التحكيم التجاري الدولي الالكتروني والقانون الواجب التطبيق (عقود الاستثمار أنموذجا)

م.م. مهند حمد أحمد الجبوري

نبذة عن الباحث : تدريسية في كلية القانون / جامعة كركوك.

م.م. هلو محمد صالح عبد الصمد

نبذة عن الباحث : تدريسية في كلية القانون / جامعة كركوك.

Electronic International Commercial Arbitration and the Applicable Law (Contracts of Investment)

Abstract

Electronic arbitration is crucial to settle e-commerce disputes; however, the rules of the Iraqi law are inconsistent with e-transactions requirements. As for the law applied to the disputed matter, the traditional rules seem to be applicable to e-arbitration nonetheless there is an obstacle to verify parties' mutual habitat-place. In contrast, with regards to the law applied to formality, Article 26 of the Civil Code is in sufficient to rule the situation. Eventually, as for the law applied to procedures, the rule of place of arbitration is difficult to apply because both parties and arbitrators are likely to be located in different countries. Several theories have been suggested to solve the issue, we have suggested that the place of arbitration may be determined by the arbitrators themselves because it is easy for them to agree about, unlike the parties who are basically disputed

التحكيم التجاري الدولي الالكتروني والقانون الواجب التطبيق (عقود الاستثمار أنموذجا)

* م.م. مهند حمد أحمد الجبوري * م.م. هلو محمد صالح عبد الصمد

ملخص

التحكيم الالكتروني له دور أساسي في تسوية منازعات التجارة الالكترونية وان احكام القانون العراقي لا تتفق مع طبيعة المعاملات الالكترونية ومتطلبات التطور الحاصل فيه. بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فان القواعد التقليدية في هذا التنازع يمكن تطبيقها على التحكيم الالكتروني وان كنا نواجه إشكالية في معرفة الموطن المشترك للمتعاقدين على وجه التأكيد. بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الشكل فان القواعد التقليدية وهي المادة (٢٦) من قانوننا المدني والتي تطبق قانون محل الابرام غير وافية لحكم هذا التنازع في التحكيم الالكتروني. وأخيرا بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات فان قاعدة قانون مكان التحكيم صعبة التحديد في التحكيم الالكتروني لكون الأطراف والمحكمين غالبا ما يكونون في دول مختلفة وقد قيل انه عدة نظريات وقد سقنا من جانبنا نظرية لتحديد مكان التحكيم وهو الذي يختاره المحكمون على اعتبار إمكانية اتفاقهم عليه بعكس الأطراف الذين يصعب اتفاقهم عليه غالبا.

المقدمة

بعد شيوع استخدام تقنيات المعلومات في إنجاز الأعمال الإلكترونية وإبرام العقود وتنفيذها عبر شبكة الإنترنت، اتجه التفكير إلى استخدام هذه التقنيات لتسوية ما قد ينشأ عن هذه الأعمال من منازعات، دون حاجة لتواجد أطراف هذه المنازعة في مكان واحد. وهذا الوضع الجديد يقتضي تطوير نظام قانوني ملائم وموازي يحكم هذه العملية. ومع أن التحكيم التقليدي المتعارف عليه دولياً في حل منازعات التجارة الدولية سريع وغير مكلف مادياً بالنسبة للأطراف، إلا أن هذا التحكيم يبقى بالنسبة لمعاملات التجارة الإلكترونية بطيئا ومكلفاً، وذلك بسبب ضآلة المبالغ المادية أو التعويض المطالب به في غالب الأحيان. وما قد يؤدي ذلك البطء والتكاليف من تقاعس التجار والمستهلكين عن المطالبة بحقوقهم، إضافة إلى ما يتطلبه من تبادل مادي للبيانات والطلبات والدفوع من الأطراف والاستماع المباشر للشهود وغير ذلك من الأمور. وبناءً على هذا فقد اخذ نظام التحكيم الالكتروني ينمو ويتسع في الوقت الحاضر بالذات وخاصة في النظام القانوني الغربي بحيث أصبحت له مراكز وهيئات ومحاكم خاصة مثل محكمة التحكيم الدائمة وجمعية المحكمين الأمريكية ومحكمة التحكيم الالكترونية كما ازدادت أهميته في التشريعات العربية كذلك.

وبالرغم من كل هذه المزايا يبقى التحكيم ذلك الطريق الاستثنائي لفض المنازعات وعليه فانه لا يخلو من المخاطر التي يمكن أن تحيط به والتي منها إمكانية العدول مقدماً عن وسائل الطعن بالقرار ألتحكيمي ومن هنا كانت إحاطة التحكيم بضمانات عديدة تضمن سلامة إجراءاته ونزاهة وعدالة أحكامه أمر ضروري حتى يحقق هذا الطريق الاستثنائي العدالة التي ينشدها القضاء العادي ويضمنها. ونظراً لطبيعة منازعات العقود الالكترونية وما تتطلبه من سرعة فقد دعت الحاجة إلى ضرورة البحث عن قواعد

تحكم القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من التحكيم وبناءً على ذلك فقد ارتأينا في دراسة قانونية متواضعة تتناول التحكيم الالكتروني والقانون الواجب التطبيق عليه من خلال تقسيم الموضوع إلى المباحث الثلاثة الآتية:

المبحث الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي الالكتروني.

المبحث الثاني: أركان التحكيم الالكتروني وشروطه.

المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي الالكتروني.

وأخيرا اختتمنا بحثنا بخاتمة تتضمن أهم النتائج والمقترحات.

المبحث الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي الالكتروني

يعد مفهوم التحكيم الالكتروني مفهوما حديثا ظهر نتيجة التطور العلمي الهائل في مجالات تقنية المعلومات ووسائل الاتصال المتطورة[1]، وظهرت بدايته بصورة واضحة في عدة مشاريع الكترونية منها شبكة القضاة الالكترونية الذي أسست عام ١٩٩٤ التي تتضمن أكثر من أربعين قاضياً بهدف مكافحة القرصنة وجرائم التشهير وانتهاكات حقوق المؤلف[2]. وفي عام ١٩٩٦ انطلق مشروع محكمة التحكيم الافتراضية التي نشأت في كلية الحقوق في جامعة مونتريال بكندا[3]. وبعدها بدأت المؤسسات والمنظمات الدولية تتبع التحكيم الالكتروني لفض المنازعات التجارية علماً أن بعضهما عريق وذو تاريخ طويل في مجال تسوية المنازعات التجارية مثل غرفة التجارة الدولية والمنظمة العالمية لحقوق الملكية الفكرية ونقابة التحكيم الأمريكية، وبهذا فإن التحكيم الالكتروني أصبح حقيقة واقعة في العالم الذي يرغب في العمل الجاد لتطويع وإخضاع التقنيات الحديثة للاستخدام العملي بما يتلاءم والحاجة الفعلية لها[4].

المطلب الأول: تعريف التحكيم التجاري الدولي الالكتروني[5]

إن التحكيم الالكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا من خلال الطريقة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي[6]. فالتحكيم بصورة عامة قد عرفه مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لسنة ٢٠١١ وذلك في المادة الأولى فقرة (١) منه بقوله (أسلوب يختاره أطراف النزاع لحله من محكم أو أكثر بدلاً من اللجوء للقضاء) في حين ان المشرع الأردني في قانون التحكيم لم يحدد تعريفا واضحا للتحكيم وحسنا فعل ، ذلك أن التعريف من مهمة الفقه والقضاء ، لكنه بين شروط صحة التحكيم في المادتين التاسعة والعاشرة منه [7] .

كما عرفت نفس المادة من المشروع العراقي المذكور التحكيم التجاري الدولي بقولها (يكون التحكيم التجاري دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية) ثم عددت التي الحالات التي يعتبر فيها النزاع متعلقا بالتجارة الدولية[8]. أما التحكيم الالكتروني فتتعدد تسمياته رغم اتفاقها بالمضمون فقد يطلق عليه التحكيم الشبكي أو التحكيم على الخط ويمكن تعريفه بأنه التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية بطريقة سمعية بصرية دون الحاجة إلى الحضور المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين [9]. ومن التعريف يتضح أن التحكيم الالكتروني يتميز عن غيره

باستخدام وسائل الاتصال الحديثة والتي تمثلت بشبكة الانترنيت حيث أدى استخدام هذه الشبكة بشكل واسع في مجال المعاملات القانونية ولاسيما التجارية منها إلى خلق نوع جديد من المعاملات الالكترونية أو ما يسمى بالتجارة الالكترونية. لذا ظهر التحكيم الالكتروني صورة جديدة مطورة من التحكيم التقليدي ومتلائمة مع خصوصية التعامل الالكتروني وخاصة من الناحية الدولية والمنازعات التي تنتج عنه[10].

هذا ولا يفوتنا في هذا الصدد ان مفهوم اتفاق التحكيم يشمل الصورتين التقليديتين المعروفتين وهما:

١- مشارطة التحكيم: وهو الاتفاق الذي يبرمه الأطراف منفصلا ومستقلا عن العقد الأصلي بينهما والذي يقضي الأول باللجوء الى التحكيم في صدد نزاع قائم بينهما.

٢- شرط التحكيم: وهو الاتفاق الذي يرد ضمن بنود العقد والقاضي بإحالة نزاع مستقبلي او أي نزاع قد ينشأ عن هذا العقد الى هيئة تحكيم او محكم.

إلا انه وفي إطار مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لسنة ٢٠١١[11] وقانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ لا نجد لهذه التفرقة أي صدى، ويأتي هذا التوجه منسجما ومتناسقا مع التوجه الدولي في هذا الخصوص في اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام ١٩٥٨[12]. مع التأكيد على الفارق الأساسي بينهما المبين آنفا.

ولما كانت الوسيلة الالكترونية هي الطابع المميزة للتحكيم الالكتروني عن غيره. فهل يشترط إتمام عملية التحكيم كاملةً عبر هذه الوسيلة ام يكفي استخدام وسائل الاتصال الحديثة في مرحلة من مراحله لاعتباره الكترونياً. أختلف الفقه القانوني بهذا الخصوص وانقسم إلى فريقين الأول ذهب الى اعتبار التحكيم الكترونياً ولو استخدمت في مرحلة من مراحله وسائل الاتصال الحديثة في حين تمت مراحله الأخرى بالطرق التقليدية أما الفريق الثاني فقد ذهب الى ان التحكيم لا يكون الكترونياً الا إذا تم بأكمله عبر الوسيلة الالكترونية حيث يبدأ التحكيم الالكتروني بعقد الكتروني ويمر بإجراءات تحكيمية الكترونية لا تحتاج لحضور مادي من قبل الأطراف المتنازعة او المحكمين وينتهي بإصدار حكم الكتروني فيه [13] . والذي يبدو ان الرأي الأخير اقرب الى الصواب من الرأي الأول لأن التحكيم الالكتروني وسيلة تحكيمية دخلت فيها الوسائل التقنية كبديل لاجتماع المحكمين وأطراف النزاع في مكان واحد بحيث يتم تداول كل موضوع النزاع من خلال تلك الوسائل الالكترونية مثل (الفاكس والبريد الالكتروني او المواقع الالكترونية) ثم يرسل الحكم القضائي الالكتروني لكل من اطراف النزاع عن طريق تلك الوسائل أيضاً[14] .

ومن وجهة نظرنا المتواضعة نرى بأنه وان كان لا يمكن القول ان استخدام الوسائل الالكترونية في بعض مراحل التحكيم يجعله الكترونياً بحيث لا يخلو تحكيم من

استعمال وسائل الاتصال الحديثة في أي مرحلة من مراحله. كأن يتم تبليغ الطرف الاخر عبر البريد الالكتروني او إرسال بعض المستندات عبر البريد الالكتروني او الفاكس فمثل هذه التقنيات الحديثة لا يمكن الاستغناء عنها وان ما يؤكد ذلك ان مراكز التحكيم الدولية تعمل عبر شبكة الانترنيت من خلال مواقعها الالكترونية دون ان يوصف ما تقوم به من تحكيم الكترونياً اليوم بل تطبق قواعد التحكيم التقليدي. الا انه لا يمكن نفي الوصف الالكتروني عن تحكيم تمت اغلب مراحله بصورة الكترونية باستثناء إجراء او اجرائان قد تما بصورة مادية خاصة اذا كانت الإجراءات المهمة في التحكيم قد تمت بصورة الكترونية كصدور الحكم والتبليغ والمداولة وغيرها.

المطلب الثاني: مزايا التحكيم الالكتروني ومخاطره

يتمتع كل نظام قانوني بجملة من المزايا والخصائص التي ينفرد بها عن غيره من الأنظمة القانونية الأخرى، والتحكيم الالكتروني كغيره من الانظمة يتميز بعدة مزايا وبنفس الوقت تحفة الكثير من المخاطر التي يجب تجنبها قدر الإمكان لتلافي مساوئ ذلك التحكيم . لذا سنتطرق الى مزايا التحكيم الالكتروني اولاً ثم الى مخاطره ثانياً .

الفرع الاول: مزايا التحكيم الالكتروني

أولا: السرعة في فض المنازعات: أهم ميزة للتحكيم الإلكتروني هو السرعة في الفصل بالنزاع، وهذه الميزة تفوق كثيراً ما يجري به تداول هذه المنازعات في أروقة المحاكم الوطنية من بطء وتكدس للقضايا خاصة مع إزدياد عقود التجارة الإلكترونية[15]، حتى أن هذا التحكيم يفوق كثيراً سرعة الفصل في المنازعات المعروضة عليه مقارنة باللجوء للتحكيم التجاري العادي الذي يحتاج مدة أطول بكثير مما يتطلبه هذا التحكيم، وسبب ذلك هو الحضور المادي للأطراف ولهيئة التحكيم وتبادل المرافعات والبيانات بين أطراف الدعوى[16].

ثانيا: قلة مصاريف ونفقات التقاضي: يؤدي استخدام التقنيات الحديثة في اجراءات التحكيم الالكتروني الى التقليل من نفقات التحكيم كما يؤدي الى السرعة بالفصل بالمنازعات فإجراءات التحكيم تتم عبر الانترنيت ولا تتطلب انتقال أطراف النزاع الى مكان انعقاد جلسات التحكيم ولا تستلزم الحضور المادي للأطراف وللخبراء وللشهود وهذا ما يقلل من نفقات السفر والانتقال[17]. كذلك المحكم الذي يتولى الفصل بالنزاع في التحكيم الالكتروني شخص تتوافر فيه الخبرة الفنية والعملية في منازعات التجارة الالكترونية[18] وهذا ما يقلل من النفقات اللازمة للاستعانة بالخبراء المختصين في موضوع النزاع [19].

ثالثا: الرغبة في عرض النزاع على أشخاص مختصين من ذوي الدراية والخبرة القانونية والفنية في مجال التجارة الالكترونية [20]: اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني (التحكيم بواسطة الإنترنت) يجنب أطراف العقد عدم مسايرة القانون والقضاء للعقود الإلكترونية سواءً قانونياً أو قضائياً . حيث أنه يجنبهم عدم الإعتراف القانوني بهذه العقود وهذا الأمر ليس بالأمر اليسير وفقاً للقضاء العادي عند إحالة النزاع إليه، كما

يسهل عرض النزاع على اشخاص ذوي خبرة في مجال التحكيم القانوني والتجارة الالكترونية[21].

الفرع الثاني: مخاطر التحكيم الالكتروني

بالرغم من المزايا التي يتمتع بها التحكيم الالكتروني والتي تعود للوسيلة الالكترونية التي يتم فيها التحكيم الا أنه بالوقت نفسه لا يخلو من المخاطر والعيوب التي يمكن ان يعاب بها واهم مخاطر التحكيم الالكتروني يمكن أجمالها بالاتي:

أولا: صعوبة تحديد مكان التحكيم: وهي مسألة هامة والذي يترتب عليه آثار كثيرة ومهمة ، فما هو المكان الذي يعتبر أنه مكان التحكيم ، هل هو مكان المحكم الفرد أم مكان المورد ، أو المستخدم في عقود خدمات المعلومات الإلكترونية ، هذا إذا كان المحكم فرداً ، أم مكان إبرام العقد أو تنفيذه . هذه المسائل خطيرة وترتب آثاراً مهمة بالنسبة لإعتبارات التنفيذ والإعتراف بالحكم التحكيمي الإلكتروني ، هذه المسائل وغيرها بحاجة إلى دراسات شاملة لكل جزئية من هذه المسائل ، وتتطلب تدخلاً تشريعياً من جانب الدولة إضافة إلى الإتفاقيات الدولية[22].

وقد كان للجنة (اليونسترال) دورّ واضح ومهم في إصدارها لإتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بإستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية ، والتي نصت في المادة (٢٠) على " تنطبق أحكام هذه الإتفاقية على إستخدام الخطابات الإلكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد أو إتفاق تسري عليه أي من الإتفاقيات الدولية التالية ، التي تكون الدولة المتعاقدة في هذه الإتفاقية ، أو قد تصبح دولة متعاقدة فيها)[23]، وبذلك فأن هذه الإتفاقية أعطت – عند شمولها لإتفاقية نيويورك (١٩٥٨) – الكتابة الإلكترونية ميزة الكتابة العادية ، وهذا ما هو موجود في نص المادة (٢/٢) من إتفاقية نيويورك ، والمادة (٥/١/أ) منها ايضا التي يجرى من خلالها تقدير صحة إتفاق التحكيم[24]. هذا بالنسبة للدول الخاضعة لإتفاقية نيويورك أما بالنسبة للدول غير الخاضعة ، أو بالنسبة للتحكيم الإلكتروني الداخلي فإن هذا الأمر يحتاج إلى تدخل تشريعي.

ثانيا: عدم ضمان سرية التحكيم:

من مساوئ التحكيم الالكتروني هو امكانية اختراق سرية عملية التحكيم من قبل قراصنة شبكة الانترنيت مما يهدد سرية العملية التحكيمية برمتها. فالحفاظ على سرية النزاع والفصل فيه يعد من الدوافع الاساسية للجوء الى التحكيم دون القضاء لان التجار والشركات التجارية تسعى للمحافظة على ما يخصهم من معلومات سرية وأسرار تجارية لمنع كشفها من قبل الشركات التجارية المنافسة. فإذا كان المحافظة على السرية يتحقق بالتحكيم العادي على اعتبار ان جلساته تقتصر على الخصوم فقط خلافاً للقضاء الذي تكون جلساته علنية دائماً الا في بعض الحالات الاستثنائية[25]. فأن ضمان هذه السرية لا يتحقق دائماً بالتحكيم الالكتروني لان اجراءات هذا التحكيم تتم عبر شبكة الانترنيت بحيث يكون لكل خصم كود خاص (رقم سري)، يمكنه من الدخول الى الموقع الخاص بالدعوى التي يجري التحكيم فيها. فيلتقي بالمحكم أو بالخصم الاخر ويتمكن من الحصول على الوثائق والمستندات المتعلقة بالنزاع.

إلا أن حصول أطراف النزاع على الأرقام السرية يتطلب تدخل اشخاص فنيين لا علاقة لهم بالنزاع لتسهيل حصولهم على الارقام السرية وهذا يعني ان معرفة الأرقام السرية لم تعد مقصورة على الخصوم وحدهم وهو ما قد يهدد سرية اجراءات التحكيم [26]. هذا ويمكن التقليل من خطورة عدم السرية واختراق المعلومات من خلال اتباع اجراءات تشفير البيانات المتعلقة بالتحكيم وتزويد المواقع الالكترونية التي تضم هذه البيانات ببرامج تحصنها من الاختراق والتجسس [27].

ثالثا: عدم تطبيق المحكم للقواعد الآمرة:

يخشى الأطراف وخاصة الطرف الضعيف في العقد من اللجوء إلى التحكيم بصفة عامة ، والتحكيم الإلكتروني بصفة خاصة ، وذلك بسبب الخشية من عدم تطبيق القواعد الآمرة والحمائية المنصوص عليها في القانون الوطني له ، خاصةً إذا كان هذا الطرف مستهلكاً مما يترتب عليه بطلان حكم التحكيم وعدم إمكانية تطبيقه وتنفيذه على أرض الواقع . وكذلك عند إختيار القانون الواجب التطبيق غير قانون المستهلك الوطني ليحكم النزاع ، فإن المحكم لن يطبق هذه القواعد الحمائية المنصوص عليها في قانون المستهلك الوطني لأنه لا يطبق إلا القانون المختار ، وذلك لأنه ليس قاضياً فلا يلتزم بتطبيق القواعد الآمرة ، حتى في الدولة التي بوجد فيها مقر محكمة التحكيم[28] .

المطلب الثالث: التحكيم التجاري الدولي الالكتروني في القانون العراقي

لا توجد إشارة الى التحكيم التجاري الدولي في قانون المرافعات العراقي ومن باب اولى فلا توجد اشارة الى التحكيم التجاري الدولي الالكتروني والذي عني فقط بأحكام التحكيم الداخلي في كثير من المنازعات وعلى الأخص التجارية، كما يلجأ إليه الكثير من المؤسسات والشركات للاستغناء به عن المحاكم القضائية. ويقضي قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بأنه يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشا عن تنفيذ عقد معين واذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى امام القضاء الا بعد استنفاذ طريق التحكيم[29]. في حين أن نصوصاً أخرى تبنت إمكانية اللجوء الى هذا التحكيم كما يفهم من المطالب الاتية:

الفرع الأول: أساس التحكيم التجاري الدولي في القانون العراقي

ونميز هاهنا بين القواعد العامة للقانون من جهة والقانون الخاص من جهة ثانية والقانون الدولي ألاتفاقي من جهة ثالثة فيما يأتي:

اولاً :قانون المرافعات المدنية: لم يتناول قانون المرافعات المدنية لسنة ١٩٦٩ احكام التحكيم التجاري الدولي مما يجعل هذا التحكيم مسكوتاً عنه وغير منهي عنه، وذلك لأن القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١[30] يجيز تنفيذ الاحكام الصادرة عن محاكم أجنبية بموجب قانون صادر في هذا الشأن والمقصود به هنا قانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨.

ثانياً : قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ : ويقضي في م (٢٧) منه بأنه (يجوز لاطراف النزاع الخاضعين لاحكام هذا القانون الاتفاق عند التعاقد على الية حل النزاع بما فيها

الالتجاء الى التحكيم وفقاً للقانون العراقي او اية جهة اخرى معترف بها دولياً)[31] .وبهذا النص يخرج النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي من العموم الى الخصوص وفيما يتعلق بنزاعات الاستثمار. حيث يمكن النص في عقد الاستثمار على اللجوء الى هذا التحكيم الاجباري بموجب شرط التحكيم الذي تخضع له الجهات الحكومية الطرف في عقد الاستثمار ،ويقوم اختصاص محكمة التحكيم عليه. وهكذا يحيل التشريع الى سلطان الارادة في تأسيس التحكيم التجاري الدولي وتنظيمه جنباً الى جنب مع القضاء[32]. ان حماية الاستثمار تتم بناء على التزام ببذل عناية لا على التزام بتحقيق غاية. ولذا فان الدول المضيفة غير مسؤولة عن الاضرار التجارية التي تتعرض لها الاستثمارات الاجنبية وتلك الناجمة عن اخطاء المستثمرين وعدم احترامهم لالتزاماتهم التعاقدية، مما ينبغي صياغة الاستثمار في ضوء ذلك. كما ينبغي التمييز بين المصادرة وهي اجراء قانوني ضد المخالفات التي يرتكبها المستثمرين الاجانب وخاصة في مجال استخدام الرشوة والفساد وبين نزع الملكية للمنفعة العامة وبين التأميم. حيث يمكن النص على عدم اللجوء الي التأميم مع احتفاظ الدول المضيفة بحقها باللجوء الي نزع الملكية للمنفعة العامة مع تعويض عادل وسريع ودون تمييز. اما المصادرة فتتم بناء على حكم قضائي بات ولا علاقة لها بنزع الملكية للمنفعة العامة وليس فيها تعويض. كما ينبغي تحاشي تطبيق قواعد التجارة الدولية لان هذه القواعد تتعلق بالبيوع الدولية ولا علاقة لها بنزاعات الاستثمار. ولهذا السبب هذا فان محكمة التحكيم ستلجأ في تحديد المبادئ العامة للقانون الى القانون الوطني لغير بلد الاستثمار والذي ستختاره المحكمة بدعوى انه يشكل قانونا عابرا الحدود باعتباره قانونا دوليا للعقود. وهذا مجرد افتراض لا حقيقة له كما يفهم من قرارات تحكيم ضد ابو ظبي في ١٩٥١ وتحكيم ضد قطر ١٩٣٣ والارامكو في ١٩٥٨ وضد سافير في ١٩٦٣ وتكساكو كالازياتيك ضد ليبيا في ١٩٧٤[33].

ثالثاً: المعاهدات الدولية : يرتبط العراق بعدد من الاتفاقيات الاقليمية المبرمة في اطار الجامعة العربية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار بشكل عام واخرى تتعلق بحل النزاعات الخاصة بالاستثمارات العربية بوجه خاص.. وتقضي هذه الاتفاقيات بالتزام الدول الاطراف فيها باللجوء الى التحكيم التجاري الدولي لحل نزاعات الاستثمار، وهذا يعني ان كافة نزاعات الاستثمارات العربية في العراق مغطاة بواحدة او اكثر من المعاهدات المذكورة .وتقضي جميع هذه الاتفاقيات باللجوء الى التحكيم التجاري الدولي لحل نزاعات الاستثمار[34].

رابعا: عقود الاستثمار إضافة الى مبدأ سلطان الإرادة : القاضي بحق اللجوء الى التحكيم في عقود الاستثمار ، فان المادة (٢٧) أعلاه من قانون الاستثمار قد أقرت بمثل هذا الحق للمستثمر الأجنبي في ان يشترط في عقد الاستثمار اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي لحل نزاعات الاستثمار. إذ ان علاقة العراق بالتحكيم التجاري الدولي ليست حديثة ، بل تعود الى مطلع القرن الماضي[35].

الفرع الثاني: التحكيم في منازعات الاستثمار والتحكيم في منازعات عقود التجارة الدولية

عرف قانون الاستثمار العراقي المذكور الاستثمار تعريفا عاما بدون تمييز بين الاستثمار الدولي او الداخلي في المادة (١) منه بأنه (توظيف المال في أي نشاط يعود بالمنفعة المشروعة على البلد)[36] في حين حاول المشرع الأردني أن يعطي وصفا للاستثمار من خلال تعريفه للمشروع محل الاستثمار بأنه (أي نشاط اقتصادي صناعي أو زراعي أو خدمي تنطبق عليه أحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه)[37].

كما إن من اهم ما يتميز به التحكيم في منازعات عقود الاستثمار هي خصوصية اطراف اتفاق التحكيم في هذه المنازعات ، إذ يشترط أن يكون اطراف الاتفاق من طبيعة خاصة وهي أن يكون احد الاطراف دولة متعاقدة في اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من جهة ، وان يكون الطرف الآخر مستثمر من احد رعايا دولة اخرى متعاقدة في تلك الاتفاقية ، وعلى ذلك فإن الدولة قد تخضع للتحكيم ضد شخص أجنبي من أشخاص القانون الخاص وهذا ما شكل قفزة نوعية في إطار القانون الدولي العام ومبدأ سيادة الدول ، ولذلك أيذا صداه في القانون الدولي العام من حيث أن حق اللجوء- في منازعة مع دولة تتعلق بالاستثمار- أعطي لشخص من اشخاص القانون الخاص واعطي له هذا الحق باللجوء مباشرة للمركز دون تدخل من دولته طالما أن دولته طرف في اتفاقية المركز . من ناحية اخرى فإن التحكيم المتعلق بمنازعات الاستثمار يخضع إذا ما توافرت شروطه لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار . اما عقود التجارة الدولية فإن اطرافها هم من اشخاص القانون الخاص لدول مختلفة كأن يكون عقد التجارة الدولية متعلق بشراء بضائع بين شركة اردنية واخرى امريكية على سبيل المثال . من ناحية اخرى فإن الاختصاص بفصل المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية لا يمكن ان يكون خاضعا لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ذلك ان التحكيم المتصل بهذه العقود يكون الاختصاص بفصله لجهات اخرى نظمت احكامها اتفاقية منظمة التجارة الدولية واتفاقية العقود النموذجية[38].

المبحث الثاني: أركان التحكيم الالكتروني وشروطه

يقصد باتفاق التحكيم بصورة عامة بأنه اتفاق بين الطرفين على إحالة المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما من تنفيذ عقد معين الى أشخاص معنيين للفصل فيها[39]. فاتفاق التحكيم هو اتفاق يدخل في أطار القانون الخاص يهدف الى إحداث أثر قانوني معين يتمثل بإنشاء التزام على عاتق أطرافه بإحالة النزاع الذي ينشأ بينهما الى التحكيم والتنازل عن حقهما باللجوء الى القضاء ، فهو في الواقع تصرف قانوني يصدر عن إرادتين او أكثر ومن ناحية أخرى يعد التحكيم عملاً قضائياً حيث يقوم المحكم بذات الوظيفة التي يضطلع بها القاضي الوطني وهي الفصل فيما يثور أمامه من منازعات بإصدار حكم فيها[40]. وهذا يعني أن اتفاق التحكيم الالكتروني يعد تصرف قانوني صادر من جانبين الا أن ما يميزه هو إبرامه عبر الوسيلة الالكترونية وبذلك يعد عقد الكترونياً

يشترط لإبرامه توافر أركان انعقاده وشروطه الشكلية وهذا ما نبحثه بالمطلبين التاليين:

المطلب الأول: اركان التحكيم الالكتروني

يعد التحكيم الالكتروني عقداً الكترونياً والعقد لكي يرتب آثاره القانونية على طرفيه لابد من توافر أركانه الأساسية وهي الرضا والمحل والسبب ولن نتحدث عن الركن الأخير لكونه لا يختلف عن السبب في العقود التقليدية وكالاتي:

الفرع الاول: الرضا

لا يصح اتفاق التحكيم الا لمن كانت له اهلية التصرف في حقوقه وهو في هذا لا يختلف عن سائر العقود[41] . ويشترط بالإرادة ان تكون حرة صادقة سالمة من عيوب الإرادة كالإكراه والغلط والتغرير مع الغبن الفاحش والاستغلال[42]. ولما كان ابرام اتفاق التحكيم الالكتروني يتم عبر الوسيلة الالكترونية وهي شبكة الانترنت فأن التعبير عن الارادة يكون من خلال هذه الوسيلة حيث يتم توجيه الايجاب من خلالها وتلقي القبول عبرها، فالمشكلة الموجودة هنا هي صعوبة معرفة اهلية الطرف الاخر خاصة وانهما لا يلتقيان وجها لوجه مما يستدعي بحث رضا الفريقين المتعاقدين ومن المعلوم ان عددا كبيرا من مستخدمي الانترنت هم من المراهقين وصغار السن إذ قد يقوم بعضهم باستخدام البطاقة المصرفية لاحد والديه في التعاقد مع الغير بالإضافة الى ان الانترنت معرض دائما للاختراق من قبل شبكات الهكرز(Hackers) الامر الذي يزيد من ضرورة معرفة اهلية المتعاقدين في العقود بصورة عامة واتفاق التحكيم بصورة خاصة[43]. فمثلاً تضع شركة تجارية في موقعها على شبكة الانترنت شروط التعاقد التي من ضمنها شرط التحكيم ومن يرغب بالتعاقد ما عليه سوى الضغط على مفتاح القبول او الموافقة على التعاقد لإبرام العقد مع تلك الشركة ونقل إرادته بالقبول اليها وهنا يكون التعبير عن الإيجاب والقبول تم عن طريق الانترنت [44].

وهذا يعني انه اذا قام متصفح الانترنت بالضغط على المفتاح الذي يعبر عن رضاه بالتعاقد وموافقته على الشروط الواردة على صفحة الانترنت قد عبر عن ارادته باتخاذ مسلكاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي[45]. وتنسب ارادة القبول الى المتعاقد اذا كان هو الذي ارسلها عبر تقنيات الاتصال الحديثة سواء بنفسه او بواسطة نائب عنه ويفترض في بعض الحالات اسناد هذه الإرادة الى المتعاقد اذا توافرت ظروف معينة منها قيام المرسل اليه بتطبيق نظام معلوماتي او أجراء تصديق سبق ان وافق عليه المرسل بقصد التأكد من صدور رسالة البيانات من هذا الأخير اذ لا يفقد العقد صحته او قابليته للتنفيذ لمجرد انه تم بواسطة مراسلة الكترونية واحدة او أكثر) كذلك نص المادة (١٣) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ التي تنص على أنه ((تعتبر الرسالة الالكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد التعاقد)) ..

ومن الناحية العملية يتم القبول في العقد الالكتروني بمجرد الضغط على الزر المبين على شاشة جهاز الكمبيوتر تحت بند قبلت. ويثور التساؤل حول هذه الآلية فهل هي واقعة كافية بذاتها للتعبير عن إرادة قبول الإيجاب بمختلف شروطه. في الواقع ان اغلب العقود التي تتم عبر الانترنت وبالذات عبر مواقع الويب غالباً ما يجد الراغب بالتعاقد مع هذه المواقع خانة مخصصة لقبول التعاقد تتضمن عبارات تدل على الرضا او الموافقة مثل (Ok) او (I agree) وعند الضغط بالمؤشر على هذه الخانة فأن هذه العملية المادية يترتب عليها إعمال آلية نقل معلومات رقمية تترجم عن طريق برنامج خاص الى لغة مفهومة لتصل الى الموجب. هذا ويجب على الراغب بالتعاقد قبل الضغط على زر القبول ان يطلع جيداً على شروط التعاقد الأساسية منها شرط التحكيم والشروط الأخرى بالعقد التي يجب صياغتها بصورة واضحة ومفهومة لا تقبل الشك والتأويل[46]. ولغرض التغلب على هذه الصعوبات تلجأ بعض المواقع الالكترونية الى الاستعانة بالعقود النموذجية للمعاملات الالكترونية والتي اعدها بعض المشرعين على النطاقين الدولي والوطني من اجل خلق تنظيم مسبق لإجراء التعاقد عبر الانترنت كالعقد النموذجي الفرنسي الذي ينظم معاملات التجارة الالكترونية بين التجار والمستهلكين في فرنسا وكذلك مشروع العقد النموذجي الخاص بالمعاملات الالكترونية الذي اعدته لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي حيث تحدد هذه العقود النموذجية صورة متكاملة للعقد المزمع إنشاؤه عبر الانترنت بكل تفصيلاته ومنها تحديد هوية كلا المتعاقدين وأهليتهما[47].

الفرع الثاني: المحل

يقصد بالمحل في عقد التحكيم هو ما ينعقد رضا الطرفين عليه وهو عبارة عن نزاع قائم بالفعل او محتمل القيام وهو حق متنازع فيه او مشكوك في مصيره [48]. ويشترط بالنزاع محل التحكيم ان يكون قابلاً للتحكيم والأصل ان المتعاقدين بالذات في التجارة الدولية يتمتعان بحرية كبيرة في تحديد المسائل التي تخضع للتحكيم ومع ذلك فان بعض التشريعات تفرض قيوداً على حرية الاطراف في اخضاع النزاع للتحكيم فتنص على عدم قابليته للتحكيم[49]. وتعد القيود المنصوص عليها في قوانين حماية المستهلك من أكثر القيود تأثيراً على محل التحكيم الالكتروني حيث تمنع النصوص المتعلقة بحماية المستهلك الاتفاق الذي يبرم بين التجار والمستهلك بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهما او النزاع الذي يثار بشأنه لان طبيعة العقود التي تبرم عن بُعد تفرض عدة صعوبات ناجمة عن عدم الحضور المادي لأطراف العقد حيث يصعب على أي من المتعاقدين التحقق من اهلية الآخر وصفته في التعاقد[50] علاوةً على رغبة المشرع في توفير الحماية القانونية للمستهلك لأن الأخير يتعاقد مع تاجر محترف فيكون بمركز تعاقدي ضعيف لعدم امتلاكه الخبرة الفنية التي يمتلكها التاجر[51].

هذا ومن الجدير بالإشارة أن الأخذ بهذه القيود بصورة مطلقة قد لا يحقق مصلحة المستهلك دائماً فالمستهلك قد يبرم عقداً الكترونياً مع شخص قد لا يكون من مواطني

دولة المستهلك وفي حالة نشوب نزاع بينهما بصدد بنود العقد فلا خيار للمستهلك إلا باللجوء الى قضائه الوطني مما يجعله يتحمل المصاريف القضائية المرتفعة وإتباع إجراءات التقاضي الشكلية المعقدة للنظر في دعواه وبالتالي قد يرفض المستهلك المطالبة بحقه قضائياً مما يجعل ذلك الحق على وشك الضياع[52] . لذلك نرى من الأنسب ان يترك الخيار للمستهلك في العقود الالكترونية مع التجار والمؤسسات التجارية في اختيار الطريقة الأفضل لتسوية المنازعات التي يمكن ان تنشأ عند تنفيذ تلك العقود وما على التاجر المحترف الذي يتعاقد من المستهلك إلا القبول بالطريقة التي يفضلها المستهلك والتي قد تكون بالموافقة بشرط التحكيم او مشارطته او باللجوء الى القضاء الوطني.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية للتحكيم الالكتروني

تشترط معظم التشريعات التي تنظم أحكام التحكيم بصورة عامة شكلية في اتفاق التحكيم وتتمثل هذه الشكلية باشتراط ان يكون اتفاق التحكيم مكتوباً[53] علماً ان هذه التشريعات غير متفقة حول الدور الذي تؤديه الشكلية في اتفاق التحكيم فمنها ما تعد الكتابة شرطاً لانعقاد اتفاق التحكيم مثل قانون التحكيم المصري[54] ومنها ما تعد الكتابة لازمة لأثبات هذا الاتفاق[55] وعليه فالكتابة تعد الشرط الوحيد من الشروط الشكلية الواجب توافرها بالتحكيم العادي (التقليدي) أما التحكيم الالكتروني فبسبب عدم وجود نصوص قانونية خاصة به يخضع الى الاحكام التي تسري على التحكيم بصورة عامة وهذا يعني ضرورة توافر الشكل الذي يشترطه القانون في اتفاق التحكيم . فإذا كان الشكل المطلوب هو الكتابة فلابد من التطرق الى ماهية الكتابة أولاً ثم البحث في مدى توفرها في اتفاق التحكيم الالكتروني ثانياً.

فالكتابة هي الأحرف الأصلية المصحوبة بتوقيع خطي أو مادي على وثائق ورقية [56] او هي رموز تعبر عن القول او الفكرة [57]. ولا يشترط القانون ان تكون الكتابة على الورق فيجوز ان تكون الكتابة على مقوى او خشب او قماش وقد تكون على شكل نقش او بلغة من اللغات القديمة او برموز خاصة متى كان الطرفان يحتفظان بمفتاح لهذه الرموز معتمد منهما وقد تكون مكتوبة بخط اليد او بالآلة الكاتبة او بالحاسب الالكتروني او تكون على شكل استمارة نموذجية معدة مسبقاً فكل هذه الوسائل تنتج كتابة يعتد بها [58]. علماً ان المفهوم التقليدي للكتابة يتطلب ان تكون محررة على دعائم ورقية لكن التطور التقني المستمر في وسائل الاتصال الحديثة مثل الفاكس والتلكس والمصغرات الفيلمية ومخرجات الكمبيوتر والشرائط الممغنطة أدى الى ضرورة التوسع في المفهوم التقليدي للكتابة ليستوعب التطور في عصر ثورة المعلومات والاتصالات ومن ثم لا يوجد مانع من ان تكون الكتابة محررة على دعامة إلكترونية طالما تحقق ذات الهدف فالمهم ان يتم حفظ البيانات المتداولة الكترونياً بحيث يمكن استخدامها والرجوع اليها عند الخلاف دون ان يطرأ عليها أي تعديل او تحريف[59]. وهذا يعني ان المعنى التقليدي للكتابة قد يشكل عقبه قانونية امام اعتبار الرموز الواردة في السند الالكتروني كتابة

فاذا كانت هذه الرموز تمثل اتفاق تحكيم الكتروني فانها حينئذ لا تعتبر كتابة تستوفي بها الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم وبالتالي يتطلب الامر تدخلاً تشريعياً لإزالة هذه العقبة.

أشترط المشرع العراقي في قانون المرافعات المذكور ان يكون اتفاق التحكيم مكتوباً[60]. فالكتابة هي الشرط الشكلي الوحيد الواجب توافره في اتفاق التحكيم علماً ان النصوص القانونية لم تبين ما المقصود بالكتابة ولم توضع الشكل الذي ينبغي ان تكون عليه الكتابة[61]. ولكنه في طريق تلافي هذا النقص الموجود فيه اذ اشار مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لسنة ٢٠١١ في المادة (٤) منه الى ما يأتي (يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوباً والا كان باطلاً. ويعتبر الاتفاق مكتوباً اذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين او تم تبادلها بوسائل الاتصال الحديثة كالبرقيات او التلكس او الفاكس او البريد الالكتروني او غيرها من تلك الوسائل اذا كانت تثبت تلاقي ارادة مراسليها على اختيار التحكيم وسيلة لفض النزاع)[62]. وبموجب هذا النص فقد تم ادخال الوسائل الالكترونية كوسائل يتم بها اتفاق التحكيم. وقد حسمت بعض القوانين مسألة الكتابة الالكترونية بالنسبة لاتفاق التحكيم[63] حيث أجاز قانون التحكيم الالماني ان يكون اتفاق التحكيم خطياً في وثيقة موقعة أو تبادل للرسائل او فاكسات او برقيات او غير ذلك من وسائل الاتصال التي توفر تدويناً لاتفاق معين[64]. وكذلك نصت اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الأجنبية المبرمة عام ١٩٥٨ على أنه يعقد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم في عقد او في اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف او الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة او البرقيات[65]. هذا وقد أصدرت اللجنة الاقتصادية لأوربا التابعة للأمم المتحدة توجيهات بضرورة ان يساوي القانون في قبول الكتابة الالكترونية بين التجارة العادية والتجارة الالكترونية وهو ما جعل هذه اللجنة توصي بإعادة النظر في اجراءات تسمح بجعل الاشارة الى مصطلحات مثل الكتابة والتوقيع والمستندات في الاتفاقيات الدولية تشمل نظائرها الالكترونية[66]. لذلك نص قانون الاونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ على ان شرط الكتابة يتحقق في أي وثيقة موقعة من الطرفين او تبادل رسائل او تلكسات او برقيات او غيرها من وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية ما دامت توفر تدويناً او تسجيلاً للاتفاق (مثل الاسطوانات المدمجة والشرائط المغنطة) والمتمعن بالنصوص القانونية في هذه التشريعات والاتفاقيات الدولية يتبين له امكانية تحقق شرط الكتابة في تبادل البيانات الكترونياً او من خلال البريد الالكتروني. وبناءً على ذلك ندعو المشرع العراقي الى تعديل قانون الاثبات العراقي النافذ رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ بحيث يساوي بين الكتابة التقليدية والكتابة الالكترونية في حال أرسلت الاخيرة وفق الشروط التي يحددها القانون المذكور والتي من أهمها ان تكون الكتابة الالكترونية ثابتة بحيث يمكن استخدامها والرجوع اليها فيما بعد وان تكون محمية بنظام تشفير امني عالي التقنية بحيث لا يمكن التلاعب بها من قبل الغير. ومما لاشك فيه ان اختلاف التشريعات

الوطنية في مسألة مدى تحقق شرط الكتابة في الرسائل الالكترونية من شأنه أن يُثير الكثير من الصعوبات في حال تنفيذ احكام التحكيم الالكترونية في بلد لا يأخذ بالتفسير الموسع لشرط الكتابة الامر الذي دفع المنظمات الدولية الى محاولة اصدار الاتفاقات التي تأخذ بالتفسير الموسع للكتابة ومنها مشروع تطوير قانون التحكيم التجاري الدولي المعد من قبل لجنة الاونسترال بالأمم المتحدة والذي نص على انه (يتعين ان يكون اتفاق التحكيم كتابياً وتشمل الكتابة أي شكل يوفر سجلاً ملموساً للاتفاق او ان يكون في المتناول على نحو آخر بصفته رسالة بيانات بحيث يمكن استعماله في أشارة لاحقة. وهو ما يدل على أن اتفاقات التحكيم يمكن ان تبرم بوسيلة أخرى ليس لها شكل المستندات الورقية كالاتصالات الالكترونية [67].

المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي الالكتروني

للأطراف فيما بينهم ان يتفقوا على القانون الواجب التطبيق عند حصول نزاع بينهم واللجوء الى التحكيم كم في المادة (٢٥)[68] من القانون المدني العراقي المذكورة. إلا إذا تعارض ذلك مع الأحكام الداخلية او الدولية المتعلقة بالنظام العام وبالتالي فان هذا الاتفاق هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق سواء بشان إجراءات التحكيم او من حيث الأساس. لذلك سنتناول القانون الواجب التطبيق من حيث الشكل من حيث إجراءات التحكيم الالكتروني وأخيرا من حيث الموضوع.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الشكل

القاعدة المتبعة بشان الشكل هي إخضاع العقد الى قانون محل ابرامه وهو ما نصت عليه المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي النافذ[69] ولكن هذه القاعدة تواجه استحالة في التطبيق في ظل التحكيم الالكتروني وذلك لكون مكان الابرام غير محدد على وجه الدقة لكون كل طرف في مكان مختلف عن الاخر بالإضافة الى عدم امكانية الجزم بكون احد الاطراف موجود في ذلك المكان فعلا فقد يكون قد ادلى بمكان وهمي غير حقيقي عن مكان وجوده. وبالتالي اخذت هذه القاعدة تتغير في المجتمع الالكتروني الى قاعدة اعتماد دولة موطن أحد المتعاقدين فالمادة (٢/٩) من معاهدة روما المؤرخة في ١٩٨٠/٦/٧ تعتبر العقد صحيحا من حيث الشكل إذا استوفى الشروط المنصوص عليها في إحدى دول موطن أحد المتعاقدين. الا ان هناك من شكك في جدوى هذه القاعدة فيما يتعلق بالعقود الالكترونية لان هذه العقود لا تعتبر عقودا رسمية وبالتالي فهي تخضع الى قواعد اثبات خاصة. إذ ليس من المؤكد ان تعتبر الوسيلة الالكترونية شكلا بالمفهوم القانوني. ومع ذلك فثمة انظمة في العالم الالكتروني حاولت وضع الحلول لهذا العالم الافتراضي ومنها نظام القاضي الافتراضي (Virtual Magistrate) ويقوم هذا النظام على تقبل الشكاوى بشان الرسائل المنشورة او الملفات التي يدعي انها تنطوي على انتهاك لحقوق النشر او العلامات التجارية وغيرها من الاعمال غير المشروعة وله ان يقرر ما اذا كان من المعقول بالنسبة الى مشغل النظام حذف او تقييد الوصول الى ملف الطعن والارسال والحالات الاخرى التي قد تتطلب اتخاذ قرارات بشان الكشف عن هوية الفرد لشخص غير

الجهات الحكومية في الحالات القصوى ويجوز للقاضي الافتراضي الحكم على ما اذا كان من المناسب لمشغل النظام حرمان أي شخص من الوصول الى الانترنيت[70].

المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الالكتروني

أشار القانون المدني العراقي النافذ الى القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الى انه قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى او تباشر فيها الإجراءات[71] ولكن هذه القاعدة تكون عاجزة في ظل التحكيم الالكتروني وذلك لكون كل طرف من الاطراف وكل محكم من المحكمين في أمكنة وقد تعددت الحلول التي ابديت لتحديد مكان التحكيم ومن أهمها:

أ- قانون مكان وجود المحكم: يذهب هذا الراي الى ان مكان التحكيم يمكن تحديده بمكان وجود المحكم ولكن تبرز مثالب هذا الراي تكمن في صعوبة معرفة مكان التحكيم عندما يكون الكترونيا فهل يكون مكان وجود المحكم عند بداية الاجراء ام بقانون موطنه او محل اقامته من جهة، ومن جهة اخرى كيف يتم تحديد مكان المحكم عندما لا يكون فردا بل هيئة مؤلفة من ثلاثة محكمين ومكان كل منهم يختلف عن الاخر.

ب- قانون مكان وجود خادم التحكيم[72]: وذهب البعض الى ان مكان التحكيم يحدد بالمكان الجغرافي لخادم التحكيم غير ان هذا الحل يبدو مصطنعا ولاسيما في حال وجود عدة خدام يمكنهم القيام بإجراءات التحكيم وكل منهم قد يكون في بلد مختلف عن الاخر.

ت- التحكيم غير المرتبط بمكان معين: بمقتضى هذه النظرية يكون التحكيم الالكتروني غير محدد المكان وغير وطني وبالتالي فهو لا يرتبط بقانون مكان التحكيم. ويصعب الاخذ بهذه النظرية لأنها لم تحل شيئا وبقي القانون الواجب التطبيق غير معروف كما ان اتفاقية نيويورك لم تأخذ بها.

ث- ارادة الطرفين: يذهب هذا الرأي الى ان مكان التحكيم تحدده إرادة الطرفين وهذا ما تضمنته المادة (١٤) من نظام غرفة التجارة الدولية (CCI)[73] وكذلك المادة (٢٠)[74] من القانون النموذجي للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL) ولكن يمكن القول ان الطرفين لم يتفقا مسبقا على القانون الواجب التطبيق وان اختلاف إرادتهما هي التي دفعت الى القول بالآراء السابقة.
ومما تجدر الإشارة اليه ان هذه الآراء ونظم المحاكم الالكترونية الدولية جميعها لم تحل مشكلة تحديد مكان التحكيم الالكتروني وبالتالي لا يوجد حل لمشكلة مهمة جدا على نطاق القانون التجاري الدولي والقانون الدولي الخاص ولذلك نقترح من وجهة نظرنا المتواضعة إضافة نظرية جديدة لتحديد مكان التحكيم وندرجها كنظرية خامسة هي ما يأتي:

ج- ارادة المحكمين: تتمثل هذه النظرية بانه اذا كانت ارادة الاطراف غير متحققة في كثير من الاحيان في تحديد القانون الواجب التطبيق اولا ومكان التحكيم ثانيا وذلك لوجود النزاع بينهم في الاصل الا ان هناك محكمين يستطيعون الاتفاق

فيما بينهم على تحديد مكان التحكيم وان كان كل منهم في مكان يختلف عن الآخر بحيث يستطيعون ان يتفقوا على جعل مكان أي واحد منهم مكانا للتحكيم وفي حال اختلافهم (ان وجد) فيكون الراي للأغلبية على اعتبار ان عددهم وتراً وان اختلفوا جميعا فيكون مكان التحكيم هو مكان الأعلى مرتبة منهم الا وهو رئيس اللجنة التحكيمية. وهذا الراي من وجهة نظرنا المتواضعة يحل مشكلة النزاع حول تحديد مكان التحكيم وبصورة نهائية.

اما بالنسبة لاتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ فان القانون الواجب التطبيق على الاجراءات هو قانون ارادة كل من المتعاقدين، وفي حال غياب الاتفاق فإن أحكام الاتفاقية هي واجبة التطبيق على الإجراءات[75].

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الالكتروني

أما بالنسبة لموضوع التحكيم الالكتروني فيمكن القول بأنه تطبق بشأنه المادة (٢٥) المذكورة من القانون المدني العراقي النافذ والتي تنطبق على هذا النوع من التحكيم شانه شان التحكيم العادي اذ لا تؤثر صفة (الالكتروني) على تطبيق هذه القاعدة وان كنا نواجه مشكلة في تحديد الموطن المشترك للمتعاقدين اذ قد يكون احد الطرفين كاذبا في تحديد موطنه ولكن يمكن القول هنا ان الوسائل الحديثة وخاصة ما يقدمه هذا الطرف الى اللجنة التحكيمية من وثائق وبطاقات ذكية وغيرها كفيلة بتحديد مكان وجود هذا الشخص وجنسيته او على الاقل المكان الموجود فيه[76].

تنص المادة (٤٢) من اتفاقية واشنطن المذكورة على : " تحكم المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان ، وفي حالة عدم وجود هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع (بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها) ، وما ينطبق من قواعد القانون الدولي " ويتبين من نص المادة أن القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع هو القانون الاتفاقي للأطراف ، فإن لم يتفق الأطراف تطبق المحكمة قانون الدولة المضيفة للاستثمار وما ينطبق من قواعد القانون الدولي ، فأخذت الاتفاقية بشكل عام بمبدأ سلطان الارادة إذ أن الخضوع أساسا لتحكيم المركز أساسه ارادي وهو عنصر الرضا الذي تحدثنا عنه ، فمن باب أولى ان تكون القواعد المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق سواء على الاجراء او على الموضوع محل النزاع اختيارية ، ولكن الملاحظ أنه وفي حالة عدم الاتفاق على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع تطبق المحكمة التحكيمية قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع ، وهذا خلافا لما سبق ذكره في مجال القانون واجب التطبيق على اجراءات التحكيم ، وقد يعود ذلك الى صعوبة وضع قواعد موضوعية لحل كافة النزاعات ضمن الاتفاقية ، بينما يمكن وضع مثل تلك القواعد التي تنظم المسائل الإجرائية والتي يمكن أن تطبق على أي نزاع قد ينشأ بين الأطراف[77].

الخاتمة:

إن التحكيم الالكتروني له دور أساسي في تسوية منازعات التجارة الدولية بصورة عامة ومنازعات التجارة الالكترونية بصورة خاصة ويمكن تلخيص اهم النتائج والمقترحات في بحثنا بما يأتي:

١- لا يكون التحكيم الكترونياً إذا تمت بعض إجراءاته عبر الوسيلة الالكترونية إلا انه لا يمكن نفي الوصف الالكتروني عن تحكيم تمت اغلب مراحله بصورة الكترونية باستثناء إجراء او اجرائان قد تما بصورة مادية خاصة إذا كانت الإجراءات المهمة في التحكيم قد تمت بصورة الكترونية كصدور الحكم والتبليغ والمداولة وغيرها.

٢- نقترح على المشرع العراقي أن يشرع قانون مستقل للتحكيم ويضمنه أحكام تتفق مع طبيعة المعاملات الالكترونية والتحكيم الالكتروني يلبي متطلبات التطور الحاصل فيه ويلغي النصوص المتعلقة بالتحكيم في قانون المرافعات النافذ.

٣- ندعو المشرع العراقي الى اجراء تعديلات على قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ لتوسيع مفهوم الكتابة بحيث تشمل الرموز أو أي طريقة الكترونية أخرى وان السندات الالكترونية تعد مطابقة للسندات الاصلية الورقية إذا كانت قد أرسلت بالشروط التي يفترض ان يحددها القانون.

٤- ندعو المشرع العراقي الى إنشاء مركز للتحكيم الالكتروني لغرض تنظيم هذا النوع من التحكيم عند رغبة الأطراف المتنازعة باللجوء إليه. وكذلك نشر ثقافة البطاقات الذكية ليتسنى للمركز ألتحكيمي الإقليمي او الدولي معرفة التفاصيل الكاملة عن المحتكمين الذين يودون الاحتكام الى هذا المركز في منازعاتهم.

٥- يقتضي التمييز بين التجارة والاستثمار وعدم شمول الاعمال التجارية بقانون الاستثمار لان هذه الاعمال لا تحقق قيمة اضافية للاقتصاد الوطني. كما ينبغي للدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية حماية مصالحها الوطنية عن طريق صياغة متقنة لعقود الاستثمار وللاتفاقيات الدولية للاستثمار على يد كوادر قانونية مؤهلة عوضا عن الصياغات الغامضة التي تشير الى المبادئ العامة للقانون بشان تحديد القانون الواجب التطبيق الذي سيخضع لاجتهاد محكمة التحكيم. وبذلك يكون عقد الاستثمار هو قانون العقد كما تقضي بذلك قواعد UNCITRAL في المادة ٣٣ منه والمادة ٢١ / ١ من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري العربي لسنة ١٩٧٨.

٦- تحاشي النص على تطبيق قواعد القانون الدولي العام في حل نزاعات الاستثمار واستبداله بالنص على تطبيق المبادئ العامة للقانون، لان الأولى تشمل العلاقات بين الدول اما الثانية فعلى العلاقات بين الدول والمستثمرين الأجانب. كما ينبغي تحاشي تطبيق قواعد التجارة الدولية لان هذه القواعد تتعلق بالبيوع الدولية ولا علاقة لها بنزاعات الاستثمار.

٧- بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فان القواعد التقليدية في هذا التنازع يمكن تطبيقها على التحكيم الالكتروني وان كنا نواجه إشكالية في معرفة الموطن المشترك للمتعاقدين على وجه التأكيد.

٨- بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الشكل فان القواعد التقليدية وهي المادة (٢٦) من قانوننا المدني والتي تطبق قانون محل الابرام غير وافية لحكم هذا التنازع في التحكيم الالكتروني لذلك أخذت هذه القاعدة تتغير في المجتمع الالكتروني فالمادة (٢/٩) من معاهدة روما المؤرخة في ١٩٨٠/٦/٧ تعتبر العقد صحيحا من حيث الشكل اذا استوفى الشروط المنصوص عليها في إحدى دول موطن احد المتعاقدين.

٩- وأخيرا بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات فان قاعدة قانون دولة رفع الدعوى اي قانون مكان التحكيم صعبة التحديد في التحكيم الالكتروني لكون الأطراف والمحكمين غالبا ما يكونون في دول مختلفة وقد قيل انه عدة نظريات وقد سقنا من جانبنا نظرية لتحديد مكان التحكيم وهو الذي يختاره المحكمون على اعتبار انه مكان وجودهم بالإضافة الى إمكانية اتفاقهم عليه بعكس الأطراف الذين يصعب اتفاقهم عليه غالبا كما قد لا يعلمون أصلا أين يوجد مكان التحكيم.

الهوامش

١. د. آلاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني، بحث منشور في مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد السادس، العدد الثاني، ٢٠٠٩، ص٢٠٦

٢. أنظر: د. خالد ممدوح، التحكيم الالكتروني، بحث قانوني منشور على الموقع الالكتروني الاتي:
http://www.hdrmut.net/vb/t299304.html

3. أنظر: د. عماد الدين المحمد، طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنيت، بحث منشور على الموقع الالكتروني:
WWW.alittihad.aeldatails.php?ip=1963/2y=2008

٤. أنظر: د. نبيل زيد مقابلة، التحكيم الالكتروني، بحث منشور على الموقع الالكتروني:
http//www.arab-elaw.com/show similar.aspx?id=81

٥. التحكيم لغة: مشتق من (حَكَمَ) بالأمر حُكماً: أي قضى، يقال: حكم له، وحكم عليه، وحكم بينهم، وحَكَمَ فلاناً: منعه عمّا يريد وردّه، و(حَكَّمَ) فلاناً في الشيء والأمر: جعله حكماً، قال تعالى: "فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ".. النساء الآية (٦٥)، ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الأول، بيروت، دار لسان العرب، دون تاريخ نشر، ص٦٨٨-٦٨٩. المعجم الوسيط، أخرجه إبراهيم مصطفى وآخرون، ج١، القاهرة، مطبعة مصر، ١٩٦٠، ص١٨٩.

٦. الدكتور اسعد فاضل منديل الجياشي، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، ط١، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، ٢٠١١، ص١٦. وكذلك أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٧، ص٤١.

٧. قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١، المنشور على الصفحة ٢٨٢١ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٩٦.

٨. انظر الفقرة (٤) من هذه المادة.
٩. أنظر: د. عماد الدين المحمد، مصدر سابق.
١٠. أنظر: د. آلاء يعقوب النعيمي، مصدر سابق، ص ٢٠٩
١١. انظر الفقرة الثالثة من المادة الاولى من هذا المشروع.
١٢. د. عمر مشهور الجازي، اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١، مقال منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي ٢٠٠٣ العدد الثاني والعشرون.
١٣. أنظر: د. مصلح أحمد الطراونة ود. نور حمد الحجايا ، التحكيم الالكتروني ، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق ، جامعة البحرين ، المجلد الثاني ، العدد الأول ، ٢٠٠٥ ، ص٢٠٥ .
١٤. أنظر: د. حسام الدين فتحي ناصف – التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية – القاهرة – دار النهضة العربية – ٢٠٠٥ – ص١٥ – ١٦.
١٥. أنظر: محمد حتة، التحكيم الالكتروني أحدث النزاعات وأحدث طرق الحل، بحث منشور على شبكة الانترنيت بالموقع الالكتروني: http://Kenanaonline.com/users/hettall/posts/81160
١٦. أنظر: عادل حمادة أبو عزة، التحكيم الالكتروني في منازعات المعاملات الالكترونية، مقال منشور على شبكة الانترنيت بالموقع الالكتروني الاتي:
.http://www.al-jazirah.com.sa/digimag/3004/hasebat3.htm
١٧. أنظر: د. خالد ممدوح – التحكيم الالكتروني، مصدر سابق، ص٥.
١٨. وبسبب هذه الميزة أصبح التحكيم الالكتروني الوسيلة الاساسية وتكاد الوحيدة لفض منازعات التجارة الالكترونية لان اغلب العقود التي تتم عبر الانترنيت قليلة الكلفة فليس من المنطقي اللجوء للقضاء او التحكيم التقليدي لتسوية المنازعات الناشئ عنها والذي تكون فيهما اجراءات التقاضي مرتفعة الكلفة، أنظر: د. الاء يعقوب النعيمي – مصدر سابق – ص٢١٢.
١٩. الدكتور اسعد فاضل منديل الجياشي، التحكيم الالكتروني، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.qadissuni.edu.iq
٢٠. أنظر: د. صالح المندلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص٣٧. أنظر: د. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص٢١٤
٢١. أنظر: الاء يعقوب النعيمي، مصدر سابق، ص٢١٣.
٢٢. د. نبيل زيد مقابلة، المصدر السابق، ص٣.
٢٣. انظر الفقرة الأولى من هذه المادة.
٢٤. والمادة (١/٥/ب) من إتفاقية نيويورك بالنسبة لمخالفة إجراءات التحكيم لقانون هذه الدولة وبالتالي رفض الاعتراف بالحكم وتنفيذه، د. الياس ناصيف، العقود الدولية، التحكيم الالكتروني، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٢، ص٦٩.
٢٥. أنظر: د. أدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية, مطبعة التعليم العالي، بغداد، ١٩٨٨، ص٥٦.
٢٦. أنظر: محمد ابراهيم ابو الهيجاء، التحكيم بواسطة الانترنت، عمان، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢، ص٦٦.
٢٧. د. اسعد فاضل منديل الجياشي، التحكيم الالكتروني، مصدر سابق، ص٥.

٢٨. أنظر: د. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢١٧.
٢٩. انظر المادة (٢٥٣) من هذا القانون.
٣٠. انظر المادة (١٦) من هذا القانون.
٣١. انظر الفقرة (٤) من هذه المادة.
٣٢. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص. تنازع القوانين. دار الثقافة عمان ٢٠٠٥ ص ١٦٥
٣٣. احمد عبد الكريم سلامة. القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم. المجلة المصرية للقانون الدولي. ٢٠٠٨. ص٧٧ وما بعدها.
٣٤. ومن هذه الاتفاقيات الاتي: ١. الاتفاقية الموحدة لاستثمار الاموال العربية في الدول العربية في عمان في ١٩٨١/٩/٧ ٢. اتفاقية الرياض للتعاون القضائي في ١٩٨٣/٤/٦ ٣. الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري في عمان في ٤.١٤. ١٩٨٧ ٤. النظام الاساسي لمحكمة تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية في ١٩٧٤. ٥. اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية في القاهرة في ٦٦.١٢.٢٠٠٢. اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لسنة ١٩٧٠.
٣٥. وتشمل ما يأتي: أ – بروتوكول جنيف للتحكيم لسنة ١٩٢٣. ويقضي هذا البروتوكول بالاعتراف بمشروعية شرط التحكيم في عقد تجاري دولي والاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الصادرة في اراضي الدول الاعضاء في البروتوكول.
ب – قانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ ويقضي بالاعتراف وبتنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق بموجب التعليمات الصادرة على اساس مبدا المعاملة بالمثل.
ج- القانون المدني العراقي رقم٤٠ لسنة ١٩٥١ حيث تقضي المادة ١٦ منه بجواز تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق بموجب قانون صادر في هذا الشأن بما في ذلك قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦.
د- قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ حيث تقضي المادة ٣ /ثانيا منه بتنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق بدلالة القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨
ه- الاتفاقيات العربية المتعددة الاطراف وفي مقدمتها اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة ١٩٨٣ التي تقضي بالاعتراف وبتنفيذ احكام التحكيم من قبل الدول الاعضاء فيها.
و- قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ القاضي باللجوء الى التحكيم التجاري الدولي بناء على شرط التحكيم في عقود الاستثمار بموجب المادة (٤/٢٧) منه والاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم بدلالة الاقتضاء لكل من القانون (٣٠) لسنة ١٩٢٨ والقانون (٤٥) لسنة ١٩٨٠.
ز- وسيكون انضمام العراق الى اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بمثابة تتويج لانفتاح النظام القضائي العراقي على التحكيم التجاري الدولي على ان يتضمن في وثيقة الانضمام الاتي:
١- التصريح بالعمل بالاتفاقية بشرط المعاملة بالمثل بشأن الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية حسب المادة (٣/١) منها.
٢- التحفظ بشرط الطابع التجاري للنزاع تحاشيا لتنفيذ الاحكام غير التجارية المدنية منها او غيرها حسب المادة (٣/١) من الاتفاقية.
٣- التحفظ بعدم سريان الاتفاقية بأثر رجعي. اما الانضمام الى اتفاقية واشنطن للمركز الدولي لحل نزاعات الاستثمار الموقع عليها في ١٨/ ٣ / ١٩٦٥ فينبغي ان يتم بتضمين وثيقة الانضمام النزاعات التي لا تخضع لاختصاص المركز وهي:
أ. النزاعات التي لا علاقة لها بالاستثمار علاقة مباشرة حسب المادة (١/٢٥) من الاتفاقية.

ب. النزاعات الناجمة عن البيوع والتجهيزات الدولية المتضمنة لخدمات ما بعد البيع حسب المادة (٤/٢٥) من الاتفاقية.

٣٦. انظر الفقرة (٩) من هذه المادة. وينبغي عدم التوسع في تعريف الاستثمار الأجنبي تعريفا لبراليا كما هو منهج ICSID اليوم خلافا للمادة (٢٥) من اتفاقية واشنطن ١٩٦٥ التي تختص بنزاعات الاستثمار فقط، وذلك حتى لا تمتد الحماية الى جميع الانشطة التجارية. مما يقتضي التمييز بين التجارة والاستثمار وعدم شمول الاعمال التجارية بقانون الاستثمار لان هذه الاعمال لا تحقق قيمة اضافية للاقتصاد الوطني. وعليه فان تعريف الاستثمار يتطلب توفير ثلاثة عناصر هي: أ. القيمة الاضافية للاقتصاد الوطني ب. المخاطر التي يحتملها المشروع الاستثماري جنبا الى جنب الدولة المضيفة. ج. المدة الطويلة نسبيا التي يستغرقها تنفيذ المشروع الاستثماري.

٣٧. المادة الثانية من قانون الاستثمار الاردني، رقم ٦٨ / ٢٠٠٣ المنشور على الصفحة ٣٢٣٨ من الجريدة الرسمية رقم ٤٦٠٦ بتاريخ ٢٠٠٣\٦\١٦

٣٨. حسام مروان ابو حامدة، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.4shared.com

٣٩. أنظر: نص المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩. كذلك نص المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

٤٠. انظر: د. محمد ابراهيم موسى، التحكيم الالكتروني، بحث قانوني منشور على شبكة الانترنت في الموقع الالكتروني الآتي:
www.ledroitpourtous.blogspot.com

٤١. أنظر: محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨، ص١٠٣

٤٢. ينظر للمزيد: د. الياس ناصيف، المصدر السابق، ص٨٨.

٤٣. د. اسعد فاضل منديل الجياشي، المصدر السابق، ص٦.

٤٤. فالقواعد العامة تتيح التعبير عن الإرادة بعدة وسائل فالتعبير عن الإرادة يمكن ان يكون باللفظ ويمكن ان يكون بالكتابة او بالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الاخرس أو المبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ أي مسلك أخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي، أنظر: نص المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والمادة ٩٣ من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

٤٥. أنظر: نص المادة (١١) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ والتي تنص على: (١. لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الايجاب والقبول جزئياً او كلياً بواسطة المراسلة الالكترونية).

٤٦. أنظر: د. الياس ناصيف، العقد الالكتروني في القانون المقارن، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩، ص٩٧.

٤٧. انظر: محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، بدون سنة نشر، ص٦٦.

٤٨. انظر محمود عبد الرحيم الشريفات، المصدر نفسه، ص٦٧.

٤٩. أنظر: نص المادة ٢٥١ من قانون المرافعات المدني العراقي النافذ.

٥٠. أنظر: نبيل عبد الرحمن حياوي، مبادئ التحكيم، ط٣، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٨٣. كذلك نص المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

٥١. د. اسعد فاضل منديل الجياشي، التحكيم الالكتروني، مصدر سابق، ص٧.

٥٢. انظر: د. الاء يعقوب النعيمي، مصدر سابق، ص٢١٤.
٥٣. أنظر: د. ابراهيم محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٩٩٩، ص١٤.
٥٤. أنظر: نص المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.
٥٥. أنظر: نص المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ والمادة (٢٠٣) الفقرة الثانية من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم (١١) لسنة ١٩٩٢.
٥٦. د. اسعد فاضل منديل الجياشي، التحكيم الالكتروني، مصدر سابق، ص٨.
٥٧. أنظر: د. آلاء النعيمي، مصدر سابق، ص٢٢٩.
٥٨. أنظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات، ط٢، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٨٦.
٥٩. أنظر: د. توجان فيصل الشريدة، ماهية وإجراءات التحكيم الالكتروني، بحث منشور على شبكة الانترنت بالموقع الالكتروني الاتي:
www.ledroitpourtous.blogspot.com
٦٠. أنظر: د. فتاح محمد حسين الجيلاوي، دور التحكيم التجاري في تسوية منازعات العقود الادارية، بحث قانوني منشور في مجلة القانون المقارن، العدد ٦٤ لسنة ٢٠٠٩، ص٨٨.
٦١. أنظر: نص المادة الثانية الفقرة الثانية من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الاجنبية وتنفيذها.
٦٢. وهذا النص تضمنته الفقرة الأولى من هذه المادة.
٦٣. أنظر: مشتاق طالب وهيب النعيمي، حجية الرسائل والبرقيات في ضوء التقنيات المدنية، رسالة ماجستير في القانون الخاص مقدمة الى مجلس كلية النهرين للحقوق، ٢٠٠٢، ص٦٥.
٦٤. أنظر: نص المادة (١٠٢٧) من قانون التحكيم الالماني الصادر عام ١٩٩٧ والمادة (١٧٨) من قانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧.
٦٥. أنظر: الفقرة الثانية من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨.
٦٦. أنظر: د. حازم حسن جمعة، اتفاق التحكيم الالكتروني وطرق الاثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة، بحث قانوني منشور على شبكة الانترنت بالموقع الالكتروني:
http://Kambota.forumarabia.net/t2481-topicl
٦٧. انظر: توجان فيصل الشريدة، مصدر سابق، ص٤
٦٨. حيث تقضي المادة (٢٥) من القانون المدني بأنه (تسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا مالم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً اخر يراد تطبيقه).
٦٩. انظر كذلك المادة (٢٠) من القانون المدني المصري النافذ رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
٧٠. انظر: د. حازم حسن جمعة، اتفاق التحكيم الالكتروني وطرق الإثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة، المصدر السابق، ص٢٧.
٧١. انظر المادة (٢٨) من هذا القانون.
٧٢. خادم التحكيم هو شخص طبيعي مختص محدد من قبل المركز التحكيمي ويقوم بتجميع بيانات الأطراف ومراسلاتهم ومراسلات المحكمين الالكترونية ونقلها من طرف او محكم للآخر.

٧٣. انظر الفقرة (٢) من هذه المادة.

٧٤. والتي نصت على انه (للفريقين حرية الاتفاق على مكان التحكيم على ان تؤخذ في الاعتبار ظروف القضية بما في ذلك راحة الطرفين).

٧٥. تنص المادة (٤٤) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ على: " تدار جميع إجراءات التحكيم طبقا لأحكام هذا القسم، ما لم يتفق الاطراف الأطراف على غير ذلك، طبقا للائحة المعمول بها في تاريخ موافقة الأطراف على التحكيم، وإذا ثارت مسألة إجرائية لم ينص القانون عليها في هذا القسم إذ في لائحة التحكيم أو اي لائحة أخرى يتبناها الأطراف، تتولى المحكمة الفصل فيها على نحو ما تراه ملائما ". يتبين من نص أن أحكام الأتفاقية بشأن إجراءات التحكيم هي واجبة التطبيق على التحكيم ، مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ، مما يعني أن الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقية والناظمة لإجراءات التحكيم مكملة ويجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ولتوضيح الفكرة يطيب في هذا المقام ضرب المثال التالي : قامت شركة ترانز تيليكوم الفرنسية بالتعاقد مع حكومة المملكة الأردنية الهاشمية لتحسين وتطوير البنية التحتية في قطاع الاتصالات السلكية واللاسلكية ، وكانت فرنسا طرفا في اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات كما انضمت الأردن لهذه الأتفاقية قبل التعاقد ، اتفق الطرفان ، حكومة المملكة الأردنية الهاشمية و شركة ترانز تيليكوم الفرنسية ، على خضوع اي نزاع قد ينشأ بينهما للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، على أن تطبق احكام القانون المصري على اجراءات التحكيم.

٧٦. أما بالنسبة للتحكيم الداخلي فقد اشار اليها قانون الاستثمار المرقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ في المادة (٥/٢٧) منه بإمكانية اللجوء الى التحكيم في المنازعات التجارية الناشئة بين الهيئة الوطنية للاستثمار واية جهة حكومية من جهة والخاضعين لاحكام هذا القانون من جهة اخرى متى ما تم النص على ذلك في العقد المنشئ للمشروع الاستثماري.

٧٧. انظر في معنى قريب: فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الالكترونية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠، ص٢٣٤.

المصادر

أولا: المصادر اللغوية

١- ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الأول، بيروت، دار لسان العرب، دون تاريخ نشر، ص٦٨٨-٦٨٩

٢- المعجم الوسيط، أخرجه إبراهيم مصطفى، ج١، القاهرة، مطبعة مصر، ١٩٦٠، ص١٨٩

ثانيا: الكتب القانونية

٣- د. ابراهيم محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٩٩٩

٤- د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، المجلة المصرية للقانون الدولي، ٢٠٠٨.

٥- د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مطبعة التعليم العالي، بغداد، ١٩٨٨

٦- د. أسعد فاضل منديل، احكام عقد التحكيم وإجراءاته، ط١، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، ٢٠١١.

٧- د. الياس ناصيف، العقد الالكتروني في القانون المقارن، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩
٨- د. الياس ناصيف، العقود الدولية، التحكيم الالكتروني، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٢.
٩- د. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
١٠- د. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
١١- د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٧.
١٢- د. سعيد منديل، التوقيع الالكتروني بين التدويل والاقتباس، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، بلا سنة طبع
13د. صالح المنداوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦
14- د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات، ط٢، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧
15- فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الالكترونية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠.
16- محمد أبراهيم ابو الهيجاء، التحكيم بواسطة الانترنت، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢
17- محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨.
18- محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، بدون سنة نشر.
19- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة عمان ٢٠٠٥
20- د. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.
21- د. نبيل عبد الرحمن حياوي، مبادئ التحكيم، ط٣، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧.

ثانياً: البحوث القانونية والدراسات:

22- د. اسعد فاضل منديل الجياشي، التحكيم الالكتروني، بحث منشور على الموقع الالكتروني:

www.qadissuni.edu.iq

23- د. آلاء يعقوب النعيمي، الأطار القانوني لأتفاق التحكيم الالكتروني، بحث قانوني منشور في مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد السادس، العدد الثاني، ٢٠٠٩.

24- د. توجان فيصل الشريدة، ماهية وإجراءات التحكيم الالكتروني، بحث منشور على شبكة الانترنت بالموقع الالكتروني الاتي:

www.ledroitpourtous.blogspot.com

25- د. حازم حسن جمعة، اتفاق التحكيم الالكتروني وطرق الاثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة، بحث قانوني منشور على شبكة الانترنت بالموقع الالكتروني :

http://Kambota.Forumarabia.net/t248-topic

26- حسام مروان ابو حامدة، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.4shared.com

27- د. خالد ممدوح، التحكيم الالكتروني، بحث قانوني منشور على الموقع الالكتروني :
.www.hdrmut.net/vb/t299304.html

28- د. عماد الدين المحمد، طبيعة وانماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، بحث قانوني منشور على شبكة الانترنت بالموقع الالكتروني:

WWW.alittihad.aeldatails.php?ip=1963/2y=2008

29- د. فتاح محمد حسين الجيلاوي، دور التحكيم التجاري في تسوية منازعات العقود الادارية، بحث قانوني منشور في مجلة القانون المقارن، العدد (٦٤) لسنة ٢٠٠٩

30- د. محمد ابراهيم موسى، التحكيم الالكتروني، بحث قانوني منشور على شبكة الانترنت بالموقع الالكتروني الاتي:

www.ledroitpourtous.blogspot.com

31- د. محمد حتة، التحكيم الالكتروني أحدث النزاعات وأحدث طرق الحل، بحث قانوني منشور على شبكة الانترنت بالموقع الالكتروني

http://kenanaonline.com/users/hettall/posts/81160

32- مصلح احمد الطراونة ود. نور حمد الحجايا، التحكيم الالكتروني، بحث قانوني منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثاني، العدد الأول، ٢٠٠٥.

33- د. نبيل زيد مقابلة، التحكيم الالكتروني، بحث قانوني منشور على الموقع الالكتروني:

http://www.arab0elaw.com/showsimilar.aspx?id=81

رابعا : المقالات والرسائل الجامعية:

34- مشتاق طالب وهيب النعيمي، حجية الرسائل والبرقيات في ضوء التقنيات المدنية، رسالة ماجستير في القانون الخاص مقدمة الى مجلس كلية النهرين للحقوق، ٢٠٠٢.

خامسا: المقالات:

35- عادل حمادة أبو عزة، التحكيم الالكتروني في منازعات المعاملات الالكترونية، مقال منشور على شبكة الانترنيت بالموقع الالكتروني الاتي:

http://www.al-jazirah.com.sa/digimag/3004/hasebat3.htm

36- د. عمر مشهور الجازي، اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١، مقال منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي ٢٠٠٣ العدد الثاني والعشرون.

سادسا: الأنظمة والقوانين والاتفاقيات الدولية:

37- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

38- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

39- قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم (١) لسنة ٢٠٠٦

40- قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١.

41- قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

42- قانون التحكيم الاردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١.

43- القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

44- قانون التحكيم الالماني الصادر عام ١٩٩٧.

45- قانون التحكيم السويسري الصادر عام ١٩٨٧.

46- اتفاقية نيويورك المنعقدة عام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

سابعا: الاتفاقيات الدولية:

47- اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥.

48- اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها.