



Revue de Droit Civil, Economique et Comparé
Journal of Civil, Economic and Comparative Law

الوسيلة الالكترونية في التحكيم الالكتروني بالمغرب بين هاجس المشروعية و الفعالية الاقتصادية

The electronic method of electronic arbitration in Morocco between the obsession of legality and economic effectiveness

عبد الله خضير

طالب باحث في سلك الدكتوراه- مختبر الدراسات و الأبحاث القانونية و السياسية
كلية العلوم القانونية و الاقتصادية السويسي- جامعة محمد الخامس الرباط

نجوى رويني

أستاذة باحثة بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية السويسي- جامعة محمد الخامس الرباط

n.rouini@um5s.net.ma

Abstract

There is no doubt that electronic arbitration is today's one of the most important alternative means favored by the parties to resolve their disputes, due to its speed, specialization, efficiency, confidentiality and of its time, efforts and expenses saving, as well as its optional nature. This is evident through the exchange of electronic documents between the parties and the arbitration board, whether between the parties themselves or between them and the arbitration board via the Internet. Faced with this situation, the Moroccan legislator had to adopt electronic means and update its legal system to adapt to the demands of the digital world.

Key words: Electronic arbitration, Arbitration agreement, Internet, Settlement of Disputes.

مما لا شك فيه أن التقدم العلمي في المجال الالكتروني وما تبعه من تنمية معلوماتية، واتجاه التجارة الدولية إلى التجارة الالكترونية الدولية، التي تقوم على السرعة في إبرام العقود وتنفيذها، أثر في الكثير من جوانب المعاملات ومنها التأثير البالغ على المراكز القانونية للمتعاقد¹.

¹ محمود محمد الشيخ، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015، ص 21.

في هذا السياق، يبدو من المنطقي أن نجد أنفسنا على تجاوز للتحكيم في صورته التقليدية، الذي لم يكن يثر نقاشا نظرا لسهولة استيعاب مفهومه، وصولا إلى هيئته الحديثة المتمثلة في صبغته الالكترونية أو ما يصطلح عليه بالتحكيم الالكتروني. وقد عرفه البعض، بأنه " نظام لتسوية المنازعات يحول بمقتضاه أطراف النزاع مهمة الفصل إلى محكمين يختارونهم بمحض إرادتهم بدلا من الطريق القضائي بالاعتماد على تقنيات استخدام الوسائط والأساليب الالكترونية منها شبكة الانترنت". أو ذلك التحكيم " الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الانترنت وفق قواعد خاصة دون الحاجة إلى التقاء أطراف النزاع و المحكمين في مكان معين".² فالطابع الالكتروني يجعل منه أهم الوسائل التي يسعى من خلالها المتخاصمون لفض نزاعاتهم³، لما تتميز به من سرعة وتخصص وكفاءة وسرية واقتصاد في الوقت والجهد والنفقات، فضلا عن طابعه الاختياري.

هذا وتكمن الأهمية النظرية للموضوع، في الاعتماد على الطرق البديلة للتقاضي، وبالتحديد التحكيم الالكتروني كآلية لحل النزاعات، وتبسيط الضوء حول الإشكالات التي تعترض هذه الآلية، خصوصا في المنظومة القانونية، وكذا اصطدام البيئة الالكترونية بالعديد من العقبات ، لاسيما على مستوى التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية. أما بخصوص الأهمية التطبيقية، فتتمثل في كونه أصبح حقيقة وواقع فرضتهما التطورات السريعة الحاصلة على مستوى وسائل الاتصال الحديثة، إذ لا يمكن إغفاله خاصة أمام تزايد استعمال الوسائل الالكترونية في عالم الفضاء الالكتروني.

في هذا الصدد اعتمدت مجموعة من الدول التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات⁴، وقد تم تنظيمه بقوانين وطنية⁵ واتفاقيات دولية، ومعظم تلك الوثائق القانونية لم يرد بخل واضعيها، أنه سيأتي يوم يذهب فيه كل من المتخاصمين، إلى ابعد من التحكيم العادي ليأخذوا بأسباب التطور، فيستخدموا الوسائل الالكترونية في إبرام اتفاق التحكيم و سير إجراءاته. إزاء هذا الوضع، تطرح عدة إشكالات تتعلق بمدى انطباق الشروط الواجبة توافرها في التحكيم التقليدي على التحكيم الالكتروني؟ وماهية الآلية التي يسير عليها؟ ومن أين يستقي قواعده وأسسها التي ينبني عليها؟ ولعل أهمها تلك المتعلقة بمدى مشروعية الوسيلة الالكترونية في التحكيم الداخلي بين الأفراد في القانون المغربي ومدى نجاعته؟.

² للمزيد حول الموضوع راجع:

-Marine Naimi –Charbonnier, « La formation et l'exécution du contrat électronique », thèse de doctorat en droit Université Panthéon Assas paris, 2003, p. 238.

-Chatillon Stéphan, « Le contrat international 3ème édition librairie Vuibert paris .2007, p. 285.

³ غير أن اللجوء إلى التحكيم لا يعني الخروج عن مبادئ التقاضي والمحاكم العادية، وما تقتضيه من مساواة بين الخصوم وتحقيق لمبدأ التواجية وحقوق الدفاع .

⁴ إن ما تسعى إليه الدول النامية في تحقيق التنمية ليس لها في ذلك مناص من الاستعانة بالمستثمرين الأجانب، والشركات متعددة الجنسيات والذين لا يخاطرون بأموالهم إلا إذا ضمنوا في عقودهم مع دول العالم الثالث شروط التحكيم، وغالبا ما تكون هذه العقود سرية مثل عقود نقل التقنية وتراخيص استغلال براءات الاختراع، أو ما تضمن من كشف الأسرار الصناعية، ومعرفة كيف know-how التي تحتاج قدرا من السرية يوفرها التحكيم، ولا يوفرها القضاء العادي القائم على ركن العلنية.

⁵ لقد نظم المشرع المغربي التحكيم في القانون رقم 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، الظهير الشريف رقم 1.07.129 مؤرخ في 30 نونبر 2007 بتنفيذ القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، جريدة الرسمية عدد 5584، بتاريخ 6 دجنبر 2007، ص3894.

فالحقيقة إن الدعامة الإلكترونية ساهمت في تطوير و تسهيل، الولوج للتحكيم بصفة عامة سواء التحكيم العادي أو التحكيم الإلكتروني ، و إن كانت النصوص القانونية التي تسري على التحكيم العادي قد لا تشمل التحكيم الإلكتروني وخصوصيته.

وجوابا على الإشكالية أعلاه والتقييد بفرضها سنعمل على إسقاط مفهوم التحكيم الإلكتروني على التحكيم الداخلي بين الأفراد في القانون المغربي (أولا) ثم نبرز أهمية هذه الوسيلة في تحقيق النجاعة التي يمتاز بها من خلال رصد الأبعاد الإيجابية للتحكيم الإلكتروني(ثانيا).

أولا: إسقاط مفهوم التحكيم الإلكتروني على التحكيم الداخلي بين الأفراد في القانون المغربي

نص الفصل 308 من قانون رقم 08.05 المتعلق بالتحكيم و الوساطة الاتفاقية⁶ على أنه: "يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة، سواء كانوا ذاتيين أو اعتباريين، أن يبرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها، مع مراعاة الاستثناءات الواردة في هذا القانون."

نسجل في هذا الخصوص أن هذه المادة تخاطب كل الأفراد الموجودين على التراب الوطني سواء كانوا مغاربة أو أجانب، وعليه لأطراف النزاع الذين ينطبق عليهم التحكيم الداخلي الحرية في اختيار التحكيم كوسيلة لحل نزاعهم بدل القضاء الوطني، إلى جانب الوسيلة المعتمدة في حل هذا النزاع. و منه فإن التحكيم الإلكتروني يتطلب وجود اتفاق تحكيم مبرم عبر الانترنت (أ)، إلى جانب ضرورة تعيين هيئة التحكيم من قبل الأطراف (ب).

⁶ المادة 12 من مشروع قانون رقم 17.95 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية على أنه: " يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة، سواء كانوا ذاتيين أو اعتباريين، أن يبرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها، مع مراعاة الاستثناءات الواردة في هذا القانون."

أ: اتفاق التحكيم المبرم عبر الانترنت

عرف المشرع المغربي⁷ في الفصل 307 من قانون 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية اتفاق التحكيم بأنه "التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة، تعاقدية أو غير تعاقدية.

يكتسي اتفاق التحكيم شكل عقد تحكيم أو شرط التحكيم."

ومن خلال التمعن في التعاريف والتشريعات⁸ التي حددت مفهوم اتفاق التحكيم يتضح أنها ركزت على تحديده في شكله التقليدي كما أنها في نفس الوقت تحدد الصورة التي يمكن أن يتم بها هذا الاتفاق.

وتبعا لذلك نرى، بأن اتفاق التحكيم هو اتفاق يحصل في إطار القانون الخاص يهدف إلى إحداث اثر قانوني⁹ يتمثل في إنشاء التزام على عاتق أطرافه بإحالة النزاع على هيئة للتحكيم.

فاتفاق التحكيم هو أساس مشروعية التحكيم، ومنه يستند المحكم سلطته في الفصل في النزاع، كما انه يعد الأساس القانوني المباشر لإفراغ موضوع النزاع من اختصاص المحاكم

⁷ وهو نفس التعريف الذي اعتمدته المشرع المغربي في مشروع قانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية في المادة 2 بأنه " اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل كل أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ عن علاقة قانونية معينة، تعاقدية أو غير تعاقدية.

يكتسي اتفاق التحكيم شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم."

ومن بين التشريعات التي عرفت اتفاق التحكيم المادة 1/6 من قانون التحكيم البريطاني لسنة 1996 بأنه "الاتفاق على إخضاع المنازعات القائمة أو المستقبلية عقدية كانت أم لا للتحكيم.

بينما نصت المادة 1/1029 من قانون الإجراءات المدنية الألماني بأنه "الاتفاق الذي يقرر فيه الأطراف إخضاع كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بشأن رابطة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية".

كما عرفه قانون التحكيم العماني رقم 47/79 في فقرته الأولى من المادة العاشرة بنصه على أن " اتفاق التحكيم هو الذي يقرر فيه طرفاه الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

بنما عرفته الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري، رقم 27 لسنة 1994 بأنه "اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية"

لمزيد من التعاريف التشريعية للاتفاق التحكيم أنظر:

-حمزة احمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص91.

⁸ يتضح من خلال قراءة التعاريف التي أوردتها مجموعة من التشريعات حول اتفاق التحكيم أنها تأثرت كثيرا بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 باعتبار اتفاق التحكيم:

أولاً: انه تراضي بين طرفي علاقة قانونية معينة و تلاقي إرادتهما على اتخاذ التحكيم وسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن تلك العلاقة أيا كانت أساس تلك العلاقة، هل هي تصرف قانوني، أي هل هو عقد وهو الفرض أكثر شيوعا في الحياة العملية للتحكيم أم واقعة قانونية كالمسؤولية عن العمل الضار، وأيا كان نوع تلك العلاقة مدنية، تجارية، إدارية كل ذلك طالما أن العلاقة القانونية الناشئة عنها النزاع تدخل في المسائل التي يجوز بشأنها التحكيم.

ثانياً: أنه يعطى للمحكمين أو هيئة التحكيم سلطة افصل في كل أو بعض المنازعات الناشئة عن علاقة قانونية معينة، وقد تتعلق المنازعة بتفسير أو تحديد أو تنفيذ أو بالتعويض عن تأخير الوفاء بالالتزامات المتولدة عن تلك العلاقة، والغالب عملا أن تحدد المسألة محل التحكيم في مستند أو اتفاق التحكيم كما يتناول بيان الدعوى تحديد تلك المسألة، أي تحديد موضوع النزاع.

ثالثاً: انه قد يكون سابق على نشوء النزاع بين الطرفين، وهذا هو الغالب عملا، وهو ما يسمى بشرط التحكيم وقد يكون لاحقا على نشوب النزاع وهو نادر عملا في مجال منازعات العقود الدولية وهو ما يسمى بعقد أو مشاركة اتفاق التحكيم.

أنظر في هذا الصدد:

أحمد عبد الكريم سلامة، فن وأصول صياغة اتفاق التحكيم، بحث مقدم أثناء ورشة عمل حول مهارات إدارة الجلسات التحكيمية وأصول صياغة أحكام التحكيم، غرفة التجارة والصناعة الدار البيضاء، المغرب، خلال الفترة الممتدة من 28 يونيو إلى غاية فاتح يوليوز 2011، ص 81 و82.

⁹ وفي هذا الاتجاه قضت محكمة الاستئناف التجارية بفاس على أن اتفاق طرفي العقد على اللجوء لمسطرة التحكيم في حال نشوب خلاف حول تنفيذ بنوده يعد شريعة لهما يتعين التقيد به قبل اللجوء للمحاكم.

قرار عدد 1617 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 13/11/2007 في الملف عدد 6/668.

-أشار إليه مصطفى بونجة ونهال الواح، لتحكيم التجاري من خلال العمل القضائي المغربي، الطبعة الأولى 2014، ص 227-230.

صاحبة الولاية العامة، مما يعني أن عدم وجود اتفاق التحكيم، يؤدي إلى انعدام حكم التحكيم لانعدام ولاية المحكم في إصدار الحكم التحكيمي¹⁰.

ويلاحظ أنه يكفي لتوافر اتفاق التحكيم الإلكتروني، توافق إرادتي الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم بشأن علاقة قانونية معينة، كما أنه ما هو إلا اتفاق التحكيم ضمن جوهره التقليدي¹¹، ولكن باستخدام شبكة الانترنت. غير أن هذا الواقع ليس بهذه البساطة حيث تظل مسألة مشروعية اتفاق التحكيم المبرم الكترونيا في المحك، الأمر الذي يدعو إلى التساؤل حول طبيعة شكلية الكتابة المتطلبة هل هي شكلية إثبات أم انعقاد؟، فبالرجوع إلى المشرع المغربي من خلال النصوص المنظمة لاتفاق التحكيم، يتبين لنا أن المشرع استلزم الشكلية في اتفاق التحكيم صراحة، من خلال الفصل 313 من قانون 08.05، حيث يتبين لنا أن اتفاق التحكيم من العقود الشكلية، التي يتوقف انعقادها على إفراغها في سند كتابي دون أن يكون من الضروري أن يكتب باليد، فلا يمكن إقامة الدليل على اتفاق التحكيم شفويا أو بأي وسيلة أخرى، و هو ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في قرار لها جاء فيه " وبخصوص الدفع المتعلق بأن شرط الكتابة ينبغي أن يكون باليد طبقا لما تنص عليه المادة 309 من ق م م، فإنه دفع إن كان ينطبق على عقود التحكيم الوطنية، فإنه أصبح متجاوزا بالنسبة لعقود التحكيم الدولية على اعتبار أنه وقع الاتفاق، و هذه وقائع غير منازع فيها على اللجوء إلى مسطرة التحكيم أمام غرفة التحكيم الدولية، دون تعيين المحكم أو المحكمين، و أن هذه الأخيرة ضمن هذه الواقعة المقرر و عينت المحكم دون منازعة من الأطراف، بل إن الطاعنة أدلت بالجواب و خلال هذه المسطرة دون أن تطعن في مقرر الحكم أو تعيين المحكم..."¹².

وإزاء هذا التباين نرى أن الكتابة شرط لانعقاد وليس شرطا للإثبات، بحيث لا يجوز إثبات الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة، وما يترتب على ذلك من بطلان جراء تخلف هذه الشكلية، إضافة إلى استقرار القضاء على ضرورة الكتابة.

¹⁰ وفي هذا الاتجاه قضت محكمة الاستئناف بالقاهرة في حكم عدد 12 / 119 الدائرة 91 جلسة 2002 / 12 / 30. إن عدم وجود اتفاق على التحكيم يبطل حكم المحكمين إلى درجة الانعدام لصدوره ممن ليست له ولاية لإصداره ويتعلق بطلان التحكيم في هذه الحالة بالنظام العام و لذلك تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها. للمزيد راجع الياس ناصف، لعقود الدولية للتحكيم الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2012 ص 54.

¹¹ هاني محمد كامل المناي، اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار البترولية، دراسة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2011، ص 250.

¹² - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء 2007/3908، بتاريخ 2007/07/17، ملف رقم 04/07/1387، وجاء في قرار آخر عن نفس الجهة جاء فيه " حيث إنه بخصوص الدفع الذي مفاده لأن الحكم خرق مقتضيات الفصل 309 من ق م م، لأن شرط التحكيم لم يكتب باليد يقع تحت البطلان فإنه دفع غير منتج على اعتبار أن شرط الكتابة باليد في التحكيم يتعلق بالحالة التي يتم فيها تعيين المحكمين من قبل الأطراف، و لا يخص الحالة التي يتم فيها الاتفاق على شرط التحكيم دون تعيين أو شرط تعيينهم طبق لقانون المسطرة المدنية." قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء 2009/1610، بتاريخ 2009/03/17، ملف رقم 2008/12/4541. أوردته ما عمر ازوكار، التحكيم التجاري الداخلي و الدولي بالمغرب، قراءة في التشريع و القضاء، مطبعة النجاح سنة 2015 ص 14 و 15 و 16.

وبالتمتع في الفصلين 317¹³ و 315¹⁴ من نفس القانون، يتضح لنا بأن اتفاق التحكيم، سواء اتخذ شرط تحكيم أو عقد تحكيم يجب أن يكون مكتوبا، والكتابة هنا شرط صحة يترتب عن غيابها البطلان كما سبقت الإشارة إلى ذلك، وليس مجرد وسيلة إثبات يمكن الاستعاضة عنها بوسائل أخرى. يبقى التساؤل هنا حول ما إذا كانت الكتابة شرطا لصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني؟

في هذا الصدد نص المشرع المغربي في القانون رقم 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، في المادة 313 على أنه "يعتبر اتفاق التحكيم مبرما كتابة إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو برقيات أو أية وسيلة أخرى من رسائل الاتصال والتي تعد بمثابة الاتفاق تثبت وجوده"، وهو ما يدل على اعتراف المشرع المغربي بمشروعية استخدام وسائل الاتصال الحديثة كالبريد الإلكتروني في إبرام اتفاق التحكيم، وهي مرونة مقصودة من المشرع، الغاية منها فسح المجال أمام إمكانية إثبات اتفاق التحكيم بكل وسيلة يمكن الوثوق بها، أي أنه أجاز التعبير عن الإرادة بكتابة على دعامات غير ورقية وهو ما يعني نزع الطابع المادي¹⁵ عن الكتابة في المجال القانوني وهو ما يتوافق أيضا مع القانون رقم 53.05 الذي أقر مبدأ المعادلة بين الوثائق المحررة على الورق وتلك المعدة على دعامة إلكترونية¹⁶.

¹³ ينص الفصل 317 من قانون 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية يجب تحت طائلة البطلان:

- أن يضمن شرط التحكيم كتابة في الاتفاق الأصلي أو في أي وثيقة تحيل إليه لا ليس فيه.

- أن ينص في شرط التحكيم إما على تعيين الحكم أو المحكمين وإما على طريقة تعيينهم.

¹⁴ وينص الفصل 315 على أنه يجب أن يتضمن عقد التحكيم تحت طائلة البطلان

1. تحديد موضوع النزاع

2. تعيين الهيئة التحكيمية أو التنصيب على طريقة تعيينها، يكون العقد لاغيا إذ رفض محكم معين فيه القيام بالمهمة المسندة إليه.

¹⁵ لم يعد المشرع المغربي يستلزم أن تكون الكتابة بخط اليد كما كان الأمر في الفصل 304 من قانون المسطرة المدنية الملغى، ولكن يكفي فيما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة كالفكس أو التلكس أن يتضمن اتفاقا على التحكيم، أي يجب أن تتضمن المراسلات إجابا بالتحكيم من طرف وقبولا من الطرف الآخر بما يمكن أن يعتبر تبادلا لإرادتين متقابلتين.

إذ جاء في قرار عدد 640 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس 2012/4/5 في الملف عدد 12/15

ما يلي:

«وحيث أنه اعتبارا لما ذكر ولما كان من الثابت أن أعمال شرط التحكيم ورد في العقد مقيدا على اتفاق طرفيه على مسطرة التحكيم وهو ما لم يتحقق بدليل أن المستأنف عليها عارضت في المسطرة المعتمدة في وثيقة التحكيم وامتنعت من توقعها وأخطرت المحكمة بلجونها إلى المحكمة المختصة لفض النزاع، فإن استمرار المحكمتين بالرغم من ذلك في النظر في النزاع وإصدار مقرر بشأنه يعتبر خرقا لإرادة الطرفين المعبرة عنها صراحة في العقد الرابط بينهما والذي يعتبر شريعتهم ويسري عليهما بنفس القوة المقررة للقانون عملا بالفصل 230 من ق.ل.ع، وبذلك يكون المقرر التحكيمي المطلوب تنديله بالصيغة التنفيذية قد صدر خارج نطاق اختصاص المحكمتين مما يجعل ما انتهى إليه الأمر المستأنف من رفض طلب تنديله بالصيغة التنفيذية مبرا ويجد سنده القانوني ضمن مقتضيات الفصول 306 و 308 و 321 من ق.م.م لسنة 1974 أما باقي العلل المنتقدة فهي من قبيل التزويد الذي لا أثر على صحة النتيجة التي خلص إليها الأمر موضوع الطعن مما يستوجب تأييده.»

¹⁶ الفصل 1-417 من القانون رقم 53.05 المتعلق بتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

يجب الاعتراف في هذا الإطار، أن المشرع المغربي سائر توجه الاتفاقيات الدولية وأخذ بالمفهوم الواسع للكتابة لتشمل الدعامة الالكترونية، وهو ما نص عليه الفصل 417 من ق.ل.ع، على أن الكتابة تنتج عن المراسلات والبرقيات... والوثائق الخاصة أو عن أي إشارة أو رموز أخرى ذات دلالة واضحة كيفما كانت دعامتها وطريقة إرسالها، فإن لم يحدد القانون قواعد أخرى أو لم تكن هناك اتفاقية صحيحة بين الأطراف قامت المحكمة بالبث في المنازعات المتعلقة بالدليل الكتابي بجميع الوسائل وكيفما كانت الدعامة.

كما كرست هذا المفهوم العديد من الأحكام القضائية¹⁷، بل إن لائحة المحكمة الالكترونية أقرت صحة شرط التحكيم، شريطة أن تكون المستندات المعلوماتية المودعة من جانب الأطراف تقدم ضمانات جدية وكافية حتى يمكن الاعتماد عليها¹⁸، لذلك لا يوجد ما يمنع أن تكون الكتابة محررة على دعامة الكترونية طالما تحقق نفس الهدف¹⁹، فالمهم أن يتم حفظ البيانات المتداولة الكترونيا بحيث يمكن الاحتفاظ بها والرجوع إليها عند النزاع دون أن يطرأ عليها أي تعديل أو تحريف.

وتأسيسا على ما سبق يمكن القول أن الكتابة في اتفاق التحكم تعتبر شرطا إلزاميا يدور معه التحكم وجودا وعدما حتى ولو تعلق الأمر بالنزاعات التجارية التي تعتمد حرية الإثبات. فالمناط إذن في منح القوة الثبوتية للكتابة الالكترونية، ليس في طبيعة الدعامة المستعملة التي تحتوي مضمون الرسالة، ولا في طريقة التعبير عن الإرادة، وإنما التأكد من أن الكتابة صدرت من صاحبها أي عدم وجود أي تلاعب في مضمونها ومصدرها، وأنه قد جرى حفظها بشكل لا يؤثر على مضمونها.

¹⁷ لقد اقر القضاء الأمريكي مشروعية شرط التحكم الموجود في الشروط العامة لعقد الترخيص المبرم إلكترونيا، على اعتبار أن الشرط المبرم الكترونيا يتماثل مع الشرط المبرم بالطرق التقليدية الذي نصت عليه المادة (2) من قانون التحكيم الفدرالي.

-CAPRIOLI (E), « Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique » paris liter, Collection droit litec., 2002, p.106.

كما قبل القضاء السويسري تفسير المادة (2) من اتفاقية نيويورك طبقا لما جاء في القانون النموذجي للتجارة الالكترونية لعام 1996، انظر وثيقة الاونيسترال المؤرخة 2000/1/26 بشأن اشتراط كتابة بند التحكيم والتدابير التحفظية (النسخة العربية) ص6.

-HUET (j) et VALMACHION (S), « Réflexion sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », Gozpal, 2000, p. 7.

¹⁸ محمد لمسلوك، تسوية منازعات التجارة الالكترونية، دراسة تحليلية مقارنة لإشكالية الاختصاص والارتباط بالأنظمة القانونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية، 2014، 2015، ص 296.

¹⁹ NAVARRO (J.L), « La preuve et l'écrit entre la tradition et la modernité », J.C.P Ed n°50, Décembre 2002, p.217.

ب: اختيار هيئة التحكيم الالكتروني:

نص القانون رقم 08.05 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية في الفصل 327.2 على انه "تتشكل الهيئة التحكيمية من محكم واحد أو عدة محكمين، تكون للأطراف حرية تحديد إجراءات تعيينهم وعددهم إما بالاتفاق التحكيمي وإما بالاستناد إلى نظام التحكيم الموضوع للمؤسسة المختارة، فإذا لم يتفق الأطراف على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة.

إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلاً."

وانطلاقاً من هذا النص يتبين على أن الأطراف هم من يتكفلون باختيار المحكمين وبتشكيل هيئة التحكيم وكذلك تحديد عدد المحكمين، وذلك إما باختيار المحكمين بأسمائهم، أما عن تعيين المحكمين في التحكيم الالكتروني فلا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا في أداة تفعيله، ونعني هنا وسائل الاتصال الالكترونية (الانترنت) باعتبارها الفضاء الذي تجري من خلاله تسوية المنازعات.

وفي خضم التطور الذي تعرفه تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وتأثيرها الفعال على عملية التحكيم الالكتروني، و الذي يظهر ذلك جلياً من خلال تجنب الأطراف وهيئة التحكيم مشقة الانتقال والسفر، وبالتالي توفير الكثير من الوقت والجهد والمال، ما دامت تعاملاتهم تتم عبر شبكة الانترنت، من خلال تبادل المستندات والوثائق الالكترونية، سواء بين الأطراف بعضهم البعض أو بينهم وبين هيئة التحكيم عبر هذه الشبكة²⁰.

أما بخصوص قبول المحكم مهمته، فقد نص الفصل 327.6 من القانون رقم 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية على أنه: "لا يعتبر تشكيل الهيئة التحكيمية كاملاً إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون المعينون المهمة المعهود إليهم بها. ويجب على المحكم الذي قبل مهمته أن يفصح كتابة عند قبوله عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حياده واستقلاله..."

وهو الأمر الذي أشارت إليه قواعد التحكيم السريعة التابعة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية من خلال المادة 18، أنه يجب على المحكم الذي قبل مهمة التحكيم، أن يخطر كتابياً

²⁰ تشكيل هيئة التحكيم الالكتروني واختيار أعضائها بواسطة التحكيم المؤسسي الالكتروني يعد أفضل بكثير من نظام التحكيم الخاص (الحر) الذي لا يحظى باهتمام مقابل من مراكز هيئات التحكيم الالكتروني الدائمة والمتخصصة في مجالات مثل التجارة الالكترونية، وهو الأمر الذي يجعل الأطراف المتنازعة تتردد في اللجوء إليها للفصل فيما شجر بينهم من منازعات تكون في ذات مجال تخصص تلك المراكز والهيئات، وهذا التخصص يظهر جلياً حينما تقوم تلك المراكز والهيئات بتشكيل هيئة التحكيم الالكترونية، حيث تقوم بدورها آنذاك باختيار أفضل المحكمين المتخصصين لديها من بين قائمة معدة سلفاً بأسمائهم للفصل في النزاع القائم بين الأطراف، والذي يكون بالطبع في مجال تخصصهم الأمر الذي يؤدي بالتالي إلى إصدار حكم تحكيم الكتروني جيد من تلك المؤسسات لا تشوبه شائبة، بالإضافة إلى ذلك فإن هيئة التحكيم الالكترونية تتسم بالنزاهة والحيادية حين أصدر ذلك الحكم بعيداً عن أهواء أي طرف من أطراف المنازعة، وذلك لأن هؤلاء المحكمين يخشون من إصدار أحكام متحيزة لأحد الأطراف قد يؤثر على سمعتهم بالدرجة الأولى، وسمعة الهيئات والمراكز التحكيمية الدائمة التابعين لها بالدرجة الثانية، مما يؤدي إلى الأضرار بهم وعدم ثقة الأطراف فيهم، وبالتالي عدم اللجوء إليهم لحسم المنازعات مستقبلاً.

انظر في هذا الإطار:

-محمد مأمون سلمان، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، الطبعة الأولى 2011، ص332.
-خالد أحمد عبد الحميد، دور القضاء المساند لخصومة التحكيم، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، عدد 7، 2005، ص 140.

المركز بقبوله مهمة التحكيم والتزامه بتوفير الوقت اللازم لإجراء التحكيم من أجل إتمامه على أتم وجه وشفافية²¹.

وعليه فالكتابة في هذا المقام هي مجرد وسيلة إثبات، وليس ركن انعقاد الغاية منها تجنب كل نزاع قد يثور في المستقبل، والمشرع المغربي لم يحدد نوعا معينا من الكتابة، فيمكن أن تكون رسمية أو عرفية أو مجرد رسائل أو مكتوبات ورقية أو الكترونية.

ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع المغربي اشترط أن يتم القبول في شكل إبرام عقد الشروع في القيام بالمهمة أو التوقيع على اتفاق التحكيم، وذلك بموجب الفقرة الثالثة من الفصل السالف الذكر²²، فطبقا لذلك يجب أن يثبت القبول بالموافقة الخطية وذلك بتوقيع المحكم على محرر أو مستند المهمة، ولا يكفي تضمين اتفاق التحكيم اسم المحكم أو المحكمين الذين وافقوا على المهمة، لأن الموافقة المكتوبة ترتب التزاما خطيا على المحكم يصعب الرجوع عنه دون عذر مقبول تحت طائلة المسؤولية²³.

ونرى أنه على المحكم الذي وافق على مهمته، أن يبعث بموافقته عبر البريد الإلكتروني أو حتى عبر رسالة نصية من شأنها أن تعبر عن قبوله أو رفضه للمهمة المسندة إليه.

ثانيا: الأبعاد الإيجابية للتحكيم الإلكتروني.

إذا كانت الوسائل البديلة لحسم المنازعات لها العديد من الإيجابيات لتخفيف العبء على المتقاضين، فإن حسم المنازعات بالطرق البديلة عبر الانترنت غير المفاهيم وجلب العديد من الإيجابيات والامتيازات التي يخولها لأطراف النزاع، وذلك من خلال السرعة والسرية في حسم النزاع(أ)، وتوفير حلول عملية بالنسبة لأطراف النزاع (ب)

أ: السرعة والسرية في حسم النزاع.

نظرا لطول الإجراءات وتعقيدات المساطر القضائية، لم يكن أمام الأطراف المتنازعة إلا الوسائل البديلة، لما توفره لهم من سرعة و أقل مدة²⁴ لفرض النزاعات، وهذه أهم خاصية التي

²¹ L'article 18 du règlement d'arbitrage accéléré de L'OMPI prévoit que :

a) l'arbitre est réputé en acceptant sa nomination s'être engagé à consacrer à la procédure d'arbitrage le temps nécessaire pour qu'elle puisse être conduite et achevée avec célérité.

b) l'arbitre pressenti doit accepter sa nomination par écrit et communiquer son acceptation au centre.

c) le centre notifie aux parties la constitution du tribunal.

Disponible sur le site: www.wipo.int/amc/fr/arbitration/expedited-rules.

²² تنص الفقرة الثالثة من الفصل 327.6 من القانون رقم 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة المغربي على أنه: "يثبت قبول المهمة كتابة بالتوقيع على اتفاق التحكيم أو بتحرير عقد ينص في الشروع بالقيام بالمهمة".

²³ رضوان عبيدات، تشكيل هيئة التحكيم التجاري وفق أحكام قانون التحكيم الأردني والمقارن، مقال منشور بمجلة الدراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 35، العدد 1، 2008، ص 113.

²⁴ تعود سرعة الفصل في النزاع الذي يتميز به التحكيم الإلكتروني فقط إلى البيئة التي من خلالها تتم إجراءات التحكيم، بل أيضا إلى لوائح المراكز المنظمة له والتي تضع للمحكم سقفا زمنيا لحسم النزاع، كما هو الحال في لائحة حل النزاعات الموحدة Uniform dispute Policy الصادرة عن مؤسسة الانترنت للأسماء والأرقام المخصصة icann والخاصة بالتحكيم في المنازعات الناشئة عن تسجيل عناوين المواقع الإلكترونية على شبكة الانترنت والتي تلزم المحكم بان يصدر حكم التحكيم خلال 60 يوما من تاريخ تقديم طلب التحكيم.

تجعل اللجوء إلى التحكيم بدلا من القضاء، زيادة على أن القضاء البديل الذي يلجأ إليه يعتبر هيئة تقريرية في النزاع ورأيه ليس استشاريا فقط بل يلزم الأطراف التي اتفقت مسبقا على اللجوء إليه²⁵، ويوفر لهم السرعة والسرية في حسم النزاع.

فلجوء أطراف العقود التجارية إلى التحكيم لحل نزاعاتهم، يجعلهم يتفرغون لمهام تجارتهم بدل إضاعة الوقت والجهد أمام القضاء، فالشركات الكبرى تلجأ إلى التحكيم في النزاعات المتعلقة بمشاريعها تفاديا لأي تأخير قد يكلفها خسائر مادية ويعطل مشاريعها مما يعرضها للإفلاس.

فالسرية إذن تبقى من أهم خصائص التحكيم²⁶، التي تعتمد على التقنيات الحديثة في التواصل، فواقع المعاملات الحالية تجاوز حدود التحكيم التقليدي إلى التحكيم الإلكتروني الذي أضاف العديد من المميزات التي جعلته الوسيلة المفضلة لرجال المال والأعمال بحيث يتميز بسرعة إجراءاته التي تفوق بكثير التحكيم العادي فبالأحرى القضاء.²⁷

علاوة على ذلك فإن التحكيم الإلكتروني يتميز باليسر والمرونة، حيث لا يلزم انتقال أطراف النزاع أو الحضور المادي أمام المحكمين، بل يمكن سماع المتخاصمين عبر المحادثات التلفونية والاتصالات الإلكترونية عبر الأقمار الصناعية.

كما يمكن الاستماع إلى الشهود أو الخبراء باستعمال الوسائل البديلة، من خلال وسائل في قالب الكترونية يسمح لجميع الأطراف عدم التواجد المادي، وإنما يتم ذلك من خلال المحادثات عبر الشبكة، كما أن الوصول إلى الحكم في النزاع يكون أسرع وذلك لسهولة وسرعة تقديم الأوراق والمستندات المطلوبة من خلال البريد الإلكتروني، كما تمكن التقنية العالية من الاتصال المرئي والمسموع سواء بالأطراف أو بالشهود أو بالخبراء أو بكل من له

في هذا الصدد يرى جانب أن متوسط الفصل في النزاع لا يتعدى من 45 إلى 50 يوما بين إيداع الطلب و تبليغ الأطراف بالحكم بالوسيلة الإلكترونية -Schultze Thomas, « Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne une approche critique » .bruyant. Bruxelles, 2005, p.189.

- فيما حدد المشرع المغربي المدة التي يجب أن يصدر حكم التحكيم خلالها في الفصل 20 -327 من القانون المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية رقم 05-08 على أنه "إذا لم يحدد اتفاق التحكيم للهيئة التحكيمية أجلا لإصدار الحكم التحكيمي فإن مهمة المحكمين تنتهي بعد مضي ستة أشهر على اليوم الذي قبل فيه آخر محكم لمهمته.

يمكن تمديد الأجل الاتفاقي أو القانوني بنفس المدة إما باتفاق الأطراف وإما من لدن رئيس المحكمة بناء على طلب من احد الأطراف أو من الهيئة التحكيمية.

إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة أن يصدر أمرا بإنهاء إجراءات التحكيم فيكون لأي من الطرفين بعد ذلك رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلا للنظر في النزاع.

²⁵ - تعد قابلية نظام حل النزاعات الفنية للتكيف معيارًا يتعلق بإمكانية الوصول إلى أن الكفاءة من ناحية أخرى تكون في متناول المستخدمين الذين لديهم فقط اسم جهاز كمبيوتر قياسي على الجانب الآخر، يجب أن تكون الأنظمة قادرة على التكيف بسهولة مع خصوصيات المستخدمين والنزاعات.

-Schultz (T), « Réguler le commerce électronique par la Résolution des litiges en ligne une approche critique ». op.cit. p268.

²⁶ Hicham Lakhssassi, « Les centres internationaux d'arbitrage », (D.E.S.A) faculté des sciences juridiques économiques et sociales, ain chock casablanca , 2001 -2002, p. 35.

²⁷ A Caprioli (E), « Arbitrage et nouvelles alternatives Cyber dispute résolution », Revue Ubrique, 1999, n°2, p.33.

علاقة بالنزاع، وهو ما يجعل العالم بأشبهه بمحكمة فضائية تبث وتقرر في حقوق المتقاضين²⁸، لذلك انتشرت محاكم التحكيم الالكترونية²⁹.

فالوسيلة الالكترونية توفر الوقت في جميع مراحل التحكيم، ابتداء من كون اتفاق التحكيم ذا طبيعة الكترونية، وفي إطار عقد الكتروني سابق يتميز هو الآخر بالسرعة في الإبرام، إلى عرض النزاع على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة³⁰، ومحل ثقة تعني وتواكب التجارة الالكترونية، إضافة إلى ذلك السرية التي تعد من أصل إجراءات التحكيم، إذ لا حاجة لاتفاق الأطراف على ذلك، حيث أن إجراءات التحكيم تتم في نطاق أضيق من حيث الأشخاص المشتركين فيها إذ تقتصر على أطراف النزاع وممثليهم³¹.

فكما هو معلوم أن التجار والمستثمرين يفضلون سرية الإجراءات الخاصة بالمنازعات الناشئة عن أعمالهم وعدم علانيتهما، وذلك حفاظا على سرية المعلومات المتعلقة بأعمالهم أو التكنولوجيا الخاصة بموضوع عقد الاستثمار³² التي يتم إرسالها. ومن بين أهم العقود التي تتطلب السرية نجد عقود نقل التكنولوجيا³³، فلو قام النزاع فإن أطرافه يفضلون التحكيم عن القضاء، لعدم العلانية وعدم تأثر تجارتهم واستثماراتهم، وخوفا من المنافسة والتشهير بهم، وهذه الميزة توجد في التحكيم دون القضاء الذي يجب أن تكون جلساته وأحكامه علانية³⁴.

ويبقى دور القضاء في التحكيم دور المساند لخصومة التحكيم فتدخل قضاء الدولة بما له من سلطة عامة لا يكون إلا لإجبار الخصوم على تنفيذ قرارات وأحكام المحكمين، فسرية الإجراءات وسرية الجلسات تجنب الأطراف الإضرار بسمعتهم خاصة وان مجال العلاقات التجارية الدولية تنطوي على أسرار تجارية وصناعية تتطلب سرعة تامة.

ب: الحلول العملية للتحكيم الالكتروني

²⁸ ببطء وتعقيد الإجراءات التقليدية تولد عنه اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية النزاعات كالوساطة والتحكيم ما جعل هذا الأخير أكثر نجاعة ومسايمة للنزاعات المتعلقة بالانترنت.

- Pierre Bresse et Gautier Kaufman, « Guide juridique de l'internet et du commerce électronique », Librairie Vuibert, 2007, p.32.

-مولاي حفيظ علوي قادري، طرق فض المنازعات في التجارة الالكترونية و الوسائل البديلة لها دراسة مقارنة، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2013 ص183.

²⁹ مثل محكمة التحكيم الالكترونية التابعة لجامعة مونتريال بكندا أو تلك التابعة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية، وكذلك في الولايات المتحدة الأمريكية.

- A Caprioli (E), « Arbitrage et médiation dans le commerce électronique ».Rev. ARB N2 , 1999, p. 235.

³⁰ حيث يكون المحكم المختار مؤهلا فنيا للفصل في النزاع إذ قد يكون موضوع المنازعة مسألة هندسية أو طبية أو محاسبية، فيتم اختيار المحكم الفني المتخصص للنظر في طبيعة النزاع، مما يجعله مؤهلا لفهم وإدراك النزاع دون الحاجة إلى الخبرة الفنية المتخصصة. -أبو الهجاء محمد إبراهيم، التحكيم الالكتروني والوسائل الالكترونية لفض المنازعات، الوساطة والتوفيق، التحكيم، المفاوضات المباشرة، دار النشر والتوزيع الأردن 2009 ص 59.

³¹ إبراهيم خالد ممنوح، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008 ص 252.

³² رمضان عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة وتسوية المنازعات الخاصة بها، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة،

السنة الجامعية، 2009 ص 489.

³³ عادل إبراهيم، الوجيز في الالتزامات والعقود التجارية، دون ذكر دار النشر والطبعة، 2002، ص 27.

³⁴ هشام بشير، التحكيم الالكتروني، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2012، ص 44.

يجب الاعتراف اليوم أن تجاهل استعمال التكنولوجيا في أبسط المعاملات، وفي شتى المجالات يعد من الفجوات الكبيرة نحو مواكبة العصر الحالي، ولا سيما إذا كان أطراف هذه المعاملات تفصلهم مسافات جغرافية تجعل من السفر والوقت المستهلك في غاية الأهمية.

كما لا يخفى على الجميع أن عامل الوقت، له دور كبير في العلاقات التعاقدية ذات الطابع التجاري، كما هو الشأن بالنسبة للتحكيم ولا سيما باعتماد الوسائل الالكترونية.

لذلك بات الوقت وتقريب المسافات من أهم المرتكزات التي يعتمد عليها التحكيم الالكتروني، حيث يوفر على الأطراف مشقة ومعاناة الانتقال إلى المحكمة التي تبعد عن المكان أو الدولة التي يتواجدون بها، كما أن التحكيم الالكتروني يعد أكثر سرعة وتوفيراً للوقت من التحكيم التجاري و القضاء العاديين³⁵.

ومن الطبيعي أن توفير الوقت يجلب أيضا توفير النفقات، فكما هو معلوم أن التحكيم الالكتروني يحسم في النزاع في مدة قصيرة، فهذه المدة تساهم في خفض التكاليف والنفقات، وعدم تكبد طرفي المنازعة أضرارا توقف العلاقة التجارية فيما بينهم، على عكس القضاء العادي الذي تعدد فيه درجات التقاضي، ويغلب عليه بطء إجراءاته وعدم تجاوب القواعد القانونية التي يطبقها القاضي الداخلي مع متطلبات المرونة والمفاهيم الموسعة التي تقتضيها طبيعة التجارة الدولية³⁶ بصفة خاصة و التجارة بصفة عامة، ما يجعل سرعة التقنيات التكنولوجية، التي تشهدها المعاملات الحالية باعتماد الوسائل الحديثة في كل إجراءات التحكيم الالكتروني، تخفف من عناء وزيادة المصاريف على الأطراف وتنقلاتهم واجتماعاتهم في مكان معين³⁷، إذ أغلب المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت هي عقود ذات قيمة مالية بسيطة لا تلائم حل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم التقليدي، لان نفقة التحكيم أو القضاء ستفوق قيمة النزاع.

ومما لا شك فيه أن واقع استخدام الوسائل الالكترونية، كانت له فوائد ايجابية من سرعة وتخفيف عبء التنقل من مكان إلى آخر، إلى جانب هذه المميزات تأتي أيضا خاصية تجاوز مشكلة الاختصاص القضائي، فوفقا للرأي الراجح من الفقه، فان عقود التجارة الالكترونية عقودا دولية³⁸، فكما هو معلوم أن الانتشار الواسع لشبكة الانترنت، جعلها المحرك الرئيسي لجل المعاملات بالنظر إلى الطابع العالمي لهذه الآلية، فعقود التجارة الالكترونية تتجاوز الحدود الجغرافية للدول ما ساعد اللجوء إلى وسائل التقاضي البديلة لتجاوز العقبات التي تواجه التجارة الالكترونية، ولعل أهمها الاختصاص القضائي وتنازع القوانين الوطنية، نظرا

35 - فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الالكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2010، ص 203.

36 - اشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الدولية الخاصة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 ص 17.

37 - خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ص 43.

38 - مصلح الطراونة، التحكيم الالكتروني، مقال منشور بمجلة الحقوق، العدد الأول، البحرين، 2015، ص 205.

-حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات في منازعات التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة 2009، ص 20.

لعدم وجود قواعد موضوعية موحدة تلتزم بها الدول في مجال التجارة الالكترونية، كما لا توجد قواعد محددة تتعلق بتحديد الاختصاص القضائي، بما يتلاءم والطبيعة الخاصة للتجارة الالكترونية .

غير أن اتفاق الأطراف على الاعتماد على التحكيم كوسيلة لفض النزاعات يخفف من حدة التناقض بين الحماية الإقليمية والطابع العالمي للمعاملات الالكترونية، فالمحاكم تقر مثل هذا الاتفاق تطبيقاً للاتفاقيات الدولية.³⁹

كما أن طبيعة النزاع في بعض الأحيان، لا يمكن حله بالطرق التقليدية كالنزاعات المتعلقة بأسماء النطاق، بحيث نجد في بعض الحالات المعتدي على العلامة التجارية عبر الانترنت ليس خاضعاً للولاية القضائية لصاحب العلامة الأصلية، وبالتالي فإن اللجوء إلى المحاكم يعتبر غير ذي قيمة خاصة إذا كانت محكمة دولة مستخدم العلامة دون حق لا يعترف بالحماية التجارية للعلامات، وفي هذا الإطار برزت تجربة الويبو (wipo) فقد استحدثت موقع يحل المشاكل الناتجة عن استخدام العلامات والأسماء التجارية.⁴⁰

عطفاً على الخصوصية التي تميز العقود المبرمة عن بعد، و التي تتجلى في صعوبة تركيز العقد في أماكن لا يمكن تحديدها مقدماً، ولا يكون طرفا المعاملة معنيين بمعرفتها وهذا ما ورد في العديد من القضايا خصوصاً في الولايات المتحدة الأمريكية⁴¹، فإن النزاعات المتصلة بالانترنت أمام المحاكم غالباً ما تثير مشكلة الدفع بعدم الاختصاص والقانون الواجب التطبيق، مما يصعب معه توطين العلاقات القانونية التي تجرى في إطارها ضمن اختصاص مكاني محدد الجهات، لذلك فإن اللجوء إلى الوسيلة الالكترونية في التحكيم الالكتروني، يعد حلاً مناسباً لتجاوز مشكلة التنازع القانوني والقضائي في منازعات عقود التجارة الالكترونية لقيامه على الإرادة الحرة للمتنازعين في اختيار المحكم الكفء، وتحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع، فالمحكم يطبق القانون الذي تم الاتفاق عليه بين الأطراف على عكس القاضي الذي يقوم بتطبيق قواعد تنازع القوانين الوطنية.⁴²

خاتمة:

³⁹ تعتبر اتفاقية نيويورك بمثابة الإطار التشريعي لتنظيم التحكيم التجاري الدولي.

⁴⁰ إيناس الخالدي، التحكيم الالكتروني، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى 2009، ص 42.

⁴¹ ومن بين هذه القضايا المعروضة على المحاكم، القضية المتعلقة بقيام المدعي بتصميم موقع على الانترنت تحت عنوان www.wholeslurug.com وهو موقع للبيع بالجملة احتوى على مادة رسومية تشخص الأنواع المختلفة من السجاد المباع من قبل المدعي يرافقه نص يشرح تفاصيل كل سجادة، فالمدعي في هذه الدعوى يدعي بأن المدعى عليه قام بنسخ أجزاء من موقع البيع بالجملة في مخالفة لقوانين حقوق الملكية الفكرية وقد وجدت المحكمة أن طبيعة اتصالات المدعى عليه مع النطاق المكاني تقع ضمن طائفة المواقع المجهولة وأن موقع الانترنت بدون زيادة لا يشكل اتصالاً مستمراً وجوهرياً مع النطاق المكاني، وهكذا قررت المحكمة أن الاتصال المقدم لتمكين القراء من إرسال رسالة عن طريق البريد الالكتروني ليس وحده كافياً لإظهار طبيعة وجود النشاط التجاري للحكم بإمكان توفر الارتباط مع نطاق الاختصاص للمحكمة.

- هشام بخفاوي، التحكيم الالكتروني، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، في قانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، السنة الجامعية 2012، 2013، ص 84.

⁴² سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 43 و 44.

صفوة القول أن الوسيلة الالكترونية تظهر أهميتها في التحكيم من خلال السرعة والمرونة التي لا تتوافر في القضاء أو بالأحرى في التحكيم التقليدي، حيث لا يلزم في التحكيم الالكتروني انتقال أطراف النزاع أو الحضور المادي أمام المحكمين، بل يمكن سماعهم عبر وسائل الاتصال الالكترونية، يضاف إلى ذلك إصدار الأحكام نظرا لسهولة الإجراءات، حيث يتم تقديم المستندات والأوراق عبر البريد الالكتروني، كما يتم الاتصال المباشر بالخبراء أو تبادل الحديث معهم عبر الانترنت.

المراجع باللغة العربية

- إبراهيم خالد ممدوح، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008.
- أبو الهيجاء محمد إبراهيم، التحكيم الالكتروني والوسائل الالكترونية لفض المنازعات، الوساطة والتوفيق، التحكيم، المفاوضات المباشرة، دار النشر والتوزيع الأردن 2009.
- أحمد عبد الكريم سلامة، فن وأصول صياغة اتفاق التحكيم، بحث مقدم أثناء ورشة عمل حول مهارات إدارة الجلسات التحكيمية وأصول صياغة أحكام التحكيم، غرفة التجارة والصناعة الدار البيضاء، المغرب، خلال الفترة الممتدة من 28 يونيو إلى غاية فاتح يوليوز 2011، ص 81 و82.
- أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الدولية الخاصة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- إيناس الخالدي، التحكيم الالكتروني، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى 2009.
- حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات في منازعات التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة 2009، ص 20.
- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- خالد أحمد عبد الحميد، دور القضاء المساند لخصومة التحكيم، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، عدد 7، 2005.
- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ص 43.
- رضوان عبيدات، تشكيل هيئة التحكيم التجاري وفق أحكام قانون التحكيم الأردني والمقارن، مقال منشور بمجلة الدراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 35، بالعدد 1، 2008.
- رمضان عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة وتسوية المنازعات الخاصة بها، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، السنة الجامعية، 2009.
- عادل إبراهيم، الوجيز في الالتزامات والعقود التجارية، دون ذكر دار النشر والطبعة، 2002.
- عمر ازوكر، التحكيم التجاري الداخلي والدولي بالمغرب، قراءة في التشريع والقضاء، مطبعة النجاح سنة 2015.
- فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الالكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2010.
- محمد لمسلح، تسوية منازعات التجارة الالكترونية، دراسة تحليلية مقارنة لإشكالية الاختصاص والارتباط بالأنظمة القانونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية، 2014، 2015.
- محمد مأمون سلمان، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، الطبعة الأولى 2011.
- محمود محمد الشيخ، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015.
- مصطفى بونجة ونهال اللواح، لتحكيم التجاري من خلال العمل القضائي المغربي، الطبعة الأولى 2014.
- مصلح الطراونة، التحكيم الالكتروني، مقال منشور بمجلة الحقوق، العدد الأول، البحرين، 2015، ص 205.
- مولاي حفيظ علوي قادري، طرق فض المنازعات في التجارة الالكترونية والوسائل البديلة لها دراسة مقارنة، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2013.
- هاني محمد كامل المنابلي، اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار البترولية، دراسة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2011.
- هشام بخفاوي، التحكيم الالكتروني، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، في قانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، السنة الجامعية 2013، 2012.

هشام بشير، التحكيم الالكتروني، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2012..
الibas ناصف، لعقود الدولية للتحكيم الالكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2012 .

القرارات القضائية

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء 2007/3908، بتاريخ 2007/07/17، ملف رقم 04/07/1387.
قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء 2009/1610، بتاريخ 2009/03/17، ملف رقم 2008/12/4541.
قرار عدد 1617 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 13/11/2007 في الملف عدد 6/668.

المراجع باللغة الفرنسية

- A caprioli (E), « Arbitrage et nouvelles alternatives Cyber dispute résolution », Revue Ubriquite, 1999, n°2.
Bresse(P) et Kaufman (G), « Guide juridique de l'internet et du commerce électronique », Librairie Vuibert, 2007.
A Caprioli (E), « Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique » paris liter, Collection droit litec., 2002.
A Caprioli (E), « Arbitrage et médiation dans le commerce électronique ».Rev. ARB N2 , 1999.
Charbonnier (M-N), « La formation et l'exécution du contrat électronique », thèse de doctorat en droit Université Panthéon Assas paris, 2003.
Chatillon (S), « Le contrat international 3ème édition librairie Vuibert paris .2007.
Huet (j) et Valmachion (S), « Réflexion sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », Gozpal, 2000.
Lakhssassi (H), « Les centres internationaux d'arbitrage », (D.E.S.A) faculté des sciences juridiques économiques et sociales .Ain Chok casablanca , 2001 -2002.
Navarro (J.L), « La preuve et l'écrit entre la tradition et la modernité », J.C.P Ed n°50, Décembre 2002.
Schultze (T), « Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne .une approche critique », bruyant. Bruxelles, 2005.