المجلة العربية للعلوم الإنسانية والاجتماعية
Arab Journal for Humanities and Social Sciences
Impact factor isi 2.228

المجلّة العربية للعلوم الإنسانيّة والإجتماعيّة

مجلّة عربيّة محكّمة وفقاً لتصنيف قاعدة البيانات EBSCO

العدد الخامس والثلاثون/ شباط = 2026

دور البيَنة المستندية فى التحكيم وفقاً لقانون الاثبات السوداني

اعداد الدكتور: مجذوب عوض عبد الكريم أبشر
أستاذ مساعد / القسم الخاص : كلية الشريعة والقانون جامعة دلتا
عميد كلية الشريعة والقانون جامعة دلتا العلوم والتكنولوجيا

والدكتور : ربيع أحمد بابكر عسيلي
استاذ مشارك / قسم الفقه المقارن :كلية الشريعة والقانون جامعة دلتا
وكيل جامعة دلتا العلوم والتكنولوجيا

الملخص

تناولت الدراسة دور البينة المستندية في التحكيم بالقانون السوداني. تمثلت مشكلة الدراسة في تطبيق أحكام قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م حيث يقضي القانون بأن يكون المحكم مستقل ومحايد ولكن التطبيق العملي أوضح بأن معظم المحكمين هم عبارة عن مستشارين أو محامين للخصم الذي إختاره وهذا قد يؤدي إلى عدم توقيعه على مستند الحكم إذا رأى أن الحكم قد يصدر في غير صالح الخصم الذي رشحه مما يؤدي إلى تعطيل الإجراءات. نبعت أهمية الدراسة من التطور الذي شهده التحكيم في العقود الأخيرة خاصة في مجال الإتصالات والتكنولوجيا والتجارة الدولية. كما نبعت أهمية الدراسة من أنها تقدم اضافة علمية للمكتبة القانوني بالسودان. هدفت الدراسة إلى إبراز حجية المستندات بشقيها الورقي والإلكتروني في

حفظ وحماية الحقوق. كما هدفت الدراسة إلى إبراز ميزات البينة المستندية مقارنة مع البينات الأخرى وأن دعوى التحكيم تعتمد اعتماد أساس على البينة المستندية ، وهدفت الدراسة إلى إبراز أهم المستندات المتعلقة باجراءات التحكيم مثل مستند شرط التحكيم ومستند مشارطة التحكيم والرسائل والبرقيات ومستند عقد المحكم ومستند حكم التحكيم. إتبعت الدراسة المنهج والوصفي التحليلي. توصلت الدراسة إلي عدد من النتائج أهمها أن الكتابة من أقوى طرق الاثبات ولها قوة مطلقة يجوز ان تكون طريقا لإثبات الوقائع والتصرفات القانونية دون تحيز وأن البينة المستندية تلعب دورا كبيراً في مجال التجارة الالكترونية وغيرها وان محضر الدعوى التحكيمية هو مستند رسمي رغم ان المحكم ليس موظف عام، وأن اتفاق التحكيم ينعقد بتبادل المستندات (رسائل . برقيات . فاكس ....) وأن كتابة التصرف القانوني او التعامل يوضح جدية الأطراف. قدمت الدراسة العديد من التوصيات أهمها ضرورة العناية الفائقة عند إعداد وصياغة مستند إتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف حتى يفي بالغرض المنشود نحو تحقيق العدالة التي يتطلع لها الأطراف، وأن يحذو المشرع السوداني حذو المشرع الفرنسي بإنعدام أثر حجية التوقيع على بياض، وضرورة تبني مبدأ التكافؤ الوظيفي القانوني بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية وضرورة افتراض صحة المستند والنسخ المصورة منه.

Abstract

The study dealt with the impact of documentary evidence on arbitration. The problem of the study represented in applying the provisions of the law. The arbitrator should be neutral and partial, but the practical application cleared that most of the arbitrators are advisers or lawyers for the opponent he chose, and this may lead to his failure to sign the document of judgment if he thinks that the judgment may be issued against the opponent who nominated him and that leads to suspense the procedures and most of the legislation stipulates writing the arbitration agreement, otherwise it is void and the writing takes place in the form of an arbitration clause document or arbitration deed document, as well as most of the legislation giving a great place to exchange messages between the two parties and the various means of communication that leave a written trace, and the electronic document has the same authenticity as the paper document. The importance of the study stems from the development that arbitration has witnessed in recent decades, especially in the field of communications, technology and international trade, and what followed this development of disputes in the form of paper and electronic documents and became an argument in the adjudication of arbitration disputes. The Sudanese legislator has worked to keep pace with this development by separating the articles on arbitration from the Civil Procedures Act for the year 1983 AD, And the provision on the matter of debt in the Civil Transactions Act of 1984 AD and its amendments in case that the debt is proven by writing, and the importance of studying the most important documents presented in employing the arbitration committee and the procedures of the arbitration case. The study aimed to show the authenticity of documents, both paper and electronic, in preserving and protecting rights. The study followed the inductive, descriptive and analytical approach in the study on the impact of documentary evidence as a tool for settling the conflict and how it was addressed in the past. The study reached a number of results, the most important of it that the writing is one of the most powerful methods of proof, and it has absolute power that may be a way to prove facts and legal actions without bias, and that documentary evidence plays a major role in the field of electronic commerce and others, And that the file of the arbitration case is an official document even though the arbitrator is not a public employee, and the arbitration agreement is concluded by exchanging documents (letters - telegrams - fax ...), and writing the legal action or dealing shows the seriousness of the parties. The study recommended several recommendations, including the necessity of careful attention when preparing and drafting the document of the arbitration agreement concluded between the parties in order to fulfill the desired purpose towards achieving justice that the parties aspire to, and for the Sudanese and Egyptian legislators to follow the example of the French legislator without the effect of the authenticity of signing on a blank, and adopting the principle of legal functional parity between Electronic documents, paper copies, and the necessity to assume the authenticity of the document and it's copies.

ISSN: 2709-5312

مقدمـة

الحمد لله الذي حكم بين عباده بالعدل ولا معقب لحكمه والصلاة والسلام على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم الذي أبان الحق وعدل وساد الأمن والعدل وعلى آله وصحبه أجمعين.

إن الله قد خلق الانسان وكرمه وجعله خليفته في الأرض وسخر له ما في الأرض جميعاً من زرع وحرث وانعام ومعادن وتجارة لإعمار الأرض، ونشأت المعاملات المدنية والتجارة وحيث ان الخصومة والأثرة من لوازم النفس البشرية وقد نجد الانسان يظلم اخاه ويمنعه من حقه ويعتدي عليه لذلك وضعت القوانين لاثبات الحق بالبينة، كشهادة الشهود والمستندات والخبرة والمعاينة والقرائن.

أهمية البحث:-

تأتي أهمية البحث للتطور الهائل في العقود الأخيرة في مجال الاتصالات والتكنولوجيا والتجارة الدولية وقد لعبت المستندات بشقيها الورقي والإلكتروني دور كبير في اجراء هذه المعاملات ونتج عن هذه المعاملات نزاعات وتم الفصل فيها عبر البينة المستندية.

كما تأتي أهمية البحث أن إتفاق التحكيم يتم عبر مستند شرط التحكيم أو مستند مشارطة التحكيم وذلك لتأكيد رغبة الأطراف لفصل النزاع عبر التحكيم والتنازل عن اللجوء إلى القضاء وأن أي إتفاق تحكيم يتم عبر أي بينة اخرى يعتبر باطل.

تكمن اهمية البحث بأن الأطراف في خصومة التحكيم يمكن أن يتفقوا بأن الفصل في النزاع يتم عبر المستندات فقط.

أهداف البحث:

يهدف البحث الي إبراز حجية المستندات في الإثبات في نزاعات ودعاوى التحكيم وما تلعبه المستندات بشقيها الورقي والإلكتروني في حفظ وحماية الحقوق.

كما يهدف البحث الي توفير الاسهام في توفير المعلومات القانونية في مجال المستندات والتحكيم بالنسبة لرجال الأعمال و التجار وطلاب القانون و الباحثين ومتخذي القرار.

أسباب إختيار الموضوع:

1/ المكتبة القانونية في حاجة الي المزيد من البحوث والدراسات في مجال المستندات والتحكيم.

2/ إفتقار الفقه الي تناول هذا الموضوع.

3/ البينة المستندية هي أسرع وسيلة إثبات لفصل النزاع.

4/ من خلال تجربتي العملية وجدت ان حسم النزاع التجاري بين الخصوم عبر المستندات هو الأفضل مقارنة مع البينات الأخرى حيث أن المستندات تحتفظ بالوقائع والتصرفات كما كتبت دون تغير ولأطول فترة.

مشكلة البحث:-

تتلخص مشكلة البحث فى أثر البينة المستندية في التحكيم في تطبيق قانون التحكيم حيث نص القانون بأن يكون الحكم محايد ولكن التطبيق العملي أوضح بأن معظم المحكمين هم عبارة عن مستشارين أو محامين للخصم الذي اختاره وهذا يؤدي إلى عدم توقيعه على مستند الحكم اذا رأى أن الحكم في غير صالح الخصم الذي رسمه مما يؤدي إلى تعطيل الاجراءات.

ينعقد إتفاق التحكيم بتبادل الرسائل والمذكرات التي توضح الخلاف نية الأطراف نحو التحكيم إلا ان التطبيق العملي أوضح بأن إتفاق التحكيم يتم في معظمه عبر شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم.

إتفاق التحكيم لايتم إلا كتابة ويكون للمستند الإلكتروني نفس حجية المستند للورقي ويجب ان تنص القوانين على ذلك.

أسئلة البحث:-

1-ماهى حجية البينة المستندية فى تعيين المحكمين؟

2-ماهى حجية البينة المستندية فى إتفاق التحكيم؟

3-ماهى حجية البينة المستندية فى إجراءات التحكيم؟

ISSN: 2709-5312

منهج البحث :-

إتبع الباحث المنهج الإستقرائي والوصفى "منهج ثانوي" أثر البينة المستندية فى التحكيم كمشكلة قانونيه وجمع الحقائق والمعلومات عنها ووصف الظروف الخاصة ومعرفة الأسباب, والإعتماد على عرض النصوص التشريعية والأحكام القضائية وآراء الفقهاء التى تتناول الموضوع.

إعتمد الباحث المنهج التاريخى فى البحث عن أثر البينة المستندية كأداة للفصل فى النزاع وكيفية معالجتها فى الماضى.

الدراسات السابقة:-

تناول الباحث بالدراسة مجموعة من الدراسات السابقه حول التحكيم أهمها الدراسة المقدمة:

1/ الدكتور إبراهيم محمد أحمد دريج حول تشكيل هيئة التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية–حيث تناول فيه التعريف بالمحكمين وكيفية تعيين المحكمين والشروط الواجب توفرها في المحكم وسلطات وحقوق والتزامات المحكم – رد وعزل وإستقالة المحكم وحصانة المحكم ولقد كان خير معين لي في كتابة هذا البحث الذي بحثت فيه عن أهم المستندات التي تقدم في تعيين المحكمين وإجراءات نظر دعوي التحكيم وحتى صدور الحكم و دورها في حسم النزاع.

2/ دراسة أ.د. طلعت محمد دويدار بعنوان ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم دراسة مقارنة في التشريعات الدولية وانظمة مراكز التحكيم والتشريعات الوطنية وخلص فيه أنه لابد من ضبط بداية ونهاية ولاية المحكم لأن بين هاتين اللحظيتين تستهلك قيمة الوقت ورأي الخلاف في تحديد لحظة النهاية كان لابد من التفرقة بين النهاية المبتسرة قبل صدور الحكم المأمول والنهاية الطبيعية وتناول لحظة النهاية الطبيعية التي يستنفد فيها المحكم ولايته فلا يستطيع ممارستها إلا على سبيل الاستكمال كما في حالة الاحكام التصحيحية والتفسيرية والاضافية.

3/ دراسة الاستاذ عباس العبودي بعنوان تحديات الإثبات بالمستندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها وخلص فيه إلى نقاط وتجاوز التحديات القانونية فإن التدخل التشريعي أصبح امراً لازماً وذلك بوضع نص صريح بقبول المستندات الإلكترونية بوضعها أدلة كاملة في الإثبات ومساواتها بالمستندات الورقية وكذلك التدخل في وضع نص صريح يتجاوز التعارض بين الإثبات بالمستندات الإلكترونية وقاعدة عدم جواز اصطناع الخصم دليلاً لنفسه.

4/ دراسة عبد الباسط محمد عبد الواسع، بعنوان النظام القانوني لإتفاق التحكيم واستنتج أن الكتابة ركن من أركان إتفاق التحكيم ويترتب علي تخلفها بطلان الإتفاق وهذا يوصلنا إلى نتيجة مفادها أن إتفاق التحكيم شكلي لكن شكليته أكثر مرونة من الشكلية التقليدية ويتحقق بالكتابة وتبادل المراسلات المكتوبة التقليدية، أو عبر وسائل الاتصال الحديثة

5/ الدكتور علي أبو عطية تناول في كتابه بعنوان القواعد الاجرائية امام المحكمين وذكر في نتائج ما توصل اليه يجري الإثبات أمام هيئة التحكيم كما يجري أمام قضاء الدولة ويكون الإثبات بطرق وأدلة الإثبات المختلفة والمقررة قانونا بالنسبة للواقعة محل الإثبات فتأمر الهيئة بالزام الخصم بتقديم مستند تحت يده.

6/ الدكتور محمد محمد سادات تناول في دراسته بعنوان حجية المحررات الموقعة إلكترونياً في الإثبات وخلص إلى نتائج منها نال التوقيع الإلكتروني باعتباره أداة مستحدثة في الإثبات اهتمام التشريعات والتوجيهات الاسترشادية التي تولت تعريفه بغية الاعتراف به وتقبله بجانب التوقيع الكتابي العادي.

سارت التعريفات التي وردت في القوانين الداخلية للدول خلف التوجيهات والتشريعات الاسترشادية فاستقت معظم التشريعات حول مفهوم واحد تمثل في كون التوقيع الإلكتروني عبارة عن بيانات في شكل إلكتروني تهدف إلى تحديد هوية الموقع وبيان موافقته على ما تضمنه المحرر الموقع ولم تختلف التعريفات الفقهية عن نظيراتها التشريعية اذ ركزت معظمها على

الجانب الشكلي والوظيفي لتوقيع الإلكتروني انتقل التقسيم الثاني للمحررات الي محررات رسمية ومحررات عرفية في قانون الإثبات الي قانون التوقيع الإلكتروني الذي أبقى على ذلك التقسيم مقسما المحررات الإلكترونية الي إلكترونية رسمية وإلكترونية عرفية ، ظل المحرر الإلكتروني العرفي محتفظا بعناصر المحررات الورقية من كتابة وتوقيع اذ ظلت الكتابة الإلكترونية والتوقيع هما العنصران المكونان لذلك المحرر الإلكتروني

هيكل البحث:

المبحث الأول: تعريف المستندات

المطلب الأول :تعريف المستند في اللغةً

المطلب الثاني: تعريف المستند في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث: تعريف المستند في القانون

المبحث الثاني: مصادر المستندات:

المطلب الأول: المستندات الورقية:

المطلب الثاني: المستندات الإلكترونية:

المطلب الثالث: ضوابط الكتابة الإلكترونية:

المبحث الثالث: حجية المستندات

المطلب الأول: ية قبل البدء في إجراءات التحكيم

المطلب الثالث: ثالثاً: شرط التحكيم بالإحالة

الخاتمة

النتائج

التوصيات

قائمة المراجع

المبحث الأول: تعريف المستندات

المطلب الأول: تعريف المستند في اللغةً

المستند: في أصل اللغة (سند) إسناد كل ما يستند إليه من مستندات، وسند سنوداً إليه أي ركن إليه أو إعتمد عليه وإستند إليه أي إتكأ عليه وسند الجبل أي رقى وصعد[1]. وسند الشيء سنده ودعمه وسند الحديث إلى قائله رفعه ونسبه إليه.

(استند) يسند سنوداً فهو مساند وساند الشاعر مساندة وسناداً أي أتى بالسناد في شعره وساند فلاناً آزره وعانفه واستند إليه لجأ إليه واعتمد عليه. وسند إتكأ "أحس بالتعب فتسند الحائط" وسند يسنده جعل له عماد يعتمد عليه[2].

سند يسند تسنيداً مسندة "كأنهم خُشب مسندة" وساند يساند مساندة أي عاونه كان بحاجة إلى المساندة في محنته وسند إليه أمراً وكله إليه. سند إسناد كل ما يستند إليه وسند صك الدين "لأن الدائن يستند إليه لإستعادة حقه وهو ورقة مالية مثبتة لقرض له فائدة ثابتة وسند إذني مكتوب يتضمن إلتزاماً بدفع مبلغ معين لإذن شخص معين حامله في تاريخ معين، وتجمع أسانيد وأسانيد رجال الحديث الذين يوثقونه ويحفظونه[3].

(إستند) إستند على يستند إسناداً فهو مستند والمفعول مستند إليه وإستند إليه في تنفيذ الخطة إعتمد عليه ولجأ إليه في تنفيذها وإستعان به.

المطلب الثاني: تعريف المستند في الفقه الإسلامي:

سمي السند أو المستند في الفقه الإسلامي بـ(الصك) منذ فجر الدعوة الإسلامية وذلك من خلال السجلات والوثائق والمستندات التي كانت توثق في عهد النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة والتابعين لبث الدعوة الإسلامية فأرسل صلى الله عليه وسلم خطابات ورسل إلى

(1) د. يوسف محمد رضا – مّعجم العربية الكلاسيكية المعاصرة – الطبعة الأولى 2006– مكتبة لبنان ناشرون – ص 894.

(2) بطرس البستانى – قطر المحيط – الطبعة الثانية 2007 – مكتبة لبنان ناشرون - ص 273.

(3) الشيخ محمد إبن أبي بكر بن عبد القادر الرازي – مختار الصحاح – مكتبة لبنان، ص 317.

كسرى والنجاشي ودون الحديث الشريف فحفظت بذلك السنة المطهرة من الضياع بفضل المستند أو الخط أو التوثيق كما هو معروف لدى أهل الفقه والقضاء سوياً والذي يذهب في معنى واحد وقد أشار البحث وتطرق إلى مفهوم المستندات فقهاً وقضاءاً وأثرها كدليل من أدلة الإثبات، ويقول أبو إسحاق "الصك أو السجل (المستند) أجيز في الفقه الإسلامي إستخدامه بل يتم قبوله لدى الجمهور ويكفي قول الحجة الخطية أي المستند أن الخط عندنا شخص قائم ومثال مماثل تقع العين عليه ويجيزه العقل كما يجيز سائر الأشخاص الصور[3]، وعرف المذهب المالكي توثيق العقود بمستندات ذات حجية قوية كما هي عليه اليوم في القانون ويراد بكلمة الحجية عند الإمام مالك رحمه الله الحجية على الكافة وجود ما نص عليه القانون والفقة على حد سوا، فالمستند الرسمي والمستند الشرعي لهما نفس الحجية على الكافة كالنص على تسجيل عقود النكاح والصداق والطلاق في مستند تكون له الحجية المطلقة فيما إشتمل عليه من بيانات[1]، وتشمل حجية المستند في الفقه الإسلامي كل المستندات التي تقتصر إلى الحجية في الإنكار كالشهادة على خط المقر ونقصد بها شهادة عدلين كالشهادة على اللفظ وغيرها من الوثائق والصكوك وضعف حجيتها في الفقه الإسلامي لظرف الشبهة عليها كإبرامها بالإكراة ومثلها التي لا شاهد على صحة توقيعها إلا أن يعلم من يشهد بصحتها ويتذكر ما ورد فيها، وهي المستندات كالصكوك الشرعية لا فوارق بينهما والمحررات في القانون فوارق جوهرية.

إتفق الفقهاء على أن الشهادة هي التي تدرك بالحواس والإقرار والقرائن وقد إختلفوا في شأن الخط ما بين مؤيدين ومعارضين الأمر الذي أدى إلى ضآلة التركيز على المستندات.

1( ) برهان الدين أبى الوفاء إبراهيم بن الإمام شمس الدين عبد الله أبى محمد بن فرحون اليعمرى المالكي – نصرة أحكام الأحكام –الطبعة الأولى – دار المكتبة العلمية، بيروت – لبنان – ص 33.

المطلب الثالث: تعريف المستند في القانون:

الكتابة:

تعتبر الكتابة من أهم وسائل أو طرق الإثبات لما توفره للخصوم من ضمانات لا توفرها لهم غيرها من الأدلة [1] فهي أي الكتاب الوسيلة التي يعبر بها الشخص عما يريده[2].

الكتابة هي الخط الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق وما يتعلق بها للرجوع إليه عند الإثبات[3].

والكتابة تكون للتوثيق أولاً، وهو التثبت، الأحكام، والتقوي، والقصد منها حفظ الحقوق من الضياع، وتساعد على الحفظ والتذكر ولتثبيت الحق عند التنازع لقطع الشقاق [4].

المبحث الثاني: مصادر المستندات:

المطلب الأول: المستندات الورقية:

المستندات الورقية تعرف بالمحررات الخطية وأدواتها القلم والمداد والورق. لقد ابتكرت الأمم السابقة الوسائل المختلفة للكتابة فقد تفوقت الأمم السابقة في استخدام ما يكتب عليه فكان أهل الهند يكتبون في خرق الحرير الأبيض والفرس يكتبون في الجلود المدبوغة من جلود الأبقار والغنم والغزال وكذلك كانوا يكتبون في اللخاف – بالخاء المعجمة – وهي حجارة بيضاء، رقائق النحاس والحديد ونحوها وفي عسب النخل وهي الجريد الذي لا خوص عليه

1( ) أ. محمد حسن قاسم – قانون الإثبات الإثبات في المواد المدنية والتجارية – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت لبنان – سنة 2008م، ، ص 139.

2( ) أ. محمد أمين الرومي – المستند الإلكترونى – الطبعة الأولى – شركة الجلال للطباعة والعامرية – الإسكندرية – سنة 2007م – ص 44.

3( ) نفس المرجع – ص 44.

4( ) د. وهبة الزحيلي – الفقه الإسلامي وأدلته – الطبعة الثامنة 1425هـ – 2005م – دار الفكر دمشق سوريا – مجلد سابع – ص 40.

وكان يستفاد من عظم أكتاف الإبل والغنم. على هذا الأسلوب إستمر العرب في التنوع في إستخدام موضوع الكتابة"[1].

نزل القرآن فكتب في العسب واللخاف فعن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال عند جمعه القرآن: "فجعلت أتتبع القرآن من العسب واللخاف"[2]، وجمع الصحابة رضوان الله عليهم القرآن في الرق لطول بقائه وهو الموجود عندهم، وعندما ولي الرشيد الخلافة وقد كثر إستخدام الناس الورق والذي تم نقل صناعته من الصين فأصدر الرشيد أمراً أن يكتب الناس على الكاغد لأن الجلود ونحوها تقبل المحو والإعادة وتكون عرضة للتزوير، إنتشرت الكتابة على الورق إلى يومنا هذا، والتزوير على الورق يترك أثر على الورق يسهل إكتشافه لذلك ساد إستخدام الورق إلى اليوم، ويمكن أن تكون الكتابة على الخشب أو الحجر أو الحديد حيث ما زال يتعلم حيران الخلاوى كتابة وحفظ القرآن الكريم عبر ألواح من خشب وهو ذو انتشار واسع في السودان ووسط وغرب افريقيا، ويكون في الأوساط الفقيرة لأنه قليل التكلفة ويدوم لفترات طويلة ويسهل مسحه وإعادة كتابته وأدواته الخشب والمداد والقلم وتصنع من المواد المحلية، يكتب على الحجر ويكون في حالة إنشاء المباني ويسمى حجر الأساس وكذلك في حالة إفتتاح المباني والكتابة على الحجر تتناسب مع الغرض الذي كتبت من أجله حيث أن المباني تعيش لقرون وما زلنا نشاهد ما كتبه المصريون على الحجارة باللغة الهيروغلوفية والأشوريون والبابليون في العراق، وكذلك يكتب على قاعدة معدنية (حديد، نحاس، المونيوم) ويغلب إستخدامه في العملات المعدنية لصعوبة المسح بكثرة الاستخدام ولصعوبة التزوير وأنها تعيش لفترة أطول إذ تتم الكتابة على الأختام عن طريق نحت الاسم ويأخذ الختم الشكل الدائرى أو البيضاوى ويغمس في مداد ثم يطبع على الورق ويكون حجة على صاحب الختم، وإستخدام الختم في المعاملات

(1) د.حسين على علي ناصر الوشلي – جريمة التزوير في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – دار المطبوعات الجامعية – 2014 – ص 131.

(2) صحيح البخاري – الجزء الرابع – ص 1720 وسنن الترمذي الجزء الخامس – ص 283.

التجارية له خطورته كما ذكرنا[1]. الورق يستخدم كقاعدة يبصم عليها بأصبع اليد حيث أثبت العلم بأن بصمات أصابع الإنسان لا تتطابق مع بعضها البعض. القانون العراقي إعتمد بصمة الأصبع الإبهام دون بقية الأصابع وذلك لتميزها بكبرها عن بقية الأصابع وقد جرت العادة في معظم الدول الأخذ ببصمة الأصبع الإبهام حيث يسهل تحديدها والتحقق في حالة الطعن بالتزوير.

الكتابة بخط اليد على الورق يعتبر حجة على من خطه بيده أو وجه بكتابته أو كتب بإشرافه وكذلك لا تتشابه خطوط الأيدى في الكتابة ويتم الكشف عن الخط بواسطة خبير الخطوط حيث صار الخط علم يدرس ويتم الكشف عن طريق كيفية رسم الحرف ومستوى ضغط القلم ... الخ)[1]. في السودان يستخدم الختم في المشاريع الزراعية المروية في وسط وشمال السودان، ونسبة لانتفاء اسباب استخدام الختم لانتشار العلم والالمام بالقراءة والكتابة للعيوب التي سبق أن اوردناها في استخدام الختم يجب على المشرع السوداني أن يعيد النظر في حجية الختم عند تعديل التشريعات وأن يكون التوقيع بالامضاء أو خط اليد أو البصمة وأن يقتصر إستخدام الختم في الشخصيات الاعتبارية في مؤسسات الدولة والشركات وأسماء الأعمال.

المطلب الثانى: المستندات الإلكترونية:

تتميز هذه المستندات بغزارتها ويمكن الحصول عليها بسرعة هائلة وهي بذلك تتفوق على السندات الورقية العادية وتختلف عنها بوصفها مسجلة على دعائم مغناطيسية لا يمكن قراءتها أو الاطلاع عليها إلا من خلال عرضها على شاشة الحاسب الآلي أو طبعها على ورق

(1) د. محمد محمد سادات – حجية المحررات الموقعة الكترونياً في الإثبات دراسة مقارنة – دار الجامعة الجديدة – 2011م – ص 49.

1( ) د. محمد شكري سرور – موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية – دار الفكر العربى – القاهرة – 1986م – ص77 وما بعدها.

ISSN: 2709-5312

بواسطة الطابعة الملحقة بهذا الحاسب بعكس السندات الورقية الاعتيادية حيث يمكن قراءتها بالعين المجردة مباشرة.

السندات الإلكترونية إصطلاح حديث يطلق على كل السندات الإلكترونية التي تستخرج من وسائل الإتصال العلمي الحديث كالتلكس والفاكس والحاسب الآلي والإنترنت[1] التي أثبت العلم كفاءة هذه الوسائل فهي وسائل حديثة في الإثبات تترك أثراً مادياً مكتوباً على ورق خاص كما في التلكس أو يستنسخ المستند طبقاً لأصله كما في الفاكسميل وهذا الأثر يصلح لإثبات مختلف التصرفات القانونية[2]، وتتكون هذه السندات من مادة قابلة للتمغنط وسبب وجوب توافر قابلية التمغنط في مادتها هو أن تضمين المعلومات فيها يتم بمغنطة كل نقطة من نقاط مادة المحرر عن طريق إمرار تيار كهربائى فيها.

"الورقة الاعتيادية إذ يسهل قراءتها بالعين المجردة لأنها تكتب على كيان مادي ملموس لذلك تفوقت السندات الإلكترونية على السندات الورقية وفرضت نفسها في التعامل وأصبحت واقعاً لا يمكن إنكاره[3]"، هنالك إتجاه تشريعي حديث تبناه المشرع الفرنسي يهدف إلى توفير قوة إثباتية للسندات الإلكترونية تعمل على توسيع مفهوم الكتابة يشمل كل كتابة سواء كانت ورقية أم إلكترونية حيث جاء في المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي على أن "الدليل الكتابي يتكون من رسائل أو صور أو أرقام أو أية إشارات أو رموز تتمتع بدلالة واضحة مهما كانت دعامته أو وسيلة تداولها"، أما القانون المصري عرف الكتابة في التوقيع الإلكتروني[4]"كل

(1) د. عباس العبودي ود. جعفر الفضلي – حجية السندات الإلكترونية في الإثبات المدني في ضوء التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسى المرقم 230 لعام 2000 – مجلة الرافدين الحقوقية العدد 11 – 2001.

(2) د.عباس العبودي – التعاقد عن طريق الإتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني – اطروحة دكتوراة مقدمة من كلية القانون جامعة بغداد 1994م – ص 180.

3( ) أ.د. عباس العبودي – تحديات الإثبات بالسندات الإلكتروني ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها – منشورات الحلبى الحقوقية – ص 33.

4( ) قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لعام 2004م المادة 1 . الفقرة (أ)

حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة الإلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك"، أما القانون الإماراتي عرفها تحت مسمى المعلومات الإلكترونية "بيانات ومعلومات ذات خصائص الإلكترونية في شكل نصوص أو رموز أو رسوم أو برامج الحاسب الآلي أو غيرها"، قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007 عرف السند الإلكتروني بأنه "يقصد به السند الذي يتم إنشاؤه أو تخزينه أو إستخراجه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو إستلامه بوسيلة إلكترونية على وسيط ملموس أو على وسيط إلكتروني آخر ويكون قابلاً للإسترجاع بشكل يمكن فهمه[1]".

الجانب التقني يتمثل في سلطة المحكم في تقييم المستند وهذا يتطلب أن يكون المحكم ذو إلمام كافي بالجوانب التقنية في المجال الإلكتروني يمكنه من قبول المستند والإعتماد عليه في إثبات الوقائع أو رفضه خاصة إذا ما وضعنا في الاعتبار أن المحكم من تلقاء نفسه يمكن أن يثير الطعن بالتزوير في المستند وأن من يقوم بالتزوير قد يكون في الغالب خبير أو فني في المجال الإلكتروني

الجانب القانوني يتمثل في دور الكتابة الإلكترونية التي يتطلبها القانون، إن الأشخاص أحرار في التعبير عن إرادتهم في إبرام العقود إلا أن القانون يفرض شكل محدد في إبرام العقد وبذلك يتحول العقد من رضائي إلى شكلي، وأن الكتابة سواء كانت ترتكز على دعامة ورقية أو إلكترونية تقوم بدور الإثبات حيث لا يعقل أن يرفض المحكم المستند لأنه إلكتروني ويطلب إفراغه في دعامة ورقية ما دام المستند الإلكتروني يتميز بوضوح القراءة والثبات والتخزين والحفظ وإسترجاعه متى ما طلب ذلك فهو مقبول في الإثبات ولكن السؤال الذي ينشأ هنا هل تعد الكتابة الإلكترونية ركن من أركان العقد؟ للإجابة على هذا السؤال نتطرق إلى الموقف الفقهي والتشريعي، عقد الزواج يكون فيه الإشهار بالزواج والإشهار لا يتناسب مع المستندات

1( ) القانون الإتحادي الإماراتي سنة 2006م – في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية. المادة الأولى

الإلكترونية الذي يأخذ جانب السرية ولقد جرى العرف أن يتم الزواج في منزل ولي أمر الزوجة أو المسجد وذلك لتنفيذ الإشهار في عقد الزواج وما جرى عليه العمل في القضاء السوداني أن دفاتر الزواج تسلم للمأذونين وذلك لمراقبة أداء المأذونين في إبرام عقد الزواج وعندما ينتهي دفتر الزواج يسلم دفتر آخر ومرقم بأرقام متسلسلة وهذا ما لا يتوفر في السندات الإلكترونية، المادة 29 من قانون المعاملات الإلكترونية السوداني 2007 نصت على " ... يستثنى من تطبيق أحكام هذا القانون أحكام الزواج والطلاق[1]"، القانون الفرنسي أقر بالكتابة الإلكترونية لإستيفاء شرط الشكل في التصرفات الشكلية إلا أنه لم يكن مطلق حيث إستثنى بعض التصرفات القانونية وأخرجها من نطاق المحررات والكتابة الإلكترونية وأبقى على ضرورة إبرامها وفقاً للأوضاع التقليدية المعتادة. التصرفات القانونية التي لا يجوز إبرامها في شكل الكترونى[2] هي:

1. التصرفات القانونية على أوراق عرفية المتعلقة بقانون الأسرة والمواريث.
2. التصرفات القانونية على أوراق عرفية المتعلقة بالتأمينات الشخصية أو العينية سواء كانت ذات طبيعة مدنية أو تجارية إلا إذا كانت قد أبرمت بواسطة شخص لحاجات مهنته.

ثانياً: موقف القانون السوداني ازاء مدى إمكانية تحقق الشكلية مع الكتابة الإلكترونية

المادة 4 البندين (1) و(2) من قانون المعاملات الإلكترونية السوداني 2007م نصت على صحة العقود الإلكترونية، 4-1 "تكون العقود الإلكترونية صحيحة ونافذة عند إرتباط الإيجاب بالقبول عبر رسائل البيانات التي يتبادل فيها المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين على وجه يرتب أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه الآخر.

1( ) قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م. المادة 29

2( ) القانون المدني الفرنسى والمعدلة بالقانون رقم 575 لسنة 2004م. المادة 2/1108

ISSN: 2709-5312

بالرغم من نص البند (1) "يجوز لطرفي العقد أن يتفقا على أن يكون العقد صحيحاً ونافذاً إذا تم التعبير عن الإرادة جزئياً عبر رسالة البيانات".

من خلال هذا النص نجد أن المشرع السوداني ساوى بين المستند الورقي والإلكتروني من حيث الإثبات والنفاذ مثل المشرع الفرنسي "تكون العقود الإلكترونية صحيحة ونافذة وفقاً لقانون المعاملات الإلكترونية السودانية"[1].

المطلب الثالث: ضوابط الكتابة الإلكترونية:

في ضوء الإتجاهات الجديدة للتشريعات المعاصرة التي نظمت الإثبات بالسندات الإلكترونية والتي أدركت بضرورة التدخل والأخذ بالمفهوم الواسع للكتابة الإلكترونية، أن هذه الكتابة لكي تقوم بوظيفة الكتابة الورقية التقليدية يجب أن تتوفر فيها شروط الكتابة المعتبرة قانوناً[1] وهي:

1/ أن تكون الكتابة الإلكترونية مقروءة، نقصد بهذا الشرط ان تكون الكتابة مفهومة ومدونة بحروف أو رموز معروفة ومفهومة للشخص الذي يراد الإحتجاج به عليه بالسند الإلكتروني الذي تضمن هذه الكتابة وإذا كانت الكتابة الورقية لا تفرض استخدام لغة معينة أو الكتابة بخط يد صاحبها باستثناء التوقيع فإن الكتابة الإلكترونية نجد أن الشخص لا يستطيع أن يقرأها بشكل مباشر ويفهم مضمونها إلا بالاستعانة بالحاسب الآلي الذي يتم تغذيته ببرامج لها المقدرة على ترجمة لغة الآلة إلى الصفة المقروءة للإنسان[2]، وحروف هذه اللغة تتكون من توافق وتبادل بين رقمي الصفر والواحد.

---

(1) د. ابراهيم قسم السيد محمد طه – شرح قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007 – منشورات اللجنة القومية للمصادقة الإلكترونية 2012– ص 11 .

(1) أ. د. عباس العبودي . تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها – مرجع سابق – ص 140.

(2) د. حسن عبد الباسط جميعي – إثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الإنترنت – طبع القاهرة – 2000 – ص 20.

بالرغم من أن قراءة السندات الإلكترونية تتم بصورة غير مباشرة إذ تحتاج إلى تدخل جهاز الحاسب الآلي لقراءتها بالنظر إلى طريقة التدوين والرموز المستخدمة فيه غير أن هذه السندات يمكن قراءتها في جميع الأحوال بواسطة جهاز الحاسب الآلي، وهذا يعني أنه من الممكن أن تكون الكتابة مقروءة وبالتالي إستيفائها لهذا الشرط لإمكانية قراءتها وفهمها، طالما أن اللغة التي تظهر على شاشة الحاسب الآلي هي لغة مفهومة ومقروءة لأطراف العقد وقد حسم المشرع الفرنسي الخلاف في هذا الشرط فنص في المادة 316 من القانون المدني الفرنسي على تعريف الكتابة المستخدمة في الإثبات بأنها "كل تتابع للحروف أو الرموز أو الأرقام أو أي إرشادات أخرى تدل على المقصود منها ويستطيع الغير أن يفهمها[1].

2/ أن تتصف الكتابة الإلكترونية بالاستمرارية والثبات، يشترط للاحتجاج بمضمون الكتابة في الإثبات أن يتم تدوينها على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليها واستمرارها بحيث يمكن الرجوع إلى السند الكتابي كلما كان ذلك لازماً لمراجعة بنود العقد، فأي تغييرات في السند يجب أن تثبت بالكتابة أيضاً، وهذا الشرط يتحقق دائماً في الكتابة التقليدية غير أن الأمر يدق بالنسبة للسندات الإلكترونية إذ لا يزال أمر استيفاء الكتابة الإلكترونية لهذا الشرط أمر يثير التساؤل ذلك أن الوسائط الإلكترونية التي تثبت عليها الكتابة الإلكترونية تكون عرضة للتلف السريع فالتكوين المادي والكيميائى لهذه الوسائط لا سيما في السندات المستخرجة من الإنترنت يتميز بالحساسية التي تتعرض للتلف عند اختلاف قوة التيار الكهربائى أو الاختلاف الشديد في درجة حرارة تخزين هذه الوسائط مما يجعلها ذات كفاءة أقل من السندات الكتابية التقليدية في الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة[2].

1( ) أ. د. عباس العبودي . تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها – مرجع سابق – ص 142.

2( ) د. حسن عبد الباسط جميعي . إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت – مرجع سابق – ص 21.

المبحث الثالث: حجية المستندات

المطلب الأول: حجية البيئة المستندية قبل البدء في إجراءات التحكيم

نتناول في هذا المطلب المستندات التي تبرم بين أطراف إتفاق التحكيم قبل البدء في إجراءات التحكيم في ثلاثة مطالب:

أن معظم فقهاء الشرع الإسلامي[1]، يميزون بين فئتين من الشروط:

أ/ الشرط أو البند الصحيح:

1. شرطاً يقتضيه العقد، أو
2. شرطاً يلائم العقد ولا بد لصحته أن يكون تاماً نافذ الأثر وقت العقد فإذا كان مجهولاً أو كان يخفي مقامرة أو غرراً أصبح فاسداً، وكذلك يجب أن لا يكون فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد وإلا كان يخفي ربا.

ب/ الشرط الفاسد:

المقصود بشرط التحكيم هو إتفاق التحكيم الذي يواجه منازعات إحتمالية غير قائمة بالفعل وإنما يمكن أن تنشأ في المستقبل، وقد إستمد هذا الإتفاق تسميته من إنه يأخذ في الواقع العملي صورة شرط من شروط عقد أصلي توقعاً لإحتمال قيام نزاع بشأن تنفيذه أو تفسيره[2].

يرد الشرط عادة في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية سواء كان عقداً مدنياً أو تجارياً أو إدارياً فيتفق طرفا العقد، مثلاً، على أن ما ينشأ من نزاع حول تفسير هذا العقد أو حول تنفيذه يفصل فيه بواسطة التحكيم وعندئذٍ يرد التحكيم في أي نزاع يحدث في المستقبل حول هذا التفسير أو التنفيذ فلا ينصب على نزاع بعينه[3].

إنتشار التجارة والحاجة إلى تبادل السلع والخدمات لا سيما المعاملات التجارية الدولية

(1) د. محمد عبد الحميد الأحدب . موسوعة التحكيم في البلاد العربية – الجزء الأول – دار المعارف – ص 39.

(2) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشه محمد عبد العال . لتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية – مرجع سابق – ص 324.

(3) د. فتحي والي . التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية – مرجع سابق – ص 100 ، 101.

ISSN: 2709-5312

أدى إلى شيوع وانتشار شرط التحكيم من الناحية العملية على المستويين الداخلي والدولي وبالتالي لايكاد يخلو أي عقد من عقود التجارة والإستثمار الدولية من شرط تحكيم مضمونة إحالة المنازعات التي قد تنشأ بسبب تنفيذ العقد الأصلي ولقد زادت الحاجة إلى اللجوء إليه والذي إنعكس بدوره على التحكيم وإنتشاره[1].

عرف شرط التحكيم أيضاً بأنه إتفاق يتم عند إبرام العقد وقبل حدوث النزاع فلا ينتظر فيه أطراف العلاقة القانونية لنشوب النزاع وإنما يستبقون الحوادث ليتفقوا على التحكيم مقدماً في العقد الذي يبرمونه أو إتفاق مستقل قد يكون لاحقاً للعقد ولكنه على أيه حال سابق على قيام النزاع[2]. وإتفاق الأطراف في شرط التحكيم قد يكون كلياً أو جزئياً بمعنى أن يتفق الأطراف على التحكيم في بعض أو كل المنازعات التي تنشأ وعرض البعض الآخر على القضاء حسب ما يقدرونه ويرونه ملائماً سواء كان هذا النزاع يتعلق بتفسير العقد أو تنفيذه وأياً كان طابعه سواء كان ذا طابع قانوني أو ذا طابع فني أو مالي إلى غير ذلك[3].

والإتفاق الجزئي في شرط التحكيم، مثل أن يبرم صاحب عمل مقاولة مع مقاول ويقسم العقد إلى قسمين: أحدهما يتعلق بتنفيذ الأعمال والثاني يتعلق بالكفالات وصيانة الأعمال بعد إنجازها فيرد شرط التحكيم تحت باب القسم الأول أو الثاني، وبناءاً على ذلك فإن التحكيم يكون فقط للخلاف الناشئ الذي إنصرفت إرادة الأطراف إلى عرضه على التحكيم

التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية ولا يتعلق شرط التحكيم بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها وإنما

1( ) د. ناصر ناجى محمد جمعان – شرط التحكيم في العقود التجارية دراسة مقارنة – المكتب الجامعي الحديث – سنة 2008م – ص 63.

2( ) د. ناريمان عبد القادر – اتفاق التحكيم – دار النهضة العربية – القاهرة – الطبعة الأولى – 1996م – ص 204.

3( ) الأستاذ / ناصر ناجي محمد جمعان . شرط التحكيم في العقود التجارية . المكتب الجامعي الحديث . الاسكندرية – ص 67.

يتعين التمسك به أمامها ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع إذ يعتبر السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع نزولاً ضمنياً عن التمسك به[1].

وتجدر الإشارة هنا لكي يحقق شرط التحكيم هدفه لابد أن يصاغ شرط التحكيم صياغة دقيقة وواضحة لأن أي غموض في شرط التحكيم يمكن أن يترتب عليه إستحالة حل النزاع بالتحكيم، فالصياغة السليمة لشرط التحكيم في العقد الأصلي أو في إتفاق مستقل قد يؤدي إلى إنجاز عملية التحكيم والتنفيذ النهائي لحكم المحكم لذا يجب أن يشمل شرط التحكيم على جميع مشاكل التحكيم المتوقعة من إختيار المحكمين وعددهم وطريقة تعيينهم ومدة التحكيم ومكان التحكيم ... وأن يكون الحكم نهائي في النزاع وملزم لأطرافه [2].

إن الحكم النهائي لهيئة التحكيم يبدأ من هذه المرحلة، أي مرحلة مناقشة العقد والتفاصيل المتعلقة بالتحكيم لأن النتيجة النهائية ما هي إلا نتاج ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف وبإرادتهما الحرة، لأن التحكيم إرادة الأطراف، فكيف تتفق على أن يكون القانون الواجب التطبيق القانون الإنجليزي أو الفرنسي مثلاً وأنت لا تعرف هذا القانون وأسراره وكيف تتفق على أن تكون لغة التحكيم الإنجليزية وأنت لا تتقن أسرارها وتلجأ للترجمة وما أدراك ما الترجمة وورطاتها وتكاليفها في مثل هذه المواقف وكيف تشارك في إختيار هيئة التحكيم وأنت لا تعرفهم بما فيه الكفاية لازالة الجهل عن شخصياتهم ومقدراتهم مع تجاربهم السابقة ... وكيف ولماذا فعلت وكيف ولماذا تفعل[3].

الإتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها،

1( ) د. شريف الطباخ– التحكيم الاختياري الإجباري في ضوء القضاء والفقه – دار الفكر والقانون – سنة 2008 – 61.

2( ) الأستاذ / ناصر ناجي محمد جمعان . شرط التحكيم في العقود التجارية دراسة مقارنة – مرجع سابق – ص 68 و69.

3( ) د. عبد القادر ورسمة غالب . مبادئ التحكيم التجاري – مرجع سابق – ص 237.

فهو الحال في الشرط المدرج في العقد الأصلي المبرم بين الأطراف المحتكمين أطراف الإتفاق على التحكيم مصدر الرابطة القانونية والذي تضمنه حيث يعد كل طرف محتكم، الطرف في الإتفاق على التحكيم، الأطراف المحتكمين الآخرين "أطراف الإتفاق على التحكيم الآخرين" بالخضوع لنظام التحكيم فيما يثور بينهم من منازعات قد تنشأ عن تفسير العقد الأصلي المبرم بينهم مصدر الرابطة القانونية الذي تضمنه أو تنفيذه في المستقبل، لذلك يصح القول بأن شرط التحكيم، كوعد بالتعاقد، يعتبر عقداً بمعنى الكلمة يمهد لإبرام عقد أخر وهو مشارطة التحكيم[1].

شرط التحكيم في العقود التجارية يتخذ صور متعددة تبعاً للعلاقة المرتبط بها سواء على مستوى العلاقات الداخلية أو العلاقات الدولية ونعرض تلك الصور على النحو التالى:

أولاً: شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي:

شرط التحكيم عادة ما يدرج في العقد الأصلي المنظم للعلاقة التجارية فيتفق طرفا العقد على أن ما قد ينشأ بينهما في المستقبل في منازعات بمناسبة تفسير العقد الأصلي أو تنفيذه يتم الفصل فيها بواسطة هيئة تحكيم سواء كان شرط التحكيم وارداً في بداية العقد أم نهايته إلا إذا تبين من الشروط أنه يقصد به منازعات ناشئة عن العقد وليس جميعها[2].

إنه يسمى شرطاً لأنه يدرج في صلب العقد أو المعاملة القانونية بين الأطراف ويكون شرطاً ضمن باقى شروط أو بنود العقد وقد سمي مادة (article) التحكيم إذا كان العقد قد حرر في صورة مواد ،وسواء سمي شرطاً أو بنداً أو مادة فهو يكون برقم معين كرقم 32، 34، 65.....)[3].

وعادة ما يرد شرط أو بند أو مادة التحكيم في مؤخرة المحرر أو الورقة المدون بها

1( ) د. محمود السيد عمر التحيوي . أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته – مرجع سابق – ص 81.

2( ) الأستاذ / ناصر ناجي محمد جمعان . شرط التحكيم في العقود التجارية دراسة مقارنة – مرجع سابق – ص 69، 70.

3( ) د. احمد عبد الكريم سلامة . التحكيم في المعاملات المالية الوطنية والدولية – مرجع سابق – ص 144.

أحكام العقد، حيث نلاحظ من واقع العقود الدولية التي شاركنا في إعدادها وصياغتها والتفاوض حولها أن كل عقد منها يحتوي في آخره على شرطين أساسين الأول شرط الاختصاص التشريعي وبه يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم عملاً بمبدأ إختصاص قانون الإرادة بشأن العقود الدولية والثاني شرط الاختصاص القضائي أو كيفية تسوية المنازعات، وبموجب هذا الشرط الأخير قد يتخذ الأطراف التحكيم طريق لتسوية منازعاتهم وهنا يسمى هذا الشرط شرط أو بند أو مادة التحكيم

يعتبر شرط التحكيم شأنه شأن مشارطة التحكيم إتفاقاً يلزم أطرافه ويرتب آثاره، فشرط التحكيم ليس وعداً بإبرام مشارطة بل هو إتفاق كامل نهائي على التحكيم ولا يحتاج من إتفقوا على شرط تحكيم إلى إبرام مشارطة لاحقة بعد نشأة النزاع بل يكفي الشرط وحده للإلتجاء إلى التحكيم وإلى ممارسة المحكمين عملهم[1]

فقد أضحى في ذمة التاريخ ذلك الإتجاه الذي كان ينظر إلى شرط التحكيم على أنه عقد تمهيدي أو مقدمة عقد أو وعد بالتحكيم لا ينتج أثراً إلا إذا تم إتفاق أو إبرام عقد تحكيم بذلك عند نشوب النزاع بين الأطراف يحدد فيه كل شيء من ناحية موضوع النزاع، أسماء المحكمين سلطاتهم وإجراءات التحكيم

ومن مصلحة الطرفين أن يذكرا أن إلتجائهما إلى التحكيم هو للفصل فيما سيقوم بينهما من منازعات ناشئة عن العقد أو متصل به فلا يحددان المنازعات تحديداً جامداً كالقول بأنها المنازعات على تفسير العقد أو على تنفيذه إذ هذه لا تشمل ما يتعلق ببطلان العقد أو فسخه كما لا تشمل المسؤولية غير التعاقدية المتعلقة بالعقد كالمسؤولية عن قطع المفاوضات السابقة على التعاقد[2].

1( ) د. فتحي والي . التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية – مرجع سابق – ص 103.

2( ) نفس المرجع – ص 102، ، 103.

إن ضرورة ذكر المحرر أو مستند المهمة لا تعني الحط أو التنزيل من قيمة شرط أو بند التحكيم فهو إتفاق تحكيم كامل وحقيقي وليس وعداً بالتعاقد لا يلزمه أي عمل آخر كمحرر أو مستند المهمة كي ينتج آثاره ولا يمكن أن لا يغني هذا الأخير مطلقاً عن شرط التحكيم فإذا إنعدم شرط أو إتفاق التحكيم إمتنع على المحكم أو هيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإلا كانت تلك الإجراءات والقرار التحكيمي الذي سيصدر في نهايتها باطلة، كل ذلك حتى ولو وجد محرر أو مستند أو وثيقة المهمة[1].

فشرط التحكيم هو الأصل وهذا الأخير أي مستند المهمة تابع فإن إنعدم الأول إنعدم الثانى، بالضرورة حتي ولو وجد من الناحية الواقعية حيث لا يحل الفرع محل الأصل، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قضية هضبة الأهرام المصرية بحكمها الصادر في 6 يناير 1987م

نماذج لشرط التحكيم المؤسسي:

توجد بقواعد مراكز التحكيم المختلفة نموذج لشرط التحكيم المختلفة الذي يتم تحت إشراف المركز ومن هذه:

1. نموذج اليونسترال (UNCITRAL) وهو كل المنازعات أو الخلافات أو المطالبات التي تنشأ عن هذا العقد أو يتعلق به أو عن الإخلال به أو إنهائه أو بطلانه تسوى بواسطة التحكيم وفقاً لقواعد اليونسترال للتحكيم[2].
1. نموذج مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بتفسيره أو تنفيذه أو فسخه أو بطلانه يتم الفصل فيه بطريق التحكيم وفقاً لقواعد مركز تحكيم القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي

1( ) د. احمد عبد الكريم سلامة . التحكيم في المعاملات المالية الوطنية والدولية – مرجع سابق – ص 149.

2( ) د. فتحي والي . التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية – مرجع سابق – ص 102.

2. نموذج غرفة التجارة الدولية بباريس (I.C.C.) جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد أو التي لها علاقة به يتم حسمها نهائياً وفقاً لقواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة محكم أو عدة محكمين يتم تعيينهم طبقاً لذلك النظام

إذا ورد إتفاق تحكيم في عقد معين يجب أن يحدد موضوع النزاع، ويقصد بتحديد موضوع النزاع تحديد موضوعه أي مجموع الادعاءات المتبادلة التي يدعيها الخصوم والإدعاء هو محل طلب الخصم. يجب أن يحدد موضوع النزاع أي موضوع القضية بشكل واضح فلا يكفي لتحديد موضوع النزاع إن يعالج هذا الموضوع في عبارة مبهمة كالقول بأن الموضوع هو تصفيه جميع المشاكل المتعلقة بين الأطراف، ومن جهة أخرى لا يلزم أن يتحدد موضوع النزاع بشكل تفصيلي فيكفي أن يقال أن موضوع النزاع هو حسم جميع الخلافات التي قد تثور أثناء وجود شركة معينة أو إثناء تصفيتها دون تحديد هذه الخلافات تفصيلاً[1].

لقد نصت مختلف نظم وقوانين التحكيم على شرط التحكيم، فالفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري نصت على أنه (يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين ... كما يجوز أن يتم الإتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية..)[2].

كما نصت بعض لوائح هيئات التحكيم النظامية أو الدائمة على ذلك، المادة الأولى من لائحة إجراءات التحكيم التجاري لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1994م التي نصت على أن "يكون إتفاق الأطراف كتابة على الالتجاء للتحكيم سواء قبل نشوء النزاع شرط التحكيم أو بعده مشارطة التحكيم"

1( ) د. شحاته غريب شلقامي– إشكالات اتفاق التحكيم دراسة مقارنة – دار الجامعة الجديدة – سنة 2015م– ص 20.

2( ) التحكيم في المعاملات المالية الوطنية والدولية – مرجع سابق – ص 142.

تتحقق كتابة شرط التحكيم: عندما يأتي في صورة بند أو شرط في العقد الأصلي "عقد بيع البضائع" أو غيره من العقود أو مستقل عنه أو تتم الإحالة إليه وتتحقق صورة الكتابة عندما تحرر في محرر ويقصد بالمحرر "أن يتم انشاء التصرف بمحرر مكتوب وموقع عليه من اطرافه والغالب أن يكون المحرر عرفياً والمحرر العرفي يشترط فيه شرطان هنا الكتابة والتوقيع وهذان الشرطان الوحيدان فيه ذلك ان التوقيع، أياً كان شكله، هو الذي يعطي الورقة المكتوبة حجيتها القانونية كما أنه يحدد هوية صاحبه ويعبر عن إرادته في الالتزام بمضمون المحرر وإقراره بصورة منه وقد يكتفي بتوقيع الطرفين على محضر بعد إبرام العقد وقبل حدوث النزاع وقد يكون المحرر عرفياً ومصدقاً على توقيعات المتعاقدين ومن النادر ان يكون شرط التحكيم في محرر رسمي، فلا مانع من ذلك[1].

ولا يلزم توقيع الأطراف توقيعاً خاصاً أمام شرط التحكيم إذا ورد كبند من بنود العقد، حيث يكتفي بالتوقيع على العقد الأصلي إذ يشمل هذا التوقيع كافة بنود العقد وشروطه، ولا يشترط توقيع كل صفحات العقد وان كان مكتوباً خلف العقد، أي عندما يكتب شرط التحكيم على الجانب الخلفي فيتم العمل به، شريطة أن يكون الطرفان على علم به بموجب الأعراف التجارية، بخلاف شرط التحكيم الذي يتم في عقد مستقل لاحق للعقد الأصلي يلزم توقيع الأطراف عليه كما لا يلزم التوقيع على أوراق معينة، حيث يستوي التوقيع على ورقة عرفية أو رسمية فهذه وتلك تحدث، على حد سواء، الأثر نفسه الذي يرتبه القانون على التوقيع[2].

ما تنص عليه المادة 2/2 من إتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية من أن إتفاق التحكيم المكتوب يشمل شرط التحكيم في عقد أو شرط التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو شرط التحكيم الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات ومن

1( ) د. عبد الباسط محمد عبد الواسع – شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدول –دراسة مقارنة – دار الجامعة الجديدة – ص 236.

2( ) نفس المرجع – ص 238.

ISSN: 2709-5312

هنا يتضح أن الدول المؤسسة أو الموقعة على إتفاقية نيويورك أجازت إمكانية تبادل الرهن باللجوء للتحكيم عن طريق البرقيات أو الرسائل المتبادلة فيما بين الأطراف ولكنها عندما إجازت في ذلك الوقت وينبني على ذلك أن نص المادة 2 من إتفاقية نيويورك لا يمنع من إبرام شرط التحكيم بالرسائل التكنولوجية الحديثة في الاتصال وتبادل المعلومات ومن ثم فان استخدام البريد الإلكتروني أو المواقع الإلكترونية التي يتم عن طريقها إبرام الصفقات التجارية وتبادل العقود التي تتضمن شرطاً ينص على اللجوء إلى التحكيم تشمل بدائل وظيفية حديثة البرقيات والرسائل التي نصت عليها إتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وعلى ذلك فإن نص إتفاقية نيويورك على صلاحية الرسائل والبرقيات كوسائل يمكن عن طريقها انعقاد إتفاق التحكيم يكشف عن بعد نظر واضعي الإتفاقية وتوقعاتهم بإمكانية ظهور وسائل جديدة في الاتصال وتبادل المعلومات غير التي كانت معروفة وقت وضع الإتفاقية[1].

المطلب الثاني: شرط التحكيم الوارد في عقد مستقل:

وقد نصت المادة العاشرة من القانون المصري رقم 27 لسنة 1944م على عدة صور يأتي فيها شرط التحكيم فقد يأتي في صور بند أو شرط في عقد معين من العقود بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين أو قد يرد في عقد مستقل عن العقد الأصلي وفي تاريخ مغاير لتاريخ العقد الأصلي ولكن يجب أن يكون شرط التحكيم سابقاً على قيام النزاع[2].

على أنه لا يوجد ما يمنع من ورود الشرط في إتفاق لاحق قبل نشوء أي نزاع[3]، وأحياناً نظراً لما لشرط التحكيم من أثر خطير وهو حرمان المتعاقد من الالتجاء إلى قضاء الدولة، يتطلب القانون أن يرد شرط التحكيم في إتفاق مستقل خاص منفصل عن شرط الإتفاق الأصلي وإلا كان باطلاً، وهذا ما تنص عليه المادة 750 من التقنين المدني بالنسبة لعقد التأمين من أنه

1( ) نفس المرجع – ص 246.

2( ) د. شحاته غريب شلقامي اشكالات اتفاق التحكيم – دار الجامعة الجديدة . الاسكندرية – 2015م – ص 18 – 19.

3( ) د. فتحي والي . التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية – مرجع سابق – ص 101.

(يقع باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية :..... شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة إتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة)

دراسة الواقع العملي تكشف عن أن مثل هذا الإتفاق كثيراً ما لا يتحقق دفعة واحدة وإنما يتحقق على مراحل يمكن أن تتابع منذ لحظة إبرام العقد الأصلي الذي نشأ عنه النزاع وإلى حين عرض النزاع على هيئة التحكيم فقد يلحق بالعقد الأصلي شرط بقبول التحكيم في المنازعات الناشئة عنه، وقد يرد هذا الشرط في إتفاق لاحق لهذا العقد قبل قيام النزاع، فإذا ما قام النزاع بالفعل كان محل لإبرام إتفاق آخر يعرف بوثيقة التحكيم يتولى وضع هذا الشرط أو ذاك موضع التنفيذ بتعيين هيئة التحكيم، وتحديد الإجراءات الواجب إتباعها والقواعد الموضوعية الواجب تطبيقها، وقد تتوزع محتويات هذا الإتفاق الأخير على عدة إتفاقات يعين كل منها جانب من هذه الجوانب. لكن هذه الإتفاقات المتوالية تهدف في النهاية إلي تحقيق هدف واحد هو تحقيق الفصل في النزاع عن طريق هيئة خاصة لا تنتمي إلى الجهاز القضائي، وهي لذلك تعتبر بمثابة كيان عقدي واحد تتوالى عناصره في الزمان على نحو يقدم تطبيقاً حياً يمكن أن يساعد على دراسة ظاهرة إمتداد تكوين العقد في الزمان[1].

فقد يلحق بالعقد الأصلي شرط بقبول التحكيم في المنازعات الناشئة عنه وقد يرد هذا الشرط في إتفاق لاحق لهذا العقد وقبل قيام النزاع، فإذا ما قام النزاع بالفعل كان هناك محل لإبرام إتفاق آخر يعرف بوثيقة التحكيم.

ويتساءل د. أحمد عبد الكريم سلامة لماذا يدرج الإتفاق على التحكيم السابق على قيام النزاع أو ما يسمى شرط التحكيم في وثيقة مستقلة؟ ويجيب عليه بالآتى:

البادي أن السبب قد يرجع إلى إن الأطراف لم يفطنا بسبب عدم خبرة المستشار القانوني الذي حرر العقد إلى مشكلة كيفية تسوية المنازعات التي قد تثور بينهم مثلاً ويغيب عنهم

1( ) د. مصطفى محمد الجمال ود عكاشه محمد عبد العال . التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية – مرجع سابق – ص 366.

بالتالي الإشارة إلى التحكيم أو قد يرجع السبب إلى تناسي الأطراف مشكلة القضاء المختص بتسوية المنازعات فيما بينهم وذلك عندما يواجهون تلك المشكلة غير أنهم إختلفوا حولها وآثروا تركها لوقت لاحق ثم يتوصلوا فيما بعد إلى إتفاق حولها وقبل نشوء النزاع، وعلى كل حال فإن ورود شرط التحكيم في محرر أو ورقة مستقلة يبدو مفيداً من عدة وجوه:

أولاً: منها إنه يأتي مفصلاً شاملاً كيفية بدء الإجراءات، إعلان الرغبة في التحكيم، كيفية تشكيل هيئة التحكيم، الأوضاع الإجرائية لعملية التحكيم، مكان التحكيم، لغة الأوراق والمرافعات والمدة التي سيصدر حكم التحكيم خلالها. هذا ويلاحظ أن قانون التحكيم المصري يشترط في إتفاق التحكيم عموماً أن يتحدد بشأنه موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليها في المادة 1/30 منه.

ثانياً: ومنها أنه يساعد في تأكيد فكرة إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي لا سيما عند الحكم بعدم صحة أو بطلان هذا الأخير على ما سوف يأتي البيان.

ثالثاً: أن شرط التحكيم صار هو الأكثر إستخداماً في العقود الدولية المعاصرة.

رابعاً: إنه قد يلزم لوضع شرط التحكيم موضع التنفيذ إعداد توقيع ما يسمى محرر أو مستند المهمة بين أطراف النزاع والمحكمين خلال الجلسة الإجرائية الأولى التي تجمع هيئة التحكيم والأطراف ويشتمل ذلك المحرر أو المستند على عدة بيانات منها، تحديد موضوع النزاع والمسائل المطلوب الفصل فيها، خصوصاً بعد أن إتضحت معالم النزاع وحدوده وأسماء وأتعاب المحكمين، وصفة وعناوين الأطراف التي يمكن أن توجه إليهم فيها بطريقة صحيحة الإعلانات والإخطارات أثناء سير التحكيم عرض موجز لإدعاءات الأطراف، اسم ولقب وصفه وعنوان المحكم أو المحكمين مكان التحكيم، لغة التحكيم، القواعد واجبة التطبيق على الإجراءات والموضوع ... الخ[1].

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة . التحكيم في المعاملات المالية الوطنية والدولية – مرجع سابق – ص 145 – 148،

قد يكون شرط التحكيم وارداً كإتفاق مستقل أي يكون قائماً بذاته ومنفصلاً عن العقد الأصلي المبرم بين أطرافه كأن يكون ملحقاً من ملحقاته ولا يؤثر ذلك في وصفه بأنه شرط للتحكيم ما دام الإتفاق عليه تم قبل نشأة النزاع بالفعل بين أطراف الإتفاق على التحكيم، ومثال ذلك أن يبرم الطرفان عقدهما دون أن يتضمن شرط التحكيم لتسوية المنازعات بينهما ولكن في مرحلة لاحقة يعرض أحدهما على الآخر تسوية أية منازعات مستقبلية ناشئة عن العقد أو تتعلق به إلى التحكيم فيوافق الطرف الآخر على ذلك، في هذه الحالة نكون أمام عقدين: العقد الأصلي المنظم للعلاقة التجارية الخالي من شرط التحكيم وعقد آخر خاص بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم[1].

والواقع أن شرط التحكيم هو الأكثر شيوعاً في التطبيق من الناحية العملية لأنه يبرم في وقت تسوده روح الود بعكس المشارطة التي تبرم بعد وقوع النزاع حيث يجد الأطراف صعوبة في إبرام مشارطة التحكيم

قد يرد شرط التحكيم في عقد مستقل بذاته يتم التوصل إليه بين الطرفين بعد إبرام العقد الأصلي وقبل قيام هذه المنازعة بشأنه، ويذهب البعض في هذا الصدد إلى إمكان الإتفاق على شرط التحكيم حتى بعد قيام النزاع وقبل أن يتم إبرام مشارطة أو وثيقة التحكيم، وهذا يتفق مع فكرة التكوين المتتابع لعقد التحكيم.

أن فكرة كتابة شرط التحكيم لم تكن قاصرة، سواء في القوانين الداخلية أو في الإتفاقيات الدولية، على ورقة يوقعها الطرفان بالمفهوم التقليدي وإنما أخذت الكتابة صوراً متعددة مثل تبادل الرسائل أو البرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة.

المطلب الثالث: ثالثاً: شرط التحكيم بالإحالة:

قد لا يرد شرط التحكيم بنصه في العقد الأصلي بل يكتفي العقد بالإحالة إلى وثيقة

1( ) د. عبد الباسط محمد عبد الواسع . شرط التحكيم في العقود التجارية – مرجع سابق – ص 70 – 71.

تتضمن شرط التحكيم وهو ما يحدث عادة في عقود الشحن بالسفن أو الطائرات أو عقود التأمين ويستوي أن تكون الوثيقة المحال إليها إتفاقاً بين الطرفين أو وثيقة صادرة من أحدهما أو من شخص آخر أو عقداً نموذجياً أو لائحة لمركز تحكيم وهذه الإحالة تعتبر إتفاقاً على شرط التحكيم إذ وفقاً للمادة 3/10 تحكيم (يعتبر إتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد)

يعتبر شرط التحكيم بالإحالة من الصور المعاصرة لإتفاق التحكيم بعد الصورتين التقليديتين له، شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، والغرض من هذه الصورة أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطاً صريحاً للتحكيم بل إكتفى الأطراف بالإشارة أو الإحالة إلى عقد سابق أو إلى عقد نمطي أو شروط عامة معروفة في مجال التعامل بينهم وذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تعتري عقدهم وكان ذلك العقد النمطي أو تلك الشروط العامة يتضمن من بين بنوده أو شروطه بنداً أو شرطاً يقضي بتسوية المنازعات التي تنشأ عنه بطريقة التحكيم وفى هذه الحالة ينسحب أثر هذا البند أو الشرط إلى العقد الأصلي ويلتزم أطرافه به، بحيث تكون تسوية المنازعات الناشئة عن ذلك العقد عن طريق التحكيم دون أن يستطيع أولئك الأطراف التنصل من ذلك بمقولة إستقلال ذلك العقد الأصلي عن العقد أو الشروط العامة المحال إليها والمحتوية على شرط التحكيم[1].

وقد يرد شرط التحكيم في عقد مرتبط بعقد آخر يحيل تنظيمه إليه وتوجد هذه الحالة كثيراً في عقود النقل البحري فقد توجد مشارطة إيجار تتضمن شرط التحكيم وموقعه من طرفيها والى جانب سند شحن لا يتضمن شرط التحكيم، بمعنى أنه قد يتم النص في العقد الأصلي (سند الشحن) على الإحالة على عقد يتضمن شرط التحكيم (مشارطة الإيجار) ويلزم في هذه الحالة

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة . التحكيم في المعاملات المالية الوطنية والدولية – مرجع سابق – ص 154 .

أن يتضمن ما يفيد إعتبار شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد جزء من العقد الأصلي[1].

ويشكل شرط التحكيم بالإحالة في نطاق عقود التجارة الدولية طريقة ذات أهمية قصوى بالنسبة للمتعاقدين إذ تساعدهم على إختصار الوقت والجهد الذي يمكن أن يبذل في سبيل تنظيم الأحكام التي يمكن أن تطبق على التحكيم المتعلقة بنزاعاتهم

وقد يأخذ شرط التحكيم الصورة الواردة في الفقرة الثالثة من المادة العاشرة سابق الإشارة إليها حيث جاء في هذه الفقرة أنه يعتبر إتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد أي أن شرط التحكيم يكون نصاً في العقد الأصلي لكنه يحيل إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم ولكن يجب أن تنطوي الإحالة على ما يوضح أن شرط التحكيم الذي تضمنته الوثيقة يكون جزءاً من العقد الأصلي[2].

خذ مثلاً أن يحيل الأطراف عند الإتفاق على بناء منشأة صناعية ونقل تكنولوجيا إلى الشروط العامة الواردة في العقد النمطي رقم 188/أ الذي أعدته اللجنة الاقتصادية لأوروبا عام 1957م حيث يحتوي ذلك العقد في المادة 1/28 على شرط تحكيم لصالح غرفة التجارة الدولية بباريس، أو أن يحيل هؤلاء إلى الشروط العامة الواردة في العقد النمطي رقم 574/أ الذي أعدته ذات اللجنة الخاص بتوريد وتركيب المصنع حيث إحتوت تلك الشروط العامة على البند 1/28 الذي يحيل تسوية أيه منازعات تنشأ عن العقد بطريق التحكيم، أو أن يحيل الأطراف في عقد استيراد أدوات كهربائية ومنزلية، إلى الشروط العامة الواردة في العقد النمطي الذي أعدته اللجنة المشار إليها عام 1961م بشأن بيع السلع الاستهلاكية المعمرة ومنتجات الصناعات الميكانيكية بالإستيراد والتصدير، حيث تتضمن تلك الشروط الشرط رقم 1/11 الذي يجعل التحكيم وسيلة

1( ) الأستاذ / ناصر ناجي محمد جمعان . شرط التحكيم في العقود التجارية – مرجع سابق – ص 71.

2( ) د. شحاته غريب شلقامي – إشكالات إتفاق التحكيم – دار الجامعة الجديدة – لسنة 2015م – ص 19.

تسوية المنازعات الناشئة عن العقد، أو أن تحيل عقود المقاولات الدولية في مجال البناء والتشيد إلى الشروط العامة للفيديك (Fidic) التي من بينها الشرط رقم 67، الذي يتخذ التحكيم طريقاً لتسوية المنازعات بين رب العمل والمقاول والمهندس[1].

وقد إعترف بشرط التحكيم بالإحالة العديد من تشريعات التحكيم والتي نذكر منها قانون التحكيم المصري الذي نص في الفقرة الثالثة من المادة 10 منه على أن يعتبر إتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد، وهو حكم منقول من عجز الفقرة (2) من المادة السابعة من القانون النمطي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1958م الذي جاء به (وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة إتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد

غير أنه لا يجب على كل حال الاعتراف بصحة شرط التحكيم بالإحالة بصورة مطلقة بل لا بد من مراعاة عدة أمور:

- من ناحية أن يكون العقد الوراد به الإحالة، كعقد المقاولة من الباطن أو سند الشحن أو العقد القائم بين الأطراف عموماً، مكتوباً.
- ومن ناحية ثانية أن تكون الإحالة واضحة في إعتبار شرط التحكيم المحال إليه جزءاً من العقد المحيل، بحيث يقطع في معرفة الأطراف بشرط التحكيم الوارد في العقد أو المستند المحال إليه كما لو أنه منصوص عليه في العقد المحيل ذاته، سواء علم بذلك صراحة الأطراف بإطلاعهم على العقد أو المستند المحال إليه، أو ضمناً ,إذا كانوا بحكم تعاملهم المتكرر في نشاط معين وفق شروط عامة عقود نمطية تحتوي على شرط تحكيم ويفترض قطعياً علمهم به

على أنه يلزم لإعمال شرط التحكيم المحال إليه في عقد سابق أن يكون هذا الشرط نافذاً

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة . التحكيم في المعاملات المالية الوطنية والدولية – مرجع سابق – ص 155.

فإذا لم يتوافر فيه شرط نفاذه فإن الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد في عقد سابق لا تكفي. والأساس القانوني لإعتبار الإحالة إتفاقاً على التحكيم هو توفر إرادة الطرفين المشتركة بهذه الإحالة في الإلتجاء إلى التحكيم، فإذا لم تنطو هذه الإحالة على رضاء الطرفين الواضح بالتحكيم كوسيلة لحل ما قد ينشا بينهما من منازعات متعلقة بالعقد فإن الإحالة لا تكون كافية[1].

1( ) د. فتحي والي . التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية – مرجع سابق – ص 109.

خاتمـــة

كان بحثنا محاولة لدراسة أثر البينة المستندية في التحكيم دفعنا الحاجة العلمية إلى البحث في هذا المجال ختام هذا البحث بعد أن وصل إلى منتهاه بفضل الله قد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات مقررها كما يلى:

أولاً: النتائج:

1. الكتابة من أقوى طرق الإثبات ولها قوة مطلقة إذ يجوز أن تكون طريقاً لاثبات الوقائع والتصرفات القانونية دون تحيز.
2. توقيع ورأي رئيس هيئة التحكيم هو الفيصل في اصدار الحكم في حالة اختلاف آراء هيئة التحكيم
3. البينة المستندية الإلكترونية تلعب دوراً كبير في مجال التجارة الإلكترونية وغيرها.
4. إهتم المشرع السوداني بالجانب الكتابي في الإثبات وعمل على استصدار أمر الأداء في قانون المعاملات المدنية في حالة ثبوت الدين بالكتابة.

ثانياً: التوصيات:

1. ضرورة العناية الفائقة عند اعداد وصياغة مستند إتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف حتي يفي بالغرض المنشود نحو تحقيق العدالة التي يتطلع لها الأطراف.
2. أن يحذو المشرع السوداني والمصري حذو المشرع الفرنسي بانعدام أثر حجية التوقيع على بياض على المستندات.
3. تبني مبدأ التكافؤ الوظيفي القانوني بين المحررات الالكترونية والمحررات الورقية.
4. ضرورة افتراض صحة المستند والنسخ المصورة منه.
5. يجب الاحتفاظ بأكثر من نسخة احتياطية للمستند لحالة الفقدان أو التلف.

قائمة المراجـع:

1. ابـراهيم قسـم السـيد محمـد طـه – شـرح قـانون المعـاملات الإلكترونيـة السـوداني لسـنة 2007 – منشورات اللجنة القومية للمصادقة الإلكترونية 2012-
2. برهـان الـدين أبـى الوفـاء إبـراهيم بـن الإمـام شـمس الـدين عبـد الله أبـى محمـد بـن فرحـون اليعمـرى المالكي – نصرة أحكام الأحكام –الطبعة الأولى – دار المكتبة العلمية، بيروت – لبنان
3. بطرس البستانى – قطر المحيط – الطبعة الثانية 2007 – مكتبة لبنان ناشرون –
4. حسـن عبـد الباسـط جميعـي – إثبـات التصـرفات القانونيـة التـي يـتم ابرامهـا عـن طريـق الإنترنـت – طبع القاهرة – 2000 –
5. حسـين علـى علـي ناصـر الوشـلي – جريمـة التزويـر فـي الفقـه الإسـلامي والقـانون الوضـعي – دار المطبوعات الجامعية – 2014
6. شحاته غريب شلقامي – إشكالات إتفاق التحكيم – دار الجامعة الجديدة – لسنة 2015م
7. شـريف الطبـاخ– التحكـيم الاختيـاري الإجبـاري فـي ضـوء القضـاء والفقـه – دار الفكـر والقـانون – سنة 2008
8. عبـاس العبـودي – التعاقـد عـن طريـق الإتصـال الفـوري وحجيتهـا فـي الإثبـات المـدني – اطروحـة دكتوراة مقدمة من كلية القانون جامعة بغداد 1994م
9. عبـاس العبـودي – تحـديات الإثبـات بالسـندات الإلكترونـي ومتطلبـات النظـام القـانوني لتجاوزهـا – منشورات الحلبى الحقوقية
10. عبـاس العبـودي ود. جعفـر الفضـلي – حجيـة السـندات الإلكترونيـة فـي الإثبـات المـدني فـي ضـوء التعـديل الجديـد للقـانون المـدني الفرنسـى المـرقم 230 لعـام 2000 – مجلـة الرافـدين الحقوقيـة العدد 11 – 2001.
11. القـانون الإتحـادي الإمـاراتي سـنة 2006م – فـي شـأن المعـاملات والتجـارة الإلكترونيـة. المـادة الأولى
12. قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لعام 2004م المادة 1 . الفقرة (أ)
13. القانون المدني الفرنسى والمعدلة بالقانون رقم 575 لسنة 2004م. المادة 2/1108
14. قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م.

15. محمد أمين الرومي – المستند الإلكتروني – الطبعة الأولى – شركة الجلال للطباعة والعامرية – الإسكندرية – سنة 2007م –
16. محمد حسن قاسم – قانون الإثبات الإثبات في المواد المدنية والتجارية – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت لبنان – سنة 2008م
17. محمد شكري سرور – موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية – دار الفكر العربي – القاهرة – 1986م –
18. محمد عبد الحميد الأحدب . موسوعة التحكيم في البلاد العربية – الجزء الأول – دار المعارف –
19. محمد محمد سادات – حجية المحررات الموقعة الكترونياً في الإثبات دراسة مقارنة – دار الجامعة الجديدة – 2011م –
20. ناريمان عبد القادر – اتفاق التحكيم – دار النهضة العربية – القاهرة – الطبعة الأولى – 1996م
21. ناصر ناجى محمد جمعان – شرط التحكيم في العقود التجارية دراسة مقارنة – المكتب الجامعي الحديث – سنة 2008م
22. ناصر ناجي محمد جمعان . شرط التحكيم في العقود التجارية . المكتب الجامعي الحديث . الاسكندرية
23. وهبة الزحيلي – الفقه الإسلامي وأدلته – الطبعة الثامنة 1425هـ – 2005م – دار الفكر دمشق سوريا – مجلد سابع
24. يوسف محمد رضا – مُعجم العربية الكلاسيكية المعاصرة – الطبعة الأولى 2006– مكتبة لبنان ناشرون –