Journal Sharia and Law

Volume 2012
Number 49 *Year 26, Issue No. 49 January 2012*

Article 3

January 2012

Writing Condition and Electronic Arbitration A Comparative Study

Ibrahim Sabri AL-ARNAOUT
Al-Mujamaa University, Kingdom of Saudi Arabia, arnaout077@yahoo.com

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law

Part of the Dispute Resolution and Arbitration Commons

Recommended Citation

AL-ARNAOUT, Ibrahim Sabri (2012) "Writing Condition and Electronic Arbitration A Comparative Study," *Journal Sharia and Law*: Vol. 2012 : No. 49 , Article 3.
Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2012/iss49/3

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

Writing Condition and Electronic Arbitration A Comparative Study

Cover Page Footnote

Dr. Ibrahim Sabri AL-ARNAOUT, Assistant Professor of Commercial Law, King Saoud University- Faculty of Business Administration and Humanities, Department of Law, Al-Mujamaa University, Kingdom of Saudi Arabia arnaout077@yahoo.com

This article is available in Journal Sharia and Law: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2012/iss49/3

AL-ARNAOUT: ??? ??????? ???????? ?????????? "????? ??????

د. إبراهيم صبري الأرناؤوط(*)

شرط الكتابة والتحكيم الالكتروني

"دراسة مقارنة "*

ملخص البحث

يتعلق هذا البحث بموضوع كتابة اتفاق التحكيم، وهو شرط شكلي تتطلبه التشريعات المقارنة لإبرام اتفاق التحكيم، بهدف التعرف على هذا الشرط من كافة الوجوه القانونية، لبيان مفهومه وطبيعته وصوره. ثم يطرح التساؤل حول مدى لزوم شرط الكتابة التقليدية لصحة انعقاد اتفاق التحكيم الالكتروني، من حيث بيان مفهوم هذا النوع من التحكيم، وكيفية تحقق شرط الكتابة فيه، وما هي الشروط اللازمة للتوقيع الالكتروني لسريان اتفاق التحكيم الالكتروني، وذلك من خلال دراسة مقارنة بين القوانين في كل من الأردن ومصر وانجلترا والاتفاقيات والقوانين الدولية التي عالجت هذا الموضوع.

(*) أستاذ القانون التجاري المساعد– جامعة الملك سعود – كلية العلوم الإدارية والإنسانية قسم القانون– جامعة المجمعة – المملكة العربية السعودية.

* أجيز للنشر بتاريخ ٢٠١١/١/٧.

Published by Scholarworks@UAEU, 2012

Journal Sharia and Law, Vol. 2012, No. 49 [2012], Art. 3

وقد تم تقسيم هذا البحث إلى مبحثين ومقدمة نعرض في المبحث الأول لمفهوم شرط الكتابة وصورها وطبيعتها، وفي المبحث الثاني لشرط كتابة اتفاق التحكيم الالكتروني، ثم الخاتمة بالنتائج والتوصيات.

المقدمة

ينصرف مفهوم التحكيم (Arbitration) إلى أنه وسيلة الفصل في المنازعات المدنية والتجارية يقوم على إرادة الخصوم باتفاقهم على عرض تلك المنازعات على أشخاص (محكمين)، يختارونهم ويحددون لهم مهمة التحكيم متضمنة القواعد القانونية التي تتبع أمام هيئة التحكيم(١).

وقد بات التحكيم ظاهرة من ظواهر العصر الحديث وضرورة لا غنى عنها لاسيما في ميدان المعاملات التجارية الدولية وما تتطلبه من سرعة وسرية لا تتوافر لدى القضاء العادي.

(١) أ.د. حفيظة الحداد (الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم) دار الفكر الجامعي بدون سنة نشر ص٧ وما بعد. و أ.د. أحمد سلامة (مفهوم وتعريف التحكيم مؤسسات التحكيم) مركز تحكيم عين شمس ٢٠٠٨ ص٤٠ ومابعد. و أ.د. محمود مختار بريري (التحكيم التجاري الدولي) دار النهضة العربية الطبعة الثانية ١٩٩٩ ص١.

(٢) قضت محكمة التمييز الأردنية: (استقر قضاء محكمة التمييز على أن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ويقتصر على ما تنصرف إليه إرادة طرفي التحكيم بما يعرضانه على المحكم..) (تمييز حقوق رقم ٩٤/١٧٧٤ صفحة ١٩٨٥ سنة ١٩٩٥) المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية الصادرة عن نقابة المحامين الأردنيين الجزء الثامن ص٨٠١. وفي ذات المعنى (تمييز حقوق رقم ٢٠٠٥/١٠) مجلة نقابة المحامين الأعداد ٧–٩ لسنة ٢٠٠٦ صفحة ١٠٩٩.

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2012/iss49/3

ويستند التحكيم في جوهره إلى اتفاق التحكيم المستمد من إرادة الأطراف بإحالة نزاعاتهم على التحكيم بديلاً عن اللجوء للقضاء النظامي(٢).

وإذا كان اتفاق التحكيم (شرط أو مشارطة) بما يتضمنه من شروط موضوعية (الرضا والمحل والسبب) هو دستور التحكيم، ومصدر سلطات المحكمين، والأساس الذي يقوم عليه نظام التحكيم برمته(٣)، فإن الشرط الشكلي المتمثل بكتابة هذا الاتفاق والتوقيع عليه يزداد أهمية، إذ بدون الكتابة يفقد التحكيم كل مقوماته ومبررات وجوده، كما ويسترد أطراف العلاقة التعاقدية حق اللجوء إلى قضاء الدولة لفض نزاعاتهم.

وقد ورد شرط كتابة اتفاق التحكيم صريحاً في نص المادة (١٠) من قانون التحكيم الأردني(٤)، والقانون المقارن – كما سنرى–، وذلك بأن يكون هناك محرر كتابي بين أطراف المنازعة يتضمن شرطاً واضحاً بإحالة نزاعهم إلى التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً لا يرتب أي أثر. وقد قضت محكمة التمييز الأردنية (يتم التحكيم باتفاق خطي بين الفريقين المتنازعين)(٥).

(٣) أ.د. أكثم الخولي (اتفاق التحكيم) مركز تحكيم عين شمس ٢٠٠٨ ص١.

(٤) راجع قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم ٤٤٩٦ تاريخ ١٦ تموز ٢٠٠١ ص٢٨٢١ – ٢٨٣٦. الذي ألغى قانون التحكيم رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ وتعديلاته.

(٥) (تمييز حقوق رقم ٨٥/٢١٧ صفحة ١٤٢ سنة ١٩٨٦) المبادئ القانونية – الجزء السادس ص٢٦٠.

Journal Sharia and Law, Vol. 2012, No. 49 [2012], Art. 3

المبحث الأول

كتابة اتفاق التحكيم

نعالج فيما يأتي مفهوم وطبيعة كتابة شرط التحكيم، ثم نتكلم عن صور كتابة اتفاق التحكيم في مطلبين متتاليين:

المطلب الأول

مفهوم وطبيعة كتابة اتفاق التحكيم

الفرع الأول

الأساس التشريعي للكتابة

تنص المادة (١٠) من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١:

(أ- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة المكتوبة والتي تعد بمثابة سجل للاتفاق.

ب- ويعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء من العقد.

ج- إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة، فعلى المحكمة أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم، ويعد هذا الإقرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب).

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2012/iss49/3

وفي قانون التحكيم المصري لعام ١٩٩٤ تنص المادة (١٢) منه:

(يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً. ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان، أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة) (٦).

وفي قانون التحكيم الإنجليزي لعام ١٩٩٦:

تشترط الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون التحكيم الإنجليزي الكتابة لإبرام اتفاق التحكيم، وتجيز بموجب الفقرة الثانية من ذات المادة وسائل الاتصال المكتوبة، وتشمل الكتابة أيضاً كل وسيلة مسجلة بموجب الفقرة السادسة من ذات المادة(٧).

(٦) قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

(٧) راجع نص المادة الخامسة من قانون التحكيم الإنجليزي لعام ١٩٩٦ كما يأتي:

5: Agreements to be in writing

(1) The provisions of this Part apply only where the arbitration agreement is in writing, and any other agreement between the parties as to any matter is effective for the purposes of this Par only if in writing.

The expressions "agreement", "agree" and "agreed" shall be construed accordingly.

(2) There is an agreement in writing

(a) if the agreement is made in writing (whether or not it is signed by the parties),

(b) if the agreement is made by exchange of communications in writing, or

(c) if the agreement is evidenced in writing.

(3) Where parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing.

(4) An agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than in writing is recorded by one of the parties, or by a third party, with the authority of the parties to the agreement.

(5) An exchange of written submissions in arbitral or legal proceedings in which the existence of an agreement otherwise than in writing is alleged by one party against an other party and not denied by the other party in his response constitutes as between those parties an agreement in writing to the effect alleged.

(6) References in this Part to anything being written or in writing include its being recorded by any means. www.britishcouncel.org.jo

Journal Sharia and Law, Vol. 2012, No. 49 [2012], Art. 3

وتنص اتفاقية نيويورك المتعلقة بتنفيذ أحكام المحكمين لعام ١٩٥٨ على شرط الكتابة

حيث تتطلب هذه الاتفاقية الكتابة كشرط حتى يكون اتفاق التحكيم صحيحاً، وذلك في الفقرة الأولى من المادة الثانية، وقد عرفت الاتفاق المكتوب في الفقرة الثانية من ذات المادة بأنه: (يشمل اصطلاح " اتفاق مكتوب " أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين أو وارد في وسائل أو برقيات متبادلة)[٨].

وأيضاً اتفاقية (بروتوكول) جنيف المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١ وبالرغم من أن هذه الاتفاقية لم تنص صراحة على كتابة اتفاق التحكيم، إلا أنها تفترض الكتابة كشرط لاتفاق التحكيم في الفقرة الأولى من المادة الثانية، وقررت في ذات المادة أن العلاقات بين الدول التي لا تفرض قوانينها توافر شكلية

(٨) اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها
Convention on The Recognition and Enforcement of foreign Arbitration Award – The (New York) Convention 1958.
(2) Article II of NYC: "
1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractua1 or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.
2. The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams."
يشار إلى إن اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم قد تم اعتمادها في ١٠ حزيران ١٩٥٨ بمدينة نيويورك، وتحظى الاتفاقية بالاعتراف على نطاق دولي واسع حيث تعتبر صكاً أساسياً يقوم عليه التحكيم الدولي، وهي تلزم المحاكم في الدول المتعاقدة بتنفيذ اتفاق التحكيم عند تلقيها دعوى يتناولها اتفاق التحكيم، وأيضا الاعتراف بقرارات التحكيم الصادرة في دول أخرى وتنفيذها. وقد صادق الأردن على هذه الاتفاقية. راجع ميثاق الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها الصادر في ١٩٨٧/٤/١٤. موسوعة التشريع الأردني ص٥٩ وما بعد.

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2012/iss49/3 6

معينة في اتفاق التحكيم يعتبر صحيحاً كل اتفاق يعقد في الشكل المقرر في تلك القوانين [٩].

وكذلك قانون الاونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥:

حيث تنص المادة السابعة في فقرتها الثانية على أنه: (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ويعتبر الاتفاق مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي أو اللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر، وتعتبر الإشارة في عقد التحكيم إلى مستند يشتمل على شرط تحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد) [١٠] .

(٩) اتفاقية جنيف الأوروبية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١:

Article I - Scope of the Convention

2. For the purpose of this Convention,

(a) the term "arbitration agreement" shall mean either an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement being signed by the parties, or contained in an exchange of letters, telegrams, or in a communication by tale printer and, in relations between States whose laws do not require that an arbitration agreement be made in writing, any arbitration agreement concluded in the form authorized by these laws.

(١٠) قانون الاونيسترال النموذجي للتحكيم لعام ١٩٨٥ الصادر عن الأمم المتحدة:

- International Commercial Arbitration & Conciliation - Un citral Arbitration Roules 1985 - www.uncitral.org

(2) Article 7 (Definition and form of arbitration agreement)

(2) The arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement, or in an exchange of statements of claim and defense in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another. The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration

وعلى ذلك يتبين من خلال عرض النصوص المتقدمة في القانون المقارن والاتفاقيات والقوانين الدولية أن الكتابة شرطٌ يتطلبه اتفاق التحكيم أياً كانت صفته – محلياً أو دولياً–، أو أياً كانت صورته –شرط أو مشارطة–، وبالتالي تعتبر الكتابة شرطاً شكلياً لازماً لوجود اتفاق التحكيم في ذاته وهي لازمة ليس فقط لإثبات وجود الاتفاق على التحكيم وإنما أيضا لانعقاده وصحته(١١).

وتكمن العلة من اشتراط الكتابة لوجود اتفاق التحكيم إلى حرص التشريعات والقوانين والاتفاقيات الدولية على تجنب المنازعات الفرعية حول وجود هذا الاتفاق وحول مضمونه، خاصة وأن هذا الاتفاق يترتب عليه أثر سلبي وهو رفع يد قضاء الدولة عن الفصل بالنزاع (١٢).

agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract.

يذكر أن قواعد الاونيسترال للتحكيم الصادرة عن الأمم المتحدة التي تم اعتمادها وهي عبارة عن مجموعة شاملة من القواعد الإجرائية التي يجوز للأطراف أن تتفق عليها لتسيير إجراءات التحكيم، سواء الناشئة عن علاقة تجارية أو إدارية وتستخدم على نطاقٍ واسع في الأنواع المختلفة للتحكيم، وتشمل جميع جوانب عملية التحكيم، فتقدم شرطاً نموذجياً للتحكيم، وتحدد القواعد الإجرائية المتعلقة بتعيين المحكمين وتسيير إجراءات التحكيم، وتضع قواعد بشأن شكل القرار وأثره وتفسيره. كما أن قانون التحكيم الأردني يستمد أغلب أحكامه من هذا القانون.

(١١) أ.د. أحمد أبو الوفا (التحكيم الاختياري والإجباري) منشأة المعارف الطبعة الخامسة بدون سنة نشر ص١١٣ وما بعد، ود.محمود التحيوي (طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به) المكتب العربي الحديث الإسكندرية ٢٠٠٧ ص٢٠٤، وأ.د. أحمد سلامة المرجع السابق ص٣٩ وما بعد.

(١٢) أ.د. السيد نايل (انعقاد اتفاق التحكيم وشروط صحته) مركز تحكيم عين شمس ٢٠٠٨ ص١٦، و أ.د. فتحي والي – المرجع السابق ص١٣٥، و أ.د. أكثم الخولي – المرجع السابق ص٢.

الفرع الثاني
مفهوم الكتابة

الكتابة عبارة عن محررات أو مستندات على دعائم ورقية تتضمن توقيع من صدرت عنه أو بصمة أصبع أو ختم. وقد تكون محررات رسمية صادرة عن موظف عام ضمن نطاق اختصاصه، أو محررات عرفية يتم تنظيمها بين الأفراد ولا يتدخل فيها الموظف العام والتي تشمل الرسائل والبرقيات الموقعة.تلك هي الصورة التقليدية للكتابة التي نظمها قانون البينات والتي لها حجية في الإثبات، وإضافة إلى ذلك اعتبر المشرع أن الدعائم الالكترونية المتمثلة في رسائل الفاكس والتلكس والبريد الالكتروني ومخرجات الحاسوب لها حجية في الإثبات وذات قوة السندات العادية الموقعة ما لم يثبت من نسب إليه إرسالها انه لم يقم بذلك ولم يكلف أحد بإرسالها [١٣].

ولم يشترط المشرع الأردني في قانون التحكيم شكلاً معيناً لكتابة اتفاق التحكيم أو إفراغه في شكل رسمي أو أن يتم التصديق على توقيع طرفي الاتفاق من قبل موظف عام، فيجوز أن تكون الكتابة محررات عرفية موقعاً عليها من الطرفين وبالشكل الذي يتفقان عليه، هذا بالإضافة إلى إجازته الكتابة بالوسائل الالكترونية الحديثة والتي أضفى عليها حجية في الإثبات تضاهي الدعائم الورقية، وذلك ضمن شروط معينة – كما سيأتي–.

(١٣) راجع المواد (٦ – ١٤) من قانون البينات الأردني رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ المنشور في الجريدة الرسمية العدد ١١٠٨ ص٢٠٠ والمعدل بالقانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠١ المنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم ٤٥٠١ ص٣٣٣٠ والمعدل بالقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ والمنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم ٤٧٠٩ ص٢١٨٨ سنة ٢٠٠٥. وانظر د.مفلح القضاة (البينات في المواد المدنية والتجارية) بدون ناشر ١٩٩٠ ص٥٨ وما بعد.

Journal Sharia and Law, Vol. 2012, No. 49 [2012], Art. 3

كذلك لم يشترط المشرع توقيع الطرفين على شرط التحكيم بصفة خاصة، إذ يكفي التوقيع على الوثيقة المتضمنة شرط التحكيم حتى ولو كانت مطبوعة أو وثيقة مرفقة بالعقد الأصلي الموقع عليه، طالما أنه ينص على اعتبار المرفق جزءاً من العقد الأصلي، أو واردة في عقد نموذجي معد سلفاً، ما لم يوجد نص في القانون يقضي بغير ذلك(١٤) . ومن الأمثلة على هذه الحالة الأخيرة ، نص المادة (٤/٩٢٤) من القانون المدني الأردني التي تنص: (٤– يقع باطلا كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية: ٤– شرط التحكيم إذا لم يرد في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين) (١٥).

ويجوز أن يصدر الرضا بالتحكيم من قبل الوكيل، ويشترط لذلك وجود وكالة خاصة حيث لا تكفي الوكالة العامة، ويجب أن تكون مكتوبة، لا سيما وأن القاعدة العامة تقضي أن الشكل المطلوب لعقد معين يكون مطلوباً في الوكالة لإبرامه (١٦).

الفرع الثالث
طبيعة الكتابة

هناك خلاف فقهي وتباين في موقف القانون المقارن حول تكييف طبيعة الكتابة، بين من يرى بأن الكتابة شرطٌ لانعقاد اتفاق التحكيم لا يتم بدونه الاتفاق، وبين من يرى أنها شرط إثبات فحسب، وبالتالي لا تشترط الكتابة باتفاق التحكيم، وهناك

(١٤) أ.د. سامية راشد (اتفاق التحكيم) بدون ناشر وسنة نشر ص٢٤٤ وما بعد، و أ.د. السيد نايل – المرجع السابق ص١٦.

(١٥) القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم ٢٦٤٥ ص٢ لسنة ١٩٧٦، يقابل نص المادة أعلاه المادة ٧٥٠ من القانون المدني المصري.

(١٦) راجع نص المادة (٨٣٨) من القانون المدني الأردني، وانظر أ.د. السيد نايل – المرجع السابق ص١٦، و أ.د. أحمد أبو الوفا – المرجع السابق ص٦٨ وما بعد.

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2012/iss49/3 10

رأي ثالث يذهب إلى عدم أهمية التفرقة بين اعتبارها شرط انعقاد أو شرط إثبات في الحياة العملية.فنعرض لهذه الاتجاهات وموقفنا منها.

الاتجاه الأول: يذهب جانب من الفقه إلى أن الكتابة في التحكيم شرط للانعقاد وليس شرط إثبات على أساس أن الاتفاق على التحكيم اتفاق شكلي لا ينعقد إلا بالكتابة، ويأخذ ذات حكم الشروط الموضوعية للعقد المتمثلة في الأهلية والرضا والمحل والسبب، بحيث يؤدي تخلف هذه الشروط إلى بطلان العقد. وعلى ذلك إذا لم توجد الكتابة فلا يجوز إثبات انعقاده بالإقرار أو اليمين أو شهادة الشهود، بدليل أن تخلف هذا الشرط يؤدي لبطلان اتفاق التحكيم كما ورد بصريح النص في القانون المقارن(١٧).

الاتجاه الثاني: يرى بأن شرط الكتابة هو شرط إثبات وليس شرط انعقاد، وبالتالي يجوز إثباته بالإقرار واليمين الحاسمة وشهادة الشهود في بعض الأحوال كما وردت بنص قانون البينات(١٨). وعليه يجوز الاتفاق الشفوي دون الكتابي على

(١٧) أ.د. فتحي والي (قانون التحكيم في النظرية والتطبيق) منشأة المعارف ٢٠٠٧ ص١٣٥. وفي ذات الاتجاه أ.د. أحمد أبو الوفا (التحكيم الاختياري والإجباري) منشأة المعارف بدون سنة نشر ص٢٧ وما بعد، و د.عمر الجازي (مقال منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي ٢٠٠٣ العدد الثاني والعشرين) ص٤، و أ.د. سامية راشد – المرجع السابق ص٢٤٦ وما بعد، و د.محمود التحيوي – المرجع السابق ص٢١. وراجع نصوص قانون التحكيم الأردني والمصري والإنجليزي واتفاقية نيويورك وقانون الاونيسترال النموذجي – السابق عرضهم –.

(١٨) راجع نصوص المواد (٤٤) وما بعد من قانون البينات الأردني وتنص المادة (٣٠) المعدلة من ذات القانون المتعلقة بالشهادة: (يجوز الإثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتى ولو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة دينار ١–إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة. ومبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر عن الخصم ويكون من شانها أن تجعل وجود المدعى به قريب الاحتمال. ٢–إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي أو إذا كان العرف والعادة لا يقضيان بربطها بسند. يعتبر

Journal Sharia and Law, Vol. 2012, No. 49 [2012], Art. 3

اتفاق التحكيم، ويستندون في ذلك إلى اتفاقية جنيف الأوروبية المشار إليها وبعض القوانين المقارنة التي تجعل من اتفاق التحكيم شرط إثبات فحسب(١٩).

الاتجاه الثالث: يرى جانب من الفقه أنه لا توجد أية أهمية لهذه التفرقة في الحياة العملية بالنسبة للتحكيم، إذ من النادر أن يكون هناك اتفاق تحكيم شفوي، ويحاول المدعي إثباته بشهادة الشهود مثلاً، هذا بالإضافة إلى أن القواعد العامة في الدول التي تعتبر الكتابة شرط إثبات تجيز الاستعاضة عنها إما بإقرار المدعى عليه أو باليمين الحاسمة، وهذه القاعدة لا تنطبق على قانون التحكيم الأردني، إذ إن هذه القواعد العامة في الإثبات لا يمكن تطبيقها على التحكيم لعدة أسباب: أولها أن صيغة نص الكتابة في اتفاق التحكيم جاءت جازمة بأن هذا الاتفاق لا يثبت إلا بالكتابة، وهو شرط شكلي لا يمكن الالتفاف عليه والاستعاضة عنه بوسائل الإثبات الأخرى، ومن جهة ثانية فقد استقر قضاء محكمة التمييز الأردنية على أن اتفاق التحكيم لا يجوز إثباته إلا بالكتابة(٢٠)، أخيراً فإن التطبيق العملي يدل على أن اتفاق

مانعا مادياً أن لا يوجد من يستطيع كتابة السند أو أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد.٣– إذا فقد الدائن سنده المكتوب لسبب لا يد له فيه، ٤– إذا طعن في العقد بأنه ممنوع بالقانون أو مخالف للنظام العام أو الآداب. ٥– لبيان الظروف التي أحاطت بتنظيم السند.٦– لتحديد العلاقة بين السند موضوع الدعوى وسند آخر. ٧– في حال الادعاء بأن السند اخذ عن طريق الغش أو الاحتيال أو الإكراه على أن يتم تحديد أي من هذه الوقائع بصورة واضحة.

(١٩) راجع قانون التحكيم الكويتي والإماراتي واتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي. وانظر أ.د. أحمد أبو الوفا – المرجع السابق ص١١٢ وما بعد وانظر أيضا:
Rafael Morek: (Arbitration: Admissibility within the current legal framework) 2008 p.12 - www.oder.info/greetings.dos.

(٢٠) راجع قرار محكمة التمييز الأردنية المشار إليه سابقاً في هذا البحث (تمييز حقوق رقم ٨٥/٢١٧ صفحة ١٤٢ سنة ١٩٨٦) المبادئ القانونية – الجزء السادس ص٢٦٠. وأيضا في القضاء المقارن محكمة النقض السورية، التي قضت بان القانون قيد طريقة إثبات عقد التحكيم بالكتابة وأن تقييد الشارع بطريقة إثبات على وجه الحصر يحول دون

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2012/iss49/3

التحكيم يرد دائماً كتابة، وهذا الأمر أصبح من الأعراف التحكيمية والتي هي مصدر أساسي من مصادر القاعدة القانونية (٢١).

وإزاء هذا التباين نعتقد –وعلى ضوء صراحة النصوص– بصحة الاتجاه الأول بأن الكتابة شرط للانعقاد وليس شرطاً للإثبات، بحيث لا يجوز إثبات الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة، وذلك لسلامة الحجج التي ساقها أصحاب هذا الاتجاه وقيام المشرع في القانون المقارن بترتيب البطلان على تخلف هذا الشرط الشكلي، إضافة إلى استقرار القضاء على ضرورة الكتابة. كما أن الاتجاه الأخير انتهى إلى ذات الحل.

ونضيف إلى ما تقدم أن اتفاقية جنيف التي يستند إليها الاتجاه الثاني قد قررت في الفقرة الأولى من المادة الثانية –المشار إليها– احترام الشكلية التي تفرضها قوانين الدول فيما يتعلق بكتابة اتفاق التحكيم، بحيث يتبين أن شرط الكتابة يعد شرط انعقاد وليس شرط إثبات، وذلك فيما إذا كان القانون الوطني يستلزم الكتابة لسريان اتفاق التحكيم وإنتاج آثاره، ويترتب على تخلف هذا الشرط بطلان اتفاق التحكيم، والعكس صحيح. فالنص يحتمل الأمرين بحسب قانون الدولة (٢٢).

أيضاً نشير إلى ما قررته اتفاقية نيويورك بضرورة استيفاء شرط الكتابة الوارد في الفقرة الأولى من المادة الثانية منها – المشار إليها –وللتأكيد على هذا الشرط

قبول طريقة أخرى كالإقرار واليمين (رقم ٤٦/٩١) تاريخ ١٩٥٩/١/٢١، وانظر أيضاً في ذات المعنى تمييز الكويت ١١٨ تاريخ ١٩٨١/٢/٤ عدد٦. راجع د.حمزة حداد (التحكيم في القوانين العربية) منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٧ ص٨٥ في الهامش.

(٢١) د. حمزة حداد – المرجع السابق ص٨٤ وما بعد.

(٢٢) راجع اتفاقية جنيف الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي.

تقضي المادة الرابعة من ذات الاتفاقية: (بأنه من أجل الحصول على الاعتراف والتنفيذ المبحوث عنها في المادة السابقة يتوجب على الفريق الذي يطلب مثل ذلك الاعتراف والتنفيذ أن يبرز ما يلي عند تقديمه الطلب:

أ- قرار التحكيم الأصلي المصدق أو صورة مصدقة عنه.

ب- الاتفاقية الأصلية المبحوث عنها في المادة الثانية أو صورة مصدقة عنها)[٢٣].

وبطبيعة الحال فإنه لا يمكن التقدم بتنفيذ حكم التحكيم وتقديم الاتفاقية الأصلية، إذا لم يكن اتفاق التحكيم مكتوباً.

المطلب الثاني
صور الكتابة

تناول المشرع الأردني في نص المادة (١٠) من قانون التحكيم -المشار إليها- صور كتابة اتفاق التحكيم وعالجها بصورة موسعة تتفق مع المعايير الواردة في الاتفاقيات والقوانين الدولية، فنعالج هذه الصور كما يأتي:

الصورة الأولى: اتفاق التحكيم المكتوب قبل نشوء النزاع (شرط التحكيم)

هذه هي الطريقة التقليدية للكتابة القائمة على الدعائم الورقية، وتسمى مستند بتعبير المشرع الأردني مادة (١٠/أ)، أو محرر بتعبير المشرع المصري مادة

(٢٣) انظر نص المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك حيث يجري نصها كما يأتي:
Article IV of NYC:
(To obtain the recognition and enforcement mentioned in the preceding article, the party applying for recognition and enforcement shall, at the time of the application, supply:
(a) The duly authenticated original award or a duly certified copy thereof;
(b) The original agreement referred to in article II or a duly certified copy).

(١٢) – المشار إليهما –ويجب التفرقة بين حالتين في هذه الصورة، الأولى أن يرد شرط التحكيم في العقد الأصلي، والثانية أن يرد في اتفاق مستقل.

الأولى: أن يرد شرط التحكيم في العقد الأصلي:

هذه الصورة الغالبة في الحياة العملية، وفيها يتم إدراج كتابة شرط التحكيم ضمن بنود العقد الموقع بين الطرفين، ومثال ذلك أن ينص العقد في أحد بنوده على أن كل نزاعٍ ينشأ (مستقبلاً) بين الطرفين بشأن تنفيذ العقد أو أي من بنوده يحال إلى التحكيم. فيلاحظ أن شرط التحكيم ينصب على نزاع قد يقع مستقبلاً وقد لا يقع، فإذا حدث مثل هذا النزاع فإن الشرط الوارد بالعقد يكفي لإحالته على التحكيم. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز: (احتواء اتفاقية المقاولة في بند منها على شرط تحكيم صحيح وملزم لطرفيه) (٢٤).

ولا يشترط تضمين شرط التحكيم أسماء المحكمين، أو تحديد موضوع النزاع، أو أية مسائل إجرائية، ولكن يجب أن يكون شرط التحكيم واضحاً ونافياً للجهالة.

ويكفي التوقيع على العقد الأصلي الذي يتضمنه شرط التحكيم دون التوقيع على الشرط في ذاته، كما أنه يجوز الاتفاق باللجوء للتحكيم في مسائل معينة دون الأخرى (٢٥)، فقد يتم الاتفاق في عقدٍ تجاري يتعلق بتوريد بضاعة على أن يحال إلى التحكيم المسائل المتعلقة بشروط تنفيذ العقد دون غيرها من المسائل، فإذا ثار خلاف بينهما حول أهلية طرفي العقد أو إبطاله بسبب الغش أو التغرير مثلاً، فإن

(٢٤) (تمييز حقوق رقم ٩٥/٧٠٤ صفحة ١١٧٠ سنة ١٩٩٧) المبادئ القانونية الجزء التاسع ص٨٤٠ .

(٢٥) أ.د. محمود مختار بريري – المرجع السابق ص٤ وما بعد، و د. حمزة حداد – المرجع السابق ص٨٦ وما بعد.

Journal Sharia and Law, Vol. 2012, No. 49 [2012], Art. 3

القضاء دون التحكيم هو المختص بالفصل بالنزاع، وينحصر التحكيم في المسائل المتعلقة بتنفيذ العقد من حيث التأخير في تنفيذ الالتزام، أو فساد البضاعة من جانب البائع، أو عدم تسديد الدفعات في مواعيدها من جانب المشتري وما شابه.

الثانية: أن يرد شرط التحكيم في وثيقة مستقلة:

يجيز المشرع الاتفاق على التحكيم بعد إبرام العقد بين الطرفين المتعاقدين وقبل نشوء النزاع، ومثال هذه الصورة أن يتم إبرام العقد الأصلي دون أن يتضمن شرط التحكيم، فيجوز بعد ذلك قيام الطرفين بالتوقيع على ملحق أو اتفاقٍ منفصل يتضمن أن الخلافات التي قد تنشأ عن العقد يتم الفصل فيها عن طريق التحكيم.

ويجب ملاحظة أن الكتابة لازمة في الحالتين السابقتين بالنسبة لشرط التحكيم دون العقد الأصلي، بحيث أنه إذا أجاز القانون في بعض الحالات إبرام العقد شفوياً تطبيقاً لمبدأ الرضائية في العقود ووسائل إثباته فإن ذلك لا يسري على كتابة شرط التحكيم ووسائل إثباته(٢٦).

استقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه:

تقضي القواعد العامة في القانون المدني الأردني(٢٧)، أنه إذا تم إبطال العقد أو فسخه لأي سببٍ من الأسباب التي تلحق به، فإن ذلك يسري على كافة بنود العقد

(٢٦) راجع نص المادة (٥١) من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم ١٩١٠ ص٤٧٢ تاريخ ١٩٦٦/٣/٣٠ التي تجيز الإثبات في العقود التجارية بكافة طرق الإثبات ما لم يكن هناك استثناءات بالنسبة لبعض أنواع العقود.تقابلها المادة (٦٩) من قانون التجارة المصري. وانظر د. حمزة حداد بحث بعنوان (كتابة اتفاق التحكيم وتفسيره في القوانين العربية) ٢٠٠٣ ص٤.

(٢٧) راجع المادة (١٦٨) من القانون المدني الأردني .

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2012/iss49/3

دون استثناء ولا يرتب أيّ أثرٍ من آثاره القانونية، فإذا تم فسخ عقدٍ يحتوي على شرط تحكيم بسببٍ يتصل بشروط العقد الأساسية مثلاً، فإن ذلك ينسحب على شرط التحكيم فلا يجوز الاعتداد به على الرغم من صحته. ومع ذلك فقد خرج المشرع على حكم هذه القاعدة في قانون التحكيم، واعتبر أن شرط التحكيم يعتبر مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ويظل صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية بالرغم من بطلان العقد الأصلي، حيث نص في المادة (٢٢) من قانون التحكيم الأردني: (يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته) .

وبالاستناد للنص أيضاً فإن العكس صحيح، بمعنى أن بطلان شرط التحكيم بسبب عدم الكتابة أو كان مكتوباً ولكنه متعلق بمسائل لا يجوز فيها التحكيم، فإن ذلك لا يؤثر على بقاء العقد الأصلي صحيحاً ومنتجاً لكافة آثاره القانونية(٢٨).

ويخضع اتفاق التحكيم في كافة صور الكتابة لمبدأ نسبية العقود، فلا يجوز الاحتجاج بشرط التحكيم إلا في مواجهة الطرف الذي ارتضاه، وبالتالي لا يسري في مواجهة الغير الذي لم يكن طرفاً في عقد التحكيم باستثناء الخلف العام والخاص(٢٩).

(٢٨) أ.د. أحمد خليل (قواعد التحكيم) منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٣ ص٤٥، و أ.د. علي قاسم (نسبية اتفاق التحكيم) دار النهضة العربية ٢٠٠٠ ص٢٤ وما بعد.

(٢٩) أ.د. علي قاسم – المرجع السابق ص٤ وما بعد.أ.د. أحمد أبو الوفا – المرجع السابق ص٣٣.

Journal Sharia and Law, Vol. 2012, No. 49 [2012], Art. 3

الصورة الثانية: الرسائل المتبادلة والبرقيات والفاكس والتلكس:

لم يقيد المشرع الأطراف بالكتابة التقليدية في الصورة السابقة، فأورد وفق نص المادة (١٠/أ) تحكيم أردني، والتي تقابلها المواد (١٢) تحكيم مصري و (٢/٢) من اتفاقية نيويورك، و (٥/٢) من القانون الإنجليزي، و (٢/٧) من قانون الاونيسترال – المشار إليهم –بعض صور الكتابة التي يعتد بها في الإثبات، وذلك على سبيل المثال لا الحصر، مثل الرسائل المتبادلة والبرقيات والفاكس والتلكس وغيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي، ومثال الاتفاق الكتابي في هذه الصور أن يرد في المراسلات المتبادلة بين طرفين إيجاب من أحدهما باللجوء للتحكيم، وقبول من الطرف الآخر بوسائل الاتصال المذكورة، فيعتبر الإيجاب والقبول شرطاً كتابياً باللجوء للتحكيم.

وبالتدقيق في النصوص السابقة نجد أن المشرع يعتد باتفاق التحكيم من خلال المراسلات المتبادلة حتى ولو لم تكن موقعة، طالما أنها تعبر عن إرادة الطرفين باختيار طريق التحكيم، إذ لو كان المشرع يتطلب في الرسالة أو وسيلة الاتصال المكتوبة أن تكون موقعة من مرسلها، لنّص على ذلك صراحة، كما فعل بالنسبة لشرط التحكيم في الصورة الأولى(٣٠).

أيضاً لم يشترط المشرع أن يتم تبادل الرسائل وقبول عرض التحكيم بذات وسيلة الاتصال، مثال ذلك أن يرسل (أ) إلى (ب) رسالة عادية تتضمن إيجاباً

(٣٠) أ.د. فتحي والي – المرجع السابق ص١٣٧.

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2012/iss49/3

باللجوء للتحكيم، فيرد (ب) بقبوله التحكيم من خلال برقية أو فاكس أو تلكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال المكتوبة(٣١).

الصورة الثالثة: الدعائم الالكترونية:

أجاز المشرع الأردني بالإضافة إلى الكتابة على الدعائم الورقية، كتابة اتفاق التحكيم بالاستناد إلى الدعائم الالكترونية الذي يستند إلى وسائل الاتصال الحديثة، مثل البريد الالكتروني في الحاسوب ورسائل الهاتف المحمول وغيرها من الوسائل التي قد تظهر مستقبلاً ، والتي تعد بمثابة سجل للاتفاق وفق أحكام المادة السابق عرضها (٣٢).

ولكن يُشترط في هذه الوسائل التي ذكرناها أن يصدر قبول الطرف الآخر، وأن يتصل هذا القبول بعلم الطرف الأول، أما السكوت فيمكن اعتباره قبولاً إذا كانت هناك معاملات جارية بين الطرفين وكان التحكيم شرطاً فيها، أو أن يتعلق الأمر بتجديد عقدٍ يتضمن في أحد بنوده شرط التحكيم(٣٣).

ويثير موضوع كتابة اتفاق التحكيم بالوسائل الالكترونية مشاكل عديدة تتعلق بالتحكيم الالكتروني من حيث الكتابة والتوقيع الالكتروني اللازمة لاتفاق التحكيم، ومدى تحقق شرط الكتابة بهذه الوسائل المذكورة، ولذا سنعالج هذه المواضيع، وما يتصل بها في المبحث الثاني من هذا البحث تفصيلاً.

(٣١) د.حمزة حداد – المرجع السابق بحث كتابة اتفاق التحكيم وتفسيره ص٥.
(٣٢) أ.د. أحمد خليل – المرجع السابق ص٤٢.
(٣٣) أ.د. محمود مختار بريري – المرجع السابق ص٤٢.

الصورة الرابعة: الإحالة في العقد:

تكلم المشرع الأردني أيضاً عن الإحالة في العقد إلى التحكيم وفق نص المادة (٢/١٠) تحكيم أردني -المشار إليها-، تقابلها المادة (٣/١٠) تحكيم مصري والتي تنص: (ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد)، وهذين النصين يتفقان مع ما ورد في المادة (٥/٥) من قانون التحكيم الإنجليزي، والمادة (٢/٢) من اتفاقية نيويورك، والمادة (٧/٢) من قانون الاونيسترال -المشار إليهم-.

ووفقاً للنص يجيز القانون للمتعاقدين الاتفاق على التحكيم بالإحالة، سواء تعلق الأمر بالتحكيم الدولي أو التحكيم الوطني. ويعني مفهوم التحكيم بالإحالة أن العقد الأصلي بين الطرفين لم يرد فيه شرط تحكيم - بالمفهوم الذي تكلمنا عنه - وإنما يتضمن العقد شرطاً يقضي بالإحالة إلى عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو مؤسسة تحكيم أو أية وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم، وتكثر هذه الصورة في عقود الشحن بالسفن أو الطائرات أو عقود التأمين.

ويشترط في الإحالة إلى التحكيم حتى يتم الاعتداد بها، عدة شروط كما يأتي:

١- أن تكون الإحالة مكتوبة وواضحة في اعتبار شرط التحكيم الذي تتضمنه الوثيقة المحال إليها جزءاً من العقد الأصلي، وبمعنى آخر أن لا يكون هناك شك حول انصراف إرادة الطرفين إلى جعل شرط التحكيم الوارد في وثيقة أخرى أو اتفاقية دولية أو عقد نموذجي جزءاً من العقد. وهذا يعني - كما يرى الفقه - أن تكون الإحالة إلى شرط التحكيم إحالة خاصة، أو إشارة خاصة إلى شرط التحكيم الذي تتضمنه الوثائق المحال إليها، أما مجرد الإحالة العامة كأن يتفق الأطراف

على اعتبار الشروط العامة في وثيقةٍ معينة، أو في عقد نموذجي جزءاً لا يتجزأ من عقدهما أو مكملاً له، فلا يكون ذلك كافياً لإحالة على التحكيم [٣٤].

٢- يجب ألا تكون الاتفاقية الدولية أو العقد النموذجي المحال إليه بالتحكيم مخالفاً لأحكام القوانين السارية في المملكة الأردنية الهاشمية – كما انتهت محكمة التمييز الأردنية-[٣٥].

٣- أن تكون الوثيقة المحال إليها سابقة في وجودها على العقد المحيل، ومعروفة للطرف الذي يتم التمسك في مواجهته بالتحكيم[٣٦].

الصورة الخامسة: اتفاق التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة (مشارطة التحكيم):

بموجب المادة (١٠/ج) من قانون التحكيم الأردني- المشار إليها، تقابلها المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم المصري التي تنص: (يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان باطلاً). فإنه يجوز الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع بما يسمى اصطلاحاً (مشارطة التحكيم).

ويقصد بمشارطة التحكيم أو وثيقة التحكيم الاتفاق على التحكيم الذي يتم بين الأطراف في علاقة قانونية بعد قيام النزاع بينهم عن هذه العلاقة، فالتفرقة بين

(٣٤) أ.د. محمود مختار بريري – المرجع السابق ص٤٤، وأ.د. فتحي والي – المرجع السابق ص٩٨، و د.عمر حديثة – المرجع السابق ص٤.
(٣٥) (تمييز حقوق رقم ٨٥/٤٩٦ ص١٩١٩ سنة ١٩٨٧) المبادئ القانونية ج٦، ص٢٦٠.
(٣٦) أ.د. فتحي والي – المرجع السابق ذات الصفحة السابقة.

مشارطة التحكيم وشرط التحكيم، هو أن المشارطة تتم بعد نشوء النزاع فعلاً، وتتضمن الموضوعات التي تطرح على التحكيم بشكلٍ دقيقٍ وتفصيلي، وبعبارة أخرى فإن مشارطة التحكيم تواجه نزاعاً حالاً وقائماً وموجوداً، عكس شرط التحكيم الذي يواجه نزاعاً محتملاً قد يقع وقد لا يقع في المستقبل، أي أن شرط التحكيم يقرر مبدأ اللجوء إلى التحكيم لحسم ما قد ينشأ من نزاع . وعلى ذلك فإن سبب مشارطة التحكيم هو النزاع الناشئ بين الأطراف أما محلها فهو المسائل التي يشملها التحكيم(٣٧).

ويتضح من خلال النص المعروض أن القانون يجيز اللجوء للتحكيم حتى بعد وقوع النزاع ونظره من قبل المحكمة، ويتخذ إحدى صورتين: إما أن يتم كتابة وثيقة بين الأطراف تتضمن رغبتهم بعرض النزاع على التحكيم، ومن ثم تقديمها للمحكمة التي تنظر النزاع، وفي هذه الحالة تقرر المحكمة إحالة النزاع على التحكيم. وإما أن يتفق الأطراف أمام القاضي برغبتهم بإحالة نزاعهم على التحكيم، وفي هذه الحالة يتم تدوين الاتفاق على محضر المحاكمة بكافة تفاصيله وبياناته، وتصدر المحكمة قراراً يقضي بإحالة النزاع على التحكيم، وقد اعتبر القانون قرار المحكمة بمثابة اتفاقٍ مكتوب.

وهناك بيانات تحتويها عادة مشارطة التحكيم منها: تحديد المسائل المتنازع عليها التي يتم عرضها على التحكيم بشكلٍ دقيق وتفصيلي، الاتفاق على عدد المحكمين وأسمائهم وعناوينهم، القانون الإجرائي والموضوعي الواجب التطبيق على النزاع، مكان التحكيم ولغته، تحديد المدة التي ينتهي فيها التحكيم، سلطة المحكمين في

(٣٧) أ.د. حفيظة الحداد – المرجع السابق ص٥ وما بعد، و أ.د. محمود مختار بريري– المرجع السابق ص١ وما بعد.

إصدار الأوامر الوقتية. ويتم التوقيع من كلا الطرفين على هذه الوثيقة الخطية قبل تقديمها للمحكمة التي تنظر النزاع، أو تسجيلها على محضر المحاكمة (٣٨).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية: (يتوجب أن تكون الإحالة على التحكيم من طرفي النزاع وأن يحرر بها صك تحكيم لتحديد المنازعات المتفق على حسمها عن طريق المحكمين حتى يكون حكمها منصباً على منازعات واضحة ومحددة لأن اللجوء إلى التحكيم هو طريق استثنائي لفض الخصومات التي هي أصلاً من اختصاص المحاكم دون سواها والمحكمين يستمدون سلطتهم في بحث النزاع من هذا الاتفاق) (٣٩).

ويجب ملاحظة أن النزاع إذا تم إحالته إلى التحكيم، فلا يجوز لأي من الطرفين الرجوع فيه منفرداً. وفي ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية: (لا يجوز الرجوع عن اتفاق التحكيم إلا باتفاق الطرفين أو بموافقة المحكمة)(٤٠).

المبحث الثاني
شرط كتابة اتفاق التحكيم الالكتروني

تعتبر التجارة الالكترونية مصطلحاً جديداً في عالم المال والتجارة ظهرت مع انتشار وسائل الاتصالات الحديثة كالانترنت والحاسب الآلي وأجهزة الهاتف المحمول وغيرها، وأصبحت المبادلات التجارية وما تستلزمه من إبرام العقود التجارية الدولية تتم عبر هذه الوسائل الحديثة في جانبٍ كبيرٍ منها لما توفره من سرعة وقلة تكاليف، مما اقتضى تدخل المشرع لوضع الإطار القانوني الذي ينظم

(٣٨) أ.د. حفيظة الحداد.المرجع السابق ص١٥، وأ.د. فتحي والي– المرجع السابق ص١٠٤.
(٣٩) (تمييز حقوق رقم ٤٥٢/صفحة ١٢٤١ سنة ١٩٩٤) المبادئ القانونية ج٨ ص٧٩٧.
(٤٠) (تمييز حقوق رقم ٩٦/٥٢٣ صفحة ١٢٣٦ سنة ١٩٩٧) المبادئ القانونية ج٩ ص٨٤٦.

Journal Sharia and Law, Vol. 2012, No. 49 [2012], Art. 3

هذه التجارة الالكترونية، فصدرت العديد من التشريعات منها: قانون المعاملات الالكترونية الأردني لعام ٢٠٠١(٤١)، وقانون التوقيع الالكتروني المصري لعام ٢٠٠٤(٤٢)، والقانون الإنجليزي للتجارة الالكترونية لعام ٢٠٠٠(٤٣)، وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لعام ١٩٩٦، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لعام ٢٠٠٥(٤٤).

ومع تزايد الاهتمام العالمي بهذه التجارة الالكترونية ظهرت الحاجة إلى التحكيم الالكتروني الذي يتم عبر هذه الوسائل الحديثة للاتصالات، وبالرغم من أن التحكيم التقليدي الذي يستند إلى الدعائم الورقية يمثل القاعدة العامة للتحكيم، وينتشر على نطاق واسع، إلا أن هذا التحكيم الأخير، لا يستجيب لحاجات التجارة الالكترونية

(٤١) قانون المعاملات الالكترونية الأردني المؤقت رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ نشر في عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٥٢٤ ص٦٠١٠ لسنة ٢٠٠١

(٤٢) قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤. وانظر: د.طاهر مؤمن (عقد البيع الالكتروني) دار النهضة العربية ٢٠٠٧ ص٦ وما بعد.

(٤٣) راجع القانون الإنجليزي للتجارة الالكترونية لسنة ٢٠٠٠. متاح في:
www.britishcouncel.org.jo

(٤٤) يقصد بالتجارة الالكترونية ممارسة مختلف الأعمال والمبادلات التجارية من بيع وشراء وغيرها وذلك باستخدام وسائل الاتصال الالكترونية مثل الحواسيب والانترنت والمحمول والفاكس وغيرها. راجع اتفاقية الأمم المتحدة للخطابات الالكترونية في العقود الدولية لعام ٢٠٠٥، وقانون الاونيسترال النموذجي للتجارة الالكترونية لعام ١٩٩٦. وانظر بشأن التعريفات المختلفة للتجارة الالكترونية:

- Graham Ross (Challenges and Opportunities in Implementing ODR, Proceedings of the USECE Forum on ODR,) 2003, P.2. - www.odr.info/unece2003/pdf.
- Joseph W. Goodman(The pros ads cuss of slice dispute resolutions: as assessment of cyber – mediation ties websites) P.1.
- -www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/2003DLTR0004.pdf.

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2012/iss49/3

وما تتطلبه من التعامل بوسائل الاتصالات الحديثة التي تستند إلى الدعائم الالكترونية (٤٥).

وينصرف مفهوم التحكيم الالكتروني إلى أنه عبارة عن اتفاق يقضي بإخضاع المنازعات التي نشأت أو ستنشأ مستقبلاً عن علاقات التجارة الالكترونية أو العادية إلى التحكيم بإجراءات الكترونية، وهو بذلك لا يختلف عن التحكيم العادي إلا من حيث الوسيلة المستخدمة (الالكترونية) في التحكيم(٤٦).

وعلى ذلك فالتحكيم الالكتروني يتميز بأنه يتم في عالم افتراضي حيث لا يتطلب التعامل بالأوراق والكتابة التقليدية أو الحضور الشخصي لأطراف النزاع أو المحكمين وتواجدهم في مكان محدد، وإنما يتم بواسطة أجهزة الحاسب الآلي عبر الانترنت (Internet)، أو عن طريق البريد الالكتروني (Email)، أو الهاتف المحمول وغيرها من الوسائل الحديثة للاتصالات، كما أن كافة إجراءات التحكيم ابتداءً من

(٤٥) د.عمر فارس (التحكيم في عقود التجارة الالكترونية) بحث مقدم للمركز السوري للتحكيم جامعة حلب بتاريخ ٢٠١٠/٢/١٠. متاح في:http://www.google. net

(٤٦) وهناك خلاف حول تعريف التحكيم الالكتروني فهناك من يرى بأن التحكيم يعتبر الكترونياً إذا تمت كافة مراحله بوسائل الكترونية، وهناك من يرى بأن التحكيم يعتبر الكترونياً حتى ولو كان إحدى مراحله تمت بوسائل الكترونية. انظر بشأن التعريفات المختلفة للتحكيم الالكتروني ومزاياه:

- (Julia Hornle , Online Dispute Resolution and its Application to Commercial Arbitration) 2005, P. 2. - www.bilet.ac.uk.

ود.عمر فارس– المرجع السابق ص٢ وما بعد، و د.إبراهيم ممدوح (التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية) الطبعة الأولى الإسكندرية– دار الفكر الجامعي ٢٠٠٨ ص٢٤٨. وأ. رجاء حافظ (الإطار القانوني للتحكيم الالكتروني) رسالة ماجستير غير منشورة ٢٠٠٨ ص١٨ وما بعد.

اتفاق التحكيم ومروراً بإجراءاته وانتهاءً بصدور حكم التحكيم، إنما تتم من خلال هذه الوسائل الالكترونية(٤٧).

وما يعنينا في هذا المقام هو ما يتصل بموضوع البحث (كتابة اتفاق التحكيم الالكتروني)، ولذلك فإن التحكيم الالكتروني بالصورة المتقدمة يثير تساؤلاً على درجة بالغة من الأهمية، ما هو الأثر الناتج عن اشتراط المشرع الكتابة لانعقاد اتفاق التحكيم، وبمعنى آخر هل يعتد بالكتابة الالكترونية لاتفاق التحكيم ؟ وهو ما نحاول الإجابة عليه من خلال بيان مفهومها وشروطها، وذلك في مطلب أول، ثم لا بد من معالجة التوقيع الالكتروني كشرط لازم لسريان اتفاق التحكيم الالكتروني وشروطه في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول
مفهوم الكتابة الالكترونية وشروطها
الفرع الأول
مفهوم الكتابة الالكترونية

تعتبر الكتابة والتوقيع من أهم المسائل في التحكيم الالكتروني بصفة خاصة، وهناك تباين في موقف القوانين المقارنة والاتفاقيات والقوانين الدولية من مسألة الاعتداد بالكتابة الالكترونية لإبرام اتفاق التحكيم، لذا سنتطرق إلى معرفة موقف هذه القوانين من هذه المسألة.

(٤٧) انظر:
-Rafael Morek- Ibid - p. 5
- Li Hue (Online Arbitration in China - As overview ASD perspective) 2004. p.3.
- www.ordr.inf/unforum.
- Armagan E. YUKSEL (Online International Arbitration) 2007 p. 12.
- www.auhf.ankara.edu.tr/journal.

وبالرجوع إلى موقف هذه التشريعات –السابق عرضها–، نجد أن قوانين التحكيم في كل من الأردن (مادة١٠/أ)، ومصر (مادة١٢)، وانجلترا (مادة٥/٦)، الاونيسترال (مادة٧/٢)، تعتد بهذه الوسيلة الالكترونية وتعتبرها موازية للكتابة التقليدية وذلك بالنص الصريح. وتعتبر الشرط الشكلي (الكتابة) شرط انعقاد يترتب على تخلفه بطلان اتفاق التحكيم –كما رأينا– وأنه لم يرد نص صريح حول الكتابة الالكترونية في اتفاقية جنيف التي تعتبر الكتابة (مادة٢/١) شرط إثبات أو انعقاد بحسب القوانين الوطنية، وكذلك اتفاقية نيويورك لم يرد فيها ما يتعلق بالكتابة الالكترونية تحديداً، مما يطرح التساؤل حول موقف هذه الاتفاقية الأخيرة من شرط الكتابة الالكترونية ومواكبتها للتطورات الحاصلة في التجارة الالكترونية وموقفها من الاعتداد بالتحكيم الالكتروني وبالشكل الكتابي الوارد في نص المادة الثانية منها؟ –على نحو ما سنرى–.

وإذا كانت الكتابة التقليدية التي تقوم على دعائم ورقية من مستندات أو محررات – بالشكل الذي تكلمنا عنه –، فإن الكتابة الالكترونية تقوم على الدعائم الالكترونية وقد وردت على سبيل المثال لا الحصر، فهي تشمل البريد الالكتروني والحاسب الآلي والانترنت والشرائط الممغنطة وأجهزة المحمول والفاكس والتلكس وغيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي والضوئي وما إلى ذلك من وسائل اتصال قد تظهر مستقبلاً. وهي عبارة عن كتابة تعبر عن مضمون ما ورد فيها بالرموز أو

Journal Sharia and Law, Vol. 2012, No. 49 [2012], Art. 3

الكتابة، ويمكن استخراجها على أوراق تقليدية بحيث تصبح دليلاً كتابياً إذا استوفت الشروط اللازمة للكتابة الالكترونية (٤٨).

وعلى ذلك فإن الكتابة قد تكون مدونة على محررات ورقية أو الكترونية، ولا ينظر إليها من حيث ارتباطها بالوسيلة أو الوسيط المستخدم في التدوين بوسيلة مادية محددة، بل بوظيفتها في إعداد الدليل على وجود التصرف القانوني، وتحديد مضمونها بما يمكن الأطراف من الرجوع إليها في حالة نشوء نزاع (٤٩).

وللتدليل على ذلك فقد نصت المادة (٧) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني: يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجاً للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات. (ب– لا يجوز إغفال الأثر القانوني لأي مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة لأنها أجريت بوسائل إلكترونية شريطة اتفاقها مع أحكام هذا القانون).

الفرع الثاني
شروط الكتابة الالكترونية

يشترط في الكتابة حتى تؤدي وظيفتها القانونية عدة شروط كما يأتي:

(٤٨) د. طاهر مؤمن – المرجع السابق ص٦٦ و د. معتصم نصر (مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الالكتروني) بدون ناشر ٢٠٠٨ ص١٨ متاح في: .www.arablawinfo.com

(٤٩) د. طاهر مؤمن– المرجع السابق ذات الصفحة، وأ.رجاء حافظ– المرجع السابق ص٨٦.

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2012/iss49/3 28

١- أن يكون مضمون الكتابة مقروءاً وقابلاً للإدراك:

وهذا شرطٌ بديهي فيجب أن يدل الدليل الكتابي على مضمون التصرف القانوني أو البينات المدونة بالمحرر، بحيث يكون المحرر مفهوماً لمن يقرؤه أو يطلع عليه من الأطراف المختلفة.

٢- أن يكون هذا الدليل مستمراً:

ويقصد بذلك لزوم تدوين الكتابة كدليل على دعائم تضمن ثبات هذه الكتابة بشكل مستمر، بحيث يمكن للأطراف المتعاقدة أو أصحاب الشأن الرجوع إليها لترتيب الآثار القانونية للكتابة.

٣- عدم قابلية الكتابة للتعديل:

يشترط للاعتداد بالكتابة على المحررات الالكترونية ألاّ تكون قابلة للتعديل أو الإضافة أو الحذف أو الكشط، حتى يحوز الدليل الثقة والأمان(٥٠).

وبالمقارنة مع الوثائق الورقية يمكن القول: إن الوثيقة الالكترونية تقوم بدور يضاهي دور الوثائق الورقية، فمن ناحية إثبات وتثبيت الشروط المتفق عليها لا يقوم الاتفاق الالكتروني على تثبيت الشروط كالنص المكتوب خطياً فقط، بل يقوم أيضاً بتثبيت التاريخ ومصدر الرسالة الالكترونية، أما بالنسبة لحجية الوثيقة الالكترونية فيمكن الاحتجاج بهذه الوثيقة متى تحققت شروط معينة، ويمكن التعرف على مصدر

(٥٠) د. محمد الرومي (النظام القانوني للتحكيم الالكتروني) دار الفكر الجامعي ٢٠٠٦ ص٩٩، ود. طاهر مؤمن – المرجع السابق ص٦٧ وما بعد. وانظر أيضا:
- Julia Hornle – Ibid. p. 16.
- Li Hue- Ibid. P. 19.

إنشائها وبالتالي منشئها باستخدام تكنولوجيا التشفير بالمفتاح العام أو الخاص أو بواسطة جهات التوثيق التي تمنح الشهادة الالكترونية، وبالنسبة للحماية من التزوير فقد تكون الوثيقة الالكترونية أكثر أمنا من الوثائق الورقية، ففي حين لا يمكن دائما اكتشاف التزوير بالمحررات الخطية، فإنه بالإمكان التأكد من سلامة الوثيقة الالكترونية، وذلك باستخدام طريقة تشفير المعلومات والجدار الناري، وأخيراً فإن الوثيقة الالكترونية قابلة للتخزين والحفظ والاسترجاع بسهولة ودون أخذ أي حيز يذكر(٥١).

وكنتيجة لتحقق الشروط القانونية للكتابة في الوثائق والمحررات الالكترونية، ومواكبة للتطور التكنولوجي السريع في وسائل الاتصال المذكورة وتوظيفها في التعاقدات، فإن هناك ضرورة للتوسع في المفهوم التقليدي للكتابة ليستوعب التطور الحاصل، بحيث يمكن القول بتحقق شرط الكتابة في الدعامات الالكترونية، إذ إن الهدف من الكتابة لا يستلزم أن تكون محررة على دعامة ورقية بالذات، بل يمكن الاعتداد بالكتابة الالكترونية وفق الشروط أعلاه، وهو ما تأخذ به بعض التشريعات دون الأخرى.

حيث إنه ومن خلال الرجوع للقوانين والمعاهدات السابقة يلاحظ انسجام نصوص بعضها مع تطور وسائل الاتصال واعترافها بالمحررات الالكترونية بشكل واضح وصريح، ويبدو ذلك في النصوص التي تميل إلى المرونة في اقتضاء شرط الكتابة، بحيث يتحقق شرط الكتابة في أي وسيلة من وسائل الاتصالات التي يمكن أن تكون

(٥١) د. معتصم نصير – المرجع السابق ص١٨ وانظر أيضاً:
- Rafael Morek. Ibid. p.11.
- Armagan E. YUKSEL. Ibid. P. 24.

بمثابة سجل للاتفاق. ومن تطبيقات هذا الاتجاه القانون النموذجي للتحكيم (الاونيسترال) وقانون التحكيم الأردني والمصري والإنجليزي – كما أشرنا – في حين لم تأخذ بعض هذه الاتفاقيات والقوانين بعين الاعتبار تنامي توظيف التكنولوجيا الحديثة في عمليات التعاقد، نظراً لصدورها قبل نشوء هذا النوع من التكنولوجيا أصلاً، كما هو الحال في اتفاقية نيويورك واتفاقية جنيف، أو نظراً لقصور بعض تشريعات الدول العربية في مواكبة توظيف وسائل الاتصالات الحديثة في عمليات التعاقد الالكتروني، وهذا ما حدا بجانب من الفقه إلى التوسع في تفسير هذه النصوص والقياس على الفاكس والتلكس الأمر الذي لم يسلم بدوره من النقض، حيث يفضل جانب آخر من الفقه تعديل هذه النصوص لتشمل وسائل الاتصال الحديثة ومساواتها بالكتابة التقليدية (٥٢).

ولغايات مواكبة التشريعات الحديثة بالتحكيم وما تستلزمه حاجات ومتطلبات التجارة الالكترونية، فقد كان هناك جانب من الفقه يرى أن يتم تعديل الاتفاقيات الدولية، خاصة اتفاقية نيويورك التي تحظى باعتراف واسع من دول العالم، أو إعداد اتفاقية أخرى لهذا الغرض، وهو الأمر الذي لم يحظ بتأييد العديد من الأطراف خوفاً من تأثيرها على استقرار الاتفاقية(٥٣).

(٥٢) د.إبراهيم ممدوح – المرجع السابق ص٢٦٢، و د.محمد الرومي – المرجع السابق ص١٤٨. وانظر أيضاً: Julia Hornle – Ibid. p. 31.

(٥٣) د.حازم جمعة (اتفاق التحكيم الالكتروني وطرق الإثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة) ص٢٧. متاح في: www.arablawinfo.com.
وانظر أيضا:

- Graham Ross. Ibid. p. 12.
- Rafael Morek. Ibid. p. 31.

Published by Scholarworks@UAEU, 2012

وللتغلب على المشاكل والصعوبات التي تعترض اتفاقية نيويورك حول اتفاق التحكيم وشكله الكتابي، وذلك تجنباً للاعتراض على اختصاصات هيئة التحكيم في منازعات التجارة الدولية، فقد عدلت لجنة الاونيسترال للتحكيم التجاري الدولي المادة (٧) المشار إليها من القانون النموذجي، وذلك في عام ٢٠٠٦، من أجل أن تتوافق أكثر مع الممارسات التعاقدية الدولية، بحيث تصبح مستوفية بشرط الشكل الكتابي.

وقد اعتمدت اللجنة نهجين مختلفين لمعالجة استيفاء الشكل الكتابي في اتفاق التحكيم وذلك كما يأتي:

النهج الأول: يتبع هذا النهج الهيكل التفصيلي لنص عام ١٩٨٥ الأصلي، ويؤكد هذا النهج صحة ونفاذ التزام الطرفين بأن يحيلا إلى التحكيم أي نزاع قائم أو نزاع قد ينشأ مستقبلاً، كما أنه يتبع اتفاقية نيويورك في اشتراط الشكل الكتابي لاتفاق التحكيم، ولكنه يعترف بأي سجل لمحتوى الاتفاق وفي أي شكل باعتباره يعادل الكتابة التقليدية بما في ذلك الكتابة الالكترونية، كما يجيز إبرام اتفاق التحكيم بأي شكل بما في ذلك شفوياً مادام مضمون الاتفاق مسجلاً، وهذه القاعدة الجديدة هامة من حيث أنها لم تعد تشترط توقيع الطرفين أو تبادل رسائل بينهما، وهي تضفي الطابع العصري على الصيغة التي تشير إلى استخدام التجارة الالكترونية من خلال اعتماد صيغة مستوحاة من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لعام ١٩٩٦، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لعام ٢٠٠٥[٥٤].

(٥٤) وقد ساوت هذه الاتفاقية الكتابة العادية بالكتابة الالكترونية والرسائل الالكترونية وإعطائها نفس الحجية في الإثبات حيث تنص المادة (٢/٩) من اتفاقية الأمم المتحدة للخطابات الالكترونية في العقود الدولية لعام ٢٠٠٥: (حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابياً أو ينص على عواقب لعدم وجود الكتابة يعتبر ذلك الاشتراط قد

النهج الثاني: يُعرف هذا النهج اتفاق التحكيم بطريقة لا يرد فيها أي شرط بشأن الشكل الكتابي، بحيث يجوز الاتفاق على التحكيم بأي صورة تعبر عن مضمونه، ولا يهم بعد ذلك بأن يكون اشتراط الكتابة لازماً لانعقاد اتفاق التحكيم أو إثباته، فالأمر متروك للدول المشرعة.

ولم تعرب اللجنة عن أي تفضيل لأي من الخيارين الأول والثاني، وكلاهما معروض على الدول المشرعة، ويقصد من الخيارين كليهما المحافظة على نفاذ اتفاقيات التحكيم في إطار اتفاقية نيويورك.

وقد صادقت لجنة الأمم المتحدة في دورتها التاسعة والثلاثين في عام ٢٠٠٦ على هذا التعديل وأصدرت توصية بشأن تفسير الفقرتين (١، ٢) من المادة (٢) من اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها المبرمة في نيويورك في حزيران/يونيه ١٩٥٨–المشار إليها–، حيث جاء في قرار الجمعية العامة رقم ٣٣/٦١ المؤرخ في ٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٦:

(أن الوقت قد أصبح مناسباً تماماً في سياق تحديث مواد القانون النموذجي للترويج لتفسير وتطبيق موحدين لاتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها المبرمة في نيويورك، وتشجع التوصية الدول على أن تطبق المادة الثانية من اتفاقية نيويورك مع إدراك أن الحالات الواردة فيها ليست حصرية، وبالإضافة إلى ذلك تشجع التوصية الدول على اعتماد المادة السابعة المنقحة من القانون النموذجي للأمم المتحدة)[٥٥].

استوفى بالخطاب الالكتروني إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه ميسراً على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقاً).

(٥٥) المذكرة الإيضاحية من أمانة الاونيسترال بشأن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 بصيغته المعدلة لعام ٢٠٠٦. متاح في: www.uncitral.org

Journal Sharia and Law, Vol. 2012, No. 49 [2012], Art. 3

وعلى ذلك فإن اتفاق التحكيم بموجب قرار الجمعية العامة ووفقاً للقانون النموذجي المنقح، قد يبرم بأي شكل بما في ذلك الاتفاق الشفوي مادام مضمون الاتفاق مسجلاً ، ويترتب على هذه القاعدة الجديدة نتائج هامة حيث إنها لم تعد تشترط توقيع الطرفين أو تبادل رسائل بينهما – كما أشرنا –، بحيث أصبح الشرط الشكلي (الكتابي) شرط إثبات فحسب، وليس شرط انعقاد بموجب القانون النموذجي هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن العديد من الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم لا زالت تشترط توقيع اتفاق التحكيم؛ ولذا يتم التساؤل حول مدى صحة التوقيع الالكتروني لاتفاق التحكيم وشروطه ؟

المطلب الثاني
مفهوم التوقيع الالكتروني وشروطه
الفرع الأول
مفهوم التوقيع الالكتروني

تتعدد تعريفات التحكيم الالكتروني، وذلك بحسب الجهة التي ينظر منها إليه، سواء من حيث الوسيلة المستخدمة في إبرامه، أم من حيث الوظيفة التي يؤديها هذا التوقيع أو غير ذلك، ولسنا بصدد دراسة أحكام التوقيع الالكتروني بشكل تفصيلي؛ لأن ذلك يحتاج إلى دراسة مستقلة، ولكننا ولغايات البحث سنقوم بالتركيز على بيان الجانب الوظيفي للتوقيع الالكتروني في اتفاق التحكيم.

حيث يعرفه جانب من الفقه بأنه: (عبارة عن بيانات تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، مدرجة بشكل الكتروني أو رقمي أو ضوئي أو صوتي

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2012/iss49/3

أو أي وسيلة أخرى مستحدثة، يثبت شخصية الموقع، ويميزه عن غيره، وينسب إليه قرارا أو محررا بعينه)[٥٦].

ويعرفه جانب آخر من الفقه بأنه: (كل إشارات أو رموز أو حروف مرخص بها من الجهة المختصة باعتماد التوقيع ومرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالتصرف القانوني، تسمح بتمييز شخص صاحبها وتحديد هويته، وتتم دون غموض عن رضائه بهذا التصرف القانوني)[٥٧]. حيث يركز هذا التعريف على صورة قيام التوقيع الالكتروني بالوظائف التقليدية للتوقيع، وهو تمييز هوية الشخص والتعبير عن رضائه الارتباط بالعمل القانوني، لكنه لا يغفل إجراءات إصدار التوقيع الالكتروني وتوثيقه، والتي غالباً ما تتولاها جهة مرخص لها من الجهات المختصة بذلك.

ومن المسلم به أن لجوء الأطراف للتحكيم يعني تنازلهم عن حقهم باللجوء للقضاء الذي يعتبر صاحب الاختصاص الأصيل لفض المنازعات؛ لذا يجب التأكد من انصراف إرادة الأطراف على اتخاذ التحكيم سبيلاً لذلك، وليس من طريقة أنجع من توقيع الأطراف على اتفاق التحكيم للتأكد من سلامة إرادة الأطراف؛ لهذا نجد أن معظم القوانين نصت على ضرورة توقيع اتفاق التحكيم.

وبالرجوع للقوانين والاتفاقيات الدولية يلاحظ عدم تشدد الحديثة منها في اشتراط توقيع اتفاق التحكيم [٥٨]، بل إن القديمة منها تضيف بعد اشتراط توقيع اتفاق التحكيم ما يتضمن الاعتراف به إذا كان صادراً عن الطرفين وثابتاً صدوره عنهما، من خلال

(٥٦) د.حازم جمعة – المرجع السابق ص٢١.
(٥٧) أ.د. ثروت عبد الحميد (التوقيع الالكتروني ماهيته مخاطره وكيفية مواجهتها ومدى حجيته في الإثبات) دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٧ ص٤٨.
(٥٨) كالقانون الإنجليزي والقانون النموذجي للتحكيم.

الرسائل والبرقيات المتبادلة أو غير ذلك من الوسائل التي يلاحظ تطورها حسب حداثة القانون [٥٩]. وبالتالي لا يعتبر توقيع اتفاق التحكيم شرطاً لصحة هذا الاتفاق، بل عبارة عن شرط لإثبات صدوره عن أطراف الاتفاق.

ونتيجة لتفاوت الأنظمة القانونية في تنظيم العقود الالكترونية، وبالتالي الاعتراف بصحتها، يمكن أن يثور تساؤل عن مدى صحة احتجاج أحد أطراف اتفاق التحكيم الالكتروني أمام دولة التنفيذ التي لا تعترف بالاتفاق الالكتروني، أو الاتفاق الموقع الكترونياً ؟

ويلاحظ أن صحة اتفاق التحكيم الموقع الكترونياً لا يتوقف على قانون دولة التنفيذ، وإنما يتوقف على القانون المطبق على إجراءات التحكيم وقانون الدولة حيث صدر الحكم[٦٠]، واستناداً للمادة (١/٥) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ والتي تنص على أنه: (١- يجوز رفض طلب الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه، وذلك بناء على طلب المدعى عليه شريطة أن يقدم هذا الأخير إلى الجهة المقدم إليها ذلك الطلب إثباتاً بما يلي:

أ- أن الفرقاء في الاتفاقية المبحوث عنها في المادة الثانية كانوا فاقدي الأهلية بموجب القانون الذي تخضع إليه تلك الاتفاقية، أو

ب- (في حالة عدم وجود الدليل على ذلك) بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه قرار التحكيم).

(٥٩) راجع اتفاقية نيويورك لتنفيذ قرارات المحكمين واتفاقية جنيف للتحكيم.

(٦٠) أ.د. ثروت عبد الحميد – المرجع السابق ص٣١، و د. إبراهيم خالد ممدوح – المرجع السابق ص٢٧٨ وما بعد.

وبالتالي يلزم لصحة الاتفاق الالكتروني والتوقيع الالكتروني أن يكون هذا الاتفاق وهذا التوقيع صحيحين وفقاً للقانون المطبق على إجراءات التحكيم إذا تم الاتفاق على ذلك، أو وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم إذا لم يتم مثل هذا الاتفاق. لذلك لا بد من الحرص على اختيار قوانين تجيز مثل هذا النوع من العقود، أو اللجوء لمراكز تحكيم في دول تجيز التعاقد الالكتروني، وإن كانت جل هذه المراكز في دول رائدة في هذا المجال.

الفرع الثاني
شروط التوقيع الالكتروني

لغايات التأكد من صحة اتفاق التحكيم الالكتروني باتجاه إرادة الأطراف باللجوء لهذا النوع من التحكيم، يلزم ابتداءً تحديد الشروط الواجب توافرها في التوقيع الالكتروني حتى يتم الاعتداد به في الإثبات.

ولم تغفل لجنة الأمم المتحدة الخاصة بالقانون التجاري الدولي عن أهمية تحديد الشروط اللازمة في التوقيع الالكتروني، فقد نص القانون النموذجي الصادر عن هذه اللجنة والذي أقرته اللجنة العامة للأمم المتحدة في ديسمبر لعام ١٩٩٦ في المادة (٧) منه على هذه الشروط لتحديد معنى مصطلح التوقيع حيث نصت على أنه: (عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفى في ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا:

أ- استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات، أو

Journal Sharia and Law, Vol. 2012, No. 49 [2012], Art. 3

ب- إذا كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظروف بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر).

وقد سار على ذات النهج قانون الاونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لعام ٢٠٠١ وذلك في المادة (٦) منه(٦١)، حيث كرر نفس الشروط الواردة في القانون الخاص بالتجارة الالكترونية(٦٢)، هذا بالإضافة إلى نصه في المادة (٦/٣) منه على الشروط الواجب توافرها بالتوقيع الالكتروني من أجل اعتباره موثقاً وصالحاً للوفاء بمتطلب التوقيع، وجاءت المادة (٧) منه لتتحدث عن صلاحية الجهة التي تعينها الدولة المشترعة لتحديد التواقيع التي تفي بمتطلبات المادة (٦) مع مراعاة المعايير الدولية والقانون الخاص في تلك الدولة.

كما سار قانون المعاملات الالكترونية الأردني لعام ٢٠٠١ على خطى القانون النموذجي، حيث تضمنت المادة (٣١) منه الشروط الواجب توافرها في التوقيع الالكتروني حتى يكتسب الحجية في الإثبات، وقد جاء نصها كما يأتي: (إذا تبين نتيجة تطبيق إجراءات التوثيق المستخدمة أنها معتمدة أو مقبولة تجارياً أو متفق عليها بين الأطراف فيعتبر التوقيع الالكتروني موثقاً إذا اتصف بالآتي:

١. متميز بشكل فريد بارتباطه بالشخص صاحب العلاقة.
٢. كان كافياً للتعريف بشخص صاحبه.

(٦١) راجع قانون الاونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لعام ٢٠٠١ متاح في: www.uncitral.org.

(٦٢) راجع نص المادة (٢/١٠) من اتفاقية الأمم المتحدة للخطابات الالكترونية لعام ٢٠٠٥ وانظر الوثيقة رقم ٦٠/٢١ من وثائق الأمم المتحدة متاح في: www.uncitral.org

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2012/iss49/3 38

٣. تم إنشاؤه بوسائل خاصة بالشخص وتحت سيطرته.
٤. ارتبط بالسجل الذي يتعلق به بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على القيد بعد توقيعه دون إحداث تغير في التوقيع).

وكذلك القانون الخاص بالتوقيع الالكتروني المصري رقم ١٥ لعام ٢٠٠٤ حيث نصت المادة (١٨) منه على أنه: (يتمتع التوقيع الالكتروني والكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية:
١. ارتباط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده دون غيره على الوسيط الالكتروني.
٢. سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الالكتروني.
٣. إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الالكتروني أو التوقيع الالكتروني).

ويلاحظ أنه مهما تفاوتت مواقف الأنظمة القانونية من الكتابة أو التوقيع بالشكل الالكتروني، فإن الحديثة منها والقديمة على حد سواء تشترط أن يتم استخراجها على ورق مكتوب، وذلك عندما يتم تقديم طلب تأكيد الحكم والمصادقة عليه وتنفيذه، إذ إن المحاكم لا تتعامل بالوثائق الالكترونية وإن كانت تعترف بها، وبالتالي يجب أن يكون اتفاق التحكيم قابلاً للاستخراج على ورق حتى يكون قابلاً للتنفيذ، ويرتب آثاره القانونية [٦٣].

(٦٣) د. معتصم سويلم – المرجع السابق ص٢٤ وما بعد، ود. طاهر مؤمن – المرجع السابق ص٧٠.

النتائج والتوصيات

١– توصلنا إلى أن قانون التحكيم الأردني ينسجم مع القانون النموذجي للتحكيم (الاونيسترال) ويستمد منه أغلب أحكامه، وينسجم أيضا مع اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، وكذلك مع القانون المقارن في كل من انجلترا ومصر، والتي تتطلب الكتابة لإبرام اتفاق التحكيم، وأن طبيعة هذا الشرط الشكلي أنه شرط انعقاد وليس شرط إثبات، بحيث لا يجوز إثباته بغير الكتابة، وأن تخلفه يؤدي لبطلان اتفاق التحكيم. وأن القضاء الأردني والمقارن يسير في ذات الاتجاه.

٢– كما رأينا أن التشريعات الحديثة في التحكيم والاتفاقيات والمعاهدات الدولية في غالبيتها تميل إلى المرونة في اقتضاء شرط الكتابة انسجاماً مع تنامي دور وسائل الاتصالات والتقنية الحديثة وتوظيفها في التعاقد، وقد أصبحت تعترف بالمحررات الالكترونية بشكل واضح وصريح ، بحيث يتحقق شرط الكتابة بأي وسيلة من وسائل الاتصالات الحديثة، والتي تعد بمثابة سجل للاتفاق، وبالتالي فقد أصبحت الكتابة الالكترونية موازية للكتابة التقليدية في موضوع شرط كتابة اتفاق التحكيم، ومن هذه القوانين: القانون النموذجي للتحكيم (الاونيسترال) وقانون التحكيم الأردني والمصري والإنجليزي. ولتأكيد ذلك فقد صدر قانون المعاملات الالكترونية والتوقيع الالكتروني الأردني وكذلك المصري والإنجليزي واتفاقية الأمم المتحدة بشأن التجارة الالكترونية والخطابات الالكترونية.

في حين وجدنا أن بعض القوانين والاتفاقيات الدولية لم تأخذ بعين الاعتبار تنامي توظيف التكنولوجيا الحديثة في عمليات التعاقد الالكتروني نظراً لصدورها قبل نشوء

هذا النوع من التكنولوجيا أصلاً ومنها: اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين واتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي.

٣- كما توصلنا إلى أن أحدث التعديلات التي أدخلت على نص المادة (٧) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الاونيسترال) قد تضمنت توصية صادرة عن لجنة الأمم المتحدة في عام ٢٠٠٦، وتتعلق بتفسير نص المادة (٢) من اتفاقية نيويورك لكي تصبح مستوفية بشرط الشكل الكتابي لتتوافق أكثر مع التعاقدات الالكترونية، وذلك تجنباً للاعتراض على اختصاصات هيئة التحكيم في منازعات التجارة الدولية، وقد اعتمدت اللجنة في سبيل ذلك نهجين مختلفين: الأول يتبع النهج التقليدي لكتابة اتفاق التحكيم الوارد في النص الأصلي للقانون النموذجي للتحكيم الصادر عام ١٩٨٥، ولكنه يتوسع في مفهوم هذا الشرط ويعترف بأي سجل لمحتوى الاتفاق، ويجيز إبرام اتفاق التحكيم بأي شكل سواء بالكتابة العادية أو الالكترونية، كما يجيز الاتفاق الشفوي بإحالة النزاع على التحكيم مادام مضمون الاتفاق مسجلاً. أما النهج الثاني فهو لا يتطلب الشكل الكتابي أساساً لإبرام اتفاق التحكيم، ويجيز الاتفاق على التحكيم بأي صورة تعبر عن مضمونه.

وتُعد هذه القاعدة الجديدة على درجة بالغة من الأهمية؛ لأنها تقلب المفاهيم الأساسية لهذا الشرط الشكلي رأساً على عقب فيما يتصل بطبيعته، بحيث أصبح هذا الشرط الكتابي لازماً للإثبات وليس للانعقاد، ويترتب على ذلك عدم ترتيب البطلان على تخلف شرط الكتابة بالمفهوم الشكلي الوارد بالقانون، وجواز إثبات وجوده بكافة طرق الإثبات، ومنها: الإقرار، وشهادة الشهود، واليمين عند قيام النزاع حول

Journal Sharia and Law, Vol. 2012, No. 49 [2012], Art. 3

وجود الاتفاق على التحكيم، وتطبيق القواعد العامة الواردة في قانون البينات المتعلقة بالمسائل التجارية بهذا الصدد.

وعلى ضوء ذلك نرى ضرورة قيام المشرع الأردني بتعديل نص المادة (١٠) من قانون التحكيم الأردني الصادر في عام ٢٠٠١، بحيث لا يترتب البطلان على تخلف شرط الكتابة بالمفهوم الشكلي الوارد بالقانون، طالما أن هناك اتفاقاً بين أطراف النزاع على التحكيم يعبر عن مضمونه بأي وسيلة كانت – سواء كانت محررات عادية أو محررات الكترونية أو غيرها من الوسائل – لأن العبرة بجوهر الاتفاق على التحكيم وليس بشكل صياغة الاتفاق. ونعتقد أن البطلان يجب أن يترتب على عدم وجود اتفاق التحكيم في ذاته، أما الشكل فهو لازم للإثبات بكافة الطرق وليس للانعقاد. وذلك من أجل مسايرة التطور الحاصل على المعاملات التجارية الدولية وما تستلزمه من مرونة وسرعة، هذا بالإضافة إلى تحقيق المعايير الدولية بشأن اتفاق التحكيم.

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2012/iss49/3

المصادر والمراجع

أولاً : باللغة العربية:

١. د.إبراهيم خالد ممدوح (التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية) الطبعة الأولى- الإسكندرية – دار الفكر الجامعي ٢٠٠٨.
٢. أ.د.أحمد أبو الوفا (التحكيم الاختياري والإجباري) منشأة المعارف الطبعة الخامسة بدون سنة نشر.
٣. أ.د. أحمد خليل (قواعد التحكيم) منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٣.
٤. أ.د.أحمد عبد الكريم سلامة (مفهوم وتعريف التحكيم مؤسسات التحكيم) إصدار مركز تحكيم عين شمس ٢٠٠٨.
٥. أ.د. السيد عيد نايل (انعقاد اتفاق التحكيم وشروط صحته) مركز تحكيم عين شمس ٢٠٠٨.
٦. أ.د.أكثم الخولي (اتفاق التحكيم) مركز تحكيم عين شمس ٢٠٠٨.
٧. أ.د. ثروت عبد الحميد (التوقيع الالكتروني ماهيته مخاطره وكيفية مواجهته ومدى حجيته في الإثبات) دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٧.
٨. د.حازم جمعة (اتفاق التحكيم الالكتروني وطرق الإثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة) متاح في: .www.arablawinfo.com -
٩. أ.د. حفيظة السيد الحداد (الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم) دار الفكر الجامعي بدون سنة نشر.
١٠. د. حمزة حداد ١- (التحكيم في القوانين العربية) منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٧.

١١. بحث بعنوان (كتابة اتفاق التحكيم وتفسيره في القوانين العربية) مركز دبي للتحكيم التجاري ٢٠٠٣.
١٢. أ.رجاء نظام حافظ (الإطار القانوني للتحكيم الالكتروني) رسالة ماجستير غير منشورة جامعة النجاح ٢٠٠٨.
١٣. أ.د. سامية راشد (اتفاق التحكيم) بدون ناشر وسنة نشر.
١٤. أ.د. علي سيد قاسم (نسبية اتفاق التحكيم) دار النهضة العربية ٢٠٠٠.
١٥. د. عمر فارس (التحكيم في عقود التجارة الالكترونية) بحث مقدم للمركز السوري للتحكيم – جامعة حلب ٢٠١٠. متاح في:
١٦. www.google.com.
١٧. د. عمر مشهور حديثة الجازي (اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني) مقال منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي ٢٠٠٣ العدد الثاني والعشرين.
١٨. د. طاهر شوقي مؤمن (عقد البيع الالكتروني) دار النهضة العربية ٢٠٠٧.
١٩. أ.د. فتحي والي (قانون التحكيم في النظرية والتطبيق) منشأة المعارف ٢٠٠٨.
٢٠. د.محمد أمين الرومي (النظام القانوني للتحكيم الالكتروني) دار الفكر الجامعي ٢٠٠٦.
٢١. د. محمود السيد التحيوي (طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به) المكتب العربي الحديث الإسكندرية ٢٠٠٧.

٢٢. أ.د. محمود مختار بريري (التحكيم التجاري الدولي) دار النهضة العربية الطبعة الثانية ١٩٩٩.

٢٣. د. معتصم سويلم نصر (مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الالكتروني) بدون ناشر ٢٠٠٨ ص ١٨ متاح في: www.arablawinfo.com

٢٤. د. مفلح عواد القضاة (البينات في المواد المدنية والتجارية) بدون ناشر ١٩٩٠.

موسوعة أحكام القضاء:

١. المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة التمييز الأردنية – إصدار نقابة المحامين الأردنيين الأجزاء من الخامس وحتى التاسع.

٢. مجلة نقابة المحامين الأردنيين.

ثانياً : باللغة الإنجليزية:

1- Armagan E. YUKSEL (Online International Arbitration) 2007. www.auhf.ankara.edu.tr/journal.

2- Convention on The Recognition and Enforcement of foreign Arbitration Award – The (New York) Convention 1958. www.uncitral.org.

3- Geneva Protocol, 1961.

4- Graham Ross (Challenges and Opportunities in Implementing ODR, Proceedings of the uses forum on ODR,) 2003. - www.odr.info/unece2003/pdf/ross.pdf.

5- International Commercial Arbitration & Conciliation - Uncitral Arbitration Roules 1985. www.uncitral.org.

6- Rafael Morek: (Arbitration: Admissibility within the current legal framework) 2008.

www.oder.info/greetings.dos.
7- Joseph W. Goodman (The pros ads cuss of slice dispute resolutions: as assessment of cyber – mediation ties websites): www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/2003.
8- Julia Hornle (Online Dispute Resolution and its application to Commercial Arbitration) 2005. www.bilet.ac.uk.
9- Li Hue (Online Arbitration in China - As overview ASD perspective) 2004. www.ordr.inf/unforum.
10- www.britishcouncel.org.jo.