the dispute, in resolving these disputes, we should find new mechanisms that characterized by easy applicable procedures, speedy decision-making process avoiding disputes around applicable laws and providing specific features for the parties in bringing this claim before the court.