القانون الواجب التطبيق على موضوع منازعة التحكيم الإلكتروني ـ دراسة مقارنة

د. محمد جلال حسن
إستاذ القانون الدولي الخاص
كلية القانون/ جامعة السليمانية
mhamadjalal1965@gmail.com

م. بختيار صديق رحيم
مدرس القانون الخاص
كلية القانون/ جامعة السليمانية
bakhtyar,rahim@univsul.edu.iq

doi:10.23918/ilic2019.27

المقدمة

يثير موضوع تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم أهمية كبيرة بالنسبة لطرفي المنازعة، فإختيار التحكيم طريقاً لفض منازعتهم يعني تحللهم من الضمانات التي يوفرها التقاضي أمام قضاء الدولة الرسمي، إلا أن تخليهم عن هذه الضمانات قد لا تلبي إحتياجاتهم ولا تحقق الأهداف المرجوة من إختيارهم له، فالمحتكمون لا يطرقون باب التحكيم إلا من أجل الحصول على الحماية القضائية بإجراءات ميسرة ومواعيد لا تحتمل المماطلة ومسألة تعيين القانون واجب التطبيق على موضوع المنازعة أمر لا مفر منه.

أهمية الموضوع: تتجلى أهمية الموضوع عند حدوث تنازع قوانين في موضوم منازعة أو خصومة التحكيم الإلكتروني، لا سيما وإن التحكيم غالباً ما يقترن بعنصر أجنبي، حيث التجارة الدولية والإلكترونية تجمع أطرافاً من دول مختلفة تبعاً لولية العقد، ودولية التحكيم الإلكتروني.

أسباب إختيار الموضوع: إن البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع منازعة التحكيم هو السبب وراء إختيار هذا الموضوع للدراسة، كون موضوع المنازعة جانب من التحكيم كما الإجراءات التي يجب دراستها وتحديد القانون المطبق عليه من قبل هيئة التحكيم.

إشكالية الموضوع: تتجلى مشكلة البحث في آلية أو كيفية الوصول إلى القانون الواجب التطبيق، سواءٌ إتجهت إرادة الأطراف إلى قانون معين أو لم يحددوا أي قانون لذلك، وسواءٌ كانت الإرادة صريحة أو ضمنية، مما تتيح لهيئة التحكيم جزئية لتقوم هي بنفسها تحديد القانون المختار.

منهجية البحث: نحاول في هذا البحث دراسة القانون الذي يخضع له موضوع المنازعة عند حصول تنازع قوانين من خلال دراسة تحليلية للتصوص القانونية في دراسة مقارنة بين القانون العراقي والمصري والفرنسي والقوانين النموذجية الأممية الصادرة بهذا الشأن، مع بيان الآراء الفقهية مع إيراد القرارات القضائية.

هيكلية البحث: يتم دراسة الموضوع من خلال مبحثين، نخصص المبحث الأول لمدى خضوع موضوع إتفاق التحكيم لقانون إرادة الأطراف، فيما نبحث في المبحث الثاني خضوعه للإرادة الضمنية للأطراف، فيما نتناول في المبحث الثالث قيام المحكم بتحديد القانون الواجب التطبيق بناءاً على تحديد القانون الذي يحكم العقد الأصلي.

المبحث الأول

خضوع موضوع إتفاق التحكيم لقانون إرادة الأطراف

يذهب جانب من الفقه إلى أن القانون الذي يحكم موضوع إتفاق التحكيم هو قانون الإرادة الذي يختاره أطراف المنازعة، فالإرادة هي التي تقوم بتحديد نظام التحكيم الإلكتروني منذ بدايته إلى نهايته(١)، ويستند هذا الإتجاه على إعتبار أن إتفاق التحكيم يعد عقداً، والعقود كقاعة عامة تخضع لقانون الإرادة، الذي يعطيها دوراً مهماً وسلطةً واسعة في إختيار القانون على

(١) لإرادة الأطراف أهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق في التحكيم الحر حيث يختار الأطراف المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى الهيئات أو المراكز التحكيم الدولية أو الإقليمية، فيما تتضاءل دورها في التحكيم المؤسسي أو تنعدم، كون التحكيم يسند للمراكز أو الهيئات التحكيمية التي تكون لها لوائح وأنظمة تسير عليها عند قيامها بعملية التحكيم.

أساس " العقد شريعة المتعاقدين"، ويتميز هذا المعيار بأنه يحقق عنصر الأمان القانوني للأطراف، كونهم يعلمون ويدركون سلفاً بالقانون واجب التطبيق بناءاً على إختيارهم(١)، والذي يستطيعون من خلاله إختيار القواعد الأفضل التي يمكن أن تحكم علاقتهم دون التقيد بقوانين معينة(٢)، باستثناء مراعات إعتبارات النظام العام(٣). لذا نتاول هذا الموضوع من خلال مطلبين، نبين في الأول ماهية قانون الإرادة، وفي المطلب الثاني نين صور إختيار الأطراف لقانون الإرادة.

المطلب الأول

ماهية قانون الإرادة

من أجل بيان ماهية قانون الإرادة، لابد من بيان مفهومه وأساس إعماله وطبيعته، وهذا ما سنبينه من خلال الفقرات الآتية:

أولاً: مفهوم قانون الإرادة.

يقصد بقانون الإرادة ذلك القانون الذي يتجه إليه إرادة أطراف العقد الدولي، وبه قالت التشريعات الوطنية(٤)، والإتفاقيات الدولية(٥)، وكذلك القضاء(٦)، إذ أن جوهر هذا القانون هو الإعتراف لأطراف إتفاق التحكيم بحقهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعتهم، ومن ثم يخضع الإتفاق التحكيمي إلى ذلك القانون، ولا يمكن للأطراف أن يحدوا من هذا الخضوع.

وجدير بالذكر أن هذه الإرادة لا تقيد بأي شكل من الأشكال إلا لإبعاد قانون معين كان هو الواجب التطبيق أصلاً على المنازعة مع الأخذ في الإعتبار مسألة النظام العام، كما لابد من القول أن عدم إلتزام هيئة التحكيم بالقانون المختار من قبل الطرفين يؤدي إلى بطلان الحكم الصادر منها، سواء تم تطبيق قانون دولة أخرى أو تم تطبيق قانون لا يختص بالمنازعة لنفس الدولة(٧).

---

(١) ينظر: د.سميحة القليوبي، مدى جواز تطبيق القانون الوطني في التحكيم بشأن تنفيذ العقود الدولية انقل التكنولوجيا، بحث منشور ضمن كتاب " دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي ـ أعمال مهداة إلى روح الأستاذ الدكتور محسن الشفيق"، إعداد: د. أحمد مخلوف، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٣١٨.

(٢) ينظر: د. وفاء مزيد فلحوظ، النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) لكلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة ، ٢٠٠٣، المجلد الثاني، ص٥٦٤.

(٣) ومن قبيل ذلك ؛ مدى قابلية الموضوع للتحكيم، ينظر: إلهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع ـ دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٩، ص٣٩.

(٤) إذ ينص القانون المدني العراقي في المادة (١/٢٥) منه على أنه :" يسري على الإلتزامات التعقادية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه."، كما تنص المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري.

(٥) إذ تنص المادة (١/٢) من إتفاقية لاهاي بشأن البيوع الدولية للمنقولات المادية لسنة (١٩٥٥) والمادة (١/٤٢) من إتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الدولة ومواطني الدول الأخرى في واشنطن في (١٩٦٥/٣/١٨) على أنه : " تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للقواعد القانوننية التي يقرها طرفي النزاع، وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادىء، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف غب النزاع، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين.".

(٦) إن محكمة النقض الفرنسية هي أول محكمة أرست هذا المبدأ وذلك في حكم لها في (١٩١٠/١٢/٥) في قضية (American Trading Company Quebec Steamship Company Limited) إذ إقرت حق الأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقود، لمزيد من التفاصيل ينظر: د. صالح المنزلاوي، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية، ٢٠٠٦، ص٢٦٦.

(٧) وفي هذا الشأن، نشأت منازعة بين شركة (كرومالي) الأمريكية والحكومة المصرية بشأن عقد توريد معدات للدفاع الجوي أبرم سنة (١٩٨٨)، حيث قامت الحكومة المصرية بفسخ العقد في عام (١٩٩١)، فطالبت الشركة بحقوقها أمام هيئة تحكيم مصرية، والتي أصدرت حكمها في (١٩٩٤/٨/٢٤) والذي يقضي بقيام الحكومة المصرية بدفع مبالغ نقدية للشركة المذكورة، فطعنت الحكومة المصرية في الحكم أمام محكمة إستئناف القاهرة، والتي أصدرت حكمها في (١٩٩٥/١٢/٥) ببطلان حكم التحكيم كون هيئة التحكيم طبقت القانون المدني المصري على المنازعة وليس القانون الإداري طبقاً للمادة (١/٥٣/ د) من قانون التحكيم المصري، ينظر: د. فيليب فوشار، La portée internationale de l'anulation de la sentence

ونظراً لتطور المعاملات الدولية العابرة للحدود، تم إعطاء الإرادة دوراً أكثر فاعلية باعتبارها أمراً ضرورياً تقتضيه هذه المعاملات، إذ لا يقتصر دور الإرادة على إسناد العقد الدولي إلى قانون وطني معين، بل تستطيع الإرادة أن تسند العقد إلى قواعد أخرى(١) تعرف بعادات التجارة الدولية(٢).

ولهذا نجد الفقه والقضاء يؤكدان على حق الأطراف في إختيار القواعد الموضوعية التي يطبقها المحكم أو هيئة التحكيم على المنازعة المعروضة أمامه(٣)، وبه أخذت التشريعات الوطنية(٤) والإتفاقيات الدولية الخاصة والمتعلقة بالتحكيم(٥)، وكذلك الحال بالنسبة لعديد من لوائح مراكز التحكيم(٦).

ثانياً : أساس إعمال قانون الأرادة.

لقد سعى فقهاء القانون الدولي الخاص لإيجاد أساس قانوني لإعمال هذه القاعدة، من أجل السبب في سماح المشرع الوطني للأطراف بإختيار القانون الذي يطبق على عقدهم، وعلى النحو الآتي:

١. حجة منطقية، وهي أن القانون عندما أقر للإرادة أن تقوم بدور فعال وهام في إنشاء العقد وتكوينه، فإن من مستلزمات ذلك، أن يقر لها بالقدرة على إختيار القانون الذي سيطبق على العقد، تطبيقاً للقاعدة التي تقول: "من ملك الكل ملك الجزء"، فمن يملك الأكثر يملك الأقل منه، والمسلم به أن إنشاء العقد أكبر من تحديد القانون الذي يحكمه(٧).

٢. حجة عملية، إن السماح للإرادة بإختيار القانون الواجب التطبيق أمر يتوافق ومصالح أطرافه المشروعة، وكذلك يستجيب لمتطلبات التجارة الإلكترونية الدولية وإزدهارها وما يرافقها من مشاكل ومنازعات لابد من حلها عن طريق التحكيم الإلكتروني، فالإرادة تختار القانون الملائم من بين التشريعات الوطنية لمختلف الدول من حيث درجة التقدم والرقي(٨).

٣. حجة إقتصادية، بمعنى أن السماح للإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يؤدي بالضرورة إلى الإقتصاد في تحرير العقد وعدم الإطالة فيه، فيكفي الإشارة إلى تطبيق قانون معين في حالة حدوث منازعة بدلاً من الإسهاب والإطالة في بيان الأحكام لقانون أجنبي معين، باعتباره الأكثر ملائمة وموائمة للعقد(١).

---

arbitrale dans son pays d'origine، ترجمة: د. أحمد مخلوف، النطاق الدولي لبطلان حكم التحكيم في بلد إصدره، بحث منشور ضمن كتاب " دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي ـ أعمال مهداة إلى روح الأستاذ الدكتور محسن الشفيق"، إعداد د. أحمد مخلوف، مصدر سابق، ص٣٧٧.

(١) ينظر: د. محمد السيد عرفة، القانون الواجب التطبيق على النزاع أمام هيئة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٥٣.

(٢) هي الأصول والقواعد التي إستقرت في التعامل التجاري الدولي والتي تحكم العقود والمعاملات الدولية التي تنشأ وتستقر بصورة تامة في نطاق معاملات التجارة الدوليةوالتي يرى المتعاملون أنها ملزمة لهم، وإنها ليست عادات وتعاملات التجار لدولة واحدة، بل هي عادات التجار في كل الدول، لمزيد من التفاصيل ينظر: د. نغم حنا رؤوف، المعيار المتبع في تحديد الأعراف المطبقة على عقد البيع الدولي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد١، العدد١، كانون الثاني(٢٠٠٩)، ص٣٤٨.

(٣) ينظر: د.جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، بدون دار نشر، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٢٣.

(٤) تنص المادة (٢٧/أولاً) من قانون الإستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦) المعدل على أنه:" ... ويجوز الإتفاق مع مع المستثمر على اللجوء إلى التحكيم التجاري الوطني أو الدولي وفق إتفاق يبرم بين الطرفين .."، وكذلك المادة (١/٣٩) من قانون التحكيم المصري، والمادة (١/٣٨) من قانون التحكيم السوري، والمادة (٣٦/أ) من قانون التحكيم الأردني وكذلك المادة (٣٠/ثالثاً) من مشروع قانون التحكيم العراقي.

(٥) المادة (١/٧) من إتفاقية جنيف بشأن التحكيم التجاري لسنة (١٩٦١)، والمادة (١/٢١) من إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري في(١٩٨٧/٤/١٤) والمادة (١/٢٨) من القانون النموذجي اليونسترال بشأن التحكيم التجاري لسنة (١٩٨٥)، وكذلك المادة (١/٤٢) من قواعد التحكيم (ICSID) لتسوية قضايا التحكيم بين المستثمرين والدول التي وضعها المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار التابع للبنك الدولي في النسخة المعدلة لسنة (٢٠١٤).

(٦) المادة (٢٩) من لائحة إجراءات التحكيم الخاصة بمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون في الرياض في (١٩٩٣/١١/١٦)، والمادة (١٢) من النظام الأساسي لمركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية في رياض في كانون الأول/١٩٩٣.

(٧) ينظر: د. أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي ـ مفاوضات العقود الدولية، القانون واجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص١٦٤.

(٨) ينظر: د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الأسكندرية، ٢٠٠٠، ص٢٦٣.

٤. حجة تستند إلى طبيعة التحكيم الإتفاقية، وتتلخص في أن اللجوء إلى التحكيم إنما هو لإستبعاد المنازعة الناشئة من العقود الدولية عن القضاء الوطني وحلها من خلال هيئات التحكيم التجاري الدولي، لذا فإن هذه الإرادة التي تطرح المنازعة للتحكيم دون القضاء، ووحدها الكفيلة والمختصة بإختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعة(٢).

وعلى الرغم من وجاهة هذه الحجج، وتوافقها مع توقعات الأشخاص في العقود الدولية، إضافة للخصائص التي تتميز بها هذه العقود ، فإن الإرادة تلعب دوراً أكبر في العقود الدولية مقارنةً بالعقود الداخلية، مما جعل جانب من الفقه توجه نقداً لاذعاً لقاعدة إسناد العقد الدولي لقانون الإرادة، فيرون مثلاً أنها وسيلة فعالة للتهرب من تطبيق القواعد الآمرة في القانون الوطني، كما أن ذلك يسمح للأطراف بممارسة مهمة التشريع الذي هو بالأصل للمشرع(٣)، ناهيك عن إشكالية أن قانون الإرادة يفترض وجود العقد ثم تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، والمسلم به وجود قانون ينشأ في ظله العقد، فلا يمكن قبول عقد دون وجود قانون(٤)، أما فقهاء القانون الدولي الخاص فيرون أن المحكم أو هيئة التحكيم إنما يستمدان قوتهما من إرادة الأطراف، وهنالك عقود يتعدد فيها الأطراف، فيلتبس على المحكم أو هيئة التحكيم إعمال قانون الإرادة، مثل العقود التي ترتبط فيما بينها برابطة قانونية مستمرة كمجموعة عقود، كعقود المقاولة من الباطن، ففي هذه الحالة يتعدد الأطراف فتتعدد الإرادات، وبالتالي قد نجد صعوبة في توافقهم على إسناد المنازعة إلى قانون معين(٥).

ثالثاً: طبيعة قواعد قانون الإرادة.

إختلف فقهاء القانون الدولي الخاص عليها، مستندين في ذلك على نظريتين أساسيتين:

١. نظرية القاعدة الموضوعية، فيرى جانب من الفقه أن قاعدة قانون الإرادة ماهي إلا قاعدة موضوعية من قواعد القانون الدولي الخاص، أي أنها ليست قاعدة إسناد، أو قاعدة تنازع قوانين.

ويستند دعاة هذه النظرية وأنصارها إلى حجة مفادها أن قاعدة قانون الإرادة يمكن تطبيقها مباشرةً على المنازعات الدولية دون إسنادها إلى قاعدة أخرى، ويكون موضوعها المباشر هو تحديد القانون الذي يسري على العلاقة موضوع المنازعة بشكل مباشر(٦). وبناءاً ذلك، فإن قانون العقد يتم إختياره بعيداً عن إعمال قواعد تنازع القوانين المزدوجة(٧).

٢. نظرية قاعدة الإسناد، فيذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن قاعدة قانون الإرادة هي في حقيقتها قاعدة إسناد، أو قاعدة من قواعد تنازع القوانين تتخذ الإرادة معياراً للإسناد، وتتلخص حجتهم في أن وظيفة هذه القاعدة إنما هي إرشاد المتعاقد إلى القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ومن ثم فهي تشارك سائر قواعد التنازع في خصائصها، من حيث كونها قاعدة غير مباشرة ومزدوجة الجانب وقاعدة إرشادية(٨).

وعلى هذا الأساس يذهب دعاة هذه النظرية إلى أن هذه القاعدة تستند إلى عرف دولي تمتد جذوره إلى القدم، ووجدت لتسهيل التعاقد في التجارة الدولية، وللمحافظة على التوقعات المشروعة للمتعاقدين حول مضمون إلتزاماتهم، ومع ذلك يرى

---

(١) ينظر: د. محمد السيد عرفة، القانون الواجب التطبيق على النزاع أمام هيئة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٥٦.

(٢) ينظر: د. أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي ـ مفاوضات العقود الدولية، مصدر سابق، ص١٦٤.

(٣) ينظر: د. محمد السيد عرفة، مصدر سابق، ص١٥٧.

(٤) ينظر: د. أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي ـ مفاوضات العقود الدولية، مصدر سابق، ص١٦٤.

(٥) ينظر: د. محمد السيد عرفة، مصدر سابق، ص١٥٩.

(٦) ينظر: د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ـ دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الإتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الأسكندرية، ٢٠٠٤، ص١٢٠.

(٧) يقصد بالمزدوج أن قاعدة التنازع والتي هي وسيلة القاضي لحل مشكلة التنازع وإيجاد القانون واجب التطبيق يجب أن تكون ذات مضمون مزدوج، أي أن يكون هذا القانون أجنبياً أو وطنياً، لو نصت قاعدة التنازع عليها.

(٨) ينظر: د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص٢٧٣.

أصحاب هذا الرأي إلى ضرورة تقييد الإرادة في إختيارها للقانون الواجب التطبيق على العرف، فلا يجوز أن ينحرف المتعاقدون في إختيارهم لهذا القانون عن أهداف قاعدة الإسناد في دولة القاضي، والتي تسعى إلى حل التنازع بين القوانين المتزاحمة[١].

المطلب الثاني

صور الإختيار لقانون الإرادة

لهذه الإرادة المعبرة عن تحديد القانون الواجب التطبيق صورتان:

أولاً: الإختيار الصريح للقانون واجب التطبيق.

ويتمثل في إتفاق المتعاقدان على نحو صريح على القانون الذي يخضع لأحكامه عقدهم الدولي، ليكون هو الواجب التطبيق، وهذه القاعدة وإن كانت مقررة بشأن العقود الدولية، فإنها تجد مجال إعمالها في التحكيم الدولي أيضاً بموجب إتفاق الأطراف المتنازعة، ليس لأنه عقد دولي فحسب، بل لخصوصية نظام التحكيم، وقيامه على مبدأ الرضائية وقيمة إرادة أطرافه[٢]. وقد أكدت لائحة غرفة التجارة الدولية في باريس(I.C.C) المعدلة لسنة (١٩٨٨) أن:" الأطراف أحرار في إختيار قواعد القانون الذي يجب على هيئة التحكيم تطبيقها على موضوع المنازعة"[٣]، والنص أعلاه تأكيد لما نصت عليه الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة(١٩٦١)[٤].

ويتم التعبير عن الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق بإدراج شرط في العقد (شرط التحكيم) يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ويسمى أيضاً شرط الإختصاص التشريعي، حيث يشدد الفقهاء على أهمية الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد، كون ذلك يجعل المتعاقد أمام مجهول ترسيخاً لمبدأ حسن النية[٥].

وفي العقود المبرمة إلكترونياً يرى البعض وجوب أن يتفق الطرفان على القانون الواجب التطبيق ويعلنوا ذلك صراحةً لحل ما يثور من منازعات في المستقبل في صفحة الإستقبال، كما يمكن أن توضع هذه الشروط على صفحة أخرى[٦] من الموقع الإلكتروني ذاته[٧]. ولقد جرى العمل في عقود خدمات المعلومات أن يدرج في نهايتها بند يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم وهو ما يسمى ـ كما أوضحنا أعلاه ـ بشرط الإختصاص. ويمكن أن يتم تحديد القانون المختار(قانون الإرادة) في إتفاق التحكيم في عقد أو في إتفاق لاحق عليه (مشارطة التحكيم)، كما ويمكن تعديل هذا الإتفاق ومن ثم القانون الواجب التطبيق الذي إختاره الأطراف[٨]، مع مراعاة حقوق الغير، وأن لا يؤدي ذلك إلى إبطال العقد الذي نشأ صحيحاً وفق القانون الذي تم إختياره إبتداءاً ليحكم المنازعة[٩].

---

(١) ينظر : د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون واجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الدولية ـ دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٠٧.

(٢) ينظر: هشام محمد إبراهيم السيد الرفاعي، القانون واجب التطبيق على إتفاق التحكيم، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس،٢٠٠٩، ص١٤٤.

(٣) المادة (١/١٧) من اللائحة المذكورة.

(٤) المادة (١/٧) من الإتفاقية المذكورة.

(٥) ينظر: د. أحمد عبدالكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدولي الخاص ـ فراق أم تلاق، بحث مقدم قي مؤتمر القانون والإنترنت الذي نظمته كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات العربية المتحدة بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بالجامعة في (١-٣/٥/٢٠٠٠)، ط٣، المجلد الأول، ٢٠٠٤، ص٥٢.

(٦) إن كل موقع إلكتروني (Website) يتكون من عدة صفحات مرتبطة ببعضها البعض والتي يمكن الوصول إليها من خلال الصفحة الرئيسية (Homepage).

(٧) ينظر: د. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ـ دراسة مقارنة، مكتبة بدران الحقوقية، صيدا، لبنان، ٢٠١٧، ص١٣٤.

(٨) ينظر: د. حنان عبداللطيف مخلوف، العقود الدولية، منشورات كلية الحقوق بجامعة بنها، مصر، ٢٠١٠، ص٥٠.

(٩) ينظر: د. نور حمد الحجايا، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) لكلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٣، ص٦٥٦.

ثانياً : الإختيار الضمني للقانون واجب التطبيق.

على الرغم من أهمية الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف، إلا إننا نجد في بعض الأحيان عدم قيام الأطراف بتحديد هذا القانون صراحةً، وهو ما يخلق مشكلة حقيقية، إذ السؤال المطروح هو؛ هل يلزم المحكمون بالبحث عن هذا القانون المختار من إرادة الأطراف وإن كانت ضمنية؟ أو إعطاء حق تعيين هذا القانون للمحكم دون الأطراف وإرادتهم؟ وللإجابة عن هذا التساؤل، فإن الرأي الغالب في هذا الموضوع هو أنه على المحكم أو هيئة التحكيم البحث عن القانون المختار من خلال الإرادة الضمنية لأطراف العقد، والتي يمكن إستخلاصها من الظروف والملابسات التي تحيط بالعقد وعملية التعاقد، لاسيما وأن هذا الأمر معمول به في المنازعات الداخلية، فيرى من فقهاء القانون الدولي الخاص أن المحكم كالقاضي ملزم بتحديد الإرادة الضمنية للأطراف، باعتبار أن ذلك يعد إلتزاماً قانونياً عليه عند عدم وجود الإرادة الصريحة، ومن ثم يعد ذلك من إرادة الأطراف الضمنية(١)، ولكونها إرادة ضمنية إيجابية، فهي إرادة الأطراف الحقيقية ولكن يبحث عنها المحكم ويستدل عليها من تحليل الظروف المحيطة بالموضوع(٢). وهناك من يقول بوجود إرادة ضمنية سلبية أيضاً وهي إستبعاد قانون معين ليطبق على المنازعة، وهو في الغالب قانون الدولة المتعاقدة(٣)، على الرغم من أن ذلك قد يؤدي إلى خلط إرادة الأطراف بإرادة المحكم، ومع هذا فإن هذا الرأي وجد صداه في قرارات تحكيمية معينة(٤).

ومن قبيل الملابسات والقرائن والظروف التي يمكن للمحكم والقاضي إستخلاص الإرادة الضمنية ـ وفق ما يراه فقهاء القانون الدولي الخاص ـ ؛ المحكمة التي إختارها الأطراف لعرض المنازعة عليها، أو مكان تنفيذ العقد، أو العملة التي يتم الوفاء بها، أو لغة العقد، أو إدراج نص في العقد يجعل الإختصاص في المنازعات المتعلقة به من إختصاص محاكم دولة معينة، أو يكون هذا العقد ذات صلة بعقد آخر تم فيه إختيار القانون الواجب التطبيق(٥)، أما القضاء الوطني فعادة ما يستخلص هذه الإرادة الضمنية من موضوع العقد، كقانون موقع العقار، أو تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين وفق نصوص القانون(٦). وقد نصت العديد من الإتفاقيات الدولية على إمكانية الإختيار الضمني للقانون، كما في إتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية لسنة (١٩٨٠) التي تنص على أنه:" يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف، ويجب أن يكون هذا الإختيار صريحاً أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو ظروف القضية."(٧)، وكذلك إتفاقية لاهاي بشان القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة التي

---

(١) ينظر: د.هشام صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعرف، الأسكندرية، ١٩٩٥، ص١٦٥.

(٢) قام المحكم الإنكليزى (Lord Asquith) عندما عرض عليه المنازعة التي حدثت بين أحد شيوخ أبو ظبي وشركة (P.D.F, Petroleum Development) عام (١٩٥١) بإعمال القانون الإنكليزي وإبعاد القانون الإماراتي كون الأخير قانوناً غير متطور لا يصلح لحل المسائل التجارية الحديثة على الرغم من أن القانون المختص كان قانون محل الإبرام أو التنفيذ، لورود ما يشير إلى إعمال القواعد العامة للقانون وكذلك مبادىء العدالة والإنصاف في تحديد القانون الواجب التطبيق، ينظر في ذلك: د. يوسف عبدالهادي خليل الأكياني، النظام القانوني لعقد نقل التكنولوجيا، بدون دار ومكان نشر، ١٩٨٩، ص٣٤٠.

(٣) ينظر: د. وفاء مزيد فلحوظ، مصدر سابق، ص٥٦٥.

(٤) قام المحكم (Rene Jean Dupuy) بإستبعاد الفانون الليبي عندما عرضت عليه المنازعة التي حصلت لشركتين أمريكيتين هما (California Asiatic Oil Company) و (Texaco Overseas Petroleum Company) والتي منحتا حق إستخراج وإستغلال النفط الليبي سنة (١٩٥٥)، إلا أن الحكومة الليبية قامت بتأميم النفط وأموال هاتين الشركتين على مرحلتين، الأولى سنة(١٩٧٣) بتأميم جزئي بنسبة(٥١%)، وتأميم البقية سنة (١٩٧٤)، دون أن تعوض أو تشكل أية لجنة لتقدير التعويض أو المبالغ الواجب دفعها لهاتين الشركتين، فعلى الرغم من وجود نص صريح لإعمال القانون الليبي على المنازعة، إلا أن المحكم إستبعده لوجود شرط الثبات التشريعي في العقد، بإعتبار هذا الشرط إشارة صريحة لما تسمى بالإرادة الضمنية السلبية. ينظر في تفاصيل ذلك: د. محمد يوسف علوان، القانون الدولي للعقود، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، المجلد الرابع، العدد الثاني، ١٩٨٥، ص١١٥ .

(٥) ينظر: د. صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص٢٨٨.

(٦) المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي ، والمادة (١/١٩) من القانون المدني المصري.

(٧) المادة (١/٣) من الإتفاقية.

تنص على أنه:"يسري على البيع القانون الداخلي للبلد الذي يحدده الأطراف المتعاقدة."[١]، على الرغم من أن المادة لم تحدد نوع الإرادة صريحة كانت أم ضمنية. إلا إنها عادت وأشارت إليهما في إتفاقية لاحقة عندما نصت على أنه :" يحكم البيع القانون المختار من الأطراف، وإتفاق الفرقاء يمكن أن يكون صريحاً أو يستنتج من بنود العقد...."[٢].

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو؛ ماهي الحرية التي يملكها الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة؟ بمعنى؛ هل يلزم أن يكون لإختبار الأطراف لهذا القانون صلة بإتفاق التحكيم أم أن إختيار الأطراف له متروك لتقديرهم؟ وقد إختلف الفقه والتشريعات المقارنة في هذا الموضوع، وإنقسموا إلى إتجاهين:

الإتجاه الأول: يرى بعض الفقه إلى أن الإختيار المطلق لحرية الأطراف في ذلك غير جائز، بل لابد من وضع قيد على حرية المتعاقدين في إختيار القانون واجب التطبيق أو وجوب أن تكون هناك صلة وعلاقة ولو فنية بين القانون المختار والعقد الأصلي أو موضوع المنازعة، على سبيل المثال؛ يمكن أن يكون قانون أحد طرفي الإتفاق أو قانون المكان الذي يجري فيه التحكيم أو قانون المكان الذي أبرم فيه العقد الأصلي أو قانون العقد المبرم بشأنه إتفاق التحكيم أو قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم[٣].

وفي هذا ينص قانون التحكيم الإسباني[٤]على أنه: " يحكم صحة إتفاق التحكيم وآثاره القانون الذي يحدده الأطراف صراحةً بشرط أن يكون على صلة بالعملية القانونية الأصلية أو بالمنازعة."[٥]، وهذا يعني أن القانون الذي يختاره الأطراف لابد أن يكون على صلة بالعقد أو الرابطة القانونية غير التعاقدية أو موضوع المنازعة المبرم بشأنه إتفاق التحكيم، فإن إنعدمت تلك الصلة، يمكن للهيئة التحكيمية التي تعرض أمامها المنازعة بشأن وجود إتفاق التحكيم أو صحته، أن تطرح هذا القانون جانباً، وتقوم بإعماله عند توافر هذه الصلة[٦].

أما الإتجاه الثاني، يرى جانب الفقه وجوب إعطاء الأطراف الحرية الكاملة في إختيار القانون الواجب التطبيق، وأنه يجب إهمال أي قيد لحريتهم في إختيار القانون، على أن لا يكون ذلك مشوباً بالغش نحو القانون، إستناداً إلى أن وجوب وجود أية صلة بين القانون الواجب التطبيق والعقد أو إتفاق التحكيم يعد قيداً يتناقض مع التيسير الواجب للأطراف في المعاملات الدولية، وهذا ما نراه في مجال التجارة الدولية، فغالباً ما يجري العمل على إبرام عقود البيع بالإحالة إلى عقود نموذجية أو شروط عامة تتضمن شرط التحكيم وتنص على تطبيق قانون معين على إتفاق التحكيم وقد يكون هذا القانون منقطع الصلة بالإتفاق، وقد أخذ بهذا الإتجاه أحكام القضاء المقارن وقرارات التحكيم التجاري الدولي[٧].

ونحن إذ نرى أن هذا الإطلاق قد يكون في غير محله، لأنه لابد أن يكون حرية المتعاقد والمحكتم لقانون معين محدداً بوجود صلة وعلاقة بين العقد والقانون المختار في مجال العقود الدولية والتحكيم التقليدي، إلا أنه من ناحية أخرى فإنه من الصعوبة بمكان فرض هذه القيود في العقود الإلكترونية، طالما لا نجد مكان إبرام العقد أو عدم إمكانية تحديد موطن المتعاقدين.

---

(١) المادة (١/٢) من الإتفاقية لسنة (١٩٥٥).

(٢) المادة (٧) من إتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع لسنة (١٩٨٥).

(٣) ينظر: د. محسن شفيق، مصدر سابق، ص٢١٣.

(٤) المادة (١٦) من قانون التحكيم الإسباني رقم (٣٦) لسنة (١٩٨٨) والملغى بالقانون رقم (٦٠) لسنة (٢٠٠٣) المعدل بالقانونين رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٩) و(١١) لسنة (٢٠١١).

(٥) لقد تراجع المشرع الإسباني عن هذا التوجه في القانون رقم (٦٠) للتحكيم لسنة (٢٠٠٣)، إذ نصت المادة (٦/٩) منه على أنه: " في التحكيم الدولي، يكون اتفاق التحكيم صحيحاً ويكون النزاع قابلاً للتحكيم إذا استوفت الشروط المنصوص عليها في أي من الأمور التالية: القواعد القانونية التي يختارها الطرفان لحكم الاتفاق؛ القواعد المطبقة على جوهر النزاع؛ أو القواعد المنصوص عليها في القانون الإسباني.".

(٦) ينظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مصدر سابق، ص٣٠٢.

(٧) ينظر: د. أبو زيد الرضوان، مصدر سابق، ص١٣٢.

وبالعودة إلى القوانين المنظمة للتحكيم نجد أن القانون المصري قد قيد هيئات التحكيم بالقانون الذي يختاره الطرفان، عندما نص على أنه: " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا إتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك."(١)، وهو نفس مسلك القوانين المقارنة الأخرى(٢)، كما أكد ذلك مجمع القانون الدولي في دورة إنعقادة في مدينة (بازل) السويسرية في (١٩٩١) على إعطاء الحرية للمتعاقدين لإختيار القانون الذي يطبق على ما تعاقدوا عليه، عندما نص في المشروع المعد منه على أنه:" المتعاقدون أحرار في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم."(٣).

وبناءاً على ذلك، تلتزم هيئة التحكيم بتطبيق القواعد والأحكام التي إتفق أطراف المنازعة التحكيمية عليه، ويعد هذا الإلتزام من المبادىء الأساسية في التحكيم تطبيقاً لمبدأ سلطان لإرادة وتأسيس نظام التحكيم بأسره على حرية إرادة الأطراف، ويكون إختياره للقانون الذي تتضح ملائمته وصلاحيته لحسم المنازعة، أو القانون الذي ينظم التحكيم نفسه، كما يمكن أن يكون القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين(٤).

وتطبيقاً لهذا المبدأ؛ إذا اتفق أطراف المنازعة على تطبيق قانون دولة معينة ـ كالقانون العراقي على سبيل المثال ـ على موضوع المنازعة، وجبت على هيئة التحكيم الإلتزام بهذا الإختيار والتحديد كقاعدة عامة، أي عدم جواز اللجوء إلى القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، لأن إعمال هذه القواعد قد يترتب عليه تطبيق قانون آخر غير القانون المتفق عليه بين أطراف المنازعة، مما يعرض الحكم التحكيمي الصادر من هيئة التحكيم للبطلان.

ويثور تساؤل عن مدى إمكانية إختيار الأطراف لأكثر من قانون ليحكم إتفاق التحكيم؟ ومدى حريتهم في تجزئة إتفاق التحكيم وإخضاعه لأكثر من قانون؟

ذهب البعض من الفقه إلى أن القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم وموضوعه وإجراءاته لا يمكن أن يتجزأ، وذلك للحفاظ على الوحدة البنائية لإتفاق التحكيم، فضلاً عن أن إخضاع كل جانب من إتفاق التحكيم إلى قانون قد يؤدي إلى إخلال بالتوازن والوحدة الموضوعية لذلك الإتفاق(٥). فيما يذهب البعض الآخر من الفقه إلى حرية الأطراف في تجزئة إتفاق التحكيم وإخضاعه لأكثر من قانون إستناداً إلى الواقع العملي الذي يجعل تجزئة إتفاق التحكيم أمراً لابد منه، وذلك لأن معظم الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية التي واجهت كيفية حل تنازع القوانين في إتفاق التحكيم، تعترف بأن هنالك مسائل تخضع لقانون آخر غير قانون إرادة الأطراف، كمسائل الأهلية، وشكل التحكيم، كما وأن إتفاق التحكيم يخضع إلى قواعد آمرة في قانون الدولة التي يتصل بها موضوع المنازعة أو التي يطلب فيها التنفيذ(٦).

ومع القول بحرية الأطراف في تجزئة إتفاق التحكيم وإخضاعه لأكثر من قانون، إلا أنه يجب الحفاظ على الوحدة البنائية لإتفاق التحكيم وإخضاعه لقانون واحد وذلك لأن تجزئة إتفاق التحكيم وإخضاع كل جانب منه إلى قانون يخل بالتوازن ويعرضه لأسباب البطلان التي يقررها أحد القوانين الواجبة التطبيق عليه(٧)، لذا نرى أن الرأي الأول هو الأجدر للأخذ به.

وبالعودة إلى القوانين المنظمة لهذا الموضوع؛ نجد أن حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق تكون أوسع أمام هيئات التحكيم مما هي عليه أمام القضاء، إذ السائد في الفقه وفي ممارسات هيئات التحكيم الإلكتروني هو أن للأطراف

---

(١) المادة (١/٣٩) من قانون التحكيم المصري.

(٢) كما في المادة (١/٣٨) من قانون التحكيم السوري، وكذلك المادة (٣٠/ثانياً) من مشروع قانون التحكيم العراقي.

(٣) المادة الثانية من المشروع نقلاً عن: د. هشام صادق، مصدر سابق، ص٤٤٣.

(٤) ينظر: د. ناريمان عبدالقادر، إتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة (١٩٩٤)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص٥٢٤.

(٥) ينظر: د. محسن شفيق، مصدر سابق، ص٢١٣.

(٦) ينظر: علي سهيل عبد الرزاق، خصوصية إتفاق التحكيم في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق قسم القانون الدولي الخاص بجامعة عين شمس، ٢٠١٥، ص٣٧٠.

(٧) ينظر: د.أحمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مصدر سابق، ص٣٠٧.

الحرية الكاملة في إختيار القانون الذي يطبقه المحكم على المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية محل المنازعة، أما بالنسبة للقضاء، فإن دور الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق تقتصر على إختيار عنصر من عناصر العقد في تحديد النظام القانوني الذي يحكمه من بين مختلف الأنظمة التي ترتبط به، ويتولى القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق وما يترتب على ذلك من ضرورة وجود رابطة بين العقد وبين القانون الذي إختاره الأطراف لحكم المنازعة(١).

ولابد من الإشارة إلى مسألة أخرى، وهي أن حرية أطراف التحكيم على إختيار القانون الواجب التطبيق لا يقتصر على المنازعات الناشئة من الإلتزامات التعاقدية، بل تشمل كل المنازعات التي تقبل التحكيم من غير الإلتزامات التعاقدية، كالتي تتعلق بالمسؤلية التقصيرية، أو التي تتعلق بالكسب دون سبب أو الفعل الضار، والمعيار الوحيد لتحديد وإختيار القانون المختار هو ضمان تنفيذ حكم هيئة التحكيم في دولة معينة، ومراعاة القواعد الآمرة فيها(٢).

وأخيراً تضمن التشريعات الوطنية قيام المحكم وهيئات التحكيم بإحترام قانون الإرادة المختار من قبل الطرفين، إذ ينص القانون التحكيم المصرى على إجازة رفع دعوى بطلان حكم التحكيم إذ إستبعد المحكم أو هيئة التحكيم تطبيق القانون الذي إتفق الطرفان عليه(٣)، وكذلك الحال بالنسبة للقوانين المقارنة الأخرى(٤)، ويكفل هذا النص ضمان إحترام هيئات التحكيم لقانون الإرادة الذي إستقر عليه التحكيم(٥)، وكذلك بالنسبة للقضاء في مسائل التجارة الدولية(٦). وإذا كان القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم يتعين تحديده في ظل مبدأ قانون الإرادة، فإن ذلك لا يثير أية صعوبة عند إعماله في حالة إختيار القانون اواجب التطبيق على نحو صريح، ولكن تثور الصعوبة في حالة عدم إختيار الأطراف صراحةً لذلك القانون.

المبحث الثاني

خضوع التحكيم لقانون الإرادة الضمنية

لهيئة التحكيم البحث عن الإرادة الضمنية لأطراف منازعة التحكيم لتحديد القانون الذي يحكم المنازعة محل التحكيم عند عدم وجود الإتفاق الصريح لتحديد أو إختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف (٧). وقد يسكت الأطراف عن تعيين القانون الذي سيحكم موضوع المنازعة، وهي حالة يندر حصولها، ولكن من المحتمل انهم يفضلون ترك معالجتها للمحكم واستحالة الاتفاق عليها(٨). وأمام حالة السكوت هذه أو في حالة إختيار القانون ولكنه يكون غير كافي لحكم كل المسائل الناتجة عن هذه العلاقة، يبرز دور المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على

---

(١) ينظر: د.جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص١٢٢.

(٢) ينظر: د.مصطفى الجمال و د.عكاشة عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط١، منشورات الحلبي، بيروت، ١٩٩٨، ص٢٥٠.

(٣) تنص المادة (١/٥٣) من قانون التحكيم المصري على أنه: " لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: د.إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.".

(٤) المادة (١/٥٠/ د) من قانون التحكيم السوري، والمادة (٤٩/أ/٤) من قانون التحكيم الأردني.

(٥) ينظر: د.جمال محمود الكردي، مصدر سابق، ص١٢٦.

(٦) لقد قضت محكمة النقض الفرنسية في (١٩١٠/١٢/٥) في قضية (American Trading Company Quebec Steamship Company Limited) بأن: "القانون الواجب التطبيق على العقود، سواء فيما يتعلق بتكوينها أو آثارها أو بالنسبة لشروطها، هو القانون الذي يتبناه الأطراف ..."، والدعوى تتعلق بعقد نقل بحري بين شاحن أمريكي وناقل كندي، إذ إتفقا على إخضاع التحكيم للقانون الأمريكي، وإشترطا في العقد على إعفاء الناقل من مسؤولية تلف البضاعة، لذا قررت المحكمة أن إخضاع المنازعة للتحكيم وفقاً للقانون الأمريكي لا يعني الأخذ بأحكام القانون الأمريكي بخصوص إعفاء الناقل من مسؤولية تلف البضاعة التي لا يجوز طبقاً للقانون الأمريكي مادام شرط الأعفاء كان محل تراضي الطرفين في العقد، نقلاً عن: عبدالحميد عبدالله سعيد القرشي، القواعد ذات التطبيق الضروري في مجال التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس، مصر، ٢٠١٠، ص٢٩٥.

(٧) ينظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١، ص١٣٩.

(٨) ينظر: د. عبدالرسول عبدالرضا جابر الأسدي وحسين عباس حسين، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في منظمة التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الثاني، ٢٠١٦، ص٢٤٠.

موضوع المنازعة. والذي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة[١] من خلال الوقوف على مؤشرات موضوعية ومعقولة لهذه الإرادة الضمنية ، وبإستقراء بعض النصوص التي عالجت حالة غياب الإرادة الصريحة نجد أنها تتبنى فكرة (الملائمة) أي الإرتباط بموضوع المنازعة، فقد نص قانون التحكيم المصري على أنه:" وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع."[٢]، وكذلك ما نصت عليه الإتفاقيات المنظمة للتحكيم[٣]، وهو الإتجاه الذي سار عليه القضاء عموماً[٤]. في حين تنص بعض القوانين الأخرى على ضرورة لجوء المحكم إلى إعمال قواعد تنازع القوانين[٥]، وكذلك الحال لإتفاقية جنيف الأوربية بشأن التحكيم[٦]. والإرادة الضمنية للأطراف يتم التوصل إليها من قبل هيئة التحكيم من خلال اللجوء إلى جملة معايير يمكن أن يعدها المحكم أو هيئة التحكيم أنها دلالة على أن الأطرافٌ أرادوا هذا القانون دون غيره، وهذه المعايير سنبينها من خلال ثلاثة مطالب وكالآتي:

المطلب الأول

تطبيق قانون الدولة مقر هيئة التحكيم

هنالك إختلاف بين الفقهاء حول المقصود بقانون المقر، فهناك من يرى أن المقصود به قواعد الإسناد المنصوص عليه فيه[٧]، فيما يرى أخرون أن المراد به القواعد الإجرائية فيه[٨].يرى جانب من الفقه إلى وجوب إعمال قانون الدولة التي يقع فيها مقر هيئة التحكيم على إتفاق التحكيم[٩]، والذي يقصد به قانون الدولة التي يتم فيها إجراءات التحكيم، أو الهيئة التحكيمية أو المركز التحكيمي إقليمياً كان أم دولياً، أو الدولة التي فيها المحكم الفرد.

إن الفقهاء الذين يؤيدون فكرة إعمال قانون دولة مقر هيئة التحكيم إنما يستندون على العديد من الحجج، يمكن بيانها كالآتي:

---

(١) فالمحكم الدولي غير مقيد بقانون وطني يستنبط منه المؤشرات لاختيار هذا القانون كما هو الحال للقاضي الوطني الذي يتأثر بمؤشرات نظامه القانوني، فللمحكم مساحة أوسع من هذه المؤشرات التي تؤدي الى تكوين رأيه القانوني وإستعمال سلطته التقديرية بعكس القاضي الوطني الذي يكون مقيداً باتباع قواعد الإسناد التي يرسمها له قانونه، ينظر في ذلك: أبو زيد رضوان، مصدر سابق، ص١٣٧.

(٢) المادة (٢/٣٩) من قانون التحكيم المصري، وبنفس الصياغة جاءت المادة (٢/٣٨) من قانون التحكيم السوري، والمادة (٣٦/ب) من قانون التحكيم الأردني.

(٣) تنص المادة (١/٢١) من إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري على أنه :" ..... وإلا فوفق أحكام القانون الأكثر إرتباطاً بموضوع النزاع."، فيما تنص المادة (١/٣٥) من قانون التحكيم النموذجي اليونسترال على أنه:" .... فإذا لم يعين الأطراف تلك القواعد، طبقت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسباً.".

(٤) كالحكم الصادر من المركز الإقليمي للتحكيم في القاهرة في (١٩٨٥/٧/٧) في المنازعة التي حدثت بين شركة نمساوية خاصة برش المبيدات من خلال الطائرات ووزير الزراعة المصري إضافةً إلى وظيفته، إذ إختار المركز القانون المصري كون العقد أبرم في مصر وأن الحادث (سقوط طائرة للشركة) حدث في مصر أيضاً، ينظر في ذلك: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ٢١٣ وما بعدها.

(٥) المادة (٤٥) من قانون التحكيم اليمني، وكذلك المادة (٢/٢٨) من قانون التحكيم البحريني.

(٦) إذ تنص المادة (١/٧) من الإتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف لسنة (١٩٦١) على أنه :" أن الفرقاء أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على الحكام تطبيقه بصدد أساس النزاع، وفي حال إغفال الإشارة من قبل الفرقاء إلى القانون الذي يقتضي تطبيقه، يعمد المحكمون إلى تطبق القانون المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين التي يرون أنها مناسبة بهذا الصدد وفي الحالتين فإن المحكمين يأخذون بعين الاعتبار أحكام العقد والأعراف التجارية.

(٧) ينظر: د. حفيظة السيد حداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ١٩٩٦، ص٦٧.

(٨) ينظر: د. أحمد محمد فتحي الخولي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل المنازعات المدنية، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠١٧، ص٣٦٧.

(٩) يرى من الفقهاء " منهم السويسري (سوزرهال) الذي عرض رأيه هذا أمام مؤتمر مجمع القانون الدولي في أمستردام في (١٩٥٢) " أن التحكيم لابد أن يخضع لقانون مقر التحكيم كضابط إسناد أصلي، وليس إخضاعه لقانون الإرادة، وبرر رأيه هذا بالقول أن التحكيم نظام إتفاقي حر وطليق لا يرتبط بدولة معينة، وهذا يعرقل فاعليته، فلابد من ربطه بقانون معين والأفضل هو قانون المقر، كما رأى صعوبة إخضاع التحكيم لما تخضع له العقود الدولية، لإختلاف طبيعتهما، إلا إن هذا الرأي لم يستمر وما لبث أن هجر لما تعرض له من إنتقادات، منها؛ إن إبرام إتفاق التحكيم لاحق على تشكيل هيئة التحكيم وتحديد مقرها، لذا لابد من معرفة القانون المختار، كما قد لا يكون قانون المقر ملائماً لحل المنازعة، للمزيد ينظر: د. أحمد عبدالكريم سلامة، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مصدر سابق، ص٢٩١، وكذلك: هشام الرفاعي، مصدر سابق، ص١٦٠.

أولاً: أن قانون دولة مقر هيئة التحكيم هو الأقدر على تقديم الدعم لعملية التحكيم أثناء إجراءاته وكذلك بعد صدور الحكم، وأنها الدولة المؤهلة لتقديم الدعم لعملية التحكيم، ويأتي ذلك لكونهم يرون في إتفاق التحكيم عملاً إجرائياً بحتاً وليس عقداً من العقود، ومن ثم لابد من أن يخضع لقانون مقر هيئة التحكيم، إستناداً لمبدأ خضوع الإجراءات لقانون محل القاضي(١)، كما إنهم يرون أن التحكيم ذو طبيعة قضائية (لا تعاقدية)، وأنه قضاء خاص، وبالتالي فإنه لابد أن يخضع من حيث تنظيمه والقانون الذي يسري عليه لقانون المقر.

ثانياً : إن تطبيق قانون الدولة التي يكون فيها مقر التحكيم وبالتالي عملية التحكيم إنما يستند على فرضية أن هذا القانون هو أقرب صلة بعملية التحكيم، كما لو كان العقد موضوع المنازعة قد أبرم في الدولة التي فيها مقر هيئة التحكيم، وتنعقد فيها جلساتها،أو كان تنفيذ العقد سيكون فيها،أو كانت هذه الدولة أصلاً طرفاً فيها(٢).

ثالثاً: إن المحكم في التحكيم الخاص كالقاضي ينبغي عليه إعمال قانونه وقانون بلده(٣).

رابعاً: إن لجوء هيئات التحكيم إلى إستخدام قواعد تنازع القوانين يؤدي بطبيعة الحال إلى تطبيق قانون الدولة التي تجري فيها إجراءات التحكيم، وهو رأي فقهاء القانون الدولي الخاص(٤).

خامساً:إن عدم إمكانية تحديد القانون الواجب التطبيق بالإستناد إلى الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف، فإننا بحاجة إلى تحديد قانون وطني يحكم المنازعة يكون أكثر صلة بالمنازعة، ويرون أن قانون بلد مقر التحكيم هو الأكثر صلةً بالمنازعة(٥).

ومع كل الحجج التي إستند عليها أصحاب هذا الرأي، إلا أن هذا الرأي لم يسلم من النقد ولم يخلو من الصعوبات، ولعل أبرزها صعوبة إعمال قانون مقر التحكيم إذا تمت جلسات التحكيم في أكثر من دولة، إذ لا يمكن التوفيق في تطبيق قانونين معاً على المنازعة، ويصبح الوضع أكثر تعقيداً عندما تتضمن هذه القوانين أحكاماً متناقضة. ونفس المشكلة تظهر عند قيام هيئة التحكيم بالنظر في المنازعة من خلال المراسلة(٦)، كما وتظهر مشكلة أخرى في الأوقات التي تنعقد فيها جلسات التحكيم في بلد غير بلد مقر هيئة التحكيم(٧)، وهناك من يرى أن عملية التحكيم لا يمكنها الإستغناء عن طلب المساعدة والعون من قضاء دولة مقر التحكيم(٨).

وقد أخذت قواعد التحكيم في القانون الدولي الخاص السويسري لسنة (١٩٨٧) (٩)، وقانون التحكيم السويدي لسنة (١٩٩٩) بهذا الرأي، إذ ينص على أنه:" عندما يكون لاتفاق التحكيم صلة دولية ، يخضع الاتفاق للقانون المتفق عليه بين

---

(١) سواءٌ قصدنا محل إقامة المحكم، أو موطنه، وفي التحكيم الإلكتروني نكون أمام الموطن الإفتراضي، لأن الموطن بمعناه الجغرافي لا وجود له في التعامل عبر الإنترنت، ينظر في تفاصيل أكثر: د. محمد جلال حسن المزوري، القانون الدولي الخاص في الجنسية والموطن ومركز الأجانب، مكتبة يادكار، السليمانية،٢٠١٨، ص١٧٥.

(٢) ينظر: د. غني ريسان جابر الساعدي، الضوابط القانونية لإتفاق التحكيم في عقد الإستثمار التكنولوجي ـ دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق بجامعة النهرين، المجلد ١٧، العدد٣، لسنة (٢٠١٥)، ص٥٤.

(٣) ينظر: د.جمال الكردي، مصدر سابق، ص١٣١.

(٤) ولإن المشرع العراقي لم يورد نصاً خاصاً بذلك، فإننا نرجع إلى الماة(٣٠) من القانون المدني التي تنص على أنه:"يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادىء القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً.".

(٥) ينظر: علي سهيل عبدالرزاق، مصدر سابق، ص٣٧٤.

(٦) ويقصد به عدم حضور أحد طرفي الإتفاق لجلسات التحكيم، وهذا يكون أكثر جلياً في التحكيم الإلكتروني، ينظر: محمد السيد عرفة، مصدر سابق، ص٢٣٨.

(٧) وكمثال على ذلك، يقع مقر مركز التحكيم التجاري الخليجي في المنامة عاصمة مملكة البحرين، ولكن قد تجرى جلسات التحكيم في دولة خليجية أخرى، ينظر في ذلك: د. محسن شفيق، مصدر سابق، ص١٨٩.

(٨) كما لو طلبت هيئة التحكيم حارساً قضائياً على المال محل المنازعة، ينظر: هشام الرفاعي، مصدر سابق، ص١٦٦.

(٩) تنص المادة (١/١٧٨) من القانون السويسري على أنه:" عند غياب الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع وهو قانون العلاقة الاصلية وجب تطبيق القانون السويسري.".

الطرفين. وفي حالة عدم توصل الأطراف إلى مثل هذا الاتفاق ، يخضع اتفاق التحكيم لقانون البلد الذي وقعت فيه أو تحدث بموجبه الاتفاقية."، وكذلك الحال بالنسبة للإتفاقيات الدولية(١)، والقضاء(٢).

ويرى بعض من الفقه الفرنسي صعوبة إعمال قانون مقر هيئة التحكيم على المنازعة لاسيما المعروضة منها على مراكز التحكيم، إذ إن إختبار الأطراف لهذه المراكز إنما هي لإعتبارات الملائمة الشخصية فقط، ولا أهمية للدولة التي تجري التحكيم على أراضيها وفي إقليمها، فلا تصدر أحكام التحكيم باسم تلك الدولة، كون المحكم ليس خاضعاً لسيادتها، فلا يوجد وجه شبه بين الحكم الصادر من هيئة تحكيمية والحكم الصادر من هيئة قضائية، فالأحكام القضائية تصدر باسم الدولة عكس الأحكام التحكيمية التي لا تصدر باسم الدولة التي تقع فيها مراكز التحكيم، كما أن المحكم ليس بقاضٍ، ولا ينتسب للجهاز القضائي، وليس بموظف أو مكلف بخدمة عامة في تلك الدولة(٣)، مما حدى بجانب من الباحثين إلى القول بأن :" توطين التحكيم إجرائياً، لا يعني توطينه من الناحية القانونية."(٤)، أي من ناحية تحديد القانون الواجب التطبيق موضوعياً.

وقد وجهت لهذا الرأي جملة إنتقادات، منها أن الأطراف بإختيار مكان التحكيم ومقر هيئته، إنما إختاروا مكانه لإعتبارات منها قربهم منه، أو توفر خدمات التحكيم فيه وليس بالضرورة لإعمال قانون ذلك البلد، بمعنى آخر لا يمكن أن يستنتج من هذا الإختيار وجود إرادة ضمنية لإعمال هذا القانون، كما إن هذا التوجه يتجاهل والطبيعة التعاقدية لإتفاق التحكيم(٥)، ومع كل ذلك فإن هذا الرأي هو الإتجاه السائد في هيئات ومراكز التحكيم(٦).

وبالعودة إلى مركز التحكيم الخليجي ومقره البحرين، نجد أن القول بعدم اللجوء إلى قانون دولة المقر رأي أقرب للصواب، فلا يمكن اللجوء إلى القانون البحريني عند عدم وجود قانون مختار من الأطراف عندما يكونوا من جنسيات خليجية غير جنسية البحرين، بل الأفضل البحث عن قانون آخر من قبل هيئة التحكيم يكون أكثر صلة بالمنازعة وأطرافها.

ومع كل ماسبق ذكره ، إلا أن المتفق عليه هو أن القول بالأخذ به لا يعني بأي حال من الأحوال أن قانون دولة مقر التحكيم يتقدم على قانون الإرادة، صريحة كانت أم ضمنية، ولا يكون بديلاً عنه، بل هو ضابط إحتياطي بعد إرادة الأطراف، ويبحث عنه المحكم في إرادة الأطراف المفترضة.

---

(١) مثل إتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف بأحكام المحكمين لسنة (١٩٥٨) في المادة (١/٥/أ) منها، والقانون النموذجي للتجارة الدولية لسنة (١٩٨٥) في المادة (١/٢٦) منها.

(٢) قررت محكمة النقض المصرية في حكم لها صدر في (١٩٩١/١٢/٢٣) في الطعن المرقم (٥٧٤) أنه: " لما كان من الثابت أن شرط التحكيم المدرج في سند الشحن قد نص على أن يحال أي نزاع بنشأ عن هذا السند الى ثلاث محكمين في وتنبرج، وكان المشرع قد أقر الإتفاق على إجراء التحكيم في الخارج بإنضمامه لإتفاقية نيويورك لسنة (١٩٥٩) بشأن الأحكام الأجنبية وتنفيذها، ولم ير في ذلك ما يمس النظام العام، فإنه يرجع في شأن تقرير صحة شرط التحكيم وترتيب آثاره إلى قواعد القانون السويدي بوصفه قانون البلد الذي إتفق على إجراء التحكيم فيه طبقاً لما تقضي به المواد (٢)، (٢/٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمادة (٢٢) من القانون المدني المصري بشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام."، ينظر في ذلك: د.غني ريسان جابر الساعدي، مصدر سابق، ص٥٥.

وكذلك الحكم الذي أصدرته هيئة التحكيم المشكلة من قبل غرفة التجارة الدولية في باريس في المنازعة التي نشأت بين شركة المنيوم يوغسلافية ومشتر أمريكي، فعند البحث عن القانون الواجب التطبيق في موضوع المنازعة وجدت هيئة التحكيم أن البائع يوغسلافي وإبرم العقد في بلغراد وأن المشتري أمريكي وأن العقد قد كتب باللغة الإنكليزية، ولكون عدم النص في العقد على قانون محدد بإرادتهما، بحثت الهيئة في الإرادة الضمنية فلم تتوصل إليها، لذا قررت إعمال القانون الفرنسي بإعتباره قانون دولة مقر التحكيم، ينظر في ذلك: د. أشرف عبدالعليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص٢٠.

(٣) ينظر: محمد السيد عرفة، مصدر سابق، ص٢٣٩.

(٤) ينظر: أبو زيد رضوان، مصدر سابق، ص١٦٢.

(٥) ينظر: علي سهيل عبدالرزاق، مصدر سابق ، ص٣٧٢.

(٦) ينظر: د.أحمد عبدالكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، مصدر سابق، ص١٩٠.

المطلب الثاني

القانون الأصلح لإتفاق التحكيم

بدأ جانب الفقه يبحث عن مقومات أساسية تحقق أقصى درجات الفاعلية لإتفاق التحكيم، ومنها كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، لهذا فقد عرضوا مفهوماً جديداً يحمي الإتفاق من أي تهديد يعرضه للبطلان، وذلك بعرض قاعدة القانون الأصلح لإتفاق التحكيم(١). ومبنى هذه القاعدة هي أنه: إذا تعددت القوانين التي تكون واجبة التطبيق على الإتفاق التحكيمي، فإن القانون الذي يضمن صحته هو الذي يتم تطبيقه بشكل نهائي(٢).

فيرى هذا الجانب من الفقه ان الهدف من إختيار القانون الواجب التطبق، وهو ليس البحث عن القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم، بل البحث عن صحة إتفاق التحكيم في أي قانون كان، أي أنه يهدف إلى تحقيق أقصى درجات الفاعلية لهذا الإتفاق كي يحقق الهدف المرجو منه كوسيلة لتسوية المنازعة(٣). ويرى هذا الإتجاه أن القانون السويسري خير مثال لتطبيق هذه القاعدة(٤). ويرون أن السبب في هذا الموقف من المشرع السويسري هو إتاحة الفرصة أمام صحة إتفاق التحكيم بتطبيق أكثر من قانون يحكمه تحقيقاً لفاعليته.

لذا نادى دعاة هذا التوجه إلى إعمال قانون مقر التحكيم، أو قانون مكان إبرام إتفاق التحكيم،أو قانون محل إبرام العقد، أو أي قانون آخر شرط أن يضمن القانون المختار صحة إتفاق التحكيم.

وحلاً لمشكلة قد تظهر من هذا الإتجاه، وهي أن تتفق كل القوانين التي بيُناها أعلاه على بطلان الإتفاق التحكيمي، نادوا بإمكانية تجزئة القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم، فيطبق جزء من قانون معين على جزء من الإتفاق وقانون آخر على جزء آخر منه، فنكون أما تعدد للقوانين التي تطبق على إتفاق التحكيم، فنحمي الإتفاق من الحكم عليه ببطلان ونضمن صحته وفاعليته(٥).

لابد هنا أن نميز بين هذا الرأي والرأي الذي ينادي بإمكانية تجزئة إتفاق التحكيم، فمع وجود رأي ينادي بإختيار قانون واحد يحكم إتفاق التحكيم للمحافظة على الوحدة البنائية لإتفاق التحكيم، من حيث إبرامه، ومن حيث الأثر المترتب عليه، إلى إنقضائه، حاله حال ضرورة الإبقاء على وحدة العقد الدولي، هناك رأي يرى بضرورة تجزئة إتفاق التحكيم، ليخضع كل جزء منه لقانون معين، فتخضع أهلية الأطراف للقانون الشخصي لكل طرف من أطراف إتفاق التحكيم، فيما يخضع شكله لقانون آخر، ونفس الحال بالنسبة لموضوع المنازعة وإجراءات التحكيم(٦).

ويؤخذ على هذا التوجه تعارضه مع قواعد العدالة، لأن مسألة بطلان إتفاق التحكيم لا تثار إلا من قبل أحد أطراف العلاقة الذي يتمسك به أمام هيئة التحكيم، والتي يجب فيها على الهيئة إحكام القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم لكي

---

(١) ينظر: د. أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٧٥.

(٢) ينظر: هشام الرفاعي، مصدر سابق، ص١٦٩.

(٣) من هذا المنطلق، فإن أصحاب هذا الرأي يخشون على إتفاق التحكيم من قانونٍ إذا طبق عليه حكم ببطلانه، ومن ثم فقدان فاعليته وعدم ترتب أي أثر له، وعلى هذا الأساس فهو يسعى إلى تطبيق قانون يضمن فاعلية إتفاق التحكيم ويحقق ويؤكد صحته لا العكس. ولعل أصحاب هذا الرأي يبررون وجهة نظرهم بأن لإتفاق التحكيم أهمية كبيرة في التجارة الدولية من خلال لجوء الأشخاص المتعاملين فيها عند حل منازعاتهم التجارية إلى التحكيم، ويبنون عليها آمالهم، مما يقتضي حماية إتفاقهم التحكيمي من أي تهديد يعرض قيمته القانونية للزوال والبطلان.

(٤) تنص المادة (٢/١٨٧) من القانون السويسري على خضوع إتفاق التحكيم إلى ثلاثة قوانين؛ هي قانون الإرادة، القانون الذي يحكم موضوع المنازعة، ومن ثم قانون التحكيم السويسري، دون إلزام بترتيب معين، بل يطبق القانون الذي يضمن وبحكم بصحة إتفاق التحكيم هو القانون الواجب التطبيق على المنازعة.

(٥) ينظر: هشام الرفاعي، مصدر سابق، ص١٧٧ وما بعدها.

(٦) وبهذا الرأي أخذت معظم التشريعات الوطنية، فالقانون المدني العراقي يخضع الأهلية للقانون الشخصي للمتعاقد (المادة١/١٨)، والشكل لمحل إبرام التصرف(المادة٢٦)، والتصرفات الواردة على العقار قانون محل العقار(المادة١/٢٥)، وكذا الحال بالنسبة للقوانين المقارنة الأخرى.

تصل إلى نتيجة للمنازعة، والحكم ببطلانه أو صحته للقانون الواجب التطبيق، لذا فإن القول بوجوب البحث عن القانون الذي يضمن صحته يعني ترجيح إدعاء الطرف الذي ينادي بصحة الإتفاق على من يدعي بطلانه، وهذا يتنافى مع قواعد العدالة[١].

المطلب الثالث

تطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي[٢]

بما أن إتفاق التحكيم إنما يبرم من أجل حل المنازعات التي قد تحدث أو تنشأ عند إبرام عقد معين أو بعد الإبرام أو وقت التنفيذ، لذا فإن العلاقة بينهما (العقد والإتفاق التحكيمي) واضحة وجلية، فهما يرتبطان مع بعضهما برابطة موضوعية كون موضوع إتفاق التحكيم هو وسيلة لحل المنازعات التي تنشأ من موضوع العقد الأصلي، ورابطة وظيفية تتمثل في أن إتفاق التحكيم مجرد أداة ووسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي من خلال التحكيم، حيث يرتبطان برابطة ثالثة تتمثل في أن إتفاق التحكيم في الغالب يكون على صورة بند أو شرط يدرج ويدون في صلب العقد وضمن فقراته، أو على شكل مستند ملحق بالعقد الأصلي[٣]، لذا يرى أنصار هذا الرأي أن القانون الواجب التطبيق "عند غياب القانون المختار بإرادة الأطراف" هو ذلك القانون الذي يحكم العقد الأصلي المبرم بشأنه إتفاق التحكيم[٤].

ومع ذلك فإن هذا الرأي لم يسلم من الإنتقادات، ومن أهم هذه الإنتقادات:

١. إن تطبيق هذا المعيار يؤدي إلى إختلاف القانون الواجب التطبيق من دعوى إلى أخرى، حسب نوع العقد، فمثلاً؛ يخضع التحكيم في دعوى عن عقد مقاولة لقانون محل التنفيذ، ولقانون محل الشخص في دعوى تتعلق بالوكيل التجاري، وهذه نتيجة غير مقبولة غير مقبولة، كون إتفاق التحكيم تتعلق بإجراءات ذات طبيعة واحدة لا تتغير بحسب الدعاوي ونوع الخصومة،مما يستلزم تطبيق قانون واحد إتفاق التحكيم مهما تغيرت نوع العلاقة القانونية.

٢. على الرغم من أن إتفاق التحكيم مرتبط بالعقد لحل المنازعة الناشئة عنه، إلا أن الموضوع فيهما يختلفان، فموضوع الأول (إتفاق التحكيم) هو الإتفاق على حل المنازعات الناشئة ويكون ذات طبيعة إجرائية، فيما موضوع الثاني(العقد الأصلي) موضوعي وهو ضمن المعاملات المالية بين الأشخاص، لذا فلا مبرر ولا مسوغ لربط إتفاق التحكيم بالعقد في مسألة القانون الواجب التطبيق[٥].

المبحث الثالث

خضوع التحكيم للقانون الذي يعينه المحكم

فى حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع منازعة التحكيم، فان المحكم هو الذي يقوم بهذه المهمة، ويقوم المحكم بإختيار القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، لأن المحكم غير ملزم بإحترام قواعد قانونية آمرة

---

(١) ينظر: هشام الرفاعي، مصدر سابق، ص١٧٠.

(٢) نقصد بالعقد الأصلي العقد الذي إبرم بين الطرفين اللذين وقعا بعده إتفاق التحكيم لحل أية منازعة تنشأ منه أو خلال تنفيذه.

(٣) ينظر: د. حفيظة السيد حداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، مصدر سابق، ص٦٥.

(٤) ينظر: علي سهيل عبدالرزاق، مصدر سابق، ص٣٧٣.

(٥) ينظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٧٧.

لنظم قانونية معينة[١]، حيث يتمتع بحرية واسعة في هذا المجال، وهذا ما أخذت به التشريعات الوطنية[٢] والقوانين الإتفاقيات الدولية والإقليمية[٣]ونظم ولوائح مراكز التحكيم[٤].

ويستعين المحكم عند إختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعة المرفوعة أمامه بالمبادىء العامة للقانون، وفقاً لقواعد القانون الدولي، أو قانون الدولة المتعاقدة، وقواعد قانون التجارة الدولية[٥]،حيث يمكن له إختيار أحدهما باعتباره القانون الأوثق صبةًبالمنازعة وحمايةً لمصالح الأطراف وتحقيقاً للعدالة، وكما يلي:

١. تطبيق المبادىء العامة للقانون:

ويطلق عليها أيضاً إسم المبادىء القانونية المعترف بها، ويقصد بها مجموعة القواعد العامة والأساسية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص وتتفرع عنها العديد من القواعد التفصيلية الأخرى كالتشريع والعرف، كما هناك من يرى أنها الركائز التي تؤسس لأي نظام قانوني وتلقى قبولاً من الكثير من النظم القانونية[٦]، وتعد هذه القواعد مصدراً من مصادر القانون الدولي العام، والقانون الداخلي، والقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، وقضاء التحكيم. ومن أمثلة هذه المبادىء فى النظام القانوني الداخلي مبدأ حسن النية وعدم التعسف فى استعمال الحق، وفى النظام القانوني الدولي مبدأ المساواة بين الدول وحق الدولة فى التمتع بثرواتها الطبيعية. وقد تتضمن العقود التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص أو بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص أو الإتفاقات التي تبرمها الدول النص على هذه المبادىء صراحة، ويتعين التمييز " فى هذا الصدد " بين المبادىء العامة للقانون وقانون عبر الدول[٧]، وعلى ذلك فقانون عبر الدول يعد فكرة عامة ينضوي تحت لواءها المبادىء العامة للقانون داخلياً ودولياً، وتقوم فكرة قانون عبر الدول على أساس أن القوانين الوطنية والقانون الدولي العام التقليدي غير ملائمين لحكم العقود التي تكون الدولة أحد أطرافها، ذلك أن الطبيعة القانونية الخاصة لهذه العقود تحتاج لقواعد قانونية معينة تتوافق وطبيعة تلك العقود، وهذه القواعد تتمثل فى القواعد عبر الدولية[٨]. لذلك فإن المحكم يقوم بتطبيق هذه المبادىء لإختيار القانون المناسب على المنازعة.

٢. تطبيق قانون الدولة المتعاقدة:

---

(١) ينظر: د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبدالعال، مصدر سابق، ص٢٥٣.

(٢) تنص المادة (٢/٣٩) من قانون التحكيم المصري على أنه : " وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع."، وكذلك المادة (٢/٣٨) من قانون التحكيم السوري، والمادة(١/١٤٩٦) من قانون المرافعات الفرنسي.

(٣) تنص المادة (٢/٢٨) من القانون النموذجي اليونسترال بشأن التحكيم التجاري الدولي على أنه :" إذا لم يعين الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق ."، فيما تنص المادة (٢١-١) من إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة (١٩٨٧) على أنه :" تفصل الهيئة في النزاع.... وإلا وفق أحكام القانون القانون الأكثر إرتباطاً بموضوع النزاع على أن تراعى قواعد الأعراف التجارية الدوليةالمستقرة.".

(٤) تنص المادة (١٢) من النظام الأساسي لمركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي على أنه:" ... في حالة عدم تعيين الأطراف للقانون الواجب التطبيق سواءٌ في العقد أو في مشارطة التحكيم، يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قواعد تنازع القزانين الذي يرونها مناسبة ..."، والمادة (٣/٢٨) من لائحة إجراءات المركز ذاته، والمادة (٣٩) من اللائحة التحكيمية للجنة الأوروبية لسنة (١٩٦٦)، والمادة (٣/١٣) من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس.

(٥) ينظر: سعد خليفة خلف الهيفي، القانون واجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني، رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم القانون الخاص بكلية الحقوق بجامعة الشرق الأوسط في عمان/الأردن، أيلول ٢٠١٣ ، ص٥٦.

(٦) ينظر: د. نور حمد الحجايا، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) لكلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة ، ٢٠٠٣، ص٦٦٨.

(٧) القانون عبر الدول، ويسمى أيضاً القواعد عبر الدولية هو عبارة عن نظام قانوني ينظم العلاقات التجارية الدولية بين الأفراد والشركات والدول والمؤسسات الدولية و يشمل قواعد القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص والقانون الوطني العام والخاص، ويسمح للمحاكم الوطنية والدولية وهيئات التحكيم باختيار القاعدة الأكثر توافقاً مع العقل والعدل وذلك عند حدوث تنازع بين هذه النظم القانونية.

(٨) ينظر: د. حنان عبدالعزيز مخلوف، مصدر سابق، ص ٥٧ وما بعدها.

ذهب بعض الفقه إلى القول بأنه عند عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد فإنه يتعين تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على العقود المبرمة بين الدولة والشركات الأجنبية، وقد تبنت اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة (١٩٨٠) هذه القاعدة(١). وكذلك إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار(٢)، وكذلك الحال بالنسبة لإتفاقية تسوية منازعات الإستثمار في الدول العربية(٣)، وعلى ذلك فإن عدم إتفاق الأطراف على تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم يعنى وجود قرينة على الإختيار الضمني لقانون الدولة المتعاقدة، مما يترتب على ذلك تطبيق هذا القانون.

٣. تطبيق أحكام القانون الدولى العام:

إستناداً إلى قاعدة قانون الإرادة والتي تمنح للأطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وموضوعه، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن من حق هؤلاء الأطراف إختيار القانون الدولي العام أيضاً باعتباره أحد القوانين التي يمكن للأطراف إختياره لتطبيقه على عقودهم، بل أن مبدأ قانون الإرادة لا جدوى منه لو منع الأطراف من حق إختيار هذا القانون، فضلاً عن ذلك، فإن خضوع العقود التجارية الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها يضمن حماية الطرف الخاص الأجنبي المتعاقد مع الدولة، ذلك أنه يسمح لهذا المتعاقد بالتمسك بأحكام القانون الدولي العام فى مواجهة الدولة المتعاقدة مباشرة، وإثارة مسؤوليتها الدولية إذا أخلت بتنفيذ التزاماتها الناشئة عن العقد، كما أن خضوع عقود الدولة لأحكام قانونها الوطني قد يمكنها من العدول عن العقد أو إنهاؤه بإرادتها المنفردة(٤)، وهو ما يترتب عليه الإخلال بحقوق الطرف الخاص الأجنبي، وعلى الرغم من وجود من يرى أنه إذا رغب أطراف العقد في إختيار القانون الدولي العام ليطبق على عقدهم فيتعين عليهم أن يثبتوا ذلك كشرط في العقد، هناك من يرى أن مجرد لجوء الأطراف إلى التحكيم يعد دليلاً على قبولهم بإعمال قواعد القانون الدولي(٥)، المتمثلة بالإتفاقيات الدولية والعقود النموذجية (٦).

وبما أن العقود الدولية عبارة عن العقود التي ترتبط عناصرها القانونية بأكثر من نظام قانوني، وتتمثل هذه العناصر بمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، أو جنسية المتعاقدين، أي أن العقد يكتسب الصفة الدولية لمجرد وجود عنصر أجنبي فيه، لذلك فإننا نرى بأن إسناد العقد إلى القانون الدولي ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم لا يمكن أن يكون صحيحاً، ذلك أن القانون الدولي بالمفهوم التقليدي إنما يحكم العلاقات الناشئة بين أشخاص القانون الدولي، فيما العقود محل البحث والتحكيم الناجم عن منازعاتها إنما تبرم بين أشخاص القانون الخاص، أو الأشخاص العام ممن ليست لديها الشخصية القانونية الدولية(٧).

٤. تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية:

---

(١) تنص المادة (٤) من هذه الإتفاقية على أنه : " يطبق على العقد قانون الدولة التي يرتبط بها بصورة وثيقة.".

(٢) تنص المادة (١/٤٢) من إتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة (١٩٦٥) على أنه : " تفصل المحكمة فى النزاع طبقا للنظم القانونية التى وافقت عليها الأطراف المتنازعة فإذا لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة (بما فى ذلك القواعد الخاصة بتعارض القوانين) وكذلك مبادئ القانون الدولي الواجب تطبيقها فى هذا الصدد..".

(٣) تنص المادة (١٢/أ) من إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار في الدول العربية لسنة (٢٠٠٠) على أنه: " للمحكمة أن تفصل فى النزاع وفقا للقواعد التى نصت عليها هذه الاتفاقية والأنظمة التى يقرها المجلس ولها أن تطبق قانون الدولة المضيفة للإستثمار الطرف فى النزاع بما فى ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها وما يصلح للتطبيق من قواعد القانون الدولى، أو اية قواعد أخرى تراها مناسبة للفصل فى النزاع إذا اتفق أطراف النزاع على ذلك.".

(٤) ينظر: د. حنان عبدالعزيز مخلوف، مصدر سابق، ص ٥٨ وما بعدها.

(٥) ينقسم أصحاب هذا الرأي إلى فريقين، الأول منهما يرى أن هذه القواعد الدولية لا تطبق إلا بصفة إحتياطية، كونها عبارة عن قواعد مكملة للقواعد الوطنية، فيما يرى الفريق الثاني أن قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين" يسمح للأطراف بإختبار القواعد التي يريدونها أن تحكم منازعتهم وإن كانت هذه القواعد لا تنتمي إلى قانون دولة معينة. أشار إليه: د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص٢٥٣.

(٦) ينظر: د. نور حمد الحجايا، مصدر سابق، ص٦٦٥.

(٧) ينظر: د. صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، ط١، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، ٢٠٠٦، ص٢٤٠.

يرى البعض أن قواعد قانون التجارة الدولية والتي تشمل مجموعة عادات وأعراف هذه التجارة هي أنسب القواعد للتطبيق على العقود التي تبرمها الدولة فى مجال العلاقات التجارية الدولية. وترتكز التجارة الدولية على مبدأين أساسيين؛ وهما مبدأ حرية التجارة ومبدأ الحرية التعاقدية(١). ويقصد بمبدأ حرية التجارة حرية أطراف العملية التجارية ذات الطابع الدولى فى تبادل السلع والخدمات بدون قيود، الأمر الذي يترتب عليه زيادة المعدلات الكمية والكيفية للتجارة العالمية وهو ما يؤدي في نهاية المطاف إلى زيادة النمو الاقتصادى للدول وما يصاحبه من الإرتقاء بمستوى المعيشة، أما مبدأ الحرية التعاقدية فيستند إلى ضرورة إحترام الإرادة الفردية للإنسان والتى هي في أصلها حرة لا تخضع لأية قيود ولا تتجه إلا لما يحقق مصلحة صاحبها وبذلك فهي تحقق له العدل والإنصاف، وقد تمخض عن هذا المبدأ قواعد تلعب دوراً هاماً فى مجال حسم المنازعات الداخلية(٢). وعلى المحكم عند البحث عن القانون الواجب التطبيق، التفرقة بين أمرين؛ الأول يتعلق بالحالة التي يحدد فيها الأطراف القواعد الواجبة التطبيق كأن يحدد الأطراف أن المنازعة تسري عليها الأعراف التجارية الدولية، فعلى المحكم تطبيق تلك الأعراف على المنازعة طبقاً لإختيار الأطراف، أما الأمر الثاني فهو أن يحدد الأطراف القانون التجاري الدولي بشكل عام كقانون مختار لحل المنازعة، وهنا على المحكم البحث عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق من مصادرها المتعددة، سواء كانت المصادر قانونية أم قضائية(٣)

٥. تطبيق القانون الأكثر صلة بالمنازعة:

نجد من خلال دراسة القوانين والنظم التي تعالج هذا الموضوع، إن نظام المحكمة الإلكترونية يرى وجوب إعمال القانون الذي يرتبط بالمنازعة إرتباطاً وثيقاً(٤)، مع وجوب مراعاة الأعراف السائدة في مجال الإنترنت(٥)، على الرغم من أن هذه الأعراف قد تكون في أطوارها الأولى في هذا المجال(٦)، ومع ذلك فإن هذا النظام ينص على أنه إذا كان التحكيم متعلقاً بمنازعة يكون أحد طرفيها مستهلكاً، فإن قانون المستهلك الوطني هو الواجب التطبيق(٧).

الخاتمة

بعد الإنتهاء من هذا البحث توصلنا إلى جملة من الإستنتاجات والتوصيات:

أولاً : الإستنتاجات..

١. لإرادة الأطراف دور كبير ومهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني بشكل عام وموضوع إتفاق التحكيم(محل البحث) بشكل خاص، ويظهر هذا الدور من خلال ما قررته التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية وأنظمة ولوائح مراكز التحكيم الدولية والإقليمية الدائمة، والتي أوجب مراعاتها والتقيد بها، وإلا ترتب على مخالفتها بطلان الحكم التحكيمي ومن ثم عدم الإعتراف به، وعدم قابليته للتنفيذ.

٢. عند غياب الإرادة الصريحة، يتم اللجوء إلى الإرادة الضمنية التي يمكن إستخلاصها من من قبل المحكم أو هيئة التحكيم من خلال جملة معايير يتم الوصول بها إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع منازعة التحكيم الإلكتروني.

٣. إن موضوع القانون الواجب التطبيق الذي يصطدم به التحكيم التجاري الإلكتروني يشكل عائقاً أمام اللجوء إليه بصورة عامة، وذلك من ناحيتين، الأولى : إن عملية التحكيم الإلكتروني تؤدي إلى المساس بالسياسة التشريعية للدولة التي يجري التحكيم الإلكتروني على إقليمها، ومدى تنظيم موضوع التحكيم الإلكتروني ضمن النصوص التشريعية والقوانين النافذة لهذه

---

(١) ينظر: د. حنان عبدالعزيز مخلوف، مصدر سابق، ص٦٠ وما بعدها.

(٢) ينظر: د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبدالعال، مصدر سابق، ص٢٥٧ وما بعدها.

(٣) ينظر: د. نور الحجايا، مصدر سابق، ص٦٦٧.

(٤) المادة (١/١٧) من نظام المحكمة الإلكترونية.

(٥) المادة (٢/١٧) منه.

(٦) ينظر: د.خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط١، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، ٢٠٠٨، ص٣١٦.

(٧) المادة (٣/١٧) منه.

الدولة، والثانية: التنازع الحاصل في القوانين التي ستطبق على إتفاق التحكيم وموضوعه، إبتداءاً بالنص عليه وانتهاءاً بالقرار التحكيمي.

٤. عدم ملائمة القواعد القانونية التقليدية في التشريع العراقي للتطبيق على التحكيم الإلكتروني، سواءٌ تلك التي نص عليها المشرع في قانون المرافعات المدنية، أو القانون المدني.

٥. إن العديد من القوانين المقارنة المنظمة للتحكيم وكذلك النظم واللوائح الداخلية للمراكز التحكيمية تلجأ إلى إعمال القانون الذي يكون أوثق صلة وأكثر إرتباطاً بالمنازعة وأطرافها، مع مراعاة الأعراف التي تسود التصرفات في مجال الإنترنت.

٦. إن دور الإرادة تتسع في التحكيم الحر، وبخلاف ذلك يضيق دورها في التحكيم المؤسسي، حيث تقوم هيئات التحكيم بإعمال أنظمتها واوائحها الداخلية، إذ ان لجوء الأطراف للتحكيم المؤسسي وإختيارها للمراكز التحكيمية الدولية والإقليمية يعد قرينة على أن إرادتها الضمنية قد توجهت إلى إختيار القانون الذي تختاره هذه الهيئات.

ثانياً : التوصيات..

١. على المشرع أن يستجيب للصيغة الجديدة من صيغ التحكيم المتمثل بالتحكيم الإلكتروني، تحقيقاً للتطور الحاصل في التعاملات التجارية الوطنية والدولية عبر الوسائل الإلكترونية، خصوصاً وأن الأحكام التقليدية لايمكن تطبيقها كما هي على هذا النوع من التحكيم، لذا نهيب بالمشرع العراقي والكوردستاني تشريع قانون خاص بذلك أو تعديل القوانين النافذة بهذا الشأن سداً للفراغ التشريعي، كذلك باعتبار التحكيم وسيلة بديلة لحل المنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونية بدلاً من اللجوء إلى القضاء، ومراعاةً لمصالح الأفراد.

٢. على الجهات الدولية ذات العلاقة مراجعة نصوص إتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة(١٩٥٨) وذلك بتعديل بعض نصوصها لتسمح بالتحكيم الإلكتروني صراحةً وبقة متناهية.

٣. الإهتمام بالمراكز التحكيمية التي تم إنشاءها في العراق، والتابعة للمؤسسات التعليمية، حتى تتطور أكثر، من أجل جعلها مراكز تحكيم إقليمية وتكون ذات فعالية ونشاط في هذا المضمار ترقى إلى مصاف المراكز المنتشرة في المنطقة والعالم، من خلال فتح دورات لتهيئة محكمين ذوي خبرة ودراية(على غرار ما تقوم به المراكز الإقليمية للتحكيم).

٤. إنشاء المؤسسات أو المراكز أو الهيئات التي تساعد على تنفيذ فعال لقانون المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني العراقي، ومن بينها مراكز تصديق وتوثيق التوقيع الإلكتروني، لما للموضوع من أهمية في المعاملات الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني.

المصادر

أولاً: الكتب القانونية

١. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.

٢. د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون واجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الدولية ـ دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

٣. د. أبو زيد رضوان الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١.

٤. د.أحمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٥. د. أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي ـ مفاوضات العقود الدولية، القانون واجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠ .

٦. د. أحمد محمد فتحي الخولي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل المنازعات المدنية، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠١٧.

٧. د.أحمد مخلوف، التحكيم كأسلوب لسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

٨. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ـ دراسة مقارنة، مكتبة بدران الحقوقية، صيدا، لبنان، ٢٠١٧.

٩. د.جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، بدون دار نشر، القاهرة، ٢٠٠٥.

١٠. د. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط١، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، ٢٠٠٨.

١١. د. حفيظة السيد حداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ١٩٩٦.

١٢. د. حنان عبداللطيف مخلوف، العقود الدولية، منشورات كلية الحقوق بجامعة بنها، مصر، ٢٠١٠.

١٣. د. صالح المنزلاوي، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية، ٢٠٠٦.

١٤. د. صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، ط١، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، ٢٠٠٦.

١٥. د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٧ .

١٦. د. محمد السيد عرفة، القانون الواجب التطبيق على النزاع أمام هيئة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

١٧. د. محمد جلال حسن المزوري، القانون الدولي الخاص في الجنسية والموطن ومركز الأجانب، مكتبة يادكار، السليمانية، ٢٠١٨.

١٨. د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ـ دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الإتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الأسكندرية، ٢٠٠٤.

١٩. د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبدالعال التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط١، منشورات الحلبي، بيروت ، ١٩٩٨.

٢٠. د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الأسكندرية، ٢٠٠٠.

٢١. د. ناريمان عبدالقادر، إتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة (١٩٩٤)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.

٢٢. د. هشام صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعرف، الأسكندرية، ١٩٩٥.

٢٣. د. يوسف عبدالهادي خليل الأكياني، النظام القانوني لعقد نقل التكنولوجيا، بدون دار ومكان نشر، ١٩٨٩.

ثانياً: الأطاريح والرسائل الجامعية

٢٤. إلهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع ـ دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون مقدمة إلى كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٩.

٢٥. سعد خليفة خلف الهيفي، القانون واجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني، رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم القانون الخاص بكلية الحقوق بجامعة الشرق الأوسط في عمان/الأردن، أيلول ٢٠١٣ .

٢٦. علي سهيل عبدالرزاق، خصوصية إتفاق التحكيم في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق قسم القانون الدولي الخاص بجامعة عين الشمس، ٢٠١٥.

٢٧. هشام محمد إبراهيم السيد الرفاعي، القانون واجب التطبيق على إتفاق التحكيم، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس، ٢٠٠٩.

ثالثاً: الأبحاث القانونية

٢٨. د. أحمد عبدالكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدولي الخاص ـ فراق أم تلاق، بحث مقدم قي مؤتمر القانون والإنترنت الذي نظمته كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات العربية المتحدة بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بالجامعة في (١-٣/٥/٢٠٠٠)، ط٣، المجلد الأول، ٢٠٠٤.

٢٩. د.سميحة القليوبي، مدى جواز تطبيق القانون الوطني في التحكيم بشأن تنفيذ العقود الدولية انقل التكنولوجيا، بحث منشور ضمن كتاب " دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي ـ أعمال مهداة إلى روح الأستاذ الدكتور محسن الشفيق" ، إعداد د. أحمد مخلوف، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

٣٠. د.عبدالرسول عبدالرضا جابر الأسدي وحسين عباس حسين، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في منظمة التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الثاني، ٢٠١٦.

٣١. د. غني ريسان جابر الساعدي، الضوابط القانونية لإتفاق التحكيم في عقد الإستثمار التكنولوجي ـ دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق بجامعة النهرين، المجلد ١٧، العدد٣، لسنة (٢٠١٥).

٣٢. د. فيليب فوشار، La portée internationale de l'anulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine، ترجمة: د. أحمد مخلوف، النطاق الدولي لبطلان حكم التحكيم في بلد إصدره، بحث منشور ضمن كتاب " دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي ـ أعمال مهداة إلى روح الأستاذ الدكتور محسن الشفيق"، إعداد د. أحمد مخلوف، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

٣٣. د. محمد يوسف علوان، القانون الدولي للعقود، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، المجلد الرابع، العدد الثاني، ١٩٨٥.

٣٤. د. نغم حنا رؤوف، المعيار المتبع في تحديد الأعراف المطبقة على عقد البيع الدولي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد١، العدد١، كانون الثاني(٢٠٠٩).

٣٥. د. نور حمد الحجايا، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) لكلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة ، ٢٠٠٣.

٣٦. د. وفاء مزيد فلحوظ، النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي) لكلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ٢٠٠٣.

رابعاً: القوانين

أ. القوانين العراقية

٣٧. القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة(١٩٥١).

٣٨. قانون الإستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦) المعدل.

ب. القوانين العربية

٣٩. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة(١٩٤٨).

٤٠. قانون التحكيم اليمني رقم(٢٢) لسنة(١٩٩٢).

٤١. قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة(١٩٩٤).

٤٢. قانون التحكيم البحريني رقم(٩) لسنة(١٩٩٤).

٤٣. قانون التحكيم العماني رقم(٤٧) لسنة(١٩٩٧).

٤٤. قانون التحكيم السوري رقم(٤) لسنة(٢٠٠٨).

ج. القوانين الأجنبية

٤٥. قانون المرافعات الفرنسي لسنة (١٩٧٥).

٤٦. القانون النموذجي اليونسترال بشأن التحكيم التجاري لسنة (١٩٨٥).
٤٧. القانون الدولي الخاص السويسري لسنة (١٩٨٧).
٤٨. قانون التحكيم السويدي لسنة (١٩٩٩).
د. مشاريع القوانين....
٤٩. مشروع قانون التحكيم العراقي.

خامساً: الإتفاقيات

٥٠. إتفاقية لاهاي بشأن البيوع الدولية للمنقولات المادية لسنة (١٩٥٥).
٥١. إتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف بأحكام المحكمين لسنة (١٩٥٨).
٥٢. إتفاقية جنيف بشأن التحكيم التجاري لسنة (١٩٦١).
٥٣. الإتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف لسنة (١٩٦١).
٥٤. إتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الدولة ومواطني الدول الأخرى في واشنطن في (١٩٦٥/٣/١٨).
٥٥. إتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة (١٩٦٥).
٥٦. إتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع لسنة (١٩٨٥).
٥٧. إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري في(١٩٨٧/٤/١٤).
٥٨. إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار في الدول العربية لسنة (٢٠٠٠).

سادساً: الأنظمة واللوائح

٥٩. اللائحة التحكيمية للجنة الأوروبية لسنة (١٩٦٦).
٦٠. لائحة إجراءات التحكيم الخاصة بمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون في الرياض في (١٩٩٣/١١/١٦).
٦١. النظام الأساسي لمركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية في رياض في كانون الأول/١٩٩٣.
٦٢. قواعد التحكيم (ICSID) لتسوية قضايا التحكيم بين المستثمرين والدول التي وضعها المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار التابع للبنك الدولي في النسخة المعدلة لسنة (٢٠١٤).
٦٣. نظام المحكمة الإلكترونية.
٦٤. نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس.

الملخص باللغة العربية

يعد التحكيم وسيلة بديلة عن التقاضي لحل المنازعات الناشئة عن التجارة الدولية، كما أن تطور الوسائل الحديثة والتقنية، ولجوء المتعاملين إلى الإنترنت أدت إلى ظهور نوع جديد من العقود تسمى بالعقود الإلكترونية، وكذلك التحكيم الإلكتروني. كما إن وجود عنصر أجنبي في العقود الدولية الإلكترونية، والتحكيم الإلكتروني يضعنا أمام تنازع القوانين التي يمكن إعمالها من قبل المحكم أو هيئة التحكيم لحل المنازعة المعروضة أمامهم.

وتنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق يشمل التحكيم إبتداءاً من إتفاق التحكيم، مروراً بإجراءاته وانتهاءاً باصدار القرار التحكيمي. ويشمل ذلك أيضاً موضوع منازعة التحكيم الإلكتروني، إذ إن القانون الواجب التطبيق يستدل عليه أساساً وفق قانون الإرادة، إي أن إرادة الأطراف هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق، فإذا كانت الإرادة صريحة، فإن المحكم أو هيئة التحكيم تأخذ بها، أما إذا لم تكن الإرادة صريحة، فإننا نحتاج إلى اللجوء إلى الإرادة الضمنية التي يمكن إستخلاصها، والتي تتجه أما إلى قانون دولة مقر التحكيم أو القانون الأصلح لإتفاق االتحكيم أو تطبيق القانون الذي يطبق على العقد الأصلي، أو يسند الأمر للمحكم ليقوم وحده بتحديد القانون الواجب التطبيق، بالإعتماد على المبادىء العامة للقانون أو قواعد القانون الدولي العام.

Abstract

Arbitration is an alternative method of litigation to resolve disputes arising from international trade. The development of modern and technical means and using of Internet by the users have led to the emergence of a new type of contract which called electronic contracts, as well as electronic arbitration. The existence of a foreign element in international electronic contracts, and electronic arbitration puts us before the conflict of laws that can be realized by the arbitrator or the arbitrator tribunal to resolve the dispute before them.

The conflict of laws and the determination of the applicable law shall include the arbitration from the arbitration agreement, through its proceedings and up to the issuance of the arbitrary decision. This also includes the subject of the dispute over electronic arbitration, since the applicable law is primarily based on the law of will, or the will of the parties determines the applicable law, If the will is explicit, the arbitrator or the arbitrary tribunal will take it, but if the will is not explicit, we need to resort to the implicit will that can be drawn, either to the law of the Country of residence or to the best law of the arbitration agreement or the application of the law applying to the original contract, or assigning the arbitrator to determine the applicable law alone, according to the general principles of law or rules of general international law.