القانون واجب التطبيق على مسائل الاثبات امام المحكم
(دراسة مقارنة)

The law applicable to issues of evidence before the (a comparative study) arbitrator

م. نجاة عبد المنعم مرزوق Lec .Najat AbdulMunem Marzoq

Najataledani1993@gmail.com

كلية القانون- جامعة البصرة

تاريخ الاستلام
٢٠٢٥/٩/٢٨

تاريخ القبول
٢٠٢٥/١٠/٢٩

الملخص

الازدياد المتسارع في حجم التجارة الالكترونية صاحبه زيادة في حجم المنازعات والخلافات الناجمة عن العمليات التجارية، مما استتبعه ظهور وسيلة التحكيم التي تكون اكثر فاعلية لحل الخلاقات والتي تتماشى مع سرعة التجارة الالكترونية. لذلك يكون من الضروري تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الاثبات امام المحكم او هيئة التحكيم.

اذ تعدد القوانين واجبة التطبيق على مسائل الاثبات امام المحكم ويرجع ذلك لإرادة الأطراف او هيئة التحكيم، فالاعتبارات في اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات الاثبات في خصومة التحكيم قد تختلف عن تلك الاعتبارات التي تتم مراعاتها والتي تدفعهم لاختيار القانون واجب التطبيق على موضوع الاثبات لذا يجب عدم الخلط بين القانونين.

الكلمات المفتاحية:- (المحكم، مسائل الاثبات، التحكيم ،إجراءات الاثبات، موضوع الاثبات) .

Abstract

The rapid increase in the volume of e-commerce has been accompanied by an increase in the volume of disputes and disagreements arising from commercial transactions. This has necessitated the emergence of arbitration, a more effective means of resolving disputes and keeping pace with the rapid pace of e-commerce. Therefore, it is necessary to determine the applicable law to matters of evidence before the arbitrator or arbitration panel.

The multiple laws applicable to matters of evidence before the arbitrator are at the discretion of the parties or the arbitration panel. The considerations for choosing the applicable law to the evidentiary procedures in arbitration disputes may differ from those considerations that drive them to choose the applicable law to the subject of evidence. Therefore, the two laws should not be confused.

Keywords: (arbitrator, evidentiary matters, arbitration, evidentiary procedures, subject of evidence) .

المقدمة

أهمية الدراسة

نظراً لما للتحكيم من أهمية كبيرة كونه يساع[بشكل كبير في ازدهار الحياة التجارية وتشجيع المستثمر على الدخول في علاقات تجارية واسعة دون التخوف من ضياع الحقوق واطالة امد التقاضي اذا حدثت

منازعة متعلقة بعملية تجارية او تنفيذ عقد، كما يساعد التحكيم الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تقع بينهم، لذلك فان التحكيم طريق خاص لحل المنازعات التي تقع بين الافراد، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، ويعتمد هذا الطريق على اطراف النزاع هم الذين يختارون قضائهم بدلا من الاعتماد على التنظيم القضائي للدولة التي يقيمون فيها.

لذلك لابد من بيان القانون الذي يحكم مسائل الاثبات المقدمة امام المحكم او لجنة التحكيم، هل القانون الذي يحكم التحكيم يطبق على هذه المسائل؟ ام يحق للأطراف اختيار قانون يحكم هذه المسائل؟ وما هو القانون الذي يحكم هذه المسائل في حالة اغفال الأطراف الاتفاق على تحديد قانون معين؟

مشكلة الدراسة

قد يتصور للوهلة الأولى تطبيق قواعد واحكام قانون واحد على كافة مراحل خصومة التحكيم تسري على إجراءات الاثبات وموضوعه، الا ان هذا ليس ضرورياً، فمن الممكن ان تعدد القوانين واجبة التطبيق، ويرجع ذلك لإرادة الأطراف او هيئة التحكيم، فالاعتبارات في اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات الاثبات في خصومة التحكيم قد تختلف عن تلك الاعتبارات التي تتم مراعاتها التي تدفعهم لاختيار القانون واجب التطبيق على موضوع الاثبات لذا يجب عدم الخلط بين القانونين.

ويتضح ان الفارق بين القانون الواجب التطبيق على إجراءات الاثبات، وذلك الواجب التطبيق على موضوعه، في ان القانون الواجب التطبيق على إجراءات الاثبات ليس غاية في ذاته بقدر ما هو وسيلة تستخدم من اجل الوصول الى غاية معينة تكمن في اظهار جوانب الحقيقة المتنازع عليها فيما بين الأطراف المتنازعة امام المحكمين الذين يتولون الفصل بينهم، بينما القانون الذي يحكم الموضوع فانه يجسد فيعد هذا القانون غاية في ذاته لأنه يجسد حقوق والتزامات الاطراف.

منهجية الدراسة

سنعتمد في دراستنا هذه على المنهج التحليلي المقارن من خلال تحليل النصوص القانونية المعالجة لهذا الموضوع سواء في القانون العراقي أم القوانين محل المقارنة.

هيكلية الدراسة

سنقسم هذه الدراسة الى مبحثين سوف نتناول في المبحث الأول القانون الذي يحكم إجراءات الاثبات في خصومة التحكيم، اما المبحث الثاني سوف نبين فيه ما هو القانون الذي يحكم القواعد الموضوعية للأثبات في هذه الخصومة؟

المبحث الاول

القانون واجب التطبيق على القواعد الاجرائية للأثبات في خصومة التحكيم

تظهر أهمية اختيار القانون واجب التطبيق على القواعد الاجرائية للأثبات في خصومة التحكيم في الأثر المترتب على ذلك الاختيار من حيث تحديد نظام إدارة الاثبات، والوسائل الفنية التي تؤكد احترام مبادئ السرية والمواجهة التي تحصل بين الخصوم، وحقوق الدفاع، وتنظيم المداولات التلفزيونية او الاجتماعات الالكترونية(١).

والجانب الاجرائي في التحكيم يمثل العمود الفقري لنظام التحكيم، وهو بنفس الوقت السور الذي يضمن شرعيته، وذلك بالنظر الى ان تيسير إجراءات اثبات في التحكيم او اعاقتها، يساهم في تحديد مستقبل حكم التحكيم في النزاع المطروح، هذا ما دفع غالبية النظم الوطنية الخاصة به، واتفاقيات التحكيم الدولية، ولوائح مراكز التحكيم الدائمة، الى إقرار ضرورة مراعاة المسائل الإجرائية والا ترتب على مخالفتها بطلان الحكم او رفض الاعتراف به او تنفيذه(٢).

فان مراعاة القواعد الإجرائية للأثبات بشكل صحيح كالمواعيد وتبادل المذكرات والمستندات وسماع الشهود وما الى ذلك من الإجراءات، من شأنه الوصول الى حكم سليم قابل للاعتراف به وتنفيذه، وعلى العكس من ذلك، فان مخالفة هذه القواعد سيفتح الباب على مصراعيه امام الطعن في حكم التحكيم بالبطلان ورفض الاعتراف به وتنفيذه(٣).كما ان هناك اختلافات متعددة فيما بين الأنظمة الوطنية فيما يتعلق بالعديد من القواعد الاجرائية للأثبات ، وهو ما يثير التساؤل حول القانون الذي سيعتد به فيما يتعلق بهذه الاجراء.

وتختلف القواعد القانونية الذي تخضع له إجراءات الاثبات في التحكيم فيما اذا كان الامر يتعلق بتحكيم خاص او تحكيم مؤسسي، فما هو القانون الذي تخضع له إجراءات الاثبات في التحكيم الخاص؟ وهل إجراءات الاثبات في التحكيم المؤسسي لها قانون خاص يحكمها؟

---

(١) د. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٣٤؛ د. مهند احمد الصانوري، ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥، ص١٢٠.

(٢) د. صفاء فتوح جمعه فتوح، اليات فض منازعات عقود التجارة الالكترونية بين القضاء والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص٤١٠.

(٣) د. مهند احمد الصانوري، مصدر سابق، ص١١٨.

هذا ما سوف نجيب عليه من خلال دراستنا لهذا المبحث وتقسيمه لمطلبين نبين في المطلب الأول القانون الذي يحكم إجراءات الاثبات في التحكيم الخاص اما المطلب الثاني سوف نتطرق للقانون الذي يحكم إجراءات الاثبات في التحكيم المؤسسي.

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على إجراءات الاثبات في التحكيم الخاص

للأطراف في التحكيم الخاص دور كبير في اختيار القواعد القانونية او القانون الذي تخضع له إجراءات الاثبات في خصومة التحكيم(١)، حيث يكون للأطراف في هذا النوع من التحكيم وضع القواعد الإجرائية التي تتفق مع احتياجاتهم الخاصة ومصالحهم، سواء كان مصدرها قانون داخلي لدولة معينة او لوائح هيئات التحكيم الدولية الدولي، ام مزيج منها جميعاً، ولهم كذلك حرية الاتفاق على المسائل الفنية التي ترتبط بالتعامل مع هيئة التحكيم عبر شبكة الانترنت.

الا ان قد يغفل الأطراف الاتفاق على قانون يحكم إجراءات الاثبات، لذلك لابد من تحديد وفق أي قانون تتم هذه الإجراءات؟ وما هو الطرف الذي يقوم بتحديده؟

لبيان ذلك لابد من تقسم هذا المطلب لفرعين ابين في احدهما القانون واجب التطبيق على إجراءات الاثبات وفقاً لقانون الإرادة اما في الفرع الثاني ابين فيها القانون الذي يحكم إجراءات الاثبات في حالة غياب قانون الإرادة.

الفرع الاول

القانون الذي يحكم إجراءات الاثبات وفقاً لقانون الإرادة

ان اتفاق الأطراف على إجراءات الاثبات في خصومة التحكيم هو الذي يحدد قدر المرونة التي تتمتع بها هيئة التحكيم بهذا الخصوص(٢). وان إرادة الأطراف التي يعتد بها في هذا المقام هي الصريحة وليست الضمنية حيث تكون واضحة في تخويل قواعد معينة تنظم الإجراءات الخاصة بالتحكيم(٣).

ويذهب أصحاب هذا الاتجاه من الفقه ان الأفضلية يجب ان تكون للقانون الذي يختاره الأطراف لحكم سير إجراءات اثبات التحكيم باعتباره جوهر هذا النظام الذي يعتبر قضاء اتفاقي يعتمد في الأساس على

(١) داود سلمان داود، ، صلاحيات المحكم، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٥، ص٩٢.

(٢) د. ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الدولي الخاص المصري، دار النهضة العربية، القاهرة– مصر، ط١، ٢٠٠٩، ص ٢٥٧.

(٣) د.سيد احمد محمود، الكترونية القضاء والقضاء الالكتروني والكترونية التحكيم والتحكيم الالكتروني، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، ط١، ٢٠١٥، ص ١١٤.

اتفاق اطراف النزاع سواء في شرط العقد او مشارطة مستقلة[١]. وهذا الاتجاه الراجح الذي اخذت به غالبية الفقه نظراً لطابع الاتفاقي للتحكيم، فهو يعتمد في جوهره على اتفاق الخصوم، وبالتالي لا يمكن انكار دور الإرادة في تحديد اجراءاته[٢].

وحق الأطراف في اختيار إجراءات التحكيم فيما يخص الاثبات يعد من اهم مزايا نظام التحكيم، اذ يمكن الأطراف من الاتفاق على إجراءات مبسطة للمنازعات، مما يساعد على انهاء التحكيم في وقت قصير وبنفقات اقل[٣].

ويأخذ الاتفاق على إجراءات الاثبات صور متعددة، فقد يقوم الخصوم انفسهم بوضع قواعد هذه الإجراءات او جانب منها على الأقل، وقد يترك للمحكمين حق اختيارهذه القواعد بالنيابة عنهم، وقد يتفقون على اتباع إجراءات الاثبات المنصوص عليها في قانون وطني معين، وقد يتفقون على اتباع الإجراءات المنصوص عليها في لائحة منظمة دائمة معينة، ولا يكون هناك قيود على حرية الخصوم في اختيار هذه القواعد الا ضرورة احترام القواعد الامرة والنظام العام في البلد الذي يجري فيه التحكيم[٤].

الا ان إجراءات التحكيم الالكتروني التي تتم عبر الانترنت من الصعوبة تركيز إجراءات اثباتها في مكان واحد لأنه نظام يجمع بين المتقاضين والمحكمين من أماكن مختلفة، فتتم تنفيذ الاعمال الإجرائية عن طريق وسائل الاتصالات الإلكترونية وتبادل البيانات مقابل صعوبة تحديد هذه الأماكن لتعدد المواقع الالكترونية وهذا له تأثير على تحديد القانون الاجرائي الواجب التطبيق[٥].

---

(١) داود سلمان داود، مصدر سابق، ص٩٦؛ د. احمد عبد الكريم سلامة، مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة، ص ٧٥٦.

(٢) د. عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، ط٢، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٨، ص٢٨٣؛د. أبو العلا على أبو العلا النمر، مقدمة في قانون الإجراءات المدنية الدولية، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ١٩٧؛ د. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، المصدر السابق، ص٣٥؛ محمد امين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص١٠٧؛ د. سمير دنون، العقود الالكترونية في اطار تنظيم التجارة الالكترونية، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠١٢، ص ١٩٣.

(٣) د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديلاته، النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص٥٢٣.

(٤) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٢٩٥-٢٩٦؛ د. مهند احمد الصانوري، مصدر سابق، ص١٢٢.

(٥) د. إبراهيم خليل خنجر، الضمانات الإجرائية لخصومة التحكيم الالكتروني(دراسة مقارنة)، مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، العدد السابع، المجلد(١)، ٢٠٢٢، ص ٨٠-٨١؛ د. معتز سيد محمد احمد، قواعد الاختصاص القضائي بالمسؤولية الالكترونية عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، ط١، ٢٠١٣، ص١١٦.

وقد نصت المادة (٢٥) قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ على جواز اتفاق الأطراف على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم حيث جاء فيها "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات الي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في اخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة او مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية او خارجها ،فاذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة احكام هذا القانون ان تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة"[١].

وبذلك فان هذا النص اعطى للأطراف الحق في الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم في مسائل الاثبات سواء كانت هذه الإجراءات تابعة لنفس الدولة ام لدولة أخرى، كما أجاز على اخضاع الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة او مركز تحكيم سواء كان داخل مصر او خارجها.

اما المشرع اللبناني نص في المادة(١/٨١١) على انه "يجوزان تحدد اتفاقية التحكيم مباشرة او بالإحالة الى نظام التحكيم، الأصول التي تتبع في الخصومة التحكيمية. ويجوز أيضاً اخضاع هذه الخصومة لقانون معين من قوانين أصول المحاكمة يحدد في الاتفاقية" وبهذا النص فان المشرع اللبناني أجاز الاتفاق على إجراءات الاثبات في خصومة التحكيم سواء تحديدها من قبل الأطراف بصورة مباشرة او الإحالة الى نظام التحكيم، واجازه ايضاً اختيار الإجراءات المحددة في قانون اصوال المحاكمات.

واوجب المشرع العراقي على المحكمين اتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات كأصل الا انه سمح لطرفي التحكيم ان يتفقوا على الاعفاء من الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات وهذا ما جاءت به المادة (٢٦٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي[٢] التي تنص على انه "١-يجب على المحكمين اتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات الا اذا تضمن الاتفاق على التحكيم او أي اتفاق لاحق على اعفاء المحكمين منها صراحة او وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون٢- اذا كان المحكمون مفوضين بالصلح يعفون من التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون الا ما تعلق منها بالنظام العام".

---

(١) المادة (٢٥) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.كما تنص المادة (٢٤) من قانون التحكيم الأردني رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨، القانون معدل لقانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ على انه" ١-لطرفي التحكيم الاتفاق على إجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم وترتيب أدوار الطرفين في تقديم اللوائح والبينات والمرافعات ووسائل تقديم البينات، كما يجوز للطرفين الإحالة الى القواعد المتبعة لهذه الغاية لدى أي مركز تحكيم داخل المملكة او خارجها.٢-على هيئة التحكيم ان تصدر قراراً اجرائياً تحدد بموجبه إجراءات التحكيم الواجب اتباعها بما في ذلك البرنامج الزمني للتحكيم والمسائل الواردة في الفقرة السابقة وذلك مع مراعاة أي اتفاق للطرفين بهذا الشأن" ، منشور على الموقع www.ammanchamber.org -24/7/2024-11:07 am

(٢) قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

يتضح من هذا النص ان الأصل على المحكمين اتباع الاجراءات المنصوص عليها في القانون ولكن يمكنهم الاتفاق على الاعفاء منها او اتباع إجراءات معينه تختلف عن الإجراءات المحدد بموجب القانون ويستثنى منهم المحكمون المفوضون بالصلح فهم معفون من التقيد بهذا الإجراءات الا المتعلقة بالنظام العام فهم ملتزمون بها لتعلقها بالمصلحة العامة.

وفي هذا الصدد أوردت اتفاقية نيويورك الموقعة سنة ١٩٥٨ الخاصة بتنفيذ احكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها قاعدة تنازع غير مباشرة من خلال نص المادة(٥/١/د) حيث جاء فيها "لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم الا اذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب اليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على ان تشكيل هيئة التحكيم او إجراءات التحكيم يخالف ما اتفق عليه الأطراف او تخالف قانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق"[١] . يتبين من هذا النص ان للأطراف الحرية في اختيار القانون الذي يحكم إجراءات الاثبات في هذا التحكيم وفي حالة مخالفة الإجراءات المتفق عليها يحق للخصم المطالبة برفض الاعتراف بالحكم الصادر بناءاً على هذه الاجراءات وتنفيذه.

ونص على الاتفاق على إجراءات الاثبات ايضاً القانون النموذجي للتحكيم في المادة (١/١٩) حيث جاء فيها "مع مراعاة احكام هذا القانون، يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في التحكيم"[٢].

يتضح مما سبق اجماع اغلب القوانين على إعطاء الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الذي تخضع له إجراءات الاثبات الالكتروني في خصومة التحكيم وهذا موقف يحسب لهم لما للتحكيم من طابع اتفاقي في جميع النواحي.

(١) اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة ١٩٥٨، متاح على الموقع الالكتروني
Onv <arbitration<www.uncitral.org- 24/7/2024-7:00am

(٢) قانون الاونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ وتعديلاته سنة ٢٠٠٦ المنقحة سنة ٢٠١٠.

الفرع الثاني

القانون الذي يحكم إجراءات الاثبات امام المحكم عند غياب قانون الإرادة

بينا سابقاً ان الأصل ان يتفق الأطراف على القانون الذي يحكم إجراءات الاثبات في خصومة التحكيم الا انه قد يغفل الأطراف المتعاقدة وضع نصوص خاصة لتنظيم احكام الاثبات بالنسبة لخصومة التحكيم. ففي هذه الحالة يثار التساؤل هل يتم تطبيق قواعد الاثبات المطبقة امام قضاء الدولة التي يتم فيها التحكيم ام لا؟ في الوقت الذي يتوقف فيه مصير النزاع على الوجه الذي يتم به تنظيم ادلة الاثبات امام القضاء[١].

للإجابة على ذلك فقد ذهب الفقه الى تجاهين احدهما يذهب الى تطبيق قواعد الاثبات المطبقة امام محاكم الدولة بما يتفق وخصومة التحكيم والاتجاه الاخر يذهب الى إعطاء هيئة التحكيم صلاحية تحديد الإجراءات الاثبات المناسبة. هذا ما سوف اتناوله في الفقرتين الأتيتين:

أولا:- تطبيق قواعد الاثبات الإجرائية المطبقة في قضاء دولة التحكيم

يذهب هذا الاتجاه الى تطبيق قواعد الاثبات المحدد في قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم مع مواءمة هذه القواعد بما يتفق مع خصومة التحكيم[٢]. اذ ان الاثبات امام المحكمين يجري كما يكون امام محاكم الدولة، ويكون الاثبات بأدلة المحددة قانوناً بالنسبة للواقعة المراد اثباتها بالنظر الى قوة كل دليل واهميته في تكوين قناعتهم[٣].

فيذهب هذا الجانب من الفقه إلى أن إجراءات التحكيم بصورة عامة واجراءات الاثبات بصورة خاصة تخضع لقاعدة خضوع الإجراءات لقانون القاضي، وهو قانون البلد الذي يباشر فيه المحكمون مهمتهم، ويستندون في هذا إلى أن المحكم انما يقيم العدالة في الدولة التي يجري على اقليمها التحكيم وإقامة العدالة تنبثق دائماً من سيادة الدولة، فكل نشاط يتم على إقليم الدولة يخضع بضرورة لاختصاصها، فهو الذي يرسم نطاقه ويعين الإجراءات اللازمة إتباعها، ومن ثم فان التحكيم صورة من صور التقاضي وان

(١) د. عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، ط١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٠، ص ٢٨٣.

(٢) د. عزمي عبد الفتاح عطية، مصدر سابق، ص ٢٨٣.

(٣) داود سلمان داود، مصدر سابق، ص٧٨.

اتفاق التحكيم مجرد حلقة اجرائية من حلقات قضاء التحكيم واذا كانت الاجراءات يحكمها قانون محل التقاضي فان اتفاق التحكيم يطبق عليه قانون مقر التحكيم(١).

وذهب جانب اخر من الفقه الى انه في حالة انعدام الاتفاق بين الأطراف على تطبيق قانون معين او قواعد معينة على إجراءات الاثبات في خصومة التحكيم، وجب الرجوع الى قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص، وهي بدورها قواعد متباينة في التشريعات الوطنية، والقاعدة في التشريع المصري هي انه يسري على مسائل الإجراءات قانون البلد الذي تباشر فيه الإجراءات، فاذا جري التحكيم في إنجلترا على سبيل المثال وعرض التحكيم على القضاء المصري، وجب ان يطبق فيما يتعلق بإجراءات الاثبات قواعد القانون الإنجليزي الا ما كان مخالفاً للنظام العام المصري(٢).

وقد اخذ المشرع العراقي بقانون مقر التحكيم لحكم إجراءات الاثبات في حالة عدم اتفاق الأطراف عليها فقد نصت المادة (١/٢٦٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩على انه "يجب على المحكمين اتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات ..." (٣). وكذلك اخذ به المشرع الفرنسي في المادة(١/١٥٠٩) من قانون المرافعات الفرنسي المعدل حيث جاء فيها "يمكن ان يحدد اتفاق التحكيم، اما مباشرة واما بالإحالة على نظام تحكيم او على قواعد إجرائية، الإجراءات الواجب اتباعها خلال المحاكمة التحكيمية (٤).

وقد طور هذا المسلك لصالح العملية التحكيمية من قبل بعض النظم التشريعية بأعمالها لمبدأ موائمة قواعد الاثبات المطبقة امام قضاء الدولة او خصومة التحكيم، ومن تلك النظم المادة (٥٠٦) من قانون المرافعات المصري الملغاة بقانون التحكيم(٥).

---

(١) F. A. Mann, Lex Facit Arbitrum in Liber Amicorum to M.Domke,1967,p157.

نقلا عن د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجارة الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص١٥٥-١٥٦؛ داود سلمان داود، مصدر سابق، ص٩٣.

(٢) د. محسن شفيق، مصدر سابق، ص ٢٩٤.

(٣) وهذا ما اخذ به المشرع المصري سابقاً في المادة(٨٣٤) الملغية من قانون المرافعات رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ بقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

(٤) قانون المرافعات الفرنسي الجديد حول التحكيم الداخلي والدولي الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١/٤٨ بتاريخ ١٣/يناير/٢٠١١، حول تعديل النصوص المتعلقة بالتحكيم، مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، ٢٠١١، ص٨٣٢.

(٥) داود سلمان داود، مصدر سابق، ص٧٧.

الا ان هذا الاتجاه في خضوع إجراءات الاثبات لقانون مقر التحكيم منتقد من قبل جانب من الفقه لكونه لا يتلائم مع التحكيم الالكتروني لان كافة إجراءات الأخير تتم بشكل الكتروني ولا وجود لمقر مادي للتحكيم، لان التطور الملحوظ في عالم الاتصالات الالكترونية وما تراه اليوم من تحكيم عبر شبكة الانترنت قد ساهم في انهاء عهد السيطرة الجغرافية، وبالتالي لا يصلح اليوم هذا المفهوم التقليدي لتحديد مكان التحكيم ليحكم إجراءات الاثبات الالكتروني(١). ويذهب هذا الجانب من الفقه الى إجراءات الاثبات الالكتروني للتحكيم في حالة غياب اختيار القانون الواجب التطبيق عليها تحكم بواسطة لائحة التحكيم المعدة مسبقاً لهيئة الفصل في النزاع(٢).

واقترح اتجاه اخر ان الموقع الجغرافي لمزود الخدمة المعلوماتية على شبكة الانترنت في حالة التحكيم الالكتروني هو المكان الأمثل لمقر التحكيم الالكتروني والذي بواسطته يتم تحديد القانون الواجب التطبيق(٣). وهذا ايضاً معرض للانتقاد لكون غير واقعي فقد يجمع الكثير من مزودي الخدمة على شبكة الانترنت تعامل واحد، بالإضافة الى اختلاف الموقع الجغرافي لكل مزود خدمة، كما قد يكون المحكم هيئة التحكيم في مكان والموقع الجغرافي لمزود الخدمة في مكان اخر، ولا يكون لهذا الموقع اية صلة بموضوع النزاع، او حتى هيئة التحكيم(٤).

ثانياً:- تطبيق قواعد الاثبات الإجرائية التي تحددها هيئة التحكيم او المحكم

يذهب هذا الاتجاه الى تطبيق إجراءات الاثبات التي تحددها هيئة التحكيم او المحكم، فيكون للهيئة التحكيم ذاتها ان تأمر باتخاذ ما تراه ملائما من إجراءات الاثبات وكيفية إدارة ادلة الاثبات بما يتفق مع الهدف من تنظيم التحكيم واللجوء اليه كمخرج من الكثير من الصعوبات التي يعانيها المتقاضون امام قضاء الدولة(٥). فثمة التزام يقع على عاتق المحكمين وهو الحرص على سير الإجراءات التحكيمية خلال

(١) د . مهند احمد الصانوري، مصدر سابق، ص١٢٤؛ د. عبد الرسول عبد الرضا جابر، القانون الدولي الخاص الالكتروني، دار الأيام للنشر والتوزي، عمان- الاردن، ط١، ٢٠١٦، ٥٤.

(٢) د. نور حمد الحجايا، ود، مصلح احمد الطراونة، الاختصاص القضائي الدولي بمنازعات المسؤولية التقصيرية الناشئة في بيئة الفضاء الالكتروني، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة ٣٠، ٢٠٠٦،ص٢١٦.

(٣) المصدر السابق.

(٤) د. محمد سعيد احمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٥٠٢.

(٥) د. عاشور مبروك، مصدر سابق، ص٢٨٥؛ داود سلمان داود، مصدر سابق، ص٦٥.

وقت محدد[١]. بالإضافة الى التزام المحكمين بإبلاغ الخصوم عن كل ظرف قد يستجد في اثناء إجراءات التحكيم[٢].فسلطة هيئة التحكيم في تحديد إجراءات التحكيم تتسع وتضيق بإرادة الاطراف[٣].

وهذا ما اخذت به المادة (٢٥) من قانون التحكيم المصري التي جاء فيها "... فاذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة احكام هذا القانون ان تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة" وهذا النص يدل على ان المشرع المصري أجاز لهيئة التحكيم في حالة عدم وجود الاتفاق تحديد القانون الذي تخضع له إجراءات الاثبات في خصومة التحكيم.

وهذا ما ذهب اليه ايضاً المشرع اللبناني في المادة(٢/٨١١) حيث جاء فيها "ان لم يرد نص في الاتفاقية يطبق المحكم بحسب مقتضى الحال الأصول التي يراها مناسبة .." .

وهذا ما اخذ به المشرع الفرنسي في المادة(٢/١٥٠٩) من قانون المرافعات الفرنسي المعدل حيث جاء فيها "عند خلو اتفاق التحكيم من نص على ذلك تحدد الهيئة التحكيمية الإجراءات عند الاقتضاء مباشرة واما بالإحالة على نظام تحكيم او قواعد إجرائية" .

اما بالنسبة لأنظمة وقواعد التحكيم الدولية فقد سمحت لهيئة التحكيم في حالة غياب اتفاق الأطراف على تحديد شروط الاثبات في سير المحاكمة التحكيمية، ان تقرر قبول او عدم قبول الأدلة المقدمة اليها ومدى صلتها بموضوع النزاع[٤]، وهذا ما قررته المادة (٢/١٩) من القانون النموذجي للتحكيم التي جاء فيها "فاذا لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة احكام هذا القانون ان تسير بالكيفية التي تراها مناسبة وتشتمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم البت في مقبولية الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدواها واهميتها" .

يذهب جانب من الفقه في التعليق على هاذين الاتجاهين الى ان الاختلاف بين بينهم ليس كبير، لان المحكم وفقاً للاتجاه الأول لا يلتزم التزاماً مطلقاً بقواعد الاثبات امام قضاء الدولة وانما لابد مواءمة هذه

(١) حسين جبار لازم و حسن علوان لفته، المركز القانوني لمراكز التحكيم في العراق(دراسة مقارنة) مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، العدد الثامن، المجلد (١)، ٢٠٢٣، ص١٠٦.

(٢) أنوار محمد هادي، التزام المحكم بالحياد والاستقلالية ونتائج مخالفته(دراسة مقارنة) مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، العدد الثاني، المجلد (١)، ٢٠٢٠، ص٦٥.

(٣) د. سيد احمد محمود، مصدر سابق، ص١١٦.

(٤) د. مهند احمد الصانوري، مصدر سابق، ص ١٠٨؛ داود سلمان داود، مصدر سابق، ص٧٧.

القواعد بما يتفق ونظام التحكيم، وفي الاتجاه الثاني على الرغم من تمتع المحكم بقدر من الحرية الا انها ليست مطلقة لان ثمة اعتبارات واقعية وقانونية تؤثر على المحكم من الناحية النفسية تدفعه الى استقاء القواعد الموجودة في قانون الاثبات، فضلا عن ان المحكم يلتزم باحترام مبادئ قانونية عالمية التطبيق تحد من حريته في هذا النطاق(١).

المطلب الثاني

القانون واجب التطبيق على إجراءات الاثبات للتحكيم المؤسسي

اما بالنسبة للتحكيم المنظم امام هيئة التحكيم الدولية الدائمة، فان دور إرادة الافراد يكون محدوداً، فهو تحكيم منظم يسري عليه نظام اللوائح ويخضع لها وتصبح اللوائح بمثابة قانون مستقل لإجراءات التحكيم، وينحصر دور الأطراف على اختيار مكان التحكيم ولغته اذا سمحت قواعد التحكيم في هذه المؤسسة لهم بذلك(٢).

فالتحكيم المؤسسي لا يثير اية صعوبة بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على إجراءات الاثبات في خصومة التحكيم، ففي هذه الحالة تتم إجراءات الاثبات وفق القواعد التي تقررها المؤسسة التحكيمية فبمجرد اتفاق الأطراف على اسناد التحكيم الى مركز تحكيم يستنتج ضمناً اتفاقهم على اختيار لوائح وتعليمات هذا المركز بما يشتمل عليه من قواعد إجرائية، ولكن هذا لا يمنع حتى في حالة اختيار التحكيم المؤسسي من قبل المحتكمين ان يختاروا قواعد قانونية او قانون ليطبق على إجراءات الاثبات في خصومة التحكيم(٣).

نصت قواعد غرفة التجار الدولية في باريس في المادة(١٩) على انه "تخضع الإجراءات امام هيئة التحكيم لهذه القواعد واذا خلت القواعد من النص المطلوب تخضع الإجراءات لأية قواعد يتفق عليها الأطراف او التي تقررها هيئة التحكيم في حالة غياب اتفاق الأطراف سواء كانت هناك إشارة من عدمها

(١) د. عزمي عبد الفتاح عطية، مصدر سابق، ص ٢٨٣.

(٢) صادق محمد الجبران، التحكيم التجاري الدولي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص١١٢؛ د. سمير دنون، المصدر السابق، ص ١٩٣.

(٣) د. داود سلمان داود، مصدر سابق، ص٩٣.

الى قواعد اجرائية لقانون الوطني واجب التطبيق على التحكيم"[١]. يتضح من هذا النص اخضاع الإجراءات امام هيئة التحكيم لقواعدها وفي حالة خلوه هذه القواعد من احكام بعض الإجراءات فعندئذ يصار الى الإجراءات التي اختارها اطراف النزاع، وفي حالة عدم وجود هذا الاتفاق تقرر هيئة التحكيم القواعد الإجرائية الملائمة.

المبحث الثاني

القانون واجب التطبيق على القواعد الموضوعية للأثبات في خصومة التحكيم

اما القانون الذي يحكم القواعد الموضوعية للأثبات في خصومة التحكيم لم تتطرق له معظم القوانين وحتى الاتفاقيات الدولية، ولارتباط القانون الواجب التطبيق على القواعد الموضوعية للأثبات، بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وبصورة خاصة مسائل المتعلقة بمحل وعبء الاثبات حيث يرتبط هذا القانون بصورة كبيرة بها فلابد من تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم وتطبيق الأخير على القواعد الموضوعية للأثبات امام المحكم.

في الأصل ان للأطراف دور كبير في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في خصومة التحكيم وبتالي فان هذا القانون هو الذي يحكم الجوانب الموضوعية للأثبات في هذه الخصومة. ولكن قد يغفل الأطراف تحديد هذا القانون فان المحكم او هيئة التحكيم تتولى تحديد هذا القانون. في هذه الحالة يثار التساؤل حول المسلك الذي يتبعه المحكم لتحديد هذا القانون؟ هل يتبع قواعد تنازع القوانين ام يطبق القواعد الموضوعية الدولية بصورة مباشرة؟

هذا ما سوف نجيب عليه من خلال بتقسيم هذا المبحث لمطلبين نتناول في المطلب الأول اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم موضوع النزاع وبالتالي يحكم موضوع الاثبات وفي المطلب الثاني نتناول سلطة المحكم في تحديد قانون الموضوع في حالة غياب اختيار الأطراف لهذا القانون.

(١) المادة (١٩) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس(ICC) لسنة ٢٠١٧، قواعد التحكيم قواعد الوساطة ، نشرة غرفة التجارة الدولية عدد 4-880 ARA/2022، متاح على الموقع الالكتروني

www.iccwbo.org 22/7/2024_3:12pm

المطلب الأول

خضوع موضوع الاثبات للقانون المختار من قبل المحتكمين

القواعد الموضوعية للأثبات في خصومة التحكيم التي من أهمها ادلة الاثبات، فان للأطراف الحرية في الاتفاق على طرق الاثبات وادلته والقانون الذي يحكمه، وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك اختار المحكم القانون الذي يراه مناسباً او يتفق مع المحكمين على طرق الاثبات والاخذ بما يصلح من الادلة(١).

وتطبيقاً لذلك اذا اتفق اطراف النزاع على تطبيق قانون دولة معينة على سبيل المثال اختيار القانون المصري على موضوع النزاع، فان الهيئة تلتزم بهذا الاختيار المتفق عليه وإخضاع مسائل الاثبات الموضوعية لهذا القانون وصولاً للحكم العادل فيه، وبالتالي عدم جواز الالتجاء لقواعد تنازع القوانين طالما لم يتفق الأطراف عليها، وان اعمالها يترتب عليه تطبيق قانون اخر غير المتفق عليه بين الأطراف مما يعرض الحكم للبطلان(٢).

ومن المتصور في عقود التجارة الدولية ان يضع المحتكمين تنظيم خاص، وقواعد لتحكم ما قد ينشأ بينهم من منازعات، هم الاقدر على تخيلها وعلى وضع الحلول التي تلائمها ولا تجد مصدرها في قانون معين، ولهم كذلك اختيار قانوناً من عدة قوانين تختلف عن قانون مقر التحكيم او اختيار القواعد النموذجية المماثلة لعقدهم، بل وحتى الأعراف التجارية السائدة بشرط احترام ومراعاة النظام العام في دولة مقر التحكيم(٣).

وهذا ما جاءت به المادة (١/٣٩) من قانون التحكيم المصري حيث نصت على انه "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان واذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين مالم يتفق على غير ذلك" .

ونصت كذلك المادة (٨١٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ على انه "يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الخصوم والا فوفقاً للقواعد التي يراها مناسبة وهو يتقيد في جميع هذه الأحوال بالأعراف التجارية.." .

---

(١) داود سلمان داود، مصدر سابق، ص٦٥.

(٢) د. ناريمان عبد القادر، مصدر سابق، ص٥٢٤؛ د. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية –مصر، ٢٠١٥، ص٣٧٣.

(٣) د. مهند احمد الصانوري، مصدر سابق، ص١٣٣-١٣٤.

اما المشرع الفرنسي نص في المادة (١٥١١) من قانون المرافعات الفرنسي المعدل على انه "تفصل الهيئة التحكيمية في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف والا وفقاً للقواعد التي تراها مناسبة وتأخذ الأعراف التجارية في الاعتبار في جميع الأحوال" .

وكذلك سمح القانون الإنكليزي للأطراف باختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع وبموجب هذا القانون يمكن ان ينصب هذا الاختيار على قانون معين او المبادئ العامة في نظامين قانونيين معينين، او المبادئ التي تلقى قبولاً دولياً، او مبادئ العدل والانصاف[١].

كذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة(١/٢٨) تقر هذه الحرية للأطراف حيث جاء فيها "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع واي اختيار لقانون دولة ما او نظامها القانوني يجب ان يؤخذ على انه إشارة مباشرة الى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس الى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين مالم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك".

يتضح من نصوص القوانين المقارنة أعلاه انها اشارت جميعها الى دور الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع في خصومة التحكيم وبالتالي يلتزم المحكم او هيئة التحكيم بالقانون المختار، وتطبيقه على موضوع النزاع الذي يستتبع تطبيق هذا القانون على المسائل الموضوعية للأثبات في خصومة التحكيم.

المطلب الثاني

سلطة المحكم في اختيار القانون الذي يحكم موضوع الاثبات عند غياب اختيار الاطراف

ففي حالة غياب اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم الموضوع يكون لهيئة التحكيم او المحكم سلطة تحديد هذا القانون. حيث يتمتع المحكم بسلطات تقديرية واسعه بهذا الشأن[٢].

هناك اتجاهان حول الأسلوب الذي يسلكه المحكم لاختيار القانون الذي يحكم الموضوع ذهب اتجاه من الفقه الى تطبيق قواعد تنازع القوانين اما الاتجاه الاخر ذهب الى تطبيق القواعد الموضوعية الدولية لحل النزاع في خصومة التحكيم.

هذا ما سوف اتطرق له في الفرعين الإتبين مع بيان موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة منها

(١) نقلا عن د. إيهاب السنباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص٣٢٤.

(٢) د. صادق محمد الجبران ، مصدر سابق، ص ١٢٠؛ داود سلمان داود، مصدر سابق، ص١٠٢.

الفرع الاول

تطبيق قاعدة تنازع القوانين

يذهب هذا الاتجاه من الفقه الى ان للمحكمين حرية اختيار هذا القانون طبقاً لقواعد تنازع القوانين التي يرونها منطبقة[١].

ومن ثم ان الحرية التي يتمتع بها المحكم فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع تجعل المحكم امام عدة خيارات حددها الفقه يحدد من خلالها هذا القانون ومن هذه الخيارات البحث عن القانون الذي يحكم الموضوع من خلال اعمال قواعد تنازع القوانين الملائمة لطبيعة النزاع وفقاً للموقع الجغرافي لأطراف النزاع او جنستهم المشتركة او الموطن المشترك لأطراف النزاع[٢]. وهذا الرأي منتقد لان من المحتمل ان يكون اطراف النزاع من جنسيتين مختلفتين او موطن غير مشترك[٣].

ويذهب الرأي الثاني الى ان المحكم يستطيع ان يلجئ الى قواعد تنازع القوانين في الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته او التي يقيم فيها بصورة دائمة على أساس ان المحكم سيكون اكثر الماماً بمثل هذه القواعد، وانتقد هذا ايضاً لان قد يترتب عليه من تطبيق لقانون وطني ليس له أي صلة بموضوع النزاع[٤].

اما الرأي الثالث فيذهب الى تطبيق قانون دولة القاضي الذي استبعد بسبب شرط او اتفاق التحكيم وهذا يهدر الأساس الذي من اجله قام نظام التحكيم. وظهر رأي ينادي بتطبيق قواعد التنازع في الدولة التي يجري فيها التحكيم على أساس القبول الأطراف الضمني لقواعد التنازع لهذا البلد[٥].

اما الرأي الأخير يذهب لتخويل المحكم صلاحية البحث عن قواعد الاسناد التي يراها ملائمة دون التقيد بقواعد التنازع في قانون ما من خلال ربط النزاع بقواعد الاسناد الأكثر اتصالاً به[٦].

وهذا ما قضت به هيئة التحكيم في احد القضايا مركز القاهرة الإقليمي على "ان هيئة التحكيم تلجأ في البحث عن القانون التطبيق الى قانون مكان التحكيم قانون مكان التوقيع على العقد الأصلي، قانون محا إقامة اطراف العقد، قانون بلد تنفيذ العقد، قانون لغة العقد، قانون لغة التحكيم اذا كانت مختلفة عن العقد،

---

(١) د. إيهاب السنباطي، مصدر سابق، ص٣٢٥.

(٢) د. سيد احمد محمود، مصدر سابق، ص١١٢.

(٣) نقلا عن داود سلمان داود، مصدر سابق، ص١٠٣-١٠٤.

(٤) المصدر نفسه.

(٥) المصدر نفسه.

(٦) د. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية مصدر سابق،ص٤٠.

فاذا كانت العلاقة القانونية محل النزاع وطنية في جميع محاضرها فان هيئة التحكيم يجب ان تطبق القانون المصري اذ هو الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع" [1].

اما بالنسبة لموقف التشريعات فان المشرع العراقي لم يتطرق للقانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم اما القوانين الأخرى المقارنة فقد تطرقت لذلك فقد نصت المادة (٢/٣٩) من قانون التحكيم المصري على انه ".. واذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية التي ترى انه الأكثر اتصالاً بالنزاع..." .

وأعطت بعض القوانين الداخلية والدولية الصلاحية للمحكم في تطبيق الأعراف والعادات كقانون على موضوع النزاع، حيث نص المشرع المصري في المادة (٣/٣٩) من قانون التحكيم على انه "يجب ان تراعي هيئة التحكيم عند الفصل بموضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف التجارية في نوع المعاملة".

نصت المادة (٨١٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على انه "يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الخصوم والا فوفقاً للقواعد التي يراها مناسبة وهو يتقيد في جميع هذه الأحوال بالأعراف التجارية..".

ونصت المادة (١٥١١) من قانون المرافعات الفرنسي المعدل على انه "١- تفصل الهيئة التحكيمية في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف والا وفقاً للقواعد التي تراها مناسبة٢- وهي تأخذ الأعراف التجارية في الاعتبار في جميع الأحوال".

وكذلك المادة(٢/٢٨) من القانون النموذجي للتحكيم التجارة الدولية على انه "اذا لم يعين الطرفان اية قواعد، وجب على هيئة التحكيم ان تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة انها واجبة التطبيق" اما الفقرة الرابعة من هذا القانون نصت على انه "في جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة".

(١) القضية التحكيمية رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٧ جلسة ١٢/٣/ ١٩٩٨، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، ص١٥١، نقلا عن داود سلمان داود، مصدر سابق، ص١٠٤.

الفرع الثاني

تطبيق القواعد الموضوعية الدولية

يذهب هذا الاتجاه الى ان المحكمين يجب ان يتوصلوا الى القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع بتطبيق القواعد عبر الدولية لتنازع القوانين او ما تسمى بالقواعد الموضوعية والتي تكون مصادرها عبارة عن الاتفاقيات الدولية، او الممارسات التعاقدية، او القوانين النموذجية التي تضعها المنظمات الدولية، او المبادئ العامة المتفق عليها في مجالات التجارة الدولية[١].

فاذا كان النزاع معروض امام المحكم او هيئة التحكيم فان سلطان إرادة الأطراف يلعب دور كبير في مجال التحكيم واختيار القانون الواجب التطبيق، وبالتالي تطبق الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية والتوجيهات الأوربية المتعلقة بالتجارة الدولية أم بالتجارة الإلكترونية على موضوع النزاع عند اختيار الأطراف لها بنص صريح لأن للأطراف حرية الاختيار القانون الموضوعي، اما عند غياب مثل ذلك الاختيار يجوز للمحكم او هيئة التحكيم تطبيق القواعد القانونية الواردة في اتفاقية دولية أو قانون نموذجي أو توجيه اوربي تطبيق مباشر دون حاجة لأعمال منهج تنازع القوانين باعتبارها جزء من النظام القانوني الذي ينتمي اليه المحكم[٢].

وكذلك الأعراف والعادات المستقرة في أسواق التجارة الدولية فقد جرى المحكمون على تطبيقها في المنازعات العقدية المطروحة عليهم بوصفها جزءا من النظام القانوني الذي ينتمون اليه[٣].

ويذهب انصار هذا الاتجاه الى انه في حالة غياب اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم الكتروني لا يمكن تطبيق القواعد التقليدية كقانون مقر المركز الدائم للتحكيم، او البلد تم ابرام العقد فيه، او قانون المحكمة المختصة بفصل النزاع، لان التحكيم هنا يجري في عالم افتراضي لا تحده الحدود المكانية لذا فان القواعد المناسبة لهذا العالم الافتراضي القواعد التي ذهب اليها انصار القواعد الموضوعية للمعاملات الالكترونية[٤].

---

(١) د. نور حمد الحجايا، ود. مصلح احمد الطراونة، مصدر سابق، ص٢١٧.

(٢) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٣٠٨؛ نافع بحر سلطان، مصدر سابق، ص٨٥.

(٣) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط٢، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،٢٠٠١ ، ص٧٥٢-٧٥٣.

(٤) د. عبد الرسول عبد الرضا جابر، القانون الدولي الخاص الالكتروني، مصدر سابق، ٥٤-٥٥.

الا انها تعرضت للانتقاد لكونها قاصرة عن حل جميع المنازعات التجارة الالكترونية ومن ثم لا يمكن استبعاد قواعد تنازع القوانين نهائياً، وايضاً عدم توافر عنصر الجزاء لقواعد القانون الموضوعي الالكتروني وعدم توفر صفة النظام القانوني له ونقص وقصور قواعد هذا القانون(١).

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة القانون الذي يحكم مسائل الاثبات امام المحكم او لجنة التحكيم نظراً لأهمية هذه الموضوع لارتباطه بانتعاش التجارة الدولية وتشجيع المستثمر على الدخول في علاقات تجارية واسعة دون التخوف من ضياع الحقوق واطالة امد التقاضي.

وقد توصلنا الى نتائج متعددة بالإضافة الى الإشارة الى بعض التوصيات وهي على النحو التالي:

أولاً: النتائج

١- ان أساس التحكيم هو اتفاق الأطراف وقبولهم المسبق لحكم التحكيم الذي تصدره هيئة التحكيم، مقابل ذلك فان هذه الهيئة ملتزمة بالقواعد الإجرائية التي يتفق عليها الخصوم.

٢- وجدنا ان للأطراف في التحكيم الخاص دور كبير في اختيار القانون الذي تخضع له إجراءات الاثبات في خصومة التحكيم' حيث يكون للأطراف في هذا النوع من التحكيم وضع القواعد الإجرائية التي تتفق مع احتياجاتهم الخاصة ومصالحهم، سواء كان مصدرها قانون داخلي لدولة معينة او لوائح هيئات التحكيم الدولية الدولي، ام مزيج منها جميعاً، ولهم كذلك حرية الاتفاق على المسائل الفنية التي ترتبط بالتعامل مع هيئة التحكيم عبر شبكة الانترنت.

٣- اتضح لنا من نص قانون المرافعات المدنية العراقي ان الأصل على المحكمين اتباع الاجراءات المقررة في القانون ولكن يمكنهم الاتفاق على الاعفاء منها او اتباع إجراءات معينه تختلف عن الإجراءات المحدد بموجب القانون ويستثنى منهم المحكمون المفوضون بالصلح فهم معفون من التقيد بهذا الإجراءات الا المتعلقة بالنظام العام فهم ملتزمون بها لتعلقها بالمصلحة العامة.

٤- وجدنا ان المشرع العراقي قد اخذ بقانون مقر التحكيم لحكم إجراءات الاثبات في حالة عدم اتفاق الأطراف عليها ومن ثم تطبيق قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم مع مواءمة هذه القواعد بما يتفق مع خصومة التحكيم.

(١) انظر د.احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٠، ص٦٢ومابعدها.

٥- تبين لنا ان إجراءات الاثبات في التحكيم المؤسسي تتم وفق القواعد التي تقررها المؤسسة التحكيمية فبمجرد اتفاق الأطراف على اسناد التحكيم الى مركز تحكيم يستدل ضمنياً على اتفاقهم على اتباع لوائح وتعليمات هذا المركز بما يشتمل عليه من قواعد إجرائية، ولكن هذا لا يمنع حتى في حالة اختيار التحكيم المؤسسي من قبل المحتكمين ان يختاروا قواعد قانونية او قانون ليطبق على إجراءات الاثبات في خصومة التحكيم.

٦- توصلن الى ان للأطراف الحرية في الاتفاق على طرق الاثبات وادلته والقانون الذي يحكمه، وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك اختار المحكم القانون الذي يراه مناسباً او يتفق مع المحكمين على طرق الاثبات والاخذ بما يصلح من الأدلة.

٧- بالنسبة لموقف التشريعات فان المشرع العراقي لم يتطرق للقانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم اما القوانين الأخرى المقارنة فقد تطرقت لذلك ومن اهما قانون التحكيم المصري ، وقد أعطت بعض القوانين الداخلية والدولية الصلاحية للمحكم في تطبيق الأعراف والعادات كقانون على موضوع النزاع، كالقانون التحكيم المصري وقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني وقانون المرافعات الفرنسي والقانون النموذجي للتحكيم التجارة الدولية.

ثانياً: التوصيات

١- نوصي المشرع العراقي بضرورة اقرار مشروع قانون التحكيم التجارة العراقي مع إضافة النصوص الخاصة بتحديد القانون الذي يحكم مسائل الاثبات امام المحكم من ناحية الإجراءات والموضوع لكون النصوص الواردة في قانون المرافعات قاصرة على التحكيم الداخلي دون التي تكون مشوبه بعنصر اجنبي ومن ثم لا تتماشى مع التطور الحديث للتجارة الدولية وتداخل العلاقات الدولية وتشعبها.

٢- ندعو المشرع العراقي لوضع نصوص ترسم الإجراءات الواجب اتباعها عند عندم الاتفاق عليها من قبل المحتكمين خاصة في العلاقات المشوبة بعنصر اجنبي.

٣- ندعو الى السعي في التوسع في انشاء مراكز دائمة للتحكيم الالكتروني وان تكون متمتعة بتقنية عالية في تسير عملية التحكيم من بداية إجراءات التحكيم الى صدور الحكم وتنفيذه.

المصادر

اولاً:- الكتب

١- د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١،٢٠٠٠.

٢- د. احمد عبد الكريم سلامة، مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة.

٣- د. أبو العلا على أبو العلا النمر، مقدمة في قانون الإجراءات المدنية الدولية، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

٤- د. إيهاب السنباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

٥- د. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، المصدر السابق.

٦- د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجارة الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.

٧- د. داود سلمان داود، صلاحيات المحكم، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٥.

٨- سمير دنون، العقود الالكترونية في اطار تنظيم التجارة الالكترونية، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠١٢.

٩- د. سيد احمد محمود، الكترونية القضاء والقضاء الالكتروني والكترونية التحكيم والتحكيم الالكتروني، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، ط١، ٢٠١٥.

١٠- د. صادق محمد الجبران، التحكيم التجاري الدولي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.

١١- د. صفاء فتوح جمعه فتوح، اليات فض منازعات عقود التجارة الالكترونية بين القضاء والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣.

١٢- د. عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، ط٢، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٨.

١٣- د. عبد الرسول عبد الرضا جابر، القانون الدولي الخاص الالكتروني، دار الأيام للنشر والتوزي، عمان– الاردن، ط١، ٢٠١٦.

١٤- د. عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، ط١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٠.

١٥- د. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية –مصر، ٢٠١٥.

١٦- د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

١٧- د. محمد امين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

١٨- د. محمد سعيد احمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩

١٩- د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

٢٠- د. معتز سيد محمد احمد، قواعد الاختصاص القضائي بالمسؤولية الالكترونية عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، ط١، ٢٠١٣.

٢١- د. مهند احمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥.

٢٢- د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديلاته، النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.

٢٣- د. ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الدولي الخاص المصري، دار النهضة العربية، القاهرة– مصر، ط١، ٢٠٠٩.

٢٤- د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط٢، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،٢٠٠١.

ثانياً: الرسائل العلمية

١– نافع بحر سلطان، تنازع القوانين في منازعات التجارة الالكترونية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ٢٠٠٤.

ثالثاً: المجلات العلمية

١- د. إبراهيم خليل خنجر، الضمانات الإجرائية لخصومة التحكيم الالكتروني(دراسة مقارنة)، مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، العدد السابع، المجلد(١)، ٢٠٢٢.

٢- أنوار محمد هادي، التزام المحكم بالحياد والاستقلالية ونتائج مخالفته(دراسة مقارنة) مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، العدد الثاني، المجلد (١)، ٢٠٢٠.

٣- حسين جبار لازم و حسن علوان لفته، المركز القانوني لمراكز التحكيم في العراق(دراسة مقارنة) مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، العدد الثامن، المجلد (١)، ٢٠٢٣.

٤- د. نور حمد الحجايا، ود، مصلح احمد الطراونة، الاختصاص القضائي الدولي بمنازعات المسؤولية التقصيرية الناشئة في بيئة الفضاء الالكتروني، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة ٣٠، ٢٠٠٦.

رابعاً: القوانين والاتفاقيات الدولية

١- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .

٢- قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.

٣- قانون التحكيم الأردني رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨، القانون معدل لقانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١

٤- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣.

٥- قانون المرافعات الفرنسي الجديد حول التحكيم الداخلي والدولي الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١/٤٨ بتاريخ ١٣/يناير/٢٠١١، حول تعديل النصوص المتعلقة بالتحكيم، مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، ٢٠١١.

٦- قانون الاونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ وتعديلاته سنة ٢٠٠٦ المنقحة سنة ٢٠١٠

٧- اتفاقية نيويورك الموقعة سنة ١٩٥٨ الخاصة بتنفيذ احكام التحكيم الأجنبية.

٨- قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس(ICC) لسنة ٢٠١٧.

Sources

First: Books

1. Dr. Ahmed Abdel Karim Salama, Special Private International Law, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1st ed., 2000.

2. Dr. Ahmed Abdel Karim Salama, Collected Research in Private International Law, 1st ed., Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, n.d.

3. Dr. Abu Al-Ala Ali Abu Al-Ala Al-Nimr, Introduction to International Civil Procedure Law, 1st ed., Dar Al-Nahda Al-Arabiya, 1999.

4. Dr. Ihab Al-Sanbati, Legal Encyclopedia of E-Commerce, New University House, Alexandria, 2008.

5. Dr. Hossam El-Din Fathi Nasif, *Electronic Arbitration in International Trade Disputes, ibid.

6. Dr. Hafiza El-Sayed El-Haddad, Summary of the General Theory of International Commercial Arbitration, Halabi Legal Publications, Beirut, 2007.

7. Dr. Dawood Salman Dawood, Powers of the Arbitrator, Master's Thesis, Middle East University, 2015.

8. Samir Dannoun, Electronic Contracts within the Framework of E-Commerce Regulation, 1st ed., Modern Institution for Books, Tripoli, Lebanon, 2012.

9. Dr. Sayed Ahmed Mahmoud, Electronic Judiciary, E-Judiciary, Electronic Arbitration, and E-Arbitration, Dar Al-Fikr wal-Qanoun, Mansoura, Egypt, 1st ed., 2015.

10. Dr. Sadiq Mohammed Al-Jubran, International Commercial Arbitration, 1st ed., Halabi Legal Publications, Beirut, 2006.

11. Dr. Safaa Fetouh Gomaa Fetouh, Mechanisms for Settling E-Commerce Contract Disputes between Judiciary and Arbitration, New University House, Alexandria, 2013.

12. Dr. Ashour Mabrouk, *Procedural System of Arbitration Litigation*, 2nd ed., Al-Jalaa Al-Jadida Library, Mansoura, 1998.

13. Dr. Abdul Rasoul Abdul Ridha Jaber, *Electronic Private International Law*, Dar Al-Ayyam for Publishing & Distribution, Amman–Jordan, 1st ed., 2016.

14. Dr. Azmi Abdel Fattah Atiya, Kuwaiti Arbitration Law, 1st ed., Kuwait University Publications, 1990.

15. Dr. Essam Abdel Fattah Matar, E-Commerce in Arab and Foreign Legislations, New University House, Alexandria–Egypt, 2015.

16. Dr. Mohsen Shafiq, International Commercial Arbitration, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, n.d.

17. Dr. Mohamed Amin Al-Roumi, The Legal System of Electronic Arbitration, 1st ed., Dar Al-Fikr Al-Jamii, Alexandria, 2006.

18. Dr. Mohamed Said Ahmed Ismail, Legal Protection Methods for E-Commerce Transactions, 1st ed., Halabi Legal Publications, Beirut, 2009.

19. Dr. Mahmoud Mohamed Yaqout, Freedom of the Parties in Choosing the Applicable Law to International Contracts, Manshat Al-Maaref, Alexandria, 2004.

20. Dr. Moataz Sayed Mohamed Ahmed, Jurisdictional Rules of Electronic Liability via the Internet, New University House, 1st ed., 2013.

21. Dr. Muhannad Ahmed Al-Sanouri, *The Role of the Arbitrator in Private International Arbitration Litigation*, 1st ed., Dar Al-Thaqafa, Amman, 2005.

22. Dr. Nariman Abdel Qader, Arbitration Agreement under the Egyptian Arbitration Law No. 27 of 1994 and its Amendments, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2016.

23. Dr. Nasser Othman Mohamed Othman, Egyptian Private International Law, 1st ed., Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo–Egypt, 2009.

24. Dr. Hesham Ali Sadiq, The Applicable Law to International Commercial Contracts, 2nd ed., Dar Al-Fikr Al-Jamii, Alexandria, 2001.

***Second: Theses**

1. Nafea Bahr Sultan, Conflict of Laws in E-Commerce Disputes, Master's Thesis, University of Baghdad, 2004.

***Third: Academic Journals**

1. Dr. Ibrahim Khalil Khanjar, Procedural Safeguards in Electronic Arbitration Litigation (Comparative Study), Misan Journal of Comparative Legal Studies, Vol. 1, Issue 7, 2022.

2. Anwar Mohamed Hadi, The Arbitrator's Duty of Impartiality and Independence and the Consequences of its Breach (Comparative Study), Misan Journal of Comparative Legal Studies, Vol. 1, Issue 2, 2020.

3. Hussein Jabbar Lazem & Hassan Alwan Lafta, The Legal Status of Arbitration Centers in Iraq (Comparative Study), Misan Journal of Comparative Legal Studies, Vol. 1, Issue 8, 2023.

4. Dr. Nour Hamad Al-Hajaya & Dr. Mosleh Ahmed Al-Tarawneh, International Judicial Jurisdiction over Tort Liability Disputes in Cyberspace, Journal of Law, Vol. 30, Issue 4, 2006.

***Fourth: Laws and International Conventions**

1. Iraqi Civil Procedure Law No. 83 of 1969.

2. Egyptian Arbitration Law No. 27 of 1994.

3. Jordanian Arbitration Law No. 16 of 2018, amending Law No. 31 of 2001.

4. Lebanese Code of Civil Procedure No. 90 of 1983.

5. French New Civil Procedure Code on Domestic and International Arbitration, Decree No. 48/2011 of 13 January 2011, amending arbitration provisions, World Arbitration Review, Issue 10, 2011.

6. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of 1985, as amended in 2006 and revised in 2010.

7. The 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

8. ICC Arbitration Rules (Paris) of 2017.