

## تنازع القوانين في عقود الاستثمار الإلكترونية

د. نور العبد الرزاق

أستاذ القانون الخاص المساعد

كلية القانون الكويتية العالمية

### الملخص:

تعتبر العقود الإلكترونية من التصرفات القانونية المستحدثة التي ظهرت مع التقدم التكنولوجي نتيجة لاستخدام وسائل الاتصال الحديثة، والتي لا شك أن لها أثراً كبيراً على ازدهار التجارة الإلكترونية، وتطوير الأعمال الاستثمارية في كافة المجالات التي تعكس رؤية الكويت لسنة 2035، بتحويلها إلى مركز مالي وتجاري جاذب للاستثمار. وبالرغم من مزايا وأهمية تلك العقود، إلا أنها تواجه العديد من التحديات والإشكاليات المتعلقة بتنازع القوانين نظراً لطبيعتها الإلكترونية، سواء تلك المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق، أو المحاكم المختصة.

لم يتضمن القانون رقم 20 لعام 2014 في شأن المعاملات الإلكترونية، أو القانون رقم 5 لسنة 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، حكماً صريحاً بشأن تسوية المنازعات في عقود الاستثمار الإلكترونية؛ لذلك فقد آن الأوان لإعادة النظر في القواعد القانونية السارية، إما بتعديلها أو تغييرها بشكل يتفق مع البيئة الإلكترونية للعقود الاستثمارية، والتي ستنعكس إيجاباً على تشجيع الاستثمار: لذا يسعى هذا البحث إلى بيان الأحكام المتعلقة بتنازع القوانين في عقود الاستثمار الإلكترونية في دولة الكويت، وكذلك مقارنتها بالأحكام السائدة في هذا الخصوص على الساحة الدولية لبيان مدى انسجامهما معاً

وتعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي لبحث آلية إبرام عقود الاستثمار الإلكترونية، وكيفية حل إشكالية تنازع القوانين وفقاً للقواعد المنصوص عليها في القانون الكويتي والاتفاقيات الدولية؛ وذلك بهدف القيام بتحليل هذه القواعد لمعرفة مدى ملاءمتها لطبيعة العقود الإلكترونية. وتختتم الدراسة بتوصيات عديدة، منها تطوير قواعد الإسناد لتواكب التطور التكنولوجي، والبحث عن طرق قانونية مستحدثة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الإلكترونية.

**كلمات دالة:** العقود الإلكترونية، التجارة الإلكترونية، تنازع القوانين، القانون الواجب التطبيق، قواعد الإسناد.

## المقدمة:

يبدو العالم اليوم مختلفاً بشكل كبير عما كان عليه في القرن الماضي، وظهر فرق كبير بين التفكير والسلوك وحتى طرق تنفيذ الأعمال، وذلك نتيجة للتقدم التكنولوجي والتطور الهائل الذي أدى إلى ظهور العديد من العقود المستحدثة في عالم الاقتصاد والأعمال تخطت الوسائل التقليدية للتعاملات المالية والتجارية والاقتصادية إلى طرق حديثة ومتطورة وسريعة تختصر الجهد، وتسهم في تحقيق المزيد من الأرباح، مما ينعكس على تشجيع وزيادة الاستثمار. وهناك العديد من الأمثلة على العقود المستحدثة، ومنها ما يعرف بعقود الاستثمار الإلكترونية والتي لها دور كبير في التنمية الاقتصادية خاصة في الدول النامية، وذلك من خلال ما يقدمه المستثمر الأجنبي من رأس مال وخبرات فنية وإدارية وتكنولوجية حديثة للدولة المضيفة للاستثمار.

ونظراً لطبيعة تلك العقود، فمن الطبيعي أن تنشأ إشكاليات ومنازعات قانونية غير معروفة مسبقاً، سواء تلك المتعلقة بانعقاد العقد أو تنفيذه أو تفسيره أو إثباته<sup>(1)</sup>؛ ولذلك فقد ظهرت حاجة المجتمع والدول إلى نظام قانوني ملائم لطبيعة منازعات التجارة الدولية وعقود الاستثمار، نظام يتسم بطابع السرعة في فض المنازعات، مع عدم إهدار حقوق الأطراف في الوقت ذاته؛ لذا سعت العديد من الدول إلى مباشرة الإصلاحات التشريعية خاصة في الجانب التعاقدية منها، وذلك بهدف وضع إطار قانوني لحماية الاستثمارات واستقرار المعاملات، وهو ما لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال وضع نظام قانوني حاكم للعقد.

### أهمية البحث:

إنَّ هدف المستثمر في استثماره في أي دولة هو تحقيق الربح الاقتصادي، ولضمان هذه النتيجة فإنَّ المستثمر دائماً ما يطالب بالحماية القانونية وتوفير محيط آمن؛ لذا تتبلور أهمية الدراسة في تسليط الضوء على إيجاد الحلول لإشكالية تنازع القوانين في عقود الاستثمار الإلكترونية، وتحديد القانون الواجب التطبيق، والبحث عن طرق قانونية أخرى مستحدثة لتسوية منازعات تلك العقود.

### إشكالية البحث:

تبرز إشكالية هذه الدراسة في تحديد القانون الواجب التطبيق هل هو قانون دولة المستثمر، أم قانون الدولة المضيفة للاستثمار، وما هي الاتفاقيات الدولية التي تحكم هذا

(1) د. محمد أحمد المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، دار الحامد، عمان، الأردن، 2012، ص 15.

الموضوع؟ وهل من الممكن تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية الإلكترونية والعقود النموذجية المعروفة في هذا المجال؟ لذلك فإنَّ غايتنا في هذا البحث تتبلور في إيجاد منظومة قانونية موحدة لحل إشكالية تنازع القوانين في عقود الاستثمار الإلكترونية.

### خطة البحث:

تم تقسيم هذا البحث إلى مبحث تمهيدي يتناول مفهوم عقد الاستثمار الإلكتروني وخصائصه، تلاه مبحثان: يتناول المبحث الأول القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الإلكتروني، وأما المبحث الثاني فإنه يتناول النظرية المستحدثة في القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الإلكترونية، وسوف يتبع الباحث المنهج الوصفي.

## مبحث تمهيدي

### مفهوم عقد الاستثمار الإلكتروني وخصائصه

تعتبر الاستثمارات في كافة الدول المتقدمة منها والنامية مطلباً مهماً وضرورياً للارتقاء بمستوى الشعوب وتنمية اقتصادها، ولقد شهدت الساحة الاقتصادية العالمية في العقود الأخيرة تحولات غير مسبوقة في حجم التجارة الدولية وزيادة المبادلات المالية بما فيها الاستثمار الأجنبي المباشر الذي أصبح من أبرز المعالم الكبرى للأداء الاقتصادي العالمي<sup>(2)</sup>. وبسبب ثورة التكنولوجيا والتطور الهائل، أصبحت عقود الاستثمار تبرم بوسائل الاتصال الحديثة لمواكبة العولمة وتسهيل الاستثمار.

### المطلب الأول

#### تعريف عقد الاستثمار الإلكتروني

يهدف الاستثمار كمنشأ اقتصادي إلى توليد المنافع المختلفة المادية وغير المادية، وهو أحد العوامل المهمة التي تدخل في تطور المؤسسات والاقتصاد العام لبلدان العالم<sup>(3)</sup>.

ويقصد بمصطلح الاستثمار القيام بعملية الاستثمار وتسخير رؤوس الأموال في العلاقة التعاقدية، ويمكن تعريف عقود الاستثمار بأنها: «العقود التي تبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، حيث تعتبر هذه العقود من الوسائل الفعالة التي تؤدي إلى تنمية الاقتصاد الوطني للدولة، وذلك من خلال تشجيع الاستثمار الأجنبي»<sup>(4)</sup>.

وقد عرّفه القانون الجزائري بأنه: «اتفاق بين دولة ذات سيادة مضيفة لرؤوس أموال، ومستثمر أجنبي يلتزم ويتعهد بالقيام بإنجاز استثمارات ضرورية للاقتصاد الوطني، حيث يسهم في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة وبنقل القيم الاقتصادية إليها، من أجل خلق نشاط اقتصادي محدد، مقابل الاعتراف للمستثمر الأجنبي بمزايا و ضمانات تؤدي إلى حمايته وتحقيق أرباح للمؤسسة»<sup>(5)</sup>.

(2) عبد الكريم بعدادش، الاستثمار الأجنبي المباشر وآثاره على الاقتصاد الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2010/2011، ص 9.

(3) هوشيار معروف كاكما مولا، الاستثمارات والأسواق المالية، دار الصفاء للنشر، عمان، الأردن، 2003، ص 8.

(4) د. أحمد سيد السيد ود. أحمد حمود الحبسي، خصائص عقد الاستثمار وطبيعته القانونية، المجلة القانونية الجزائرية، 2018، ص 2.

(5) عبد الحميد شنتوفي، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2009، ص 26.

كما عرّفه المشرع الكويتي في القانون رقم 116 لسنة 2013 والمتعلق بتشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت في المادة الأولى منه بأنّه: «الاستثمار الذي يتم من خلال توظيف المستثمر، بمفرده أو بمشاركة مستثمر آخر لرأس ماله بشكل مباشر في كيان استثماري داخل الكويت ويرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون».

وقد يكون رأس المال المستخدم في هذه الاستثمارات محلياً، وهنا نكون بصدد استثمارات محلية مباشرة، وقد يكون رأس المال المستخدم أجنبياً، وهنا نكون بصدد استثمارات خارجية<sup>(6)</sup>.

ونظراً لزيادة اعتماد النشاطات الاقتصادية على اختلاف أنواعها على رؤوس الأموال الأجنبية؛ لذا فقد ازدادت عقود الاستثمار التي تبرمها الدول النامية مع الدول المستثمرة، والتي تعتبر عقوداً دولية تخضع لأحكام القانون الدولي الخاص، ونظراً للتطور التكنولوجي، فقد ظهر لنا نوع جديد من العقود وهي العقود الإلكترونية والتي تتميز بالصفة العالمية لكونها تتم عن طريق شبكة الإنترنت المتاحة لكل من يريد الدخول<sup>(7)</sup>.

وبالرغم من إيجابيات العقود الإلكترونية، إلا أنّ هناك العديد من المشاكل القانونية التي تواجه تلك العقود، سواء ما يتعلق منها بإثبات المعاملات الإلكترونية، أو ما يتعلق في تنازع القوانين ومدى ملاءمة قواعد التنازع التقليدية للتطبيق على العقود الإلكترونية<sup>(8)</sup>.

وقد تم تعريف العقد الإلكتروني بتعريفات عديدة، من بينها أنّه: «عقد متعلق بالسلع والخدمات التي تتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد».

وسوف نتعرض لمفهوم العقد الإلكتروني على الصعيد التشريعي والفقه.

### أولاً: المفهوم التشريعي للعقد الإلكتروني

هناك بعض التشريعات التي تعرضت لمفهوم العقد الإلكتروني، منها التشريعات الكويتية والإماراتية، حيث تناول قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي مفهوم العقد

(6) د. ضاري الووان، النظام القانوني للاستثمار في القانون الكويتي: دراسة مقارنة، دون ناشر، دولة الكويت، 2019، ص 25.

(7) محمد أبو بكر العيش، الشكلية في عقود الإنترنت والتجارة الإلكترونية، بحث منشور على الرابط التالي: <https://www.bahrainlaw.net/post5392.html>، تاريخ الزيارة: 2020/6/18.

(8) Lorna E. Gillies, Electronic commerce and International Private Law: A study of Electronic Consumer Contracts (UK Ashgate Publishing Ltd, 2008), 2<sup>nd</sup>, Ed, p.56.

الإلكتروني وحجيبته في الإثبات في قانون المعاملات الإلكترونية الصادر في عام 2014، وجواز التعبير عن الإيجاب والقبول بالوسائل الإلكترونية، وذلك وفقاً للمواد (3، 4، 5)، كما تناول القانون الأردني في المادة (2) منه بأنه: «الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً».

أما في إمارة دبي فقد عرفته المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 1 لسنة 2006 بأنه: «أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية».

أما التوجيه الأوروبي<sup>(9)</sup>، فقد عرّف العقد الإلكتروني في الفقرة الأولى من المادة الثانية بأنه: «أي عقد محله بضاعة، أو خدمة يتم إبرامه بين مورد ومستهلك في إطار نظام للبيع أو تقديم خدمة عن بعد ينفذ بواسطة المورد الذي يستعمل وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد كي يتوصل إلى إبرام العقد».

### ثانياً: المفهوم الفقهي للعقد الإلكتروني

انقسم الفقهاء حول تعريف العقد الإلكتروني، فهناك من توسع في تعريفه، وهناك بعض آخر تعرض له بالمفهوم الضيق.

فالاتجاه الذي يأخذ بالنهج الموسع، يعرف العقد الإلكتروني بأنه التقاء إيجاب صادر من طرف محله عرض مطروح بطرق سمعية، أو بصرية، أو كليهما على شبكة للاتصالات بقبول صادر من طرف آخر، تحقيقاً لعملية معينة يرغب الطرفان في إنجازها، حيث ينطوي العقد على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري، والتي تكون قائمة على صيغ معدة ومجهزة سلفاً ومعالجة إلكترونياً، وينشأ بموجبها التزامات متبادلة<sup>(10)</sup>.

أما الاتجاه الذي يأخذ بالمفهوم الضيق للعقد الإلكتروني فيعرفه بأنه «اتفاق على تلاقي الإيجاب بالقبول عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد دون حضور مادي لطرفيه من خلال وسيلة إلكترونية مسموعة ومرئية، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل»<sup>(11)</sup>.

(9) نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من التوجيه الأوروبي على التالي:

“Distance contract means any contract concerning goods or services concluded between a supplier and a consumer under an organization distance sale of goods or service provision scheme run by the supplier, who, for the purpose of the contract, makes exclusive use of one or more means of distance communication up to and including the moment at which the contract it concluded

(10) د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011 ص 51.

(11) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 29.

نرى من هذا الاتجاه<sup>(12)</sup> أن التعريف يميز بين العقد الإلكتروني والعقد المبرم عن بعد، فالعقد المبرم عن بعد يكون من خلال استخدام أي وسيلة من وسائل الاتصالات عبر شبكة الإنترنت، أما العقد الإلكتروني فهو عقد يتم إبرامه فقط من خلال شبكة الإنترنت. وهذا نتيجة بأن العقد الإلكتروني يتميز بخصائص مختلفة عن العقد المبرم عن بعد وهي كالآتي:

- 1- إن الإيجاب في العقد الإلكتروني يكون موجهاً للجمهور بشكل عام، أما الإيجاب في العقد المبرم عن بعد فيكون موجهاً لأشخاص معينين محددين بذواتهم.
- 2- إن العقد الإلكتروني تتوفر فيه صفة التفاعل والتبادل بين أطراف العقد، ويمكن القول بأنها تتوافر أيضاً في التعاقد عن طريق الفاكس أو التلكس وليس فقط عن طريق الهاتف أو شبكة الإنترنت.
- 3- في العقد الإلكتروني يكون هناك حضور بين الطرفين المتعاقدين على شبكة الإنترنت، في حين أن العقد المبرم عن بعد لا تتوافر فيه هذه الصفة.

وقد نرى بعد استعراض المفهومين الضيق والواسع، أن الأخذ بالمفهوم الواسع أفضل للاستفادة من الوسائل الإلكترونية الحديثة التي قد تظهر مستقبلياً، وعدم حصر وتقييد العقود الإلكترونية في المفهوم الضيق. ويتضح مما سبق أن عقد الاستثمار الإلكتروني هو ذلك العقد الذي يبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة.

## المطلب الثاني

### خصائص عقد الاستثمار الإلكتروني

يتمتع العقد الإلكتروني بعدة خصائص منها عامة، وخصائص ذات طبيعة خاصة تستمد من الوسائل الإلكترونية التي من خلالها يتم إبرام العقد.

#### أولاً: الخصائص العامة

- 1- عقد ملزم للجانبين ينشئ التزامات قانونية متقابلة في ذمة الطرفين.
- 2- عقد رضائي ينعقد بمجرد اقتران القبول بالإيجاب.

(12) أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 39؛ وانظر بهذا المعنى: نورجان محمد علي قانبا جوقة، التوقيع الإلكتروني في ظل قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، ط 2، مكتبة عبد الحميد شومان، 2003، عمان، الأردن، ص 3.

3- عقد معاوضة يعطي فيه كل من المتعاقدين مقابلاً لما تلقاه من الآخر.

4- عقد فوري يتم تنفيذه بشكل سريع.

ويثار تساؤل الآن هل يمكن اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان؟

يجب أن تتوافر أولاً في العقد الإلكتروني خصائص عقد الإذعان، وهي أن يتعلق العقد بسلع وحاجات ضرورية - أن يكون الإيجاب موجهاً للجمهور - وأن يكون هناك احتكار لهذه السلع من جانب البائع.

هناك رأي اتجه إلى أنه بالرغم من عدم انطباق جميع الشروط السابقة على عقود التجارة الإلكترونية بأن تكون الشركة أو البائع محتكراً للسلعة، إلا أن العقد الإلكتروني يعتبر عقد إذعان لأن المشتري إما يوافق على السلعة بالشروط المقررة أو يرفضها<sup>(13)</sup>.

إلا أن رأي آخر ذهب إلى القول إن صفة عقد الإذعان للعقد الإلكتروني تكون من الحماية التي تقرها التشريعات للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف أمام الشركات الكبيرة ذات رؤوس الأموال والاستثمارات الضخمة<sup>(14)</sup>.

وبعد عرض الاتجاهين فإننا نرى بعدم اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان للأسباب الآتية:

1- إذا أخذنا بالمفهوم الواسع للعقد الإلكتروني فإن الإيجاب يكون موجهاً إلى شخص واحد وليس موجهاً إلى الجمهور، فإذا كان الإيجاب في العقود المبرمة من خلال شبكة الإنترنت موجهاً للجمهور فإنه مختلف في العقود التي تبرم من خلال الطرق والوسائل الإلكترونية الأخرى التي يكون فيها غالباً الإيجاب موجهاً إلى شخص واحد محدد.

2- إن العرض الموجه للجمهور ليس بالضرورة إيجاباً من قبل البائع، بل يمكن اعتباره مجرد دعوة للتعاقد أو مناقشة أمر التعاقد.

3- العديد من العقود الإلكترونية تتم بعد التفاوض بين المتعاقدين حول انطباق شروط العقد وتفصيله.

4- القول بأن العقد الإلكتروني عقد إذعان من عدمه، لا يعتمد على الوسيلة التي يتم

(13) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام - مجلد 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 230

(14) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية - شرح قانون المبادلات الإلكترونية التونسي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 238.



من خلالها إبرام العقد، فأياً كانت وسيلة إبرام العقد عادية أو إلكترونية فليس لها تأثير في إضفاء صفة الإذعان على العقد، بل ما يميزه هو طبيعة الشروط والبنود الخاصة بالعقد.

### ثانياً: الخصائص ذات الطبيعة الخاصة للعقد الإلكتروني

العقد الإلكتروني هو عقد تجاري يظهر في ميدان التجارة الإلكترونية. ويعرفه القانون التونسي بأنه: «العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية»، وتعرف المبادلات الإلكترونية بأنها: «المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية»<sup>(15)</sup>.

عدم وجود المستندات الورقية التي تكون حجة على الكافة، والتي حلت محلها الشرائح الإلكترونية، حيث يتم تنفيذ العقد الإلكتروني من خلال استخدام الوسائل والطرق الإلكترونية، حيث يقوم المشتري بدفع الثمن من خلال بطاقات الدفع الإلكترونية، وفي المقابل يقوم البائع بتسليم السلعة إما بأسلوب إلكتروني مثل برامج الكمبيوتر، أو بأسلوب عادي في حال كون السلعة مادية<sup>(16)</sup>.

من أهم خصائص العقد الإلكتروني أنه عقد ذو طابع دولي ينعقد بين أشخاص ذوي جنسيات مختلفة، وهنا تثار مشكلة القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بالنظر في المنازعات الناشئة عنه، غير أن العلماء قد اختلفوا في طبيعة التعاقد على النحو التالي: حيث ذهب اتجاه من الفقه إلى أن العقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين زماناً ومكاناً، شأنه في ذلك شأن التعاقد بطريق المراسلة، أو التعاقد بطريق التليفون مثلاً، حيث أصبحت وسيلة التعاقد إلكترونية<sup>(17)</sup>، وذهب اتجاه آخر من الفقه إلى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين، حيث يكون العاقدان على اتصال مباشر فيما بينهما، فلا يوجد فاصل، ويكون مجلس العقد حينئذ مجلساً حكماً تطبق عليه قواعد التعاقد بين الحاضرين<sup>(18)</sup>.

ويمكن تحديد الصفة الدولية للعقد من خلال معيارين: المعيار الأول قانوني، والمعيار الثاني اقتصادي<sup>(19)</sup>.

(15) نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 40.

(16) د. منصور محمد حسين، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 23.

(17) د. مدحت رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 20.

(18) د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، لجنة التأليف والتعريب والنشر، لجنة التأليف والتعريب والنشر، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1988، ص 39.

(19) عبد الفتاح بيومي حجازي، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنياً، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 156.

## 1- المعيار القانوني:

يأخذ العقد صفة دولية إذا ارتبط بأكثر من نظام قانوني عن طريق أحد عناصره وهي: مكان التنفيذ، مكان الإبرام، مكان تواجد الشيء محل تنفيذ العقد، وجنسية المتعاقدين، ويتطلب فوق ذلك أن يكون العنصر الأجنبي من بين العناصر الفاعلة أو المؤثرة في العقد<sup>(20)</sup>.

فتكييف العقد لا يكون بعدد العناصر، وإنما هل هذا العنصر مؤثر أم محايد.

## 2- المعيار الاقتصادي:

المعيار الاقتصادي يقوم على مصالح اقتصادية بحتة، وعلاقة العقد بمصالح التجارة الدولية<sup>(21)</sup>، حيث أخذ القضاء الفرنسي بهذا المعيار، ولكن لم يستقر على تعريف واحد، ففي إحدى القضايا التي عرضت عليه توصلت محكمة النقض الفرنسية إلى أن العقد الدولي هو: «العقد الذي تترتب عليه حركة زهاب وإياب للقيم الاقتصادية من سلع وأموال عبر الحدود الدولية»<sup>(22)</sup>، ومن ناحية ثانية عرفت محكمة استئناف باريس في أحد أحكامها العقد الدولي بأنه: «العقد الذي يتصل بأكثر من نظام قانوني لدول مختلفة، كما أنه أداة أو وسيلة التجارة الدولية».

هذا وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى التوسع في المعيار الاقتصادي، وعرفت العقد الدولي بأنه: «هو الذي يرد على عملية تتجاوز نطاق الاقتصاد الداخلي»<sup>(23)</sup>.

ومن التعريفات السابقة نجد أنه لا يوجد تعريف جامع يحدد مفهوم المعيار الاقتصادي للعقد الإلكتروني، فهناك مفهوم قاصر على بعض العقود؛ كعقود بيع تجارة دولية، ولكنه غير منطبق على عقود أخرى مثل عقود تقديم الخدمات؛ لذلك يقرر أغلبية الفقه الاكتفاء بالمعيار القانوني بصورته الحديثة لتقرير دولية العقود بصفة عامة أياً كانت طبيعتها<sup>(24)</sup>.

(20) د. إبراهيم نادر محمد، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 84، 85.

(21) د. أشرف وفا محمد، تنازع القوانين في مجال الحقوق الذهنية للمؤلف، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 185.

(22) نقض فرنسي case, civ, mail 1927, p. 289 note semeion، مشار إليه لدى: عادل أبو هشيمة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 4، ص 42.

(23) نقض فرنسي في 14 فبراير 1934، مشار إليه لدى: عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 101.

(24) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مؤسسة المعارف، بيروت، 2000، ص 63.

ومن وجهه نظر الباحث الأخذ بالمعيار القانوني الذي يحدد الصفة الدولية من خلال ارتباط العقد بأكثر من نظام قانوني عن طريق أحد عناصره بشرط أن تكون مؤثرة في العقد.

## المبحث الأول

### القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الإلكتروني

إنّ موضوع تنازع القوانين من أهمّ مواضيع القانون الدولي الخاص، بل يُعد صلب هذا القانون، ويقصد بتنازع القوانين تعدد القوانين المحتملة للتطبيق في نزاع يخص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي لأجل اختيار القانون الأكثر ملاءمة من بينها<sup>(25)</sup>، والآلية المتبعة بشكل رئيسي في موضوع التنازع في قواعد الإسناد التي يحرص غالبية مشرعي دول العالم في النص عليها، والتي تهدف إلى تنظيم العلاقات الخاصة التجارية والمدنية التي تجري بين أفراد المجتمع الدولي، من خلال حرص القضاء في كل دولة على الالتزام بتطبيقها على كل حالة تثار فيها مسألة القانون الواجب التطبيق على العلاقة الدولية الخاصة. ويقصد بقواعد الإسناد مجموعة القواعد التي تحدد القانون الواجب التطبيق في نزاع يخصه علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي<sup>(26)</sup>.

ومن المتفق عليه تقليدياً أنّ قواعد الإسناد تتصف بصفات معينة تميزها عن قواعد القانون الداخلي، فهي من جهة أولى قواعد ثنائية الجانب تعمل على استبعاد قانون مثل القانون الوطني، وتشير إلى اختصاص قانون آخر قد يكون القانون الوطني أو قانوناً أجنبياً معيناً، وهي من جهة ثانية قواعد إجرائية لا تفصل في موضوع النزاع بشكل مباشر، وإنما ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة موضوع النزاع<sup>(27)</sup>.

ومن قواعد الإسناد ما نص عليه المشرع الكويتي في المادة (59) من القانون رقم 5 لسنة 1961 بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي من أنّه: «يسري على العقد، من حيث الموضوعية لانعقاده، ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإنّ اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أنّ قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه».

وفقاً للنص السابق نجد أنّ المشرع الكويتي أخضع عقد الاستثمار الإلكتروني لإرادة المتعاقدين فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق. وفي الحديث عن قواعد الإسناد

(25) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفقاً للقانون العراقي والمقارن، ط 2، مطبعة دار الحكومة، بغداد، العراق، 1977، ص 256.

(26) د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 29.

(27) جورج حزبون، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 2، سنة 2002، ص 235.

سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، في المطلب الأول سنتناول خضوع عقد الاستثمار الإلكتروني إلى قانون الإرادة. وفي المطلب الثاني، أهم تطبيقات قانون الإرادة، والنظام القانوني لعقد الاستثمار الإلكتروني عند عدم اختيار الأفراد في المطلب الثالث.

## المطلب الأول

### خضوع عقد الاستثمار الإلكتروني لقانون الإرادة

ترجع فكرة نشوء قانون الإرادة إلى القانون الداخلي تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهذا المبدأ أنسب لتحقيق العدالة فيما بينهم لكونهم هم من اختاروا إبرام العقد، فمن الطبيعي أن يختاروا الشروط التي يتضمنها العقد، وأهمها القانون الواجب التطبيق في حالة الخلاف في تفسير أي من البنود<sup>(28)</sup>.

وقد تكون هذه الإرادة صريحة أحياناً، وقد تكون ضمنية أحياناً أخرى، وأخيراً قد تكون مفترضة<sup>(29)</sup>.

#### 1- الإرادة الصريحة:

تكون إرادة المتعاقدين صريحة عندما يعين الأطراف في العقد بعبارة صريحة القانون الذي يحكمه، مثال ذلك العقود النموذجية المألوفة في مجال التجارة الدولية والنقل الدولي، فكل منهما يخضع لقانون منصوص عليه في بنودها.

فكل من العقد النموذجي لتجارة المطاط، والعقد النموذجي لتجارة القطن يحوي نصوصاً تخضع العقد للقانون الإنجليزي بغض النظر عن جنسية المتعاقدين، أو موطنهم، أو محل إبرام العقد<sup>(30)</sup>.

#### 2- الإرادة الضمنية:

هي إرادة غير معلنة، ولكنها حقيقة يستخلصها القاضي من ظروف الحال وملاسات التعاقد، وهو في ذلك لا يخضع لرقابة محكمة التمييز.

ومن الأمثلة التي تدل على الإرادة الضمنية في القضاء الكويتي أن سكوت الأطراف عن المطالبة بتطبيق قانون أجنبي مختص، والترافع بمدلولات القانون الوطني يعتبر

(28) يوسف مسعودي، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة أحمد دراية، الجزائر، العدد 46، سنة 2003، ص 4.

(29) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 2، ط 6، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص 420.

(30) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 430-431.

دليلاً على إرادة الأطراف الضمنية بتطبيق القانون الوطني .

وقد أخذ المشرعان الأردني والمصري بالإرادة الصريحة والضمنية كضابط للإسناد في الالتزامات التعاقدية، وهو ما يستفاد من العبارة الواردة في الفقرة الأولى من القانون المدني الأردني التي نصت على أن: «ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك»، فلفظ الاتفاق جاء مطلقاً بالنص، وأيضاً العبارة الواردة في الفقرة الأولى من المادة (19) من القانون المدني المصري: «ما لم يتفق المتعاقدان، أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه»<sup>(31)</sup>.

### 3- الإرادة المفترضة:

إذا لم ينص صراحة في العقد على تطبيق قانون معين، وإذا لم يتمكن القاضي من استخلاص الإرادة الضمنية، هنا يلجأ القاضي إلى ما يسمى بالإرادة المفترضة .

وهذه الإرادة - كما يتبين من تسميتها - إرادة غير حقيقية يفترض القانون وجودها بناء على معايير موضوعية، واستناداً إليها يعين القانون الواجب التطبيق على العقد .

والإرادة المفترضة تبنى على افتراض أن إرادة المتعاقدين ستتجه إلى أعمال مثل هذا القانون لو أعطيت لهم الفرصة الثانية، والقرائن الموضوعية التي يستند عليها القاضي هي مكان إنشاء العقد، أو تنفيذه، أو الموطن المشترك للمتعاقدين، أو الجنسية المشتركة لهما<sup>(32)</sup>.

ويثور التساؤل حول ما مدى ملاءمة قانون الإرادة لعقود الاستثمار الإلكتروني في ظل وجود الدولة أو أحد مشروعاتها كطرف في هذا العقد مع المستثمر؟

إن القانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين هو القانون الأنسب لهما، حيث يتفق مع طبيعة العلاقة التعاقدية، بالإضافة إلى أن صفة الدولة وكونها طرفاً في العقد هي أو إحدى مؤسساتها لا يؤثر على خضوع العقد لقانون الإرادة، وهو ما أقره مجتمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في أثينا لعام 1979، حيث تبنى هذا المبدأ في المادة الثانية التي نصت على أنه: «تخضع العقود المبرمة بين الدولة وشخص أجنبي إلى القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف المتعاقدة»<sup>(33)</sup>. وقد يتم الاتفاق على القانون الحاكم للعقد في

(31) غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني، ط 2، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 1998، ص 169 .

(32) عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 232-233 .

(33) يوسف مسعودي مرجع سابق، ص 5 .

حالة النزاع، إما وقت إبرام العقد، أو يتم الاتفاق في ملحق للعقد في وقت لاحق، بل من الممكن أن يكون الاتفاق في مرحلة عرض النزاع على المحكمة أو التحكيم على حسب اتفاق الطرفين.

وفيما يتعلق بالاختصاص القضائي للعقود الإلكترونية، ذهب رأي إلى أنه يجب الاستناد إلى الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق أو المحكمة المختصة<sup>(34)</sup>، بينما ذهب رأي آخر إلى أن ضابط الجنسية لم يعد ملائماً للتطبيق على دعاوى المنازعات الإلكترونية، وذلك نظراً لتراجع فكرة الجنسية في المعاملات الإلكترونية، وبالتالي عدم تعبيرها عن رابطة حقيقة بين النزاع الإلكتروني وبين دولة المحكمة المختصة<sup>(35)</sup>.

مما سبق يتضح عدم اختلاف العقد الإلكتروني عن العقود المتواترة والمعتادة التي تنشأ مشافهة أو كتابة، حيث يتطلب كل منها صيغة تتضمن تعبير أحد الطرفين بغرض ما يريد إتمام التعاقد عليه، وقبول الطرف الآخر بذلك الإيجاب، وما يتضمنه من وجود عاقد، ووجود محل لتنفيذ العقد.

وقد اتجه الفقهاء في ذلك إلى اتجاهين: حيث يرى اتجاه من الفقه أن الصيغة هي الركن الوحيد للعقد، وعللوا ذلك بأن وجود العاقدين من لوازم العقد؛ لأن الإيجاب لا بد له من موجب، والقبول لا بد له من قابل. بينما اتجه جمهور آخر من الفقهاء إلى أن للعقد أركاناً ثلاثة على سبيل الإجمال، وهي الصيغة المتمثلة في الإيجاب والقبول، والعاقدين، ومحل تنفيذ العقد، فإذا فقد أحدها بطل العقد لاختلال أحد هذه الأركان.

## المطلب الثاني

### أهم تطبيقات قانون الإرادة في عقد الاستثمار الإلكتروني

من أهم الخيارات المتاحة في قانون الإرادة للأطراف المتعاقدة في عقد الاستثمار الإلكتروني هو قانون الدولة التي تم فيها الاستثمار، كما قد يلجأ الأطراف إلى اختيار قواعد القانون الدولي العام، أو اختيار تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية.

(34) Bryant, Robin and Bryant,sarah,eds.Policing Digital crim, (UK) Ashgate Publishing Ltd,(2014),1st,ed, p.17

(35) Darrell C. Menthe, Jyrisdiction in Cyberspace ;Atheory of International Spaces, Mich - gan Telecommunications and Technology Law Review (New York 1998) vol, 4, No.1, pp.64-101.

## الفرع الأول

## تطبيق قانون الدولة التي يتم على أرضها الاستثمار

إنَّ أغلبية عقود الاستثمار الإلكتروني تكون متضمنة لشرط تطبيق قانون الدولة التي يتم على أراضيها الاستثمار، فإنَّ وجود الدولة كطرف في عقود الاستثمار الإلكتروني مع الطرف الأجنبي يجعل قانونها واجب التطبيق؛ لأنَّه في الغالب هو قانون محل الإبرام، وقانون (القبول الذي سبقه إيجاب)، وقانون محل التنفيذ<sup>(36)</sup>.

ويعبر أطراف عقد الاستثمار الإلكتروني عن إرادتهم صراحة في اختيار القانون الحاكم لهذا العقد، ولكنهم قد يغفلون التعبير عن هذه الإرادة بصورة واضحة، فيبرم عقدهم دون تحديد القانون واجب التطبيق على هذه العلاقة، وقد يكون هذا سهواً، أو من أجل تجنب إعاقة تنفيذ الاتفاق، وذلك بالاختلاف على أشياء قد تبدو لهم آنذاك - من وجهة نظرهم - أشياء احتمالية، خصوصاً إذا كان بينهم تعاملات سابقة ناجحة<sup>(37)</sup>، وقد يكون اختيار تطبيق قانون الدولة التي يتم على أراضيها الاستثمار بناء على اختيار صريح وذلك عن طريق إدراج قانون الدولة المتعاقدة في متن العقد وبصورة مكتوبة توضح وتبين النية المعلنة لإرادتهم التي تقرر القانون الحاكم للعقد<sup>(38)</sup>، أو بناءً على الإرادة الضمنية، وهي حالة وسط بين الإرادة الضمنية والاحتمال الخاص بعدم اختيار قانون للعقد أصلاً، وذلك متى كان المظهر الذي اتخذته هذا التعبير لا يكشف بذاته عن الإرادة؛ ولكنه مع ذلك يدل عن هذه الإرادة الضمنية، وقد أوضح كل من الفقه والقضاء وأحكام التحكيم على أنَّ هناك عدة قرائن تدل على الإرادة الضمنية، تستخلص من شروط العقد وملابسات الحال والظروف التي أحاطت بتكوين العقد، تشير أو تدل بشكل قاطع بأنَّ إرادة الأطراف تتجه إلى اختيار هذا القانون ليطبق على العقد<sup>(39)</sup>، مثلاً لو اختار المتعاقدان تطبيق بنود عقد نموذجي (صيغة ثابتة) وضعت دولة ما، دل على ذلك أنَّهما يريدان تطبيق هذا القانون، كما يمكن استخلاص الإرادة الضمنية من خلال اللغة المستعملة في

(36) صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 254.

(37) بلحسان هوارى، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية، المغرب، العدد 5، سنة 2016، ص 29.

(38) ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014، ص 67.

(39) عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمار الأجنبية مع القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 65.



العقد أو تحديد العملة المستعملة في تنفيذ العقد أو الوفاء به<sup>(40)</sup>، دون الإشارة الصريحة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق.

## الفرع الثاني

### اختيار أطراف العقد الإلكتروني لقواعد القانون الدولي العام

قد تتفق الأطراف المتعاقدة على اختيار إحدى قواعد القانون الدولي العام كالمعاهدات الدولية، ولكن هناك بعض الصعوبات التي تواجه تطبيق القانون الدولي، حيث إنه لا يحتوي على قواعد كاملة وشاملة لحكم هذه العقود نظراً لطبيعتها؛ مما جعل الفقهاء ينادون بتطبيق قواعد قانون الدولة التي يقام فيها الاستثمار مع تطبيق بعض قواعد القانون الدولي العام التي تتفق مع طبيعة العقد الإلكتروني حتى لا يحدث تعارض يلقي بظلاله على تنفيذ العقد.

## الفرع الثالث

### اختيار أطراف العقد الإلكتروني لقواعد قانون التجارة الدولية

يحق للأطراف المتعاقدة اختيار قواعد قانون التجارة الدولية<sup>(41)</sup> لتطبيقها على عقود الاستثمار الإلكتروني، ولكن مع مراعاة خصوصية هذا النوع من العقود لارتباطها بتحقيق التنمية في الدولة المستضيفة، هذا من جهة الدولة التي ينفذ على أراضيها الاستثمار، ومن جهة أخرى فإن هذه القواعد هي الأخرى لم تكتمل بعد، ومن ثم فهي ليست كافية لحكم عقود الاستثمار، ولهذا لا بد من الرجوع إلى قانون الدولة التي يتم بها الاستثمار باعتبار قواعد أكثر ارتباطاً بموضوع وشروط ومناطق تنفيذ العقد.

## المطلب الثالث

### النظام القانوني لعقد الاستثمار الإلكتروني عند عدم اختيار الأطراف

إن أغلب عقود الاستثمار تخضع لقانون إرادة الأطراف التي يمكن أن ينص عليها

(40) يوسف مسعودي، مرجع سابق، ص 7.

(41) قواعد القانون الدولي العام (هو مجموعة القواعد العرفية والمعاهدات، ولاسيما تلك التي تتصل بالتجارة الدولية واتفاقيات حماية وتشجيع تبادل الاستثمارات الأجنبية في مختلف الدول)، د. عبد المؤمن بن صغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية، ط 1، دار الأيام والمركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية، عمان، الأردن، 2015، ص 65.

صراحة في العقد، أو يمكن أن يستخلصها القاضي أو المحكم ضمناً من ظروف وملابسات التعاقد، فما هو القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار في حالة غياب إرادة الأطراف لأي سبب من الأسباب؟

## الفرع الأول

### اختصاص قانون الدولة المتعاقدة بحكم العقد

قانون الدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الإلكتروني التي سيتم تنفيذه على أراضيها، والذي كرسته أغلب الاتفاقيات، فالدولة عندما تقوم بإبرام اتفاقيات أو معاهدات بخصوص عقود الاستثمار وذلك لتلاشي التناقض الحاصل بين القانونين الخاص والعام، بالإضافة إلى التشريعات الوطنية والمؤلفات الفقهية التي تناولت فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية من خلال ملابسات وظروف التعاقد، وفي هذا الصدد تظهر عدة معايير أو نظريات يمكن للقاضي أو المحكم اتباعها من أجل تحديد القانون واجب التطبيق على النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار<sup>(42)</sup>.

#### أولاً: المنهج التشريعي أو نظرية التركيز التشريعي

يطبق القاضي هذا المنهج عند تخلف اختيار الأطراف صراحة أو ضمناً للقانون الواجب التطبيق، ففي هذه الحالة يقوم القاضي بتحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار، وقد كان هناك العديد من التشريعات التي انتهجت هذا المنهج كالتشريع المصري والكويتي والسوري واليمني، وكذلك التشريع الجزائري حيث نصت المادة (18) من القانون المدني على أنه: «يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الوطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، غير أنه يسري على العقود المتعلقة بال عقار قانون موقعه».

ولقد طبق القاضي هذا المنهج لأنه يتصف بالمعرفة والإحاطة والإلمام بالقانون الواجب التطبيق مسبقاً، مما يجنب الأطراف المتعاقدة عنصر المفاجأة بتطبيق قانون لم يكونوا يتوقعون تطبيقه على عقدهم، وهو ما يضمن عنصر الأمان القانوني في المعاملات المتعلقة بالاستثمار نظراً لطبيعتها الخاصة، والذي من المفترض أن يكون جاذباً للاستثمار.

(42) د. ليندا جابر، مرجع سابق، ص 100.

## ثانياً: نظرية التركيز الموضوعي

إنّ أساس هذه النظرية مبني على القانون واجب التطبيق في حالة تخلف اختيار الأطراف عن طريق إسناد العلاقة إلى الدولة التي يعتبر قانونها أوثق صلة بهذه العلاقة، وذلك حسب مفهوم الفقرة الأولى من المادة الرابعة من اتفاقية روما، وأصحاب هذه النظرية أسندوا العقد إلى القانون الأكثر والأوثق صلة بالعقد سواء صراحة أو ضمناً على أساس ظروف وملابسات التعاقد الذي يعتبره وحدة واحدة، وهو القانون السائد في المكان الذي يشكل التطبيق مركز ثقل العلاقة العقدية، ويترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تحديد القانون واجب التطبيق<sup>(43)</sup>.

ورغم أن الإسناد إلى القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية يمتاز بأنه إسناد مرن من ناحية، وأكثر إدراكاً للعدالة من ناحية أخرى، بسبب مراعاته للظروف المحيطة، إلا أنّ خطورته مع ذلك تكمن في التضحية بالأمان القانوني للمتعاقدين، والإخلال بتوقعاتهم المشروعة، فضلاً عن أنّ الإسناد إلى القانون الأوثق صلة يترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة في حسم النزاع.

وقد ذهب اتجاه من الفقه إلى أنّ العقود الإلكترونية التي تبرم من خلال شبكة الإنترنت لا يمكن تركيزها في إقليم دولة معينة، وبالتالي فهي غير خاضعة لسيادة دولة معينة، حتى يمكن القول بتطبيق قانونها<sup>(44)</sup>.

ونحن نتفق مع هذا الاتجاه نظراً للطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار الإلكترونية التي تتعارض مع نظرية التركيز الموضوعي.

## ثالثاً: نظرية الأداء المميز

تقوم هذه النظرية على تقسيم العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد حسب أهمية الالتزام الأساسي فيه من الناحيتين القانونية والواقعية<sup>(45)</sup>، ولما كان ذلك الالتزام ليس سواء في كل العقود، فإنّه من الطبيعي أن يختلف القانون الواجب التطبيق من عقد إلى آخر، ويعتمد أصحاب هذه النظرية على إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به، والذي يكون أداؤه متميزاً به، حيث إنّ أي علاقة قانونية تفرض على أطرافها عدة أداوات تختلف فيما بينها، إلا أنّ أحد هذه الأداوات يمكن أن يميز هذه العلاقة عن غيرها من العلاقات، حيث يكون هو الأداء أو الوسيلة الملائمة لربط العلاقة بمكان معين دون غيره

(43) د. ليندا جابر، المرجع السابق، ص 102.

(44) محمد أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار العلم للثقافة والنشر، عمان، الأردن، 2016، ص 159.

(45) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط 1، دار النهضة العربية القاهرة، ص 199؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي العمليات المصرفية الدولية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2012، ص 266.

عن طريق تركيز العقد في دولة معينة، ويكون بالتالي قانونها هو الواجب التطبيق على تلك العلاقة، ويتضح من ذلك أنّ اتفاقية روما قد وفقت بين نظرية الأداء المميز ونظرية التركيز الموضوعي، من خلال حرصها على إعمال كل منهما معاً، بحيث تطبق نظرية الأداء المميز كضابط إسناد احتياطي لقانون الإرادة في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد، في حين يصار إلى إعمال نظرية التركيز الموضوعي في حالة انتفاء الاختيار الصريح لقانون العقد عندما يراد الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين.

وقد اعتبر القضاء السويسري أنّ فكرة الأداء المميز تعد ركيزة للإسناد، وهذا يستتبع خضوع العقد إلى قانون المكان الذي يكون الأداء المميز متحققاً فيه، وهو محل إقامة المدين بهذا الأداء، وذلك دون البحث عن إرادة الخصوم، ودون البحث عن أي عنصر خارج عن العلاقة، وبذلك يتحقق أساساً قوياً ومرناً لتعيين القانون الواجب التطبيق، وذلك عن طريق تحديد العنصر الحاسم بطريقة مادية ملموسة، بعيداً عن الإسناد إلى ضوابط ليس لها علاقة بروح الالتزام<sup>(46)</sup>.

## الفرع الثاني

### استبعاد قانون الدولة المتعاقدة

قد يختار المحكم إخراج عقود الاستثمار من تطبيق قانون الدولة التي يتم على أراضيها الاستثمار على عقود الاستثمار، وذلك عند غياب اختيار الأفراد الصريح أو الضمني للقانون واجب التطبيق على هذا النوع من العقود، وبهذا يملك المحكم كامل الحرية في تطبيق القانون الواجب على هذا النزاع متى قام، وهو ما نصت عليه بعض التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية التي أعطت للمحكم الحق في اختيار قواعد قانون التجارة الدولية أو المبادئ العامة للقانون الدولي، حتى لو كانت هذه القواعد مجرد شروط اتفاقية مع صنع الأطراف شريطة عدم تعارضها مع النظام العام الدولي، فالمحكم غير ملتزم بقانون الدولة المضيفة للاستثمار، وذلك على عكس القاضي الملزم بتطبيق قواعد قانون دولة معينة فقط.

نلاحظ أنّ بعض أحكام القانون الداخلي للدولة بشأن عقود الدولة التي تعمل على استبعاد هذا القانون مستندة إلى أسباب عديدة: منها عدم ملاءمة القانون الداخلي للدولة المتعاقدة لحاجة المعاملات الدولية التجارية؛ ولذا يتعين استبعاده لعدم ملاءمته لحاجة المعاملات الدولية، والبعض الآخر يرى أنّ إعمال قواعد هذا القانون يشكل إهداراً لمبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة، والإضرار بالطرف المتعاقد مع الدولة، ويتعين استبعاده.

(46) محمد أحمد المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص 120.

## المبحث الثاني

### النظرية المستحدثة في القانون الواجب التطبيق

#### على عقود الاستثمار الإلكترونية

بعد أن عرضنا التوجه التقليدي لقواعد الإسناد، كأداة لفض النزاع بين القوانين، اتضح لنا أنّ قواعد الإسناد فيما عدا قاعدة قانون الإرادة، لا تتسجم مع الطبيعة الذاتية لعقود الاستثمار الإلكترونية؛ الأمر الذي يقتضي منا البحث عن مناهج قانونية بديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الإلكترونية.

وحتى لا نكون بصدد فراغ قانوني يؤدي إلى إنكار العدالة وعدم الثقة بين المتعاملين في القضاء الإلكتروني، لذلك فقد اتجه بعض الفقهاء إلى تطبيق قواعد قانونية تنتمي للقانون الدولي الخاص، حيث أدى الانفتاح التجاري واتفاقيات التجارة الحرة والاتفاقيات الدولية الأخرى بما احتوته من قواعد موضوعية تتعلق بموضوعات القانون الدولي الخاص إلى التساؤل عن الدور الذي من الممكن أن تؤديه القواعد الموضوعية في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية<sup>(47)</sup>.

ومن الناحية الثانية، كان لشيوع استخدام تقنية المعلومات في إنجاز وإبرام عقود الاستثمار وتنفيذها أحياناً، أن اتجه التفكير إلى تسوية منازعاتها عن طريق الوسائل البديلة مثل التفاوض والوساطة والتحكيم التي تجري أليتها من خلال شبكات الاتصال الحديثة.

في ضوء ما تقدم، ونحو توضيح معالم المناهج الحديثة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الإلكترونية، نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تطبيق القواعد الموضوعية على عقود الاستثمار الإلكترونية

المطلب الثاني: التحكيم عبر وسائل الاتصال الحديثة

المطلب الثالث: الوساطة الإلكترونية

(47) جورج حزبون، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي والمستحدث الموضوعي، مرجع سابق، ص 235.

## المطلب الأول

### تطبيق القواعد الموضوعية على عقود الاستثمار الإلكترونية

اتجه العديد من فقهاء القانون الدولي الخاص إلى أن قواعد الإسناد التي يقوم عليها المنهج التقليدي في تنازع القوانين لا تتناسب مع المعاملات التي تتم في عالم الفضاء الإلكتروني، تلك المعاملات التي لا تعتمد على صلات مكانية أو أرضية حيث يكون التركيز الطبيعي للموقع غير معلوم<sup>(48)</sup>.

فوجود أجهزة الحواسيب الآلية لا يساعد في معرفة المتعاملين، ولا تحديد أماكن تواجدهم الجغرافي، وهذا ما يفسر عدم فاعلية قواعد الإسناد التقليدية في مجال التعاقد الإلكتروني؛ الأمر الذي يستدعي ضرورة البحث عن منهج آخر وهو منهج القواعد الموضوعية التي ينبغي العمل على إرسائها وتطويرها والعمل بها.

## الفرع الأول

### تعريف القانون التجاري الدولي

وفقاً لما سبق ذكره؛ فإنه يمكن تعريف القانون التجاري الدولي بصفة عامة بأنه: «مجموعة من القواعد الموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي أو العالمي الموجودة أصلاً أو المعدة خصيصاً لتعطي حلاً مباشراً ينهي النزاع، أو يتفاداه في علاقة خاصة ذات طابع دولي<sup>(49)</sup>.

أما مجال التعاقد الإلكتروني فيعرفه أحد الفقهاء بأنه<sup>(50)</sup>: «كيان قانوني موضوعي خاص بالعمليات التي تتم عبر الإنترنت، وهو نظير للقانون الموضوعي للتجارة الدولية، ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للإنترنت، وطورتها المحاكم ومستخدمو الشبكة وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، فهو كيان تلقائي النشأة، وجد ليتلاءم مع حاجات مجتمع قوامه السرعة في التعامل والبيانات الرقمية، التي تتم بها المعاملات والصفقات عبر شاشات أجهزة الحواسيب الآلية، ويتوافق مع توقعات أطراف تلك المعاملات».

(48) عادل أبو هشيمة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 140.

(49) محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 39.

(50) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 16.

## الفرع الثاني

### خصائص القانون التجاري الدولي

للقانون التجاري الدولي العديد من الخصائص التي يستقل بها ويتميز عن غيره من فروع القانون الأخرى، وهذه الخصائص هي:

#### 1- أنه قانون موضوعي:

يشتمل القانون التجاري الدولي على قواعد موضوعية موحدة، تسري على علاقات قانونية معينة، وهي العلاقات ذات الطابع الدولي، ويهدف هذا القانون إلى توحيد الحلول في مختلف الأنظمة القانونية الوطنية على أوجه التنازع بينهما.

#### 2- أنه قانون نوعي:

ويقصد بذلك أن القانون التجاري الدولي لا يخاطب إلا مجموعة معينة من الأشخاص هم أشخاص القانون التجاري الدولي، ولا ينظم إلا مجموعة واحدة من العلاقات، هي العلاقات التجارية التي تنتمي إلى القانون الخاص<sup>(51)</sup>.

#### 3- أنه قانون تلقائي النشأة:

يتميز القانون التجاري الدولي أيضاً بأنه تلقائي التطبيق، لا يحتاج إلى تدخل السلطة العامة، فهو نابع من ممارسات الأطراف وقبولهم به.

#### 4- أنه قانون عبر دولي:

إن مجال التجارة الدولية هي العلاقات التجارية ذات الطابع الدولي التي تتخطى آثارها حدود إقليم دولة وتتركز آثارها في إقليم دولة أخرى، ويمكن تحديد الصفة الدولية للعلاقة من خلال أحد معيارين: المعيار الأول يعتمد على الاعتبارات القانونية كجنسية الطرفين، أما المعيار الثاني فيعتمد على الاعتبارات الاقتصادية، حيث إن الاعتبار الأساسي هو كون العقد يخدم مصالح تجارية دولية.

## الفرع الثالث

### مصادر القانون التجاري الدولي

تستقي نظرية هذا القانون قواعدها من مصادر أساسية ذات طابع دولي أو داخلي، فقد يتصدى المشرع الداخلي في كل دولة إلى وضع قواعد موضوعية خاصة بالعلاقات

(51) د. مصلح أحمد الطراونة، قانون التجارة الدولي، دار رند، الأردن، 2001، ص 22.

المدنية أو التجارية ذات العنصر الأجنبي، وإن كان ذلك فرضاً نادر التحقق في الواقع العملي، إلا أننا نجده غالباً من خلال المعاهدات الدولية<sup>(52)</sup>.

أما فيما يتعلق بالمصادر ذات الطابع الدولي؛ فهي تشكل الجزء الأكبر الذي تستقي منه قواعد هذا القانون، وتشمل الأعراف وعادات التجارة الدولية والاتفاقيات الدولية في شأن التجارة الدولية، والعقود النموذجية، والشروط العامة، والتحكيم التجاري الدولي، وقواعد السلوك والمبادئ العامة للقانون، والتي من أمثلتها (العقد شريعة المتعاقدين)، ومبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب، ومن المصادر ذات الطابع الدولي أيضاً قواعد العدالة والإنصاف، والتي يقصد بها مجموعة الأفكار والمفاهيم التي تسود الأوساط التجارية وتستقر في ضمائر أفرادها، وقد جرى قضاء التحكيم التجاري الدولي على تطبيقها، وذلك عندما يتفق المتعاقدون على تفويض المحكم سلطة الحكم في النزاع بمقتضاها، وهذا ما يسمى بالتحكيم مع التفويض في الصلح<sup>(53)</sup>.

## المطلب الثاني

### التحكيم في العقود عبر وسائل الاتصال الحديثة

يعد التحكيم الإلكتروني من الأشياء المستحدثة في القانون؛ وذلك نتيجة التطور التكنولوجي ووسائل الاتصال المتطورة، وسوف نعرض مفهوم التحكيم الإلكتروني، وتحديد مزاياه ومخاطره وإجراءات التحكيم الإلكتروني كالتالي:

الفرع الأول: مفهوم التحكيم الإلكتروني في عقود الاستثمار

الفرع الثاني: مزايا ومخاطر التحكيم الإلكتروني في عقود الاستثمار

الفرع الثالث: إجراءات التحكيم الإلكتروني في عقود الاستثمار

## الفرع الأول

### مفهوم التحكيم الإلكتروني في عقود الاستثمار

لا يختلف التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي إلا في الطريقة التي تتم بها إجراءات التحكيم، ويجب أولاً تعريف التحكيم بصورة عامة.

(52) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 709.

(53) د. مصلح أحمد الطراونة، قانون التجارة الدولي، مرجع سابق، ص 102.



يقصد بالتحكيم أنه: «اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة»<sup>(54)</sup>. أما التحكيم الإلكتروني فتتعدد تسمياته، فيعرفه البعض بأنه التحكيم على الخط، أو التحكيم الشبكي، أو التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية بطريقة سمعية بصرية دون الحاجة إلى الحضور المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين<sup>(55)</sup>، وذلك لأن الوسيلة الإلكترونية هي التي تميز التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي. ولكن يثار تساؤل هل يجب أن تتم جميع إجراءات التحكيم عبر وسائل الاتصال الحديثة أم يكتفى في مرحلة من مراحلها.

اختلف الفقهاء وانقسموا إلى فريقين: الفريق الأول ذهب إلى أن التحكيم يُعد إلكترونياً إذا تم استخدام وسائل الاتصال الحديثة في مرحلة وتمت باقي المراحل بالتحكيم التقليدي. أما الفريق الثاني فذهب إلى القول إنه لا يمكن اعتبار التحكيم إلكترونياً إلا إذا تمت جميع مراحلها بداية من العقد وحتى الحكم عبر وسائل الاتصال الحديثة. ولكن نحن نميل للرأي الثاني؛ لأن التحكيم الإلكتروني دخلت فيه وسائل التقنية كبديل لاجتماع أطراف النزاع، ويتم تداول كل موضوع النزاع من خلال وسائل الاتصال الحديثة مثل (الفاكس والبريد الإلكتروني لكل من أطراف النزاع عن طريق تلك الوسائل أيضاً).

تبنت بعض المنظمات الدولية والإقليمية فكرة تسوية المنازعات من خلال التحكيم الإلكتروني، وسوف نقوم بتقديم بعض الأمثلة عن المؤسسات التي تقدم خدمة تسوية المنازعات عن طريق التحكيم الإلكتروني على النحو التالي:

### المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو):

وهي منظمة غير حكومية تابعة للأمم المتحدة تقدم أربعة إجراءات غير قضائية لحل المنازعات هي: الوساطة، والتحكيم، والتحكيم المستعجل، والوساطة التي تتبع التحكيم عند عدم وجود اتفاق بين طرفيه.

### المركز العربي للتحكيم الدولي:

تتم دراسة المسائل المتعلقة بالتحكيم الفوري عبر شبكة المعلومات الدولية بإدارة البحوث بالمركز، مثل تحديد مكان التحكيم، وضمان سرية الإجراءات، وإصدار الحكم، واختصاص محاكم الدولة في مسائل التحكيم، وتنفيذ حكم التحكيم، وتتم إضافة ملحق جديد لقواعد مركز القاهرة يهدف إلى تسهيل حسم منازعات التجارة الإلكترونية.

(54) د. نبيل زيد مقابلة، التحكيم الإلكتروني، بحث قانوني منشور على الموقع الإلكتروني:

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

(55) د. عماد الدين المحمد، التحكيم عبر الإنترنت، بحث مقدم في مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، كلية القانون، جامعة الإمارات، 2008، ص 89.

## الفرع الثاني

### مزايا ومخاطر التحكيم الإلكتروني في عقود الاستثمار

يتمتع كل نظام قانوني ببعض المزايا والخصائص، والتحكيم الإلكتروني كغيره من الأنظمة يتمتع بعدة مزايا، وأيضاً له بعض مخاطر يجب تجنبها، وسنتناول أولاً مزايا التحكيم ثم مخاطره.

#### أولاً: مزايا التحكيم

##### 1- السرعة في فض المنازعات:

يتميز التحكيم الإلكتروني بالسرعة في حسم المنازعات، وهذا يتمشى مع طبيعة عقد الاستثمار الإلكتروني<sup>(56)</sup>، وذلك بعكس إجراءات التقاضي العادية، فهي تتطلب الكثير من الوقت، ويرجع توفير الوقت الزمني للتقاضي في التحكيم الإلكتروني بأنه لا يشترط الحضور المادي لأطراف النزاع، حيث يمكن سماع أطراف النزاع عبر وسائل الاتصال الحديثة، ويمكن أيضاً تبادل الأدلة والمستندات عبر البريد الإلكتروني أو أية وسيلة إلكترونية أخرى<sup>(57)</sup>.

##### 2- قلة مصاريف ونفقات التقاضي:

استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التحكيم الإلكتروني تؤدي إلى التقليل من نفقات التحكيم، كما تؤدي إلى سرعة الفصل في المنازعات؛ لأن إجراءات التحكيم تتم عبر الإنترنت، ولا تتطلب انتقال أطراف النزاع إلى مكان انعقاد جلسات الحضور، وأيضاً الحضور المادي للشهود والخبراء، فهذا يقلل نفقات السفر والانتقال.

##### 3- الرغبة في عرض النزاع على أشخاص مختصين من ذوي الدراية والخبرة القانونية والفنية في مجال التجارة الإلكترونية<sup>(58)</sup>.

##### 4- التخلص من مشكلة تنازع القوانين والاختصاص القضائي:

وجود اتفاقية دولية بخصوص الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين، وهي اتفاقية نيويورك الصادرة عام 1958، يجنب الأطراف الراغبين بالخضوع للتحكيم

(56) عادل حمادة أبو العز، التحكيم الإلكتروني في منازعات المعاملات الإلكترونية، مقال منشور على موقع: <http://www.aljazirah.com.sa/digimag/3004/hasebat3.html>

(57) د. خالد ممدوح، التحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2019، ص 45.

(58) د. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص 214.

التعرض لمشكلة تنازع القوانين والاختصاص القضائي على اعتبار أنّ العقود المبرمة عن طريق الإنترنت وبصفة خاصة عقود الاستثمار الإلكتروني هي عقود دولية لا تحدد منطقة جغرافية معينة<sup>(59)</sup>.

### ثانياً: مخاطر التحكيم الإلكتروني:

بالرغم من المزايا التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني، إلا أنه لا يخلو من المخاطر والعيوب التي يمكن أن يعاب بها، وأهم مخاطر التحكيم الإلكتروني يمكن إجمالها كالاتي:

#### 1- عدم ضمان سرية التحكيم:

من مخاطر التحكيم الإلكتروني في عقود الاستثمار هو إمكانية اختراق سرية عملية التحكيم من خلال قرصنة شبكة الإنترنت، مما يهدد سرية العملية التحكيمية بأكملها، فالحفاظ على سرية النزاع من أهم الأسباب التي تدفع الخصوم للجوء إلى التحكيم؛ لأن الشركات التجارية تسعى للحفاظ على سرية المعلومات الخاصة بها، ومنع كشفها من قبل الشركات التجارية المنافسة لها.

#### 2- عدم تطبيق المحكم للقواعد الأمرة:

يبقى التحكيم الطريق الاستثنائي لفض المنازعات الذي لا يخلو من المخاطر التي يمكن أن تحيط به، ومنها خوف الأطراف، وبالذات الطرف الضعيف من اللجوء إلى التحكيم بصورة عامة والتحكيم الإلكتروني بصورة خاصة، وسبب الخوف هو عدم تطبيق القواعد الأمرة والمقررة لمصلحة الطرف الضعيف المنصوص عليها في القانون الوطني، خاصة إذا كان هذا الطرف مستهلكاً، مما يترتب عليه بطلان حكم التحكيم وعدم إمكانية تطبيقه<sup>(60)</sup>.

## الفرع الثالث

### إجراءات التحكيم الإلكتروني في عقود الاستثمار

تختلف إجراءات التحكيم الإلكتروني عن إجراءات التحكيم العادي؛ لأن التحكيم الإلكتروني يتم منذ بدايته وحتى صدور الحكم القضائي فيه عبر الوسائل الإلكترونية من خلال المواقع الإلكترونية، حيث يتم تخزين البيانات والمستندات وغيرها من الأوراق

(59) د. آلاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مجلد 6، 2009، ص 213.

(60) د. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 217.

المتعلقة بالنزاع<sup>(61)</sup> ويتم ذلك كالاتي :

### أولاً: تقديم طلب التحكيم إلى المركز

طلب التحكيم يسمح بافتتاح إجراءات التحكيم، وفي شأن طلب التحكيم يتعين على المحكم تعبئة نموذج التحكيم المعد مسبقاً على الموقع الإلكتروني التابع للمركز الذي يجب أن يتضمن البيانات التالية<sup>(62)</sup>:

- اسما طرفي النزاع وعنوان كل منهما، الهاتف، الفاكس، البريد الإلكتروني، أو أية وسيلة اتصال أخرى ذات صلة بطرفي النزاع، أو بمن يمثل الطرف مقدم طلب التحكيم.

- بيان ملخص عن طبيعة النزاع وظروفه، وطرق وأساليب تسويته.

- قائمة بالبيانات وأدلة الإثبات.

- عدد أعضاء هيئة التحكيم، أو أية ملاحظات يبيدها المحكم يمكن الاستعانة بها عند تشكيل هيئة التحكيم.

بعد ذلك يقوم المحكم بإرسال الطلب إلى المركز من خلال النقر على الأيقونة المخصصة للإرسال (send to)، مع تزويد المحكم ضده بنسخة من الطلب ودفع رسوم التسجيل المحددة وفق نظام دفع الرسوم المعمول به في المركز وقت استلامه لطلب التحكيم والمنشور على الموقع الإلكتروني التابع للمركز<sup>(63)</sup>.

### ثانياً: تشكيل هيئة التحكيم

تعتبر تسمية المحكمين مسألة هامة وضرورية لسير إجراءات التحكيم، وبصدد هذه المسألة تميز غالبية قوانين التحكيم بين تسمية المحكمين باتفاق الأطراف، وبين حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف على التسمية.

### الحالة الأولى: تسمية المحكمين باتفاق الأطراف

القاعدة العامة هي حرية الأطراف في اختيار هيئة التحكيم، وقد نصت على هذه القاعدة العديد من قوانين التحكيم، فعلى سبيل المثال نصت الفقرة الأولى من المادة (14) من

(61) د. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 219.

(62) المادة (9) من قواعد التحكيم لدى المنظمة العالمية للملكية الفكرية المنشورة على الموقع الإلكتروني: <http://www.arbiter.wipo.int/arbitration/index.htm>

(63) المادة (1/67) من القواعد السابقة.

قانون التحكيم الأردني لسنة 2001 على أنه: «تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة»<sup>(64)</sup>.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (174) من قانون التحكيم الكويتي لسنة 1980 على أنه: «إذا تعدد المحكمون وجب في جميع الأحوال أن يكون عددهم وتراً، كما يجب تعيين المحكم في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل».

### الحالة الثانية: تسمية المحكمين في حالة عدم اتفاق الأطراف

إذا لم يتفق الأطراف في اتفاق التحكيم على تسمية المحكمين؛ فإنَّ الأسلوب الأكثر شيوعاً الذي تتبعه غالبية قوانين التحكيم لتشكيل هيئة التحكيم يتمثل بما يلي:

– إذا كانت هيئة التحكيم تتكون من محكم واحد؛ يتم اختيار هذا الأخير بواسطة الأطراف، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على اختياره خلال المدة الزمنية التي يحددها المركز، يتولى المركز أمر تعيينه.

– إذا كانت هيئة التحكيم مكونة من ثلاثة محكمين أو أكثر، يقوم كل طرف باختيار محكم على أن يقوم المحكمان اللذان تم اختيارهما من قبل الطرفين بتعيين المحكم الثالث.

على أنه إذا انقضت الفترة الزمنية التي يحددها المركز ولم يقد أحد الأطراف بتعيين محكمه، أو لم يقد المحكمان اللذان تم اختيارهما باختيار المحكم الثالث، يتولى المركز تعيينه.

### ثالثاً: القانون الواجب التطبيق أمام هيئة التحكيم

بالإضافة إلى دور الإرادة في تشكيل هيئة التحكيم، فإنَّ هناك دوراً للإرادة في تحديد القانون الذي ينطبق على إجراءات التحكيم وموضوعه، ويظهر ذلك من خلال ما يلي:

#### 1- القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم:

تبدو أهمية اختيار القانون أو لائحة التحكيم الواجبة التطبيق على الإجراءات في الأثر المترتب على ذلك الاختيار، من حيث تحديد نظام إدارة الإثبات، والوسائل الفنية التي تسمح بتأكيد احترام مبادئ السرية، والمواجهة بين الخصوم وحقوق الدفاع وتنظيم المداوولات التلفزيونية أو الاجتماعات الإلكترونية؛ لذا يتمتع الأطراف

(64) تقابلها المادة (15) من قانون التحكيم المصري، والمادة (11) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، وكذلك المواد (15، 16، 17، 18) من قواعد التحكيم لدى المنظمة العالمية للملكية الفكرية، وتقابلها الفقرة الثانية من المادة (174) من قانون التحكيم الكويتي لسنة 1980.

في هذا الصدد بحرية كاملة بحيث يمكنهم اختيار القانون الذي يحكم تلك الإجراءات في اتفاقهم على التحكيم، كما يمكنهم الخضوع للوائح أحد مراكز التحكيم<sup>(65)</sup>.

وقد أشارت اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إلى أن عدم اتباع إجراءات التحكيم التي اختارها الأطراف لتنظيم سير المنازعة يترتب عليها أثر هام يتمثل في عدم الاعتراف بتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالفة لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

## 2- القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

كما أن لأطراف التحكيم حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فإن لهم أيضاً الحرية نفسها فيما يتعلق بتحديد القانون الذي ينطبق على موضوع النزاع، ولقد أكدت على هذا الحق لأطراف النزاع العديد من قوانين التحكيم، فعلى سبيل المثال نصت المادة (28/1) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أن: «تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما ونظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة، وليس إلى قواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك»<sup>(66)</sup>.

وقد منحت أنظمة التحكيم الإلكتروني نظام المحكمة القضائية الإلكترونية لأطراف النزاع الحق في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي حال عدم اختيار الأطراف للقواعد الواجبة للتطبيق، فقد نص نظام المحكمة على قيام المحكمة باختيار القانون الذي يتعلق به النزاع بأوثق الروابط، وذلك باستثناء الحالة التي يكون فيها أحد المتنازعين مستهلكاً.

## رابعاً: جلسات المحاكمة

إنَّ ما يدار في جلسات التحكيم الإلكتروني من سماع لأطراف النزاع والشهود والخبراء يتشابه إلى حد كبير مع ما يجري في التحكيم العادي من دعوة الأطراف ووكلائهم

(65) حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص35.

(66) تقابلها المادة (36/أ) من قانون التحكيم الأردني.

شخصياً لحضور الجلسة، وبالنظر لأنظمة التحكيم الإلكتروني فقد جاء نظام المحكمة الافتراضية الإلكترونية أكثر تحراً عندما أجاز إدارة و انعقاد الجلسات بين الخصوم بكل وسيلة مقبولة، بحيث يشمل مصطلح الجلسة بالإضافة إلى الحضور المادي للأطراف: المؤتمرات التليفزيونية والاجتماعات السمعية والبصرية والتبادل الفوري الموثق للاتصالات الإلكترونية بالطريقة التي تسمح بإرسال واستقبال هذه الاتصالات. ومع ذلك لم تشر النصوص الواجبة التطبيق على التحكيم إلى استخدام وسائل الاتصال الحديثة في انعقاد الجلسات، باستثناء النصوص التي وضعت خصيصاً لتنظيم التحكيم الإلكتروني. فعلى سبيل المثال تنص المادة (20) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه: «1- للطرفين حرية الاتفاق على مكان التحكيم، فإن لم يتفقا على ذلك، تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان، على أن تؤخذ في الاعتبار ظروف القضية بما في ذلك راحة الطرفين. 2- استثناء من أحكام الفقرة 1 من هذه المادة، يجوز لهيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً للمداولة بين أعضائها، ولسماع أقوال الشهود والخبراء أو لمعاينة البضائع أو غيرها من الممتلكات أو لفحص المستندات، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك»<sup>(67)</sup>.

### خامساً: صدور الحكم

بعد التأكد من تمكين الأطراف من تقديم دفاعهم، تقوم المحكمة بإغلاق باب المرافعة حتى صدور حكمها، ولا يشترط لصدور الحكم أن يكون بالإجماع، إذ تكفي موافقة الأغلبية لصدوره بشرط توقيع القرار من رئيس الهيئة والأعضاء، مع ذكر رأي العضو المخالف إن لم يكن الحكم بالإجماع، هذا وقد تنتهي العملية التحكيمية قبل صدور الحكم في حالتين نصت عليهما المادة (65) من قواعد التحكيم لدى المنظمة العالمية للملكية الفكرية وهما:

**الحالة الأولى:** إذا توصل الأطراف إلى التسوية السلمية للنزاع قبل صدور حكم التحكيم، كان لهيئة التحكيم أن تنهي الإجراءات، وأن تثبت التسوية بناء على طلب الطرفين في صورة حكم تحكيم بالشروط المتفق عليها.

**الحالة الثانية:** إذا تبين لهيئة التحكيم قبل صدور الحكم استحالة أو عدم جدوى الاستمرار في التحكيم، يجوز لها إنهاء إجراءات التحكيم ما لم يقدم أحد المحكّمين خلال الفترة الزمنية التي تحددها هيئة التحكيم اعتراضاً يبين فيه الأسباب التي تبرر الاستمرار في عملية التحكيم.

(67) تقابلها المادة (28) من قانون التحكيم المصري.

## المطلب الثالث

### الوساطة الإلكترونية

تعتبر الوساطة الإلكترونية إحدى أهم الوسائل البديلة لحل النزاعات التي تنشأ في المعاملات الإلكترونية، حيث إنها تتلاءم مع طبيعة التجارة الإلكترونية.

وسوف نقسم هذا المطلب على فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: ماهية الوساطة الإلكترونية في عقود الاستثمار

الفرع الثاني: آلية الوساطة الإلكترونية في عقود الاستثمار

### الفرع الأول

#### ماهية الوساطة الإلكترونية

##### أولاً: تعريف الوساطة

على الرغم من أنه لا يوجد في التشريع الكويتي ما ينظم الوساطة القضائية، فقد تم النص في المرسوم الأميري رقم 12 لسنة 1960 الخاص بقانون تنظيم إدارة الفتوى والتشريع في المادة (4) على أن: «تُبدي إدارة الفتوى الرأي بناء على طلب المجلس الأعلى، فيما يقوم من خلاف في وجهات النظر بين مختلف الدوائر، وترفع للمجلس الأعلى رأياً في ذلك مشفوعاً بالأسباب التي تستند إليها».

كما نص نظام مركز الكويت للتحكيم المنشأ بغرفة التجارة والصناعة على تنظيم التوفيق أو الوساطة في الفصل الخامس في المادتين (18 و19) من نظامه الأساسي، كما يمكن للمركز أن يلجأ إلى الوساطة الإلكترونية وفق تفسيرنا لنص المادة (17) التي تسمح أن يتم اللجوء إليها في حال دعت الحاجة لذلك.

هذا وعرفت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون اليونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الوساطة بأنها: «أية عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى، أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين».



كما عرفت المادة الأولى من نظام المركز العربي لتسوية المنازعات بأنّها: «الوسيلة التي يتم بموجبها السعي لفض النزاع دون أية سلطة للوسيط أو الموفق لفرض قراره في النزاع، وذلك عن طريق تقريب وجهات النظر وإبداء الآراء الاستشارية التي تتيح الوصول للحل بهذه الوسيلة».

وبصفة عامة الوساطة هي إحدى آليات الحلول البديلة لفض النزاعات المعروفة في بلدان عديدة، وتشمل صوراً مختلفة منها: الوساطة القضائية، والوساطة الخاصة، والوساطة الاتفاقية<sup>(68)</sup>، وتهدف في صورها المختلفة إلى تسوية النزاع ودياً من خلال التراضي والتوفيق بين الخصوم بإجراءات أكثر مرونة لتلّافي إجراءات التقاضي أمام المحاكم، الأمر الذي يخفف من عبء تراكم القضايا لدى المحاكم، ويحقق مصلحة الخصوم في إنهاء النزاع بأسهل الطرق وأسرعها وبأقل التكاليف الممكنة.

ويمكن تعريف الوساطة بأنّها عملية تتم من قبل شخص ثالث يدعى الوسيط، يسعى إلى مساعدة أطراف النزاع للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر وتقييمها لمحاولة التوصل إلى حل وسط يقبله الطرفان<sup>(69)</sup>.

ومما سبق يتضح بأن الوساطة عملية تطوعية تقوم على إرادة طرفي النزاع في اللجوء إليها، يعمل فيها الأطراف مع شخص ثالث يسمى الوسيط يتمتع بصفتي النزاهة والحياد، لإيجاد حل مقبول للطرفين ينهي النزاع، فنجد أنّ الوساطة ليست عملية قضائية أو عملية تحكيمية. وبما أنّ الوساطة التي نحن بصدها هي وساطة عن بعد فيمكن تعريفها بأنّها: «عملية تتم بشكل فوري ومباشر على شبكة الإنترنت، وتهدف إلى تسهيل التعاون والتفاوض بين الأطراف المتنازعة للتوصل إلى حل عادل يقبله أطراف النزاع»، وبالتالي فهي لا تختلف عن الوساطة التقليدية في شيء سوى أنّها تتم من خلال استخدام وسيلة من الوسائل الإلكترونية، حيث يكون الوسيط والأطراف المتنازعة متواجدين عادة في دول مختلفة، يجتمعون ويتحاورون عن بعد باستخدام وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة والتي غالباً ما تكون شبكة الإنترنت، بخلاف ما يجري عليه العمل في الوساطة التقليدية، حيث يجتمع كل من الوسيط والأطراف المتنازعة وجهاً لوجه وفي إقليم دولة واحدة.

(68) نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون الوساطة الأردني على أنه: «لقاضى إدارة الدعوى أو قاضى الصلح وبعد الاجتماع بالخصوم أو وكلائهم القانونيين إحالة النزاع بناء على طلب أطراف الدعوى أو بعد موافقتهم إلى قاضى الوساطة أو إلى وسيط خاص لتسوية النزاع ودياً وفي جميع الأحوال يراعى القاضى عند تسمية الوسيط اتفاق الطرفين ما أمكن».

(69) <http://www.bambooweb.com/articles/m/mediation>.

ومن أبرز مراكز الوساطة والتحكيم الإلكترونية التي تقدم خدمة تسوية المنازعات بالطرق الإلكترونية: مركز الوساطة (square trade)، ومركز الويبو للتحكيم والوساطة، ونظراً لأهمية هذه الخدمة كأحدى الوسائل البديلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، يجب أن نوضح مفهوم المفاوضات المباشرة والإجراءات التي تقوم عليها، وتوضيح الفرق بينها وبين الوساطة، وذلك على النحو التالي:

المفاوضات المباشرة هي عملية تقتصر فقط على طرفي النزاع دون أي تدخل من جانب الوسيط أو مركز الوساطة، وتتلخص إجراءاتها بما يلي: بعد أن يتفق طرفا النزاع على تسوية نزاعهما من خلال وسيلة المفاوضات المباشرة، ويقومان بإبلاغ مركز الوساطة بذلك، يقوم المركز بتزويد كل من المتفاوضين بكلمة المرور التي تسمح لهما بالدخول إلى الصفحة الخاصة بنزاعهما الموجودة على الموقع الإلكتروني التابع للمركز، بعدها يتم التفاوض على موضوع النزاع بين طرفي النزاع وحدهما بهدف التوصل إلى حل سلمي ينهي النزاع بينهما.

على أن المدة الممنوحة لهما للاتصال والتفاوض من خلال صفحة الاتصال التابعة للمركز هي ثلاثون يوماً فقط، وبعدها يتم إغلاق ملف القضية بصورة آلية ما لم يطلب طرفا النزاع قبل انقضاء مدة الثلاثين يوماً المحددة من قبل المركز تعيين وسيط يساعدهما على تسوية النزاع. ومع ذلك إذا شعر أحد طرفي النزاع بأن مدة الثلاثين يوماً غير كافية لحل النزاع مع الطرف الآخر يجوز له أن يطلب من المركز تمديدتها إلى وقت آخر مناسب، عندئذ يقوم المركز بالتمديد إذا اقتنع بأن فرصة حل النزاع ستكون أفضل فيما لو حصل التمديد.

وتختلف المفاوضات المباشرة عن عملية الوساطة من عدة نواح من أهمها:

- في المفاوضات المباشرة، يكون الاتصال بين طرفي النزاع على الصفحة المعدة لذلك على الموقع الإلكتروني التابع لمركز الوساطة، حيث يقوم الأطراف بحل النزاعات مع بعضهما دون تدخل من جانب مركز الوساطة
- إذا فشل الطرفان في إيجاد حلول للمشاكل يجوز لهما أن يطلبوا من المركز تعيين وسيط ودفع الرسوم.
- إذا تم تعيين وسيط أصبح من غير الممكن الاطلاع على كافة الوسائل الأخرى كما كان يحدث أثناء المفاوضات، إلا أن هناك صفة مشتركة بين المفاوضات والوساطة وهي أنها عمليات تطوعية وغير ملزمة للطرفين.

## ثانياً: خصائص الوساطة الإلكترونية

تعتبر الوساطة الإلكترونية وسيلة ناجحة لتسوية المنازعات بين الأطراف المتنازعة في مجال التجارة الإلكترونية ومن أهمها:

- تتميز الوساطة الإلكترونية بأنها ذات مرونة، حيث لا يوجد تقيد بإجراءات معينة، واستغلال الوقت والحصول على حلول سريعة، والتخفيف من عدد القضايا التي تسجل أمام المحاكم<sup>(70)</sup>.

- تتمتع أيضاً الوساطة الإلكترونية ببساطة إجراءاتها ووضوح قواعدها.

- تعتبر الوساطة عملية قليلة التكلفة بالمقارنة بتكاليف حل النزاع قضائياً، أو عن طريق التحكيم.

- تقوم عملية الوساطة بالمحافظة على العلاقات الودية بين الخصوم.

- يكون لطرفي النزاع حرية الانسحاب واللجوء إلى التقاضي دون أي تأثير لآليات تسوية النزاع الأخرى. وقد أكدت على هذا الحق المادة (4/6) من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي التي نصت على أنه: «يجوز للموفق أن يقدم في أي مرحلة من مراحل إجراءات التوفيق اقتراحات لتسوية النزاع». وأيضاً المادة (13/أ) من نظام الوساطة المعمول به من قبل المنظمة العالمية للملكية الفكرية التي أقرت للوسيط بالقيام بتسوية النزاع بالشكل والأسلوب اللذين يراهما مناسبين دون أن يملك سلطة إلزام أطراف النزاع على قبوله.

وقد حددت المادة الرابعة من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الحالات التي تكون فيها الوساطة دولية، وهذه الحالات هي:

1- إذا كان مقرا عمل طرفي النزاع وقت إبرام العقد محل النزاع واقعين في دولتين مختلفتين.

2- إذا تم تنفيذ جزء جوهري من التزامات الطرفين في دولة أخرى مختلفة عن الدولة التي توجد فيها منشأة عمل الطرفين.

3- إذا كان موضوع النزاع يرتبط بصله أو وثق بدولة أخرى غير التي يقع فيها مركز عمل الطرفين.

(70) electronic mediation: at <http://www.judgelinek.org/a2j/system-design/resolution/emediation.cfm>.

4- إذا كان لأحد طرفي النزاع أكثر من مقر عمل واحد، ويكون مقر العمل هو المقر الأوثق علاقة باتفاق التوفيق، وإذا لم يكن لأحدهما مقر عمل يشار إلى مقر عمله المعتاد.

ويتضح مما سبق بأن الوساطة الإلكترونية تتميز بترك الحرية لأطراف النزاع لاختيار وسيط، وذلك عن طريق مركز الوساطة الذي يقوم بتسهيل هذه العملية، حيث يقوم المركز بوضع أسماء الوسطاء على الصفحة الخاصة به، ويوضح مؤهلاتهم وخبراتهم العلمية أيضاً، وقد أشارت الدراسات الأمريكية إلى أن 75% من منازعات العمل الدولية قد تم تسويتها عن طريق اللجوء إلى الوساطة<sup>(71)</sup>.

### ثالثاً: الشروط التي يجب مراعاتها عند اختيار الوسيط

يجب أن تتوافر عدة شروط في شخص الوسيط عند إدارته عملية الوساطة على النحو التالي:

- 1- أن يكون صالحاً للعمل كموفق.
- 2- الحيادة والنزاهة والاستقلال.
- 3- القدرة على التقمص.
- 4- إرادة الفهم.
- 5- القدرة على تحديد مصدر النزاع وسببه.
- 6- القدرة على استلزام روح المسؤولية الشخصية.
- 7- القدرة على تسوية النزاع.
- 8- الخبرة القانونية.

## الفرع الثاني

### آلية الوساطة الإلكترونية في عقود الاستثمار

تقوم عملية الوساطة الإلكترونية على مجموعة من الإجراءات المحددة التي تتم بطريقة إلكترونية على الموقع الخاص بالمركز وفقاً للآتي:

(71) Geneva, Switzerland conference on mediation march 29.1996

## أولاً: تقديم طلب لتسوية النزاع إلى مركز الوساطة

وفقاً لحكم المادة الثالثة من قواعد الوساطة الصادرة عن المنظمة الدولية للملكية الفكرية<sup>(72)</sup>، فإنّ على كل من يرغب من طرفي النزاع في تسوية نزاعه عن طريق اللجوء إلى الوساطة الإلكترونية، أن يقوم بتعبئة طلب الوساطة المعد مسبقاً من قبل المركز والمنشور على الموقع الإلكتروني التابع للمركز، والذي يجب أن يتضمن أسماء أطراف النزاع وعناوينهم والبريد الإلكتروني الخاص بكل منهم<sup>(73)</sup>، كما يجب أن يتضمن الطلب نسخة من اتفاق الطرفين الخاص باللجوء إلى الوساطة، وملخص عن موضوع النزاع وطبيعته.

## ثانياً: استيفاء الرسوم الخاصة بعملية الوساطة

تتم عملية الوساطة مقابل دفع رسوم معينة يتحملها طرفا النزاع لقاء قبول المركز لنظر النزاع، ورسوم الوساطة الإلكترونية منقسمة إلى ثلاثة أنواع :

- رسوم التسجيل: هي الرسوم التي يستوفيهها المركز من طالب الإجراء أو التسوية.
- المصاريف الإدارية: هي المبالغ المقررة تبعاً لطبيعة النزاع وأداء فضه، وتغطي تكاليف المراسلات والإخطارات والتكاليف الإدارية اللازمة لنظر النزاع<sup>(74)</sup>.
- الأتعاب: هي المبالغ المقررة للوسيط في عملية الوساطة، ونظراً لما تمثله الرسوم من أهمية لسير إجراءات الوساطة؛ فقد حرصت مراكز الوساطة الإلكترونية على وضع أنظمة خاصة بالرسوم تحدد مقدار ونوع الرسوم التي يستوفيهها المركز من عملية الوساطة، ومن هذه المراكز، مركز الوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية<sup>(75)</sup>.

(72) تنص المادة الثالثة من قواعد الوساطة الصادرة عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) على:  
“ (A) A party to a mediation agreement that wishes to commence a mediation shall a request for mediation in writing to the center it shall at the same time send a copy of the request for mediation to the other party. (b) The request for mediation shall contain or be accompanied by

- (I) the name address and telephoned telefax, email or the other communication references of the parties to the dispute and the representative of the party filing the request for mediation.
- (ii) A copy of the mediation Agreement and,
- (iii) A brief statement of the nature of the dispute.

(73) محمد أحمد المحاسنة، مرجع ساب، ص 230.

(74) انظر المادة الثامنة من نظام المركز العربي لتسوية المنازعات المنشورة على الموقع الإلكتروني:  
<http://www.aralaw.org/ip/%208/20adr%20arab%20centev%203A.html>

(75) schedule of fees and costs mediation at : <http://www.arbitrator.wipo.int/mediation/fees/index.html>

### ثالثاً: بدء عملية الوساطة

بعد قيام طرفي النزاع بدفع الرسوم والمصاريف الإدارية يقوم المركز بتزويدهما بأسماء الوسطاء ليقوما باختيار الوسيط الذي يتولى قيادة عملية الوساطة وكلفتها وطريقة الاتصال المتبعة بعقد جلسات الوساطة، وبعد أن يتفقا على اختيار الوسيط، يقوم الوسيط بإرسال كلمة المرور لكل من طرفي النزاع حتى يتمكن كل منهما من الدخول لحضور الجلسات ومناقشة النزاع بهدف التوصل إلى حل وسط يقبله الطرفان<sup>(76)</sup>.

### رابعاً: انتهاء عملية الوساطة

تنتهي عملية الوساطة بإحدى الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: تسوية النزاع ودياً كلياً، أو جزئياً بين الطرفين.

الحالة الثانية: عدم التوصل إلى التسوية الودية للنزاع بين الطرفين.

### الحالة الأولى: تسوية النزاع ودياً كلياً أو جزئياً بين الخصوم

إذا توصل الوسيط إلى التسوية السلمية للنزاع، وتمت المصادقة على اتفاق التسوية من قبل طرفي النزاع، تنتهي عملية الوساطة من لحظة المصادقة على اتفاق التسوية<sup>(77)</sup>، بحيث يعتبر هذا الاتفاق بعد المصادقة عليه ملزماً وواجب النفاذ قانوناً، وبمثابة حكم قطعي لا يخضع لأي طريق من طرق الطعن<sup>(78)</sup>.

### الحالة الثانية: عدم التوصل إلى التسوية الودية للنزاع

يندرج تحت هذه الحالة مجموعة من الأسباب التي يترتب على توافر أحدها انتهاء عملية الوساطة، ومن أمثلة هذه الأسباب ما ورد في المادة (11)<sup>(79)</sup> من قانون الأونسيترال

(76) محمد أحمد المحاسنة، مرجع سابق، ص 236، وانظر أيضاً:

Electronic mediation at <http://www.emedation-nl/engles-html>.

(77) نصت الفقرة الأولى من المادة (18) من قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية الويبو على:

The mediation shall be terminated by the signing of a settlement agreement by the parties covering any or all of the of the issues in dispute between the parties.

(78) نصت الفقرة ب من المادة السابعة من قانون الوساطة الأردني على أنه: «إذا توصل الوسيط إلى تسوية النزاع كلياً أو جزئياً، يقدم إلى قاضي إدارة الدعوى أو قاضي الصلح تقريراً بذلك، ويرفق به اتفاقية التسوية الموقعة من أطراف النزاع للمصادقة عليها من قبل قاضي إدارة الدعوى أو قاضي الصلح، وتعتبر هذه الاتفاقية بعد المصادقة عليها بمثابة حكم قطعي لا يخضع لأي طريق من طرق الطعن».

(79) تقابلها الفقرتان b,c من المادة (18) من قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية الويبو اللتان تنصان على أنه:

The mediation shall be terminated (b) by the decision of the mediator if, in the mediators judgment further efforts at mediation are unlikely to lead to a resolution the dispute or (c) by a written declaration of a party at any time after attending the first meeting of the parties with the mediator and before the signing of any settlement agreement

النموذجي للتوفيق التجاري الدولي، من تعداد للحالات التي تحول دون التوصل إلى التسوية السلمية للنزاع وذلك على النحو التالي:

- إصدار الموفق بعد التشاور مع طرفي النزاع إعلاناً يبين فيه لهما أنه لا يوجد ما يسوغ القيام بمزيد من جهود التوفيق في تاريخ صدور الإعلان.
- إصدار طرفي النزاع إعلاناً موجهاً للموفق، يفيد بانتهاء إجراءات التوفيق في تاريخ صدور الإعلان.
- إصدار أحد طرفي النزاع إعلاناً موجهاً إلى الطرف الآخر أو الأطراف الأخرى وإلى الموفق في حالة تعيينه يفيد بانتهاء إجراءات التوفيق في تاريخ صدور الإعلان.

ومن أسباب انتهاء الوساطة كذلك انقضاء المدة المحددة لتسوية النزاع، وكذلك تغيب أحد طرفي النزاع أو كليهما عن جلسات الوساطة من دون عذر.

هذه هي أهم الأسباب التي تؤدي إلى عدم توصل الوسيط لتسوية النزاع ودياً بين الخصوم، وبالتالي انتهاء عملية الوساطة .

وعند انتهاء عملية الوساطة، يجب على الوسيط بغض النظر عن النتيجة التي آلت إليها الوساطة إيجابية كانت أم سلبية، أن يرسل فوراً إخطاراً مكتوباً إلى المركز يبلغه فيه بواقعة انتهاء الوساطة، والتاريخ الذي انتهت فيه، وأن يرسل نسخة من ذلك الإخطار معنونة باسم المركز إلى طرفي النزاع<sup>(80)</sup>.

(80) نصت الفقرة الأولى من المادة (19) من قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية الويبو على أنه:

Upon the termination of the mediation, the mediator shall promptly send to the centra a notice in writing that the mediation is terminated and shall indicate the date on which it terminated whether or not the mediation resulted in a settlement of the dispute and if so, whether the settlement was full or partial, the mediator shall send to the parties a copy of the notice so addressed to the center.

## الخاتمة:

تعتبر العقود الإلكترونية من التصرفات القانونية المستحدثة التي ظهرت مع التقدم التكنولوجي نتيجة لاستخدام وسائل الاتصال الحديثة، والتي لا شك أن لها أثراً كبيراً على ازدهار التجارة الإلكترونية وتطوير الأعمال الاستثمارية في كافة المجالات التي تعكس رؤية الكويت لسنة 2035، بتحويلها إلى مركز مالي وتجاري جاذب للاستثمار.

وبالرغم من مزايا وأهمية تلك العقود، إلا أنها تواجه العديد من التحديات والإشكاليات المتعلقة بتنازع القوانين نظراً لطبيعتها الإلكترونية، سواء تلك المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق، أو المحاكم المختصة.

وبعد دراسة موضوع تنازع القوانين في عقود الاستثمار الإلكترونية، نرى ضرورة النص في العقد على القانون الذي يحكم الرابطة العقدية، وعدم إغفال ذلك النص تجنباً للدخول في مشكلة تنازع القوانين التي لا تتفق في كثير من جوانبها مع عقود الاستثمار الإلكترونية.

أما في حالة غياب النص على القانون الذي يحكم الرابطة العقدية؛ فإن الحل الأمثل هو وضع قانون موضوعي خاص بعقود الاستثمار الإلكترونية يسهم في إزالة المشكلات الخاصة باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وتنظيم حركة الاستثمار الإلكتروني.

## التوصيات:

1- نوصي المشرع الكويتي بالأخذ بفكرة الخضوع الاختياري والنص عليها صراحة، وعقد الاختصاص لمحاكم الدولة إذا اتفق الأطراف صراحة على ذلك؛ لأن هذه الفكرة تهدف في النهاية إلى حماية مصالح الأفراد، وتيسير معاملات التجارة الدولية، وكلاهما هدف رئيسي من أهداف القانون الدولي الخاص، ولن يكون هذا الإجراء غريباً في القانون الدولي الخاص، فقد سبق وأن بينا أن المشرع الكويتي جعل من إرادة الأطراف ضابطاً للاختصاص التشريعي، حيث قرر في المادة (59) من القانون رقم 5 لسنة 1961 بأن للأطراف الحرية في اختيار القانون الذي يحكم العقود المبرمة فيما بينهم.

2- إنشاء هيئة قضائية دولية يمكن أن يكون لها حق النظر في المنازعات بين الأفراد، ولو تضمنت هذه المنازعات عنصراً أجنبياً واتسمت تبعاً لذلك بالطابع الدولي.



- 3- ضرورة صياغة اتفاقية دولية تعالج مشكلة القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني من خلال إقرار قواعد موضوعية موحدة قادرة على تسوية منازعات عقود الاستثمار الإلكترونية.
- 4- العمل على تأهيل قضاة ومحكمين ووسطاء متخصصين في قضايا التجارة الإلكترونية وعقود الاستثمار الإلكترونية.
- 5- تعديل بعض نصوص قانون التحكيم الكويتي التي لا تتلاءم مع التجارة الإلكترونية، كالنصوص المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم.
- 6- يجب تفعيل القوانين الكويتية والأنظمة المشجعة للاستثمارات الأجنبية والعمل على تحديثها بما يتوافق مع تطورات متطلبات المناخ الاستثماري العالمي.
- 7- إيجاد هيئة قضائية دولية متخصصة لفض منازعات الاستثمار الأجنبي.
- 8- ضرورة التحول إلى تطبيق النظام الإلكتروني لتقديم طلبات الترخيص للاستثمار ومنح المزايا وتقديم التسهيلات اللازمة.
- 9- ضرورة وجود مرجع دولي ثابت لحل مشكلة التنازع في مجال عقود الاستثمار الإلكترونية من خلال منظمة دولية كالأمم المتحدة، يقوم بوضع قواعد دولية ثابتة وإنشاء هيئة استشارية يناط بها تفسير النصوص الغامضة.
- 10- العمل مع كافة الجهات المختصة لتجاوز التحديات والإشكاليات التي تواجه تدفقات الاستثمار المباشر إلى داخل الدولة.
- 11- إنشاء دائرة قضائية تختص بنظر المنازعات الإلكترونية بحيث تشمل في تشكيلها خبيراً متخصصاً في مجال تقنيات الاتصال.

## المراجع:

### أولاً: المراجع العربية

- د. آلاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مجلد 6، سنة 2009.
- د. إبراهيم نادر محمد، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
- د. أحمد سيد السيد ود. أحمد حمود الحبسي، خصائص عقد الاستثمار وطبيعته القانونية، المجلة القانونية الجزائرية، 2018.
- د. أحمد عبد الكريم سلامة،
  - قانون العقد الدولي، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
  - علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مكتبة الجلاء الجديدة، الإسكندرية، 1996.
- د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- د. أشرف وفا محمد، تنازع القوانين في مجال الحقوق الذهنية للمؤلف، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- د. بلحسان هواربي، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة الفقه والقانون، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية، المغرب، العدد 5، سنة 2016.
- جورج حزبون، قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 2، سنة 2002.
- هوشيار معروف كاكما مولا، الاستثمارات والأسواق المالية، دار الصفاء للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003.
- د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.

- حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- د. يوسف مسعودي، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة أحمد دراية، الجزائر، 2003.
- د. ليندا جابر، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014.
- د. مدحت رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- محمد أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار العلم للثقافة، عمان، الأردن، 2016.
- د. محمد أحمد المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، دار الحامد، عمان، الأردن، 2012.
- د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، لجنة التأليف والتعريب والنشر، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1988.
- د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، مؤسسة المعارف، بيروت، 2000.
- د. منصور محمد حسين، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
- د. مصلح أحمد الطراونة، قانون التجارة الدولي، دار رند، الأردن، 2001.
- د. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009.
- نورجان محمد علي قانبا جوقة، التوقيع الإلكتروني في ظل قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، ط 2، مكتبة عبد الحميد شومان، عمان الأردن، 2003.

- نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
- د. عادل أبو هشيمة عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- عبد الكريم بعداش، الاستثمار الأجنبي المباشر وآثاره على الاقتصاد الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2010/2011.
- د. عبد المؤمن بن صغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية، ط 1، دار الأيام، والمركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية، عمان، الأردن، 2015.
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية- شرح قانون المبادلات الإلكترونية التونسي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مجلد 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون تاريخ نشر.
- د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.
- د. عكاشة محمد عبد العال،
- القانون التجاري الدولي العمليات المصرفية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- تنازع القوانين، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- د. عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمار الأجنبية مع القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- د. صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في القوانين في عقود التنمية التكنولوجية ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، 2011.
- د. ضاري الواوان، النظام القانوني للاستثمار في القانون الكويتي: دراسة مقارنة، دون ناشر، دولة الكويت، 2019.

- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني ، ط 2 ، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 1998.

### ثانياً: المراجع الأجنبية

- Gillies, Lorna E., Electronic commerce and International Private Law: A Study of Electronic Consumer Contracts, 2<sup>nd</sup> Ed., UK Ashgate Publishing Ltd, 2008.
- Menthe Darrell C., Jurisdiction in Cyberspace; A theory of International Spaces, Michigan Telecommunications and Technology Law Review New York 1998 vol. 4, No:1.
- Robin Bryant, and Sarah, Bryant, despoiling Digital crim, UK Ashgate Publishing Ltd, 2014.

### المواقع الإلكترونية:

- د. نبيل زيد مقابلة التحكيم الإلكتروني، بحث قانوني منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.arab0elaw.com/showsimilar.aspx?id=81>
- قواعد التحكيم لدى المنظمة العالمية للملكية الفكرية المنشورة على الموقع الإلكتروني: <http://www.arbiter.wipo.int/arbitration/index.htm>
- <http://www.aralaw.org/ip/%208/20adr%20arab%20centev%203A.html>
- schedule of fees and costs mediation at : <http://www.arbiter.wipo.int/mediation/fees/index.html>
- Electronic mediation at <http://www.emedation-nl/engles-html>.

## المحتوى:

الصفحة	الموضوع
83	الملخص
84	المقدمة
86	مبحث تمهيدي: مفهوم عقد الاستثمار الإلكتروني وخصائصه
86	المطلب الأول: تعريف عقد الاستثمار الإلكتروني
89	المطلب الثاني: خصائص عقد الاستثمار الإلكتروني
94	المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الإلكتروني
95	المطلب الأول: خضوع عقد الاستثمار الإلكتروني لقانون الإرادة
97	المطلب الثاني: أهم تطبيقات قانون الإرادة في عقد الاستثمار
98	الفرع الأول: تطبيق قانون الدولة التي يتم على أرضها الاستثمار
99	الفرع الثاني: اختيار أطراف العقد الإلكتروني لقواعد القانون الدولي العام
99	الفرع الثالث: اختيار أطراف العقد الإلكتروني لقواعد قانون التجارة الدولية
99	المطلب الثالث: النظام القانوني لعقد الاستثمار الإلكتروني عند عدم اختيار الأفراد
100	الفرع الأول: اختصاص قانون الدولة المتعاقدة بحكم العقد
102	الفرع الثاني: استبعاد قانون الدولة المتعاقدة
103	المبحث الثاني: النظرية المستحدثة في القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الإلكترونية
104	المطلب الأول: تطبيق القواعد الموضوعية على عقود الاستثمار الإلكترونية

الصفحة	الموضوع
104	الفرع الأول: تعريف القانون التجاري الدولي
105	الفرع الثاني: خصائص القانون التجاري الدولي
105	الفرع الثالث: مصادر القانون التجاري الدولي
106	المطلب الثاني: التحكيم في العقود الإلكترونية عبر وسائل الاتصال الحديثة
106	الفرع الأول: مفهوم التحكيم الإلكتروني في عقود الاستثمار
108	الفرع الثاني: مزايا ومخاطر التحكيم الإلكتروني في عقود الاستثمار
109	الفرع الثالث: إجراءات التحكيم في عقود الاستثمار
114	المطلب الثالث: الوساطة الإلكترونية
114	الفرع الأول: ماهية الوساطة الإلكترونية في عقود الاستثمار
118	الفرع الثاني: آلية الوساطة الإلكترونية في عقود الاستثمار
122	الخاتمة
124	المراجع

