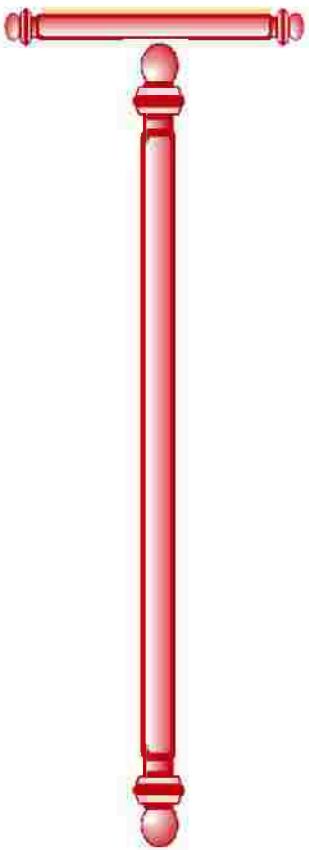
الفصل التاسع



التحكيـــم

- عدم كفاية التراضي لوجود شرط التحكيم الإلكتروني يتضمن إتفاق التحكيم الإجراءات المتعلقة بعملية التحكيم من حيث تحديد إجراءات الوصزل إلي محكمة التحكيم " أولاً " أو من حيث كيفية تحديد المحكمين "

- تحديد إجراءات التحكيم إجراءات التحكيم هي تحديد القواعد التي تتضمن إحترام مبادئ المواجهة والدفاع والإثبات أو القواعد المتعلقة بإجتماعهم عبر الإنترنت . يمكن للأفراد أن يحددوا بأنفسهم هذه الإجراءات داخل شرط التحكيم كما يمكن أن يتم ذلك بطريق غير مباشر من خلال الإحالة إلي قانون معين . في هذا الصدد يمكن للأفراد إعتناق نصوص الإتفاقيات الدولية في مجال التحكيم التقليدي ولكننا نجد أنها لا تواجه التفصيلات التي تتعلق بطبيعة الإتصال عبر الأنترنت فعلي سبيل المثال تحديد كيفية إجتماع الأفراد مع محكمة التحكيم عن بعد عبر شبكة الأنترنت وكيفية إتصال المحكمة بالوثائق التي ترغب في الوصول اليها وكيفية الحفظ علي ما قد يعتبره الأطراف من سرية يالنسبة لبعض المعلومات التجارية أو الصناعية الهامة وخصوصا أننا نعلم أن من أهم خصائص التحكيم التي تدفع الأفراد للجوء اليه ألا وهو السريه . من هنا يمكن للأفراد أن يبرموا إتفاقاً يتضمن مواجهة هذه المسائل الفنية التي ترتبط بالأنترنت والتي تغيب عن هذه النصوص ويكون مكملاً لقواعد التحكيم التقليديه ولهذا يفضل أن يختار الأطراف قواعد محاكم التحكيم الألكتروني وذلك لأنها تواجه مثل هذه المشاكل إذ تضع أرقاماً مشفرة لهذه المعلومات بحيث لا يستطيع الوصول إلي هذه المعلومات إلا أصحابها بل أنها تحفظ سرية هذه المعلومات في مواجهة الأفراد أنفسهم بحيث لا يمكن للفرد إلا

الدخول إلي الدوسيه الخاص به فقط كما أنها تؤكد المبادئ الأخري التي تحكم التحكيم التقليدي كمبدأ المواجهة وإحترام النظام العام .ولكن ما هو القانون الذي يحدد هذه الإجراءات في حالة غياب اتفاق الأطراف علي تحديد القانون الذي يحكم اجراءات التحكيم ؟ في الحقيقة إن النصوص التقليدية الوردة في مجال التحكيم الكلاسيكي لا تقدم إجابة شافية في هذا الصدد وذلك لأن الحلول الواردة بها ترتبط بالتحكيم العادي المادي الذي يرتبط بإقليم دولة معينة . فالمادة ٥ - ١ من إتفاقية نيويورك للتحكيم الدولي تذهب إلي تطبيق إجراءات التحكيم الواردة في قانون مكان التحكيم أي قانون الدولة التي تنعقد علي إقليمها محكمة التحكيم مثل هذه الإجابه لا تتفق مع طبيعة التحكيم عبر الأنترنت والذي يتميز بالطبيعة غير المادية والذي لا يترتبط بإقليم دولة معينة . بالإضافة إذا حاولنا أن نركز علي مزيا محكمة التحكيم علي إقليم دولة معينة إذ يثور الخلاف حول ما إذا كان القانون المطبق هو قانون محل إقامتة الأفراد أو محل عملهم أو موطنهم . وتتعقد المشكلة أكثر إذا كانت المحكمة مكونه من عدة أشخاص . ولكن يمكن أن يتم تركيز محكمة التحكيم جغرافياً في دولة مقدم خدمة الوصول إلي صفحة الويبو والتي تتركز عليها محكمة التحكيم وبالتالي يتم تطبيق قانونها ولكن تثور المشكلة إذا كان مقدم الخدمة عدة شركات فأي قانون يتم إعتناقه لتحديد إتفاق التحكيم ؟ وإذا ما تم تطبيق جمعي لهذه القوانين فإن هناك احتمال وقوع تصادم أو تعارض بين مضمون مثل هذه القوانين في هذا الخصوص يمكن يعهد إلي الأفراد تحديد مكان محكمة التحكيم وذلك وفقاً لما ذهبت اليه المادة ١٤ من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس والتي تنص علي أن المحكمة

لا تحدد مكان محكمة التحكيم إلا إذا لم يتفق الأطراف علي ذلك " وكذلك المادة ٢٠ من القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة في تحديد مكان التحكيم وعلي ذلك إذا حدد الأفراد قانون مكان محكمة التحكيم كقانون واجب التطبيق علي إجراءات التحكيم الإلكتروني دون أن يتم تحديد مكان التحكيم في الشرط المندمج في العقد يمكن لهم أن يحددا ذلك المكان في إتفاق لا حق وفي حالة عدم اتفاق الأفراد ويمكن للمحكم أن يقوم بتطبيق القواعد التي تنظم الإجراءات التي تتم أمام محاكم التحكيم الإلكتروني الكنديه وتلك التابعه للمنظمة العالمية للملكية الفكرية علي أساس أنها تشكل القانون الإجرائي للمعاملات الإلكترونيه .

-تعيين محكمة التحكيم يمكن للمتعاقدين تعيين أشخاص المحكمين داخل شرط التحكيم أو بالإحالة إلي القواعد المنظمة لمؤسسة التحكيم أو أن يعهدوا إلي شخص ثالث هذه المهمه هذا التحديد يمكن أن يتم داخل شرط التحكيم المدرج في العقد كما يمكن أن يتم في وقت لاحق بعد إبرام العقد الرئيسي ولكن إذا ما قام الأطراف بالإحالة إلي القواعد المنظمة لمؤسسة التحكيم هلي يمكن لهم إختيار الأشخاص الذين يشكلون المحكمة من بين المدرجين داخل قائمة مؤسسة التحكيم وفقا للقواعد المنظمة لمحكمة التحكيم الإلكترونية الكندية إذا ما تمت الإحالة اليها من قبل الأطراف فإن سكرتارية المحكمة هي التي تتولي تعيين أعضاء المحكمة حيث تتكون المحكمة غالباً من قانونيين وخبراء في مجال تكنولوجيا المعلومات وهذا بعكس القواعد المنظمة لغرفة التجارة الدولية بباريس والتي تعطي للأفراد حرية

إختيار الأعضاء الذين يشكلون المحكمة بحيث لا تتدخل مؤسسة التحكيم إلا في حالة عدم إتفاق الأطراف في هذا الخصوص .

بالنسبة لإجراءات رد المحكم وفقا لقواعدCCI يكون ذلك عن طريق إرسال اعلان كتابي إلي السكرتاريه في حين أن قواعد القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن الأمم المتحدة أكثر مرونة حيث تترك للأفراد حرية إختيار الطريقة التي يتم بها إعلان الرد دون إستلزم الإعلان الكتابي للسكرتارية إلا في حالة عدم إتفاق الأفراد علي ذلك ولقد إتخذت قواعد محاكم التحكيم الإلكتروني " المادة ٣ و ٢٣ من قواعد محكمة التحكيم الإلكتروني التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية OMPL والمادة ٨ من قواعد محكمة التحكيم الإلكتروني الكندية " موقفا يتفق مع الطبيعه الإلكترونيه لعملية التحكيم وذلك حيث يكون الرد من خلال إعلام السكرتارية بذلك عن طريق وثيقة الكترونية يذهب جانب من فقه قانون تجارة الإلكترونيه إلي تطبيق قانون العقد علي مسألة تكوينه هذا يعني أن القانون الذي يحكم تنفيذ إلتزامات الأطراف هو الذي سيحكم كيفية التعبير عن الإرادة وقيمة السكوت في هذا التعبير في تحديد مدي القوة الملزمة للإيجاب وأثر وفاة من وجه اليه الإيجاب أو فقده لأهليته في سقوط الإيجاب وهو الذي يبين ما إذا كانت الإرادة الظاهرة هي التي يعتد بها أم الإرادة الباطنة كما يبين كيفية تلاقي الإيجاب بالقبول وعلي الأخص في حالة التعاقد بين غائبين كالعقد محل الدراسة وهذا الإتجاه يجد من يسانده في الفقه المصري الذي يري تطبيق القانون الذي يحكم آثار العقد علي مرحلة تكوينه إنطلاقاً من نص المادة ١٩ من القانون المدني المصري الذي يأخذ بمبدأ وحدة العقد حيث لا يسري فقط علي آثار العقد وانما أيضا علي

تكوينه أي أن قانون العقد يجب أن يسري علي كافة المراحل العقدية مؤيداً رأيه بأن هذا يتمشي مع إتفاقية روما المتعلقة بالإلتزامات العقديه ١٩٨٠ والتي تنص في المادة ٨ فقره ١ بأن وجود العقد وصحته أو أحد النصوص العقدية يكون خاضعاً لقانون العقد . ولكن هذا الإتجاه مردود عليه بما ذكره الأستاذ Droz الذي يصف إسناد مسألة وجود التراضي إلي قانون العقد بإننا نقلب العقد إذا نجعل النهاية تحكم البداية وذلك لأن قانون العقد يسري علي الآثار الناجمة عن العقد بما يفترض أن لدينا عقداً قد سبق إبرامه فلا يصح أن يحكم اللاحق السابق لأن وجود للشق الأخير من العقد " آثار العقد " يفترض صحة الشق الأول من الناحية القانونية بما يؤدي إلي ضرورة البحث عن القانون الذي نشأ في ظله هذا الجزء الأول . فإذا كان قانون العقد هو ذلك القانون الذي تم إختياره من جانب الأفراد فإن هذا الإختيار لا يؤخذ في الإعتبار إلا إذا كان العقد قد أبرم صحيحاً أي أن فعالية قانون العقد تتوقف علي صحة العقد الذي سيحكمه هذا القانون كذلك ما يقوض هذا الرأي أيضاً أن نص المادة ١٩ كان صريحاً في تناول " الإلتزامات العقدية " فقط وذلك دون الإشارة إلي مسألة تكوين العقد فيما يتعلق بوجود التراضي فالحديث عن آثار العقد يفترض أن هناك عقداً قد تم إبرامه بما يجعله جزءاً من الفكرة المسندة فكان مسألة إنعقاد العقد تعد مسالة تكييف أولي بما يجعلها تخضع لقانون قاضي العقد ومن هنا فإن القانون الذي يحكم تكوين العقد يجب أن يكون غير ذلك الذي ينظم إلتزامات الأطراف أما الحجة المتعلقة بإتفاقية روما فهي غير مقبولة وذلك لأن هذا الرأي لم يتتبع نص المادة ٨ في فقرتها الثانية التي تورد استثناءاً علي القاعدة الواردة في الفقرة الأولي بخصوص التعاقد بين

حاضرين حيث أن الحكم المنصوص عليه في هذه الفقرة لا ينطبق بخصوص العقود بين غائبين كالعقد محل الدراسة إذا يمكن أن يتم الإتفاق علي بعض البنود العقدية كمواصفات المعلومات المطلوبة علي شبكة الويبو ولكن يتم تحديد الثمن في فترة لاحقة من خلال البريد الإلكتروني أو من خلال وسيلة من وسائل الإتصالات الحديثة الأخري دون أن يقابله قبول صريح من العميل من هنا يثور التساؤل هل قبل العميل أو الزبون هذا الثمن أم لا أم أنه أدخل بعض التعديلات علي الرسلة الموجهة من المورد ؟ فالخلاف يدور هنا حول مسألة وجود التراضي من جانب العميل فما يتعلق بالثمن المحدد من جانب المورد فإذا كان قانون العقد يجعل السكوت قبولاً فإن هناك من الخطر الذي يمكن أن يهدد العمل نتيجة قانون يمكن أن يجهله أو إذا كان قانون دولته لا يكيف هذا السلوك علي أنه قبول هنا أوردت اتفاقية روما إستثناءاً في المادة ٨ فقرة ٢ وهو أنه إذا نازع أحد الطرفين في رضاؤه حول بعض البنود العقدية في هذه الحالة يمكن أن يتم الرجوع إلي قانون محل إقامته لتحديد ماذا يدل عليه تصرفات العميل أو سكوته الملابس لهذا فإن مسالة الحفاظ علي وحدة القانون الذي يحكم العقد ليست خيراً في جميع الأحوال وإنما يمكن أن تهدد العلاقة العقدية ومن ثم يبدو لنا أنه يجب التفرقة بين حالتين إذا كان قانون العقد قد تم إختياره من جانب الأفراد متضمنا صراحة بأنه يحكم أيضاً تكوين العقد في هذه الحالة يكون تطبيق هذا القانون واجباً حفاظاً علي توقعات الأفراد حيث يكونوا قد أبرموا العقد وفقاً لأحكامه إذ أن إعتناق قانون معين يفترض غالباً العلم به أما إذا لم يحدد الأفراد قانون العقد أو لم يرد نص صريح في الإختيار بأنه أيضاً يحكم مسألة تكوين العقد في هذه الحالة

فلا مجال لتطبيق قانون العقد وإنما يجب تطبيق قانون محل إقامة الأفراد إذ يكيف الشخص تصرفاته وفقاً للبيئة القانونية التي يمارس نشاطه بها إذا كان اللجوء إلي التحكيم أصبح أمراً متزايداً في التجارة الدولية التي تتم بوسائل تقليدية نظراً لما يتميز به من سرعة وسهولة بعيداً عن الإجراءات المعقدة والطويلة أمام القضاء العادي فإن اللجوء إلي الحكيم في التجارة الإلكترونية يكون أدعي وذلك لأنه يتفق مع طبيعة هذه التجارة وهي السرعة في الإبرام والتنفيذ خاصة بالنسبة للعقود التي تبرم وتنفذ عبر شبكة الأنترنت كالعقد محل الدراسة .بل الأكثر من ذلك يقدم التحكيم الإلكتروني مميزات غير موجودة في التحكيم العادي ألا وهي أنه لايستلزم إنتقال الأفراد المتخاصمة إلي مكان بعيد عن محل إقامتهما إذ أن إستماع المحكمة إلي المتخاصمين لا يستلزم التواجد المادي لكلاهما وإنما يمكن أن يتم من خلال المحادثات التليفونية والإتصالات اليت تتم عبر الأقمال الصناعية كما أن الوصول إلي حكم في التراع يكون أسرع وذلك لسهولة وسرعة تقديم الأوراق والمستندات المطلوبة من خلال البيد الإلكتروني أو من خلال الإتصال المباشر بالخبراء علي عنوانهم الإلكتروني أو بتبادل الحديث معهم من خلال شبكة الويبو من هنا قامت بعض الموئسسات بإنشاء محكمة تحكيم الكترونيه مثل جامعة مونتريال بكندا وأيضا محكمة التحكيم الإلكترونيه التابعة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية OMPI وكذلك في الولايات المتحدة الأمريكية . وبالتالي من المتصور في عقد الإشتراك في بنوك المعلومات أن يتم ادراج شرط داخل العقد يتضمن اتفاق الأطراف علي إختيار التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات التي تنشأ فيما بينهما

- مدي اعتبار الوثيقة الإلكترونية كالكتابه لوجود شرط التحكيم الإلكتروني :

- إن تحليل القوانين التي تنظيم شروط وجود شرط التحكيم يكشف عن أن هذه القوانين تستلزم بصفة أصلية كأي شرط عقدي ضرورة توافر التراضي بين الطرفين علي هذا الشرط أما بخصوص إذا كان هذا التراضي يكفي وحده أم لا لوجود شرط التحكيم بمعني استلزام أن يكون مكتوباً أم لا فإن التشريعات المختلفة تنقسم إلي إتجاهين :المذهب الأول يعبر عن الإتجاه المتحرر الذي لا يفرض شكلاً معيناً لشرط التحكيم حيث لا يستلزم الكتابة لصحته وهذا ما ذهبت إليه إتفاقية جنيف للتحكيم الدولي إذ أنها تستلزم أن يكون شرط التحكيم مكتوباً ولكنها تعود في المادة ١ – ٢ وتقرر أن شرط التحكيم غير المكتوب يكون صحيحاً إذا تم بين أطراف يجيز القانون الخصا بهما أن يكون إتفاق التحكيم غير مكتوب أي أنها تجيل في مسألة شكل شرط التحكيم إلي القوانين الداخلية ومن هذه القوانين القانون الألماني الذي لايبغي شكلاً معيناً لإتفاق التحكيم إذا كان مبرماً بين التجار وفي نفس الإتجاه المتحرر لم يستلزم المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية أن يكون شرط التحكيم الدولي مكتوباً كل ما هنالك أن المادة ١٤٩٩ تتطلب لتنفيذ شرط التحكيم أن يكون مقروناً بالعقد الأصلي المصاحب لإتفاق التحكيم ومن ثم يمكن الجزم بأن القانون الفرنسي لم يتطلب لوجود شرط التحكيم الدولي بأن يكون مكتوباً .أما الإتجاه الثاني فهو يستلزم أن يكون شرط التحكيم مكتوباً وفقاً لقواعد التحكيم التقليدية إذ يجب حسب القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن الأمم المتحدة في ٢١ يونيو

١٩٨٥ أن يكون اتفاق التحكيم في شكل مكتوب وكذلك تستلزم أيضاً اتفاقية نيويورك للتحكيم الدولي أن يكون هذا الإتفاق مكتوبا ولكي يتم وضعه موضع التنفيذ يجب أن يكون مع الشخص الذي يطالب بالتنفيذ أصل الإتفاقية التي تتضمن إتفاق الأفراد علي اللجوء إلي التحكيم كذلك أيضاً قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ يستلزم أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً اذ ينص علي " يجب أن يكون شرط التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ... " معني ذلك أن غالبية النصوص التي تنظم عملية التحكيم تستلزم أن يكون شرط التحكيم مكتوباً فهل الكتابة الإلكترونية التي تتم من خلال الأنترنت تلبي هذا الشرط ؟ هذا يقتضي منا أن نبين مفهوم الكتابة ومدي إنطباقها علي الكتابة الإلكترونية التي تتم من خلال الأنترنت ؟ إن الكتابة يتم تفسيرها تقليدياً علي أنها مجموعة الحروف والأرقام والرموز والإشارات التي تدل علي معني معين وتكون ثابتة علي دعامة قوية . يقصد هذه الدعامة تقليدياً بأنها الدعامة الورقية التي تحوي معلومات معينه وتكون ممهورة باتفاق المتعاقدين فالأثر اليدوي يلقي بظلاله علي مفهوم الكتابة إذا أنها تكون مكتوبة باليد أو بماكينة ولكنها تكون في جميع الأحوال ممضاه يدوياً ولكن التطور المستمر في وسائل الإتصال أدي ضرورة إعادة النظر في هذا المفهوم التقليدي للكتابه إن الهدف من إستلزام أن يأخذ عقد أو إتفاق شكل الكتابة ليس هو الدعامة الورقية في ذاتها وإنها كوسيلة لثبوت المعلومات التي تتضمنها . لذلك فإنه لا يوجد ما يمنع من قبول الدعامات الأخري الحديثة طالما تحقق الهدف وهو استيفاء شكل معين يسمح بتأكيد ثبوت نسبة المعلومات التي تتكون منها إلي شخص معين . لذلك فإن

نصوص اتفاقيتا جنيف ونيويورك بعد أن اشترطت الكتابة لوجود شرط التحكيم ذهبت إلي الأخذ بمفهوم واسع للكتابة بحيث يشمل تلك التي تكون ثابتة علي دعامة ورقية تقليدية وكذا وسائل الإتصال الحديثة الأخري كالبرقيات ولكن هل يقتصر ذلك علي الوسائل الحديثة المنصوص عليها أم أن ذلك يشمل جميع وسائل الإتصال الحديثة الأخري التي لم تكن معروفة وقت إبرامها ؟ يذهب الإتجاه الغالب إلي أن نصوص هذه وحيث أن وظائف الكتابة قد تم الإشارة اليها تفصيليا بموجب التعليق الوارد علي المادة ٦ الواردة في القانون النموذجي الصادر ١٩٩٦ عن لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة وهي ضمان وجود دليل ملموس علي نية الإلتزام لدي الطرفين وعلي طبيعة هذه النية .مساعدة الطرفين علي ادراك تبعات ابرامها العقد .كفالة أن يكون المستند مقروء للجميع كفالة بقاء المستند بلا تجريف بمرور الزمن وأن يوفر سجلا دائماً للمعاملة .تاحة المجال لأستنساخ المستند لكي يحتفظ كل طرف بنسخة من البيانات نفسها . اتاحة المجال لتوثيق البيانات بواسطة التوقيع .كفالة أن يكون المستند في شكل مقبول لدي السلطات العامة والمحاكم .تجسيد قصد محرر " الكتابة " وتوفير سجل بذلك القصد اتاحة المجال لتيسير تخزين البيانات في شكل ملموس – تيسير المراقبة والتقيق اللاحق لأغراض محاسبية أو ضريبية أو تنظيمي– ادخال الحقوق والإلتزامات القانونية إلي حيزالوجود في الحالات التي تكون فيها " الكتابة " مطوبة لأغراض اثبات الصحة " أنظر وثائق اليونسترال المتعلقة بالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية ص ٣٢ وحيث أن الإتقاقيات كانت حريصة علي الأخذ في الإعتبار جميع وسائل الإتصال الناتجة عن التقدم التكنولوجي لإبارم إتفاق

التحكيم ومن ثم فإن تفسير هذه النصوص يجب أن يتم في هذا الإطار ألا وهو ضرورة التأقلم مع وسائل الإتصال الحديثة التي يكشف عنها التطور التكنولوجي في كل زمان وليس تلك التي كانت معروفه وقت إبرامها فقط . لأجل هذا لقد ذهب القضاء الفرنسي إلي أن اتفاق التحكيم يمكن أن يكون مبرماً بالفاكس وذلك قياساً علي البرقيات المنصوص عليها في إتفاقية نيويورك .وكذلك أيضا ذهبت المحكمة الفيدرالية السويسرية في حكمها الصادر في ١٦ يناير ١٩٩٥ إلي صحة شرط التحكيم الوارد في إتفاقية إطار أو نصوص عامة غير ممهورة بإمضاء الأطراف . وقد أوردت المحكمة من الحجج التي إعتمدت عليها في حكمها وهو سلوك الأفراد المتعاقدة ومبدأ حسن النية عند تفسير النصوص الخاصة بشكل إتفاق التحكيم الوارد في إتفاقية نيويورك وكذلك اعتمدت المحكمة علي " ضرورة الأخذ في الإعتبار الوسائل الحديثة في مجال الإتصال ... حيث أن إستلزام التوقيع يكون أمر نسبي في مجال التجارة الدولية . أشارت أيضاً بعض الإتفاقيات الدولية إلي وسائل الإتصال الحديثة تلك وأعتبرتها كالكتابة في مفهوم الشكل الذي يجب أن يصب فيه شرط التحكيم فها هي إتفاقية نيويورك تشير إلي ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ونجدها تقرر أن مفهوم الكتابة يشمل بعض وسائل الإتصال الأخري كالبرقيات والفاكس.وذهبت محكمة النقض الفرنسيه في موضع آخر في حكمها الصادر في ٢ ديسمبر ١٩٩ إلي إعطاء هذا المفهوم الواسع للكتابة حيث أكدت أن الكتابة يمكن أن تنشأ وتحفظ بجميع الدعامات وهذا يتضمن الفاكس إذا ما كانت نسبته إلي شخص محدد ليست محل نزاع .ولكن إذا كنا نأخذ بالتفسير الواسع لنصوص الإتفاقيات الدولية

وقياس وسائل الإتصال الحديثة التي نتجت بعد ظهورها علي تلك المنصوص عليها في هذه الإتفاقيات فإن الأمر بالنسبة لوثيقة الإلكترونية والتي تبرم عبر الإنترنت يختلف وذلك لأن الفاكس والبرقيات المنصوص علهيا سلفاً إذا كانت قد تتميز عن فكرة الوثيقة المكتوبة التقليدية إلا أنه يجمعها طبيعة واحدة مشتركة ألا وهي التواجد المادي للوثيقة الورقية في حين أنه بالنسبه للوثيقة الإلكترونية التي تتم عبر الأنترنت فإنها تتميز بالطبيعة غير المادية حيث أن مكونات الإتفاق لا تكون ثابتة في ورقة ممهورة بتوقيع الأطراف لذلك فإن قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لا تفرض شكلا معيناً لشرط التحكيم وذلك لأن نصوصها لا تنطبق إلا علي إجراءات التحكيم نفسها أي عندما يتم تنفيذ شرط التحكيم حيث أن الإتفاقية أجازت للأفراد أن يدرجوا داخل العقد الرئيسي شرط يفيد إتفاقهم علي التحكيم وذلك لعقد الإختصاص لها . فوفقاً لهذه النصوص تكون الكتابة أمر إختياري وهذا يعني أن الأطراف يمكنهم أن يستخداموا وسيلة إلكترونية لإبرام الإتفاق كالأنترنت . كذلك فإن نصوص القانون النموذجي للتحكيم الدولي الصادر عن الأمم المتحدة قد وردت في صورة أكثر عمومية حيث نصت علي إمكانية إبرام إتفاق التحكيم من خلال بعض وسائل الإتصال الحديثة كالفاكس والبرقيات تم أشارت إلي أية وسيلة إتصال عن بعد أخري يمكن أن يكشف عنها التطور التكنولوجي وتسمح بإثبات وجود إتفاق التحكيم ولقد هجت مبادئ معهد توحيد القانون الخاص التابع للأمم المتحدة هذا النهج وتبنت المفهوم الواسع بالنسبة لفكرة الكتابة . فلقد أوردت في المادة العاشرة عدة تعريفات لما أوردته من بعض الكلمات مثل " المحكمة و المدين " ثم في فقرتها الثالثة

المقصود بمفهوم الكتابة الوارد بها حيث أشارت إلي أنه يشمل جميع وسائل الإتصال والتي تسمح بحفظ المعلومات المتبادلة والإبقاء علي مكوناتها في وثيقة يمكن أن تترك أثراً مادياً وذلك لأجل إمكانية إسترجاع هذه المعلومات والإحتكام اليها عند الخلاف فهي كما أشار التعليق الوارد علي هذه المادة قد أعتنقت مفهوم وظيفي لفكرة الكتابة والتي يتم من خلالها تجسيد المعلومات المتادلة بين الأطراف في وثيقة مادية محسوسة كي تكون مرجعاً يسمح بالرجوع اليها عند الضرورة . وهذا المفهوم ينطبق ليس فقط علي الوثيقة الورقية التقليدية أو تلك التي تكون في صورة الوثائق الحديثة كالبرقيات والفاكس وإنما تشمل جميع وسائل الإتصال الحديثة ومنها الوثيقة الإلكترونية . ولقد آمنت التشريعات الوطنيه هذا المفهوم الواسع لفكرة الكتابة بخصوص إتفاق التحكيم فيها هو القانون السويسري الجديد في مادته رقم ١٧٨ فقرة ١ قد إستوحي هذا المفهوم الواسع لفكرة الكتابة إذا تنص علي أنه " بالنسبة لشكل اتفاق التحكيم فإنه يكون صحيحاً إذا تم بالكتابة أو الفاكس .... أو بأية وسيلة إتصال عن بعد يمكن أن تسمح بوجود الإتفاق " واضح أن هذه النصوص قد أجازت الإعتماد علي وسائل الإتصال الأخري التي يكشف عنها التطور العلمي غير الكتابة وبالتالي فهي تقبل إمكانية إبرام اتفاق التحكيم من خلال الكتابة الإلكترونية عبر الأنترنت وكذا قانون التحكيم المصري وذلك لأنه بعد أن استلزم أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وذكر في الشق الثاني من النص أن " يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من وسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة "

تفسير العبارة الأخيرة في ضوء المصدر الدولي لهذا القانون النموذجي الصادر عن اليونسترال في مجال التحكيم – يؤدي إلي القول بضرورة اعتبار الكتابة الإلكترونية كالكتابة الورقية وذلك لأن المادة ١٢ استخدمت ألفاظ عامة تسمح بإمكانية مساواة الكتابة الإلكترونية بالكتابة العادية ولقد أصدرت اللجنة التابعة للأمم المتحدة أخيراً القانون النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية الصادر في ١٤ يونيو ١٩٩٦ والذي أكد أن التصرفات المبرمة عبر الأنترنت لا يمكن الطعن في صحتها المجرد أنها تمت عبر الأنترنت إذ أن الوثيقة الإلكترونية كالورقة المكتوبة العادية في مجال إبرام العقود الإلكترونية بشرط أن يكون من السهل الوصول إلي هذه الوثيقة الإلكترونية فيما بعد ومن ثم فإن شروط صحة شرط التحكيم يحكمها نفس المبدأ الذي يحكم عقدنا الرئيسي ألا وهو مبدأ حرية الإختيار المعهودة إلي الأفراد في إختيار القالب الذي تحخيا فيه بنودهم العقدية مضمون شرط التحكيم الإلكتروني .

القانون الواجب التطبيق علي شكل العقد تنص المادة ٢٠ من القانون المدني المصري " العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري علي أحكامها الموضوعيه كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك " . وكما هو واضح من النص أن المشرع لم يفرق بين التعاقد الذي يتم بين حاضرين وذلك الذي يتم بين غائبين فالنص جاء عاماً ومن ثم يمكن القول أن المشرع قد أورد قاعدة إسناد واحدة لتحكم الحالتين وذلك علي عكس الحال بالنسبه للقانون الدولي الخاص الفرنسي الجديد إتفاقية روما إذ يفرق بين الحالتين :إذا

يفرد قاعدة إسناد للتعاقد الذي يتم بين حاضرين وأخري لذلك الذي يتم بين غائبين فبخصوص التعاقد بين حاضرين يكون العقد صحيحاً سواءاً تم وفقاً لقانون محل ابرام العقد أو تم تبعاً لذلك الذي يحكم موضوع العقد في حين أن قاعدة الإسناد التي تحكم التعاقد بين غائبين تجعله صحيحاً وفقا لقانون أيا من الطرفين هكذا فإن القانون يكون صحيحاً من حيث الشكل إذا تم وفقاً لقانون العقد أو قانون محل الإبرام ويوجد علي الجانب الآخر تطبيق القوانين التي تكون ذات طبيعة آمرة والتي يتم تطبيقها بغض النظر عن القانون الذي يحكم شكل العقد " القانون الذي يحكم شكل العقد وفقاً لمنهج التنازع يوجد في هذا الصدد إتجاهين : يري أحدهما تطبيق القانون الذي يحكم موضوع العقد " أولا" في حين الآخر يري إعمال قانون محل إبرام العقد " ثانيا " تطبيق القانون الذي يحكم موضوع العقد يتبين لنا من نص المادة ٢٠ أن العقد يكون صحيحاً وفقا لقانون العقد والمشرع المصري في ذلك قد إتبع الإتجاه الذي كسر إحتكار قانون محل الإبرام يحكم الشكل علي إعتبار أن مكان إبرام العقد لا يعبر في جميع الأحوال عن وصال حقيقي بينه وبين العقد ومن ثم فإن قاضي العقد يستطيع أن يرجع في ذلك إلي القانون الذي يحكم موضوع العقد إنطلاقاً من فكرة أن الرجوع إلي قانون العقد من شأنه أن يضمن وحدة العقد ويتفادي تجزئته واضح أن الخطاب موجه في هذا النص إلي القاضي فكان رجوع القاضي إلي قانون العقد ليس وفقاً علي إرادة الأفراد في هذا الصدد نفس التفسير نجده في نصوص إتفاقية روما إذ أنها أوردت نفس قاعدة الإسناد المصرية بخصوص شكل العقد حيث تنص المادة ٩ علي أن شكل العقد يكون صحيحاً إذا إستوفي الشروط التي يستلزمها القانون الذي يحكم العقد

أو ذلك الذي أبرم فيه فالقاضي يستطيع الرجوع إلي قانون العقد أو قانون بلد الإبرام وذلك دون توقف علي إرادة الأطراف وذلك علي عكس إتجاه القضاء الفرنسي السابق علي إتفاقية روما ولكن لا يوجد هناك ما يمنع الأفراد من النص صراحة علي خضوع شكل العقد لقانون العقد . هذا الإتفاق يمكن أن يكون صريحاً بإدراج شرط صريح داخل بنود العقد يؤكد علي خضوع شكل العقد لقانون العقد ويمكن أن يكون هذا الإتفاق ضمنياً بحيث أن إتفاق الأفراد علي قانون معين لحكم العقد ويعني أن إرادتهم إتجهت إلي تطبيق قانون العقد علي شكل العقد . لكن لا يخفي أن هذا التكييف يتم بناءاً علي الإستناد للإرادة المفترضة للأفراد إرادة مصطنعة لاتعبر عن حقيقة إختيارهم ولقد سبقهم إلي هذا التأكيد القضاء الفرنسي حيث أكد أن قانون العقد لا يحكم الشكل إلا إذا كانت هناك إرادة صريحة في هذا الخصوص إن الحدود بين فكرة الإرادة الضمنية وتلك المفترضة تبدو غير واضحة أو مصطعنة فيجب إذن أن يكون الإختيار صريحاً أو واضحاً من خلال قرائن محددة في العقد وإلا أصبحنا أمام حالة غياب إتفاق الأطراف إزاء هذه النقطة يظهر ذلك من أحكام القضاء في مجال قريب من موضوع الدراسة حيث نزاعاً كان يتعلق بعقد تنازل عن إستغلال فيلم سينمائي أمريكي بين طرفين أمريكي وفرنسي العقد أبرم في فرنسا ومع ذلك لم يتبع الشكل الذي يستلزمه القانون الفرنسي بخصوص عقود حق المؤلف وهو الكتابة وإنما تم إبرام العقد وفقاً للقانون الأمريكي الذي لا يستلزم شكل معين لإبرام العقد حيث رفضت محكمة النقض الفرنسية إبطال العقد بحجة عدم إحترام الشكل الذي يحكم العقد وذلك لأن للأفراد الحق في إبرام العقد وفقاً للقانون الذي يحكم موضوع

العقد .تطبيق قانون محل إبرام العقد يجب لتحديد قانون محل إبرام العقد مواجهة مسألتين علي جانب كبير من الأهمية الأولي تتعلق بتحديد طبيعة العقد محل الدراسه وهل هو تعاقد بين حاضرين أم تعاقد بين غائبين ؟ ثم تحديد مكان الدولة التي يتم فيها إبرام العقد كي نعهد إلي قانونها تولي شكل العقد عقد بين حاضرين أم غائبين ؟إن التعاقد من خلال شبكة الأنترنت يفترض أن يكون بين أشخاص متباعدين مكانياً وهذا يمكن أن يدرج العقود المبرمه من خلال شبكة الأنترنت في مصاف العقود بين غائبين كالتعاقد بالتيفون ولكن هناك من الأنظمة القانونية التي إعتبرت التعاقد بالتيفون من صور التعاقد بين حاضرين علي أساس أن الأطراف يكونوا علي إتصال مباشر من خلال وسيلة الإتصال ويتبادلون وجهات النظر فيما يتعلق بالعملية العقدية .وهذا المنطق يمكن أن ينطبق علي التعاقد الذي يتم من خلال شبكة الأنترنت حيث يكون طرفي العلاقة العقدية علي إتصال دائم من خلال تبادل المعلومات المعالجة بلغة الكمبيوتر عبر شبكة مفتوحة تجعلهم علي إتصال مباشر في نفس التوقيت وعلي نفس المكان ألا وهو شبكة الأنترنت ففكرة الفروق الزمنية والمكانية التي تفترضها عملية التعاقد بين غائبين غير متواجدة بالنسبة للتعاقد الذي يتم من خلال شبكة الأنترنت حيث يتميز الأنترنت بأنه وسيلة يمكن إستعمالها من أكثر من شخص ينتسبون إلي أكثر من دولة في آن واحد أي أن فكرة الإنفصال الجغرافي التقليدية التي تفترضها عمليات تبادل التراضي بين المتعاقدين الغائبين والتي تتم من خلال تبادل الخطابات والرسائل التي تعبر الحدود غير متواجده كما أن فكرة الفروق الزمنية التي يعرفها التعاقد بين غائبين التقليدي غير متوافرة أيضاً إزاء الوسيلة التي يتم بها العقد محل

الدراسه وذلك لأن أطراف التعاقد لا يتبادلون عملية الإيجاب والقبول من خلال الوسائل المادية التقليدية كالخطابات والتي تقتضي عبور الحدود ومن ثم إستغراق فاصل زمني بين إرسال الإيجاب ووصوله إلي المستقبل وإنما من خلال رسائل متبادلة عبر شبكة الأنترنت يتحقق لهم الإتصال المباشر في نفس الوقت فإن غاب الإلتقاء المادي للمتعاقدين عبر الأنترنت إلا أنه يتحقق نوع من الإلتقاء الأفتراضي المتزامن الذي يسهل حدوث نقاش ومفاوضات حول العقد الذي سوف يتم إبرامه وبذلك " يضمهما مجلس واحد حكمي إفتراضي " كما في التعاقد الذي يتم بين المتعاقدين الذين يتحقق لهم الإلتقاء الفعلي أو الواقعي . وحتي علي فرض أن هذا التواجد المادي لا يمكن أن يتم استبداله بالتواجد الإفتراضي عبر الأنترنت كي يمكن إعطاء وصف التعاقد بين حاضرين للعقد محل الدراسه فإن فكرة التعاقد بين غائبين لايمكن أن تنطبق علي التعاقد الذي يتم عبر الأنترنت وذلك لأن القانون التقليدي للتعاقد بين غائبين يفترض فكرة تفاوت المسافات والزمن معاً في حين أنه من المتفق عليه أن هذا التفاوت الزمني غير موجود بالنسبة للتعاقد الذي يتم عبرالأنترنت حيث يكون الطرفان علي إتصال في وقت واحد ومن ثم لا ينطبق أيضا علي التعاقد الذي يتم عبر الأنترنت وصف التعاقد بين غائبين ولكن يبدو أن هذا المنطق لايتفق مع إتفاقية فيينا للبيع الدولي والتي تجعل التعاقد من خلال التليفون تعاقد بين الغائبين متفقة في ذلك مع التقنينات والقوانين الدولية الموحدة التي تنظم التعاقد من خلال تبادل المعلومات المعالجة بلغة الكمبيوتر والتي إعتبرت التعاقد بهذه الوسيلة تعاقداُ بين غائبين وهذا هو الإتجاه الغالب في الفقه إذ يكيف التعاقد الذي يتم عبر الأنترنت علي أنه تعاقد بين غائبين من طبيعة خاصة من هنا كان لابد

من تحديد مكان إبرام العقد وذلك وصولاً إلي قانون محل إبرام العقد الذي يحكم شكل العقد .

تحديد مكان إبرام العقد إن محاولة تركيز العقد لتحديد مكان إبرامه في العقود التي تتم بين غائبين التقليديه التي تتم من خلال تبادل الوثائق والخطابات المكتوبه يبدو سهلاً نظراً للطبيعة المادية لوسيلة تبادل التراضي بين المتعاقدين في حين أن تحديد مكان إبرام العقد في التعاقد محل الدراسة من خلال محاولة تركيزه في دولة معينة أمر ليبدو صعباً علي التحقيق نظراً للطبيعة الدولية لشبكة الأنترنت وإتصالها بجميع الدول في آن واحد وذلك ناتج عن طبيعة غير المادية لوسيلة التعاقد تلم التي من شأنها أن تتجاهل الحدود الجغرافيه ومما زاد من هذه الصعوبة أن القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة ١٩٩٦ بخصوص التجارة الإلكترونية قد جاء خلواً من النص علي تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني ولقد برر التعليق علي المادة ١١ هذا الإغفال " بغية عدم المساس بالقانون الوطني الساري علي تكوين العقد فقد رئي أن أي نص كهذا قد يتجاوز الهدف من القانون النموذجي الذي ينبغي أن يقتصر علي النص بأن الرسائل الإلكترونية تحقق نفس درجة الدقة القانونية التي تحققها وسائل الإبلاغ الورقية وادماج القواعد القائمة حالياً بشأن تكوين العقود بالأحكام الواردة في المادة ١٥ بهدف إلي تبديد عدم اليقين بشأن زمان ومكان تكوين العقود في الحالات التي يتم فيها تبادل العرض أو القبول الكترونياً ولكننا سوف نحاول التقريب بين العقد محل الدراسة والعقود التقليدية بين غائبين لنري مدي إمكانية تطبيق الحلول المتداوله لدي هذه الأخيرة علي العقد الأول هناك نظريتان لتحديد مكان إبرام العقد في العقود بين غائبين : الأولي تبرم

العقد لدي الموجب في اللحظة التي يتصل بها بقبول مطابق من الموجه اليه الإيجاب هذا العلم يتحقق من خلال بث المستقبل رسالة تفيد بعمله بالرسالة الموجهة اليه من الموجب ولقد أخذت إتفاقية فيينا للبيع الدولي بهذا الإتجاه في المادة ٢٤ ولكن هذه النظرية لا تتفق مع جميع صور القبول الذي يمكن أن يصدر عن الموجه اليه الإيجاب فلقد رأينا أن القبول يمكن أن يتم دون إعلان من المستقبل إلي المرسل وإنما يمكن أن يستنتج من سلوكيات العميل كما لو قام بالأعمال التي تنفذ العقد مباشرة دون إعلان لإرادته في هذا الشأن ومن هنا لا يتحقق إتصال القبول بإرادة الموجب وهذا يتحقق كثيراً عندما تكون هناك عادات جارية بين الأطراف المتعاقدة أو يكون هناك إتفاق مكتوب بذلك فيما بينهما سلفاً إلي جانب أنه قد يثور الخلاف حول تحديد أي دولة صدر عنها الإيجاب فقد يصدر من محل إقامة الموجب أو حيث توجد مشروعاته التي بها النظام المعلوماتي التي من خلالها يقيم اتصالاته وتعاقداته كما يمكن أن تصدر من أي مكان توجد بها وسيلة اتصال من هنا فإن إتفاقية فيينا قد طرحت في هذه الحالة نظرية العلم بالقبول من جانب المستقبل وبالتالي لا ينعقد العقد علي إقليمه وإنما ينعقد العقد علي إقليم الموجه إليه الإيجاب منذ اللحظة التي يشرع فيها بتنفيذ العقد ومن ثم فإن صعوبة تحقيق العلم بالقبول من جانب الموجب في جميع الأحوال يمكن أن تقف حجرة عثر في سبيل انعقاد العقد علي إقليم الموجب وهذا يمكن أن يعزز النظرية الثانية التي تبرم العقد لدي المستقبل في اللحظة التي يعلم فيها بالإيجاب ويقوم بالتوقيع علي العقد أو اللحظة التي يقوم فيها بإرسال ما يفيد قبول العقد ولقد أخذت مبادئ UNEDROIT بهذا الإتجاه حيث قد أعتبرت العقد منعقداً في اللحظة

التي يتم فيها القبول .ولكن هذه النظرية يعيبها إهمال مصلحة الموجب إذ كيف يتسني له العلم بحدوث القبول من المستقبل بالإضافة إلي أن الموجه اليه الإيجاب قد يؤجل إرسال القبول لحين إنخفاض الأسعال مثلا كما يلقي علي عاتق الموجب المخاطر التي تتعلق بالعيوب الفنية التي يمكن أن تصيب الرسالة المرسلة عبر الأنترنت بالإضافة إلي أنه يبدو لنا أن هناك تناقضاً بين نص المادة ٢ – ١ من مبادئ UNEDROIT الذي يعتبر العقد قد أبرم بمجرد القبول وبين نص الماده ٢- ٦ الذي لا يجعل للقبول أثراً إلا إذا إرتبط بعلم الموجب مبررين ذلك المعلقين علي هذا النص أن المستفيد هو الذي يجب أن يتحمل المخاطر التي تكتشف عملية وصول رسالته التي تحمل القبول إذ أن إختياره للأنترنت كوسيلة لتبليغ موافقته إلي الطرف الآخر يفرض عليه ضرورة توقع حدوث بعض المشاكل الفنية التي يمكن أن تمنع من وصول رسالته أو عدم وصولها في الموعد المحدد لهذا يجب عليه الإنتظار لحين إتصال قبوله بعلم الموجب ومن ثم فإن النظرية التي تبرم العقد لدي الموجب في اللحظة التي يتحقق له فيها القبول من خلال خطاب علم الوصول الموجه من الطرف الآخر تبدو منطقية اذ توزع المخاطر التي تتعلق بتبادل الرسائل علي عاتق الطرفين ومن ثم يمكن أن نعتبر قانون الموجب " سواء أكان قانون المورد أو قانون العميل " هو القانون الذي يحكم شكل عقد الإشتراك في قواعد المعلومات الذي يتم من خلال شبكة الأنترنت .