جامعة الشرق الأوسط
MIDDLE EAST UNIVERSITY
Amman - Jordan

ضوابط الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم

The Controls Regulating the Will in Choosing the Applicable Law to the Disputes Being Resolved through Arbitration

إعداد

حمزة عدنان الجعافرة

إشراف

الأستاذ الدكتور محمد إبراهيم أبو الهيجاء

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجيستير في القانون الخاص

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

حزيران، 2023

التفويض

أنا **حمزة عدنان محمد الجعافرة**، أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً وإلكترونياً للمكتبات أو المنظمات أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبهم.

الاسم: حمزة عدنان محمد الجعافرة

التاريخ: ٢٠٢٢/٦/٧

التوقيع:

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها: " ضوابط الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم".

وأجيزت بتاريخ: 2023/06/07

للباحث: حمزة عدنان الجعافرة

أعضاء لجنة المناقشة

الإسم	الصفة	مكان العمل	التوقيع
أ.د محمد ابو الهيجاء	المشرف	جامعة الشرق الأوسط	.....
أ.د انيس منصور المنصور	رئيس اللجنة	جامعة الشرق الأوسط	.....
د. حازم النسور	عضو اللجنة الداخلي	جامعة الشرق الأوسط	.....
د. كمال العواملة	عضو اللجنة الخارجي	جامعة البتراء	.....

شكر وتقدير

أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان لأستاذي ومشرفي الفاضل ذا العلم الواسع الأستاذ الدكتور محمد إبراهيم أبو الهيجاء الذي تفضل بالإشراف على هذه الرسالة وعلى متابعته وصبره ونصائحه الثمينة وتوجيهاته الحكيمة التي أنارت دربي في كتابة هذه الرسالة وإخراجها في هذه الصورة كما وله الشكر الخاص على ما زودني به من علم خلال مرحلة دراسة الماجستير كما وأتقدم بجزيل الشكر والعرفان لجامعة الشرق الأوسط ...وإلى كلية الحقوق وأعضاء هيئتها التدريسية على ما زودوني به من علم خلال هذه المرحلة الدراسية.

كما وأتقدم بالشكر الجزيل لأعضاء لجنة مناقشة هذه الرسالة الذين تفضلوا بقبول مناقشة هذه الرسالة وإثرائها بالنصائح والتوجيهات التي تساعد بإخراجها بأفضل صورة.

والشكر الموصول لكل من شجعني وساعدني على إتمام رسالتي.

الباحث

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى

من ترعرعت في كنفهما في الصغر ...

وكانا مصدر إلهامي وطموحي في الكبر ...

والديَ العزيزين حفظهما الله.

وإلى

مشرفي الفاضل وكل من وقف بجانبي في هذا العمل.

وأتمنى أن يعود بالنفع على دارسي القانون.

الباحث

فهرس المحتويات

الموضوع **الصفحة**

العنوان .....أ
التفويض.....ب
قرار لجنة المناقشة.....ج
شكر وتقدير .....د
الإهداء.....هـ
فهرس المحتويات .....و
الملخص باللغة العربية.....ح
الملخص باللغة الانجليزية.....ط

الفصلُ الأوّل: خلفيّة الدّراسة وأهميّتها

المقدمة.....1
مشكلة الدراسة.....5
أهمية الدراسة.....5
أسئلة الدراسة.....6
هدف الدراسة.....7
حدود الدراسة.....8
مصطلحات الدراسة.....8
الدراسات السابقة.....10
منهجية الدراسة.....12

الفصل الثاني : الإرادة ودورها في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم

المبحث الأول : مفهوم الإرادة في التحكيم.....16
المطلب الأول : المقصود بمبدأ سلطان الإرادة 16
الفرع الأول: تعريف مبدأ سلطان الإرادة 16
الفرع الثاني: تطور مبدأ سلطان الإرادة:.....26
المطلب الثاني : قدرة الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في الفقه القانوني 32
الفرع الأول: وفق أنصار النظرية الشخصية 33

الفرع الثاني: وفق أنصار النظرية الموضوعية 40
المبحث الثاني : مظاهر دور الإرادة في التحكيم 46
المطلب الأول : طرق التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم..... 47
المطلب الثاني : دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق 60
الفرع الأول: الاختيار الصريح 60
الفرع الثاني: الاختيار الضمني..... 68

الفصل الثالث : محددات الإرادة

المبحث الأول : الحد من قدرة الإرادة وفق المنهج المباشر 84
المطلب الأول : دور الإرادة وقواعد القانون التجاري الدولي 84
الفرع الأول: ماهية قواعد القانون التجاري الدولي..... 86
الفرع الثاني: أساس تطبيقها كقيد على الإرادة..... 93
المطلب الثاني : دور الإرادة والقواعد ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس) 102
الفرع الأول: المقصود بقواعد ذات التطبيق المباشر 103
الفرع الثاني: قواعد البوليس كقيد على الإرادة 106
المبحث الثاني : الحد من قدرة الإرادة وفق منهج التنازع..... 111
المطلب الأول : دور الإرادة وقواعد النظام العام..... 111
المطلب الثاني : شرط الصلة بين القانون المختار والعقد..... 120

الفصل الرابع : الخاتمة والنتائج والتوصيات

الخاتمة..... 126
النتائج..... 128
التوصيات 131
قائمة المراجع والمصادر..... 132

ضوابط الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم

إعداد الطالب: حمزة عدنان محمد الجعافرة

إشراف: الأستاذ الدكتور محمد إبراهيم أبو الهيجاء

الملخص

تناولت هذه الدراسة البحث في الضوابط القانونية التي تحد من دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم، ففي البداية بينت دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق بتوضيح توجه الفقه حول مدى قدرة الإرادة على الاختبار ببيان مدى تحرر الإرادة وإفلاتها من حكم القانون، وبإيضاح مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم ومظاهر دور الإرادة بحريتها الواسعة بالاختيار الصريح والاختيار الضمني الحقيقي لإرادة المتعاقدين، وصولاً إلى بيان المحددات والضوابط التي تحد وتقيد إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي كالأعراف التجارية الدولية والقواعد ذات التطبيق المباشر (قواعد البوليس) وقواعد النظام العام الدولي، فهذه الضوابط تشكل قيوداً على حرية الإرادة ودورها في اختيار القانون الواجب التطبيق سواء تم تطبيقها على أساس منهج التنازع أو المنهج المباشر، وبالنتيجة بينت هذه الدراسة الضوابط التي تحد من دور الإرادة في الاختيار وفق قانون التحكيم الأردني.

فبينت الدراسة ما سبق من خلال تقسيمها فصلين الأول الإرادة ودورها في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، الذي بين المقصود بمبدأ سلطان الإرادة وقدرة الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق وفق الفقه القانوني ومظاهر دورها في التحكيم، وتناول الفصل الثاني محددات الإرادة في التحكيم، بالبحث بالحد من قدرة الإرادة وفق المنهج المباشر بتطبيق قواعد القانون التجاري الدولي والقواعد ذات التطبيق المباشر على موضوع النزاع، والحد من قدرة الإرادة وفق المنهج التنازعي ببيان مدى إعمال قواعد النظام العام وتطلب وجود شرط الصلة بين القانون المختار والعقد.

وتوصل الباحث إلى مجموعة من النتائج أهمها أن قانون التحكيم ألزم هيئة التحكيم أن تراعي عند الفصل في النزاع الأعراف التجارية بتطبيقها مباشرة خصوصاً الأحكام التي تعد آمرة منها بصرف النظر عن القانون المختار من إرادة الأطراف، إضافة إلى وجوب إعمال القواعد ذات التطبيق المباشر التي تود الانطباق على النزاع بصرف النظر عن إرادة الأطراف، وبالنتيجة بينت الدراسة توجه المشرع الأردني نحو التعايش بالتطبيق بين المنهج التنازعي والمنهج المباشر، كما وأوصت هذه الدراسة بالنص صراحة بقانون التحكيم على وجوب تطبيق قواعد البوليس التي تود الانطباق على موضوع النزاع التحكيمي.

The Controls Regulating the Will in Choosing the Applicable Law to the Disputes Being Resolved through Arbitration

Prepared by: Hamzeh Adnan Mohammad Alja'afreh

Supervised by: Prof. Mohammad Ibrahim Abu Al- Hayjah

Abstract

This study sheds a light on the legal controls that restrict the role of will in choosing the applicable law to the disputes being resolved through arbitration. It identities the role of the will in choosing the applicable law based on the orientations of jurisprudence about the capability of the will to choose through identifying the extent of freedom of the will from the rule of law. It identifies the principle of the dominance of the will in arbitration and the manifestations of the role of the will with its great freedom in choosing explicitly and implicitly for the will of the contractors. It identifies the controls and limitations that restrict the will of the parties in choosing the applicable law to the topic of the disputes being resolved through arbitration. Such controls and limitations include: the international commercial norms, overriding mandatory rules (lois de police), and the rules of the international public order. Such controls serve as restrictions to the freedom of the will and its role in choosing the applicable law. That applies whether those controls and limitations were applied based on the direct or disputed approach. To sum up, this study presents the controls that limit the role of the will in choosing under the Jordanian Arbitration Law

Based on the aforementioned information, the study is divided into two chapters. Chapter one sheds a light on the will and its role in choosing the applicable law to the disputes being resolved through arbitration. It identifies the meaning of the principle called (the dominance of the will) and the capability of the will to choose the applicable law under in pursuant to jurisprudence. It identifies the manifestations of the role of the will in the arbitration. The second chapter sheds a light on the controls regulating the will in arbitration. It investigates the capability of the will based on the direct approach through applying the rules of the International Commercial Law and the rules of direct application to the topic of the dispute. It investigates the ability to limit the capability of the will based on the confrontational approach through identifying the extent of applying the rules of the public order. It suggests that there must be relationship between the chosen law and the contract.

The study reached several results. The most important ones are the following ones: The arbitration law obliged the arbitral tribunal to take the business norms into consideration when settling a dispute through implementing them directly. That applies especially to the provisions that are deemed binding regardless of the law that was chosen based on the parties' will. In addition, the rules of direct implantation must be applicable to the dispute regardless of the parties' will. The study shows that the Jordanian legislator wants to achieve an alignment between the confrontational and direct approaches. The study recommends enacting an explicit test in the Arbitration Law suggesting that the (lois de police) rules must be applied to the topic of the dispute.

الفصلُ الأوّل
خلفيّة الدّراسة وأهميّتها

المقدمة

تمهيد:

باتساع حقل التجارة الدولية في الوقت الحاضر، خصوصاً العقود التجارية الدولية المصطلح الذي درج استخدامه، فإن أهم وسيلة يرغب بها المتعاملون بهذه التجارة لحسم نزاعاتهم الناتجة عن تعاملاتهم وعقودهم هي اللجوء للتحكيم، ليتمكن المتعاقدين من تحرير عقودهم من سلطان القانون لتخضع لنظام خاص أساسه إرادة الأطراف، ولا شك أن لجوء الأطراف للتحكيم سببه هو رغبة هؤلاء بعدم إخضاع منازعاتهم للقضاء الوطني على اعتبار أن القضاة مقيدين بقواعد قد لا تتناسب مع حاجات التجارة الدولية وضرورة سرعة الفصل في المنازعات.

لإرادة الأطراف التي هي أساس العملية التحكيمية الحرية بالقدرة على تنظيم هذه العملية بإرادتهم، فيختارون اللجوء للتحكيم ويتفقون على مكان التحكيم وعلى القانون أو القواعد الواجبة التطبيق على النزاع، من هنا يشعر الأطراف بأن تسوية النزاع بينهم ستتم في ظل العدالة والقانون، حيث قال "أرسطو": "أن أطراف النزاع يفضلون التحكيم على القضاء لأن المحكم يرى العدالة بينما القاضي يرى التشريع"[1].

اتجهت معظم القوانين إلى تكريس مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم وكذلك الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية جنيف 1961م بشأن التحكيم التجاري

---

[1] فاتح، خلاف، (2007-2008). مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في التشريع الجزائري. (رسالة ماجستير منشورة) جامعة محمد الصديق بن يحيى، الجزائر، ص 7.

الدولي التي تنص بالمادة السابعة منها بفقرتها الأولى على أن: "الأطراف هم أحرار في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه المحكمون على موضوع المنازعة".

وقد جاء المشرع الأردني ووضع تنظيم قانوني للتحكيم بقانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001[1] الذي اهتم بإعلاء دور الإرادة وسلطانها في العملية التحكيمية ككل ومنها ما يخص هذه الدراسة الحق الممنوح للأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي، المسألة التي هي محل اهتمام الفقه والقانون لأهميتها فهي التي تحكم موضوع النزاع بتطبيق قانون الإرادة للوصول لحسم النزاع على أساسه.

وبعد قراءة الباحث لمختلف المراجع القانونية التي تناولت موضوع التحكيم يمكن القول بأن التحكيم هو طريق خاص اتفاقي ووسيلة لفض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بين الأطراف عن طريق شخص أو أكثر يدعى المحكم أو هيئة التحكيم بقرار إلزامي قابلاً للتنفيذ يحترم فيه دور إرادة الأطراف. فالأطراف لهم الحرية بالاتفاق على التحكيم والقدرة على تنظيم العملية التحكيمية ككل بمحض إرادتهم الحرة.

وبعيداً عن اللجوء إلى المراكز والهيئات المتخصصة بالتحكيم في العصر الحديث التي تفرض على الأطراف تطبيق أنظمتها ولوائحها التي قد تقلل وتحد من دور إرادة الأطراف، ونظراً لانتشارها واختلاف أنظمتها ولوائحها فلن تتطرق هذه الدراسة لهذا الموضوع على اعتبار ان الأطراف بلجوئهم الاختياري لهذه المراكز أو الهيئات يكون بإرادتهم الحرة المستقلة.

---

[1] وتعديلاته رقم (41) 2018 المنشور على الصفحة 2317 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5513 بتاريخ 2018/5/2.

فالقاعدة العامة هي أن لإرادة الأطراف الدور والحرية الواسعة في القدرة على تنظيم العملية التحكيمية ومنها اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي، فيعد من الحقائق المسلم بها هو خضوع العقد الدولي لقاعدة قانون الإرادة.

بدايةً، بعد حرية الإرادة وقدرتها على اللجوء للتحكيم، فإن التساؤل البديهي هنا هو ما مدى حرية الإرادة في التعبير عن حقها بقدرتها في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع؟

إن هذا الدور للإرادة وحريتها بقدرتها على اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم قد تقتضي الضرورة في بعض الأحيان تقييدها بضوابط أو قيود تحد من قدرتها في الاختيار، فعندها لا تقدر الإرادة على تجاوز هذه الضوابط أو القيود.

فالتساؤل الجوهري في هذه الدراسة ومن أجل الوصول إلى هدفها هو ما مدى قدرة الإرادة على تحرير العقد الدولي من حكم القانون في منازعات التحكيم؟

وبعبارة أخرى متى تقدر الإرادة على التحرر الكامل من حكم القانون ومتى لا تقدر على ذلك بفرض قيود وضوابط عليها تحد من قدرتها في عملية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي؟ وما الأساس القانون لذلك مع بيان موقف التشريع الأردني من هذه المسألة؟

فمن الجدير بالذكر، أن مصلحة الشركات العملاقة والكبيرة وحتى كبار التجار في الأسواق تتفق مع التحرر من حكم القوانين الداخلية التي قد لا تتناسب ومصالحهم، مما يدفعهم إلى الاتفاق على عرض منازعاتهم العقدية على المحكم أو هيئات التحكيم اللذين يميلون إلى تحرير العقد الدولي من حكم القانون وإخضاعه لقواعد القانون التجاري الدولي كالأعراف والعادات التجارية والمهنية المستقر عليها في هذه الأسواق وهي قواعد نشأت واستقرت بعيداً عن القانون إن جاز التعبير، التي تعبر في الغالب عن مصالح المسيطرين على هذه الأسواق، وأن صحة هذا القول

يؤدي للتساؤل المهم وهو ما دور قواعد القانون التجاري الدولي في تقييدها لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم والحد من قدرتها؟

إن المحكمين وحرصاً منهم وعملاً بمبدأ فاعلية أحكامهم، قد يلجؤون إلى تطبيق بعض القواعد ذات التطبيق المباشر المعروفة "بقواعد البوليس"، ومن هنا فإن التساؤل المهم أيضاً هو بما مدى تطبيق هذه القواعد على موضوع النزاع؟

إضافةً، أن بوجود قواعد ملزمة للجميع لا يجوز للأطراف أو القاضي أو المحكم مخالفتها كونها تتعلق بالمصلحة العامة التي تسمو بحسب الأصل على مصلحة وإرادة الأطراف وهي القواعد المتعلقة بالنظام العام، التي تعد وطنية بالدرجة الأولى تهدف إلى حماية المصلحة العليا للجماعة، علماً أن دورها يختلف في مجال القانون الداخلي عنه في مجال القانون الدولي الخاص والتحكيم.

فما مدى إمكانية تدخل قواعد النظام العام للحد من حرية وقدرة إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم؟

وهل يوجد حالات أخرى تحد من حرية الإرادة وقدرتها في شأن موضوع هذه الدراسة كإمكانية اللجوء لقواعد الإسناد في بعض الأحيان؟ علماً أن المحكم على خلاف القاضي لا يوجد له قانون اختصاص وطني يرجع للكشف عن قواعد الإسناد الواجبة التطبيق عند ضرورة تقييد حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم.

على ما تقدم، فإن هذه التساؤلات ستكون محل اهتمام هذه الدراسة وما يتفرع عنها من أسئلة، للوصول إلى هدفها بمعرفة وحصر ووضع تصور للضوابط والقيود وبيان أساس تطبيقها وقوتها الملزمة التي تحد من قدرة ودور الإرادة وتحكمها في عملية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي.

مشكلة الدراسة

المشرع الأردني بقانون التحكيم النافذ كرس دور الإرادة وحريتها في اختيار القانون أو القواعد الواجبة التطبيق إلا أن مسألة الوقوف على مدى حرية الإرادة وقدرتها في هذا الاختيار محل اهتمام خصوصاً باختلاف هذه القواعد فمنها قواعد القوانين الوطنية ومنها القواعد الموضوعية الدولية، ومن هنا كان من الضروري الوقوف على مدى حرية الإرادة وقدرتها في الاختيار، فالإشكال المطروح هو تحديد وجود هذه القيود أو الضوابط القانونية التي تحكم وتحد من دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، فتكمن مشكلة هذه الدراسة ببيان الإجابة على تساؤلها الرئيسي وهو ما الضوابط والقيود التي تحد من مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم؟ وما يتفرع عن ذلك من تساؤلات عديدة لصعوبة تحديد هذه الضوابط وقوتها الملزمة واساس تطبيقها في ظل وجود القوانين الوطنية وقواعد القانون التجاري الدولي والقوانين والاتفاقيات الدولية المرتبطة بالنزاع، فكل هذه القوانين والقواعد تتزاحم لحكم العقد الدولي موضوع المنازعة التحكيمية وتحد من مبدأ سلطان الإرادة بهذا الخصوص، وهذا ما سيتم تناوله بشكل أساسي في هذه الدراسة.

أهمية الدراسة

تعتبر مسألة دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم الدولية وما يحكمها من ضوابط وقيود من المسائل الأساسية الصعبة والشائكة في القانون الدولي الخاص التي تحظى باهتمام التشريعات والفقه وأطراف العلاقة، حيث تزداد هذه الصعوبة بصفة خاصة في التحكيم الدولي على أساس أن المحكم ليس له قانون اختصاص يحدد على أساسه الضوابط التي يجب مراعاتها من قبل إرادة الأطراف عند تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث تلعب إرادة الأطراف الدور الأساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة

التحكيمية بحيث سيتحدد حقوق والتزامات كل طرف من أطراف العلاقة محل النزاع المطروح للتحكيم، فهذا الدور للإرادة يجب أن تحكمه ضوابط لم تكن محلاً للاتفاق فهي من أكثر نقاط الاختلاف والجدل في هذا المجال.

ونظراً لأهمية التحكيم المتزايدة في المنازعات التجارية الدولية بشكل عام ومزاياه، فقد ارتأى الباحث دراسة موضوع من أهم موضوعاته وهو تحديد الضوابط التي تحكم وتحد من دور الإرادة عند اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، مع بيان موقف التشريع الأردني في هذا الصدد خصوصاً وأن هذا الموضوع يناله بعض التعقيد نتيجة لكثرة وتشابك العلاقات التجارية الدولية بهذا الخصوص.

لعل هذه الدراسة تشكل إسهاماً في تطوير المعرفة القانونية في مجال القانون بشكل عام.

أسئلة الدراسة

إن التساؤلات الآتية ستكون محور ومحل اهتمام هذه الدراسة من أجل الوصول لهدفها المنشود:

1) إلى أي مدى يمكن إعمال مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم؟
2) ما مدى حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي؟
3) إذا ما اختار الأطراف بإرادتهم الصريحة القانون أو القواعد الواجبة التطبيق فما مدى الأخذ والاعتداد بإرادتهم الضمنية الحقيقية وكيفية ذلك عند غياب إرادتهم الصريحة لهذا الاختيار؟

4) ما مدى قدرة الإرادة على تحرير العقد الدولي من حكم القانون في منازعات التحكيم؟ وهل يعني التحرر من حكم القانون في منازعات التحكيم أنه لا حاجة لقانون يحكم العقد؟ فما مدى العمل بما يعرف بالعقد الدولي الطليق؟

5) ما الضوابط أو القيود التي تحد من قدرة الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي؟

6) ما دور قواعد القانون التجاري الدولي في الحد من دور الإرادة في الاختيار وخصوصاً العادات والأعراف التجارية الدولية؟ فهل تطبق هذه القواعد الموضوعية أمام المحكمين بما لها من قوة سريان ذاتي (تطبيق مباشر) أم من خلال تطبيق (منهج التنازع)؟ وهل يمكن تطبيقها مع القانون المختار في نفس الوقت؟

7) ما دور القواعد ذات التطبيق المباشر التي تود الانطباق على العلاقة محل النزاع وتقييدها لدور الإرادة في هذا الشأن؟ وما إمكانية تدخل قواعد النظام العام بالحد من حرية وقدرة الإرادة؟ فهل يمكن استبعاد اختيار إرادة الأطراف؟ وما المقصود بالنظام العام وأساس تطبيقه في هذا الصدد؟

8) ما مدى القوة الملزمة لهذه القواعد على اختلاف أنواعها وأساس ومنهج تطبيقها؟ وما موقف قانون التحكيم الأردني من هذه التساؤلات؟

هدف الدراسة

تهدف هذه الدراسة بشكل أساسي إلى بيان وحصر الضوابط والقيود التي تحد من دور الإرادة وقدرتها في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم مع بيان الوضع القانوني للتشريع الأردني، لإضافة إلى تحقيق الأهداف الفرعية والمتمثلة بالنقاط التالية:

- توضيح مفهوم مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم.

- توضيح مدى حرية الأطراف باللجوء للتحكيم واختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بإرادتهم الصريحة أو الضمنية.
- بيان الضوابط أو القيود التي تحد من دور الإرادة وحريتها في الاختيار، ببيان دور قواعد القانون التجاري وما يهم هذه الدراسة بالعادات والأعراف التجارية الدولية، ومدى تأثير قواعد النظام العام والقواعد ذات التطبيق المباشر بالحد من حرية الإرادة.

حدود الدراسة

الحدود المكانية: تتحدد الدراسة بقوانين المملكة الأردنية الهاشمية النافذة المفعول وتتمثل بشكل رئيسي في قانون التحكيم الأردني مع الاستعانة بالتشريعات المقارنة التي يمكن أن تثري هذه الدراسة كلما لزم الأمر مع التطرق لآراء الفقه القانوني ذات العلاقة بموضوع الدراسة من أجل الوصول إلى هدفها.

الحدود الموضوعية: تقتصر هذه الدراسة على موضوع الضوابط والقيود التي تحد من دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم وفقاً لقانون التحكيم الأردني والقانون المدني الأردني وفيما يتعلق بقانون الإرادة بشكل عام مع الاستعانة بآراء الفقه حول مسألة دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق وتحرير العقد الدولي من حكم القانون وإخضاعه له.

مصطلحات الدراسة

- العقد الدولي: هو العقد الذي يتصل بأكثر من نظام بقانوني لدول مختلفة ويظهر ذلك من خلال عناصره كالجنسية أو مكان تنفيذ أو إبرام العقد.
- التحكيم: هو طريق اختياري يلجأ له الأطراف لفض المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت عن العقد عن طريق طرح النزاع والبت فيه أمام المحكم أو المحكمين دون اللجوء للقضاء

يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص بين الأطراف ويتخذون قرارهم الملزم على أساس هذا الاتفاق[1] .

- مبدأ سلطان الإرادة: هو قدرة الإرادة الذاتية على صنع القواعد التي تحكمها أو قدرة المتعاقدين على صنع قانونهم الخاص وقصد به اعتبار الإرادة مصدراً للحقوق الشخصية[2].
- اتفاق التحكيم: هو اتفاق بين الأطراف لتسوية منازعاتهم عن طريق اللجوء إلى التحكيم سواء النزاع الذي وقع فعلاً أو الذي سيقع بينهم[3] .
- قانون الإرادة: القانون الذي تختاره الأطراف ليحكم علاقاتهم العقدية بإرادتهم الحرة المستقلة.
- قواعد البوليس: هي القواعد التي تستلزم مقتضيات المصلحة الوطنية تطبيقها مباشرة على النزاع دون المرور بقاعدة التنازل[4] .
- قواعد القانون التجاري الدولي: هي قواعد ذات صفة دولية تتألف بشكل عام من مبادئ وأعراف تجارية مستقرة ومن قواعد العدالة والإنصاف والمبادئ المشتركة التي يمكن تطبيقها على موضوع النزاع التحكيمي الدولي.
- العقد الدولي الطليق: هو العقد المتحرر من سلطان القانون.

---

[1] سامي، فوزي محمد، (2022)، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية مع الإشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، ط8، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص15.

[2]صادق، هشام، علي، 1995. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط1، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص21.

[3] الكيلاني، محمود محمد، (2023). الوساطة والتحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، المجلد الثالث، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص82.

[4]المصري، محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط6، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص68.

الدراسات السابقة

1) محمد عيسى، جلال، القواعد التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الخاصة الدولية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، (1996م).

تناولت هذه الرسالة موضوع القواعد التي يطبقها المحكم على موضوع المنازعات الخاصة الدولية من خلال تناولها الدور الذي يلعبه التحكيم في مجال منازعات التجارة الدولية وذلك من خلال بيان المقصود ب التحكيم التجاري الدولي والطبيعة القانونية للتحكيم ومعيار دولية التحكيم والخصائص التي يتميز بها، ثم تناولت دراسة الاهتمام الدولي بالتحكيم من خلال الهيئات والمراكز الدولية الخاصة والاتفاقيات الدولية ذات العلاقة، وتطبيق المحكم لقواعد قانونية وطنية وقواعد قانونية دولية، وتختلف عن هذه الدراسة في أنها لم تتناول دور الإرادة بشكل خاص في اختيار القانون الواجب التطبيق ولا الضوابط التي تحد من قدرة الإرادة على الاختيار وأساس تطبيق هذه الضوابط.

2) فاتح، خلاف، مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة محمد العبدين بن يحيى، الجزائر، (2008م)

تناول الباحث في دراسته موضوع قدرة الإرادة على اختيار القانون الواجب التطبيق في المنازعات التحكيمية ومدى تقييد الإرادة بتطبيقه القواعد الموضوعية الدولية كمبادئ وأعراف وعادات التجارة الدولية ومدى ضرورة تجاوز القواعد الوطنية لصالح تطبيق القواعد الدولية وبالنتيجة مدى إطلاق قرينة الأطراف في تعيين القانون الذي يرغبون في تطبيقه، فتطرق لمبدأ سلطان الإرادة كقاعدة أصلية في اختيار القانون الواجب التطبيق وكيفية تقييد هذا المبدأ كاستثناء على حرية الأطراف بتدخل المشرع واستبعاد قانون إرادة الأطراف وبتدخل المحكم واستبعاد قانون إرادة

الأطراف، هذه الدراسة وفق النصوص القانونية الجزائرية، فلم تتناول الدراسات القانونية ا لأردنية ذات العلاقة هذا الموضوع بشكل مفصل.

3) جاترد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايط، الجزائر، (2010م)

تناول الباحث في دراسته الإجابة على مدى إعمال دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي وهل لهذه الإرادة الحرية المطلقة أم ترد عليها قيود جعل حقيقة أن الأطراف يتمتعون بحرية الاتفاق وتنظيم التحكيم أم هناك جهات أخرى لها سلطة ذلك، وقسم دراسته إلى بابين الأول سيادة إرادة أطراف التجارة الدولية في ظل التحكيم التجاري الدولي الخاص، ثم تعرض في الباب الثاني إلى تلاشي دور إرادة أطراف التجارة الدولية في ظل التحكيم التجاري الدولي المؤسساتي الحديث، وتختلف هذه الدراسة في تناولها للتحكيم التجاري الدولي المؤسساتي عن موضوع الدراسة التي تطرقت لتحديد الضوابط التي تجد في حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق دون البحث في التحكيم لدى مراكز وهيئات التحكيم اللائحة والمتخصصة.

4) الشرفات، طلال، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، الأردن، (2011م)

عالجت هذه الدراسة مشكلة تصور القوانين الوطنية عن تلبية الحلول الملائمة للنزاعات القائمة في مجال التجارة الدولية واستخدام قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، وعلى الأخص عند عدم اتفاق أطراف النزاع على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في مجال التحكيم التجاري الدولي أو عند عجز هيئة التحكيم عن استنباط الإرادة الضمنية للأطراف وتختلف هذه الدراسة في أنها تناولت ماهية التحكيم التجاري الدولي وطبيعته القانونية وتطبيق هيئة التحكيم

لقانون الإرادة وإعمال قواعد تنازع القوانين في هذا الصدد، فلم تبحث بشكل مفصل دور الإرادة والضوابط التي تحد من قدرتها على الاختيار للقانون الواجب التطبيق بشكل خاص.

5) عبد الله المحاميد، القيود الواردة على نظام التحكيم التجاري، (رسالة ماجستير)، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، (2018م)

تناول الباحث في دراسته مفهوم التحكيم ومميزاته والشروط الواجب توفرها في المحكم والقيود التي ترد على اللجوء للتحكيم التجاري، وتناولت دراسته فكرة النظام العام لسلطة المحكم في تحديد مضمون النظام العام والآداب العامة، وسلط الضوء على القيود القانونية التي أقرها المشرع المتعلقة باتفاق اللجوء للتحكيم إضافة إلى تناوله لحدود وسلطات المحكم وخلص بأن المحكم يستمد صلاحيته من اتفاق التحكيم وأنه ارتقى إلى منزلة تضاهي منزلة القاضي الوطني، حيث لم تتناول دراسته القيود التي تحد من دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم ولا دور الإرادة في الاختيار وإن تطرقت إلى النظام العام والآداب العامة بدور المحكم بتطبيقها عند إصداره حكم التحكيم.

منهجية الدراسة

سيتم في هذه الدراسة اتباع أسلوب البحث العلمي القائم على المنهج الوصفي التحليلي وبتسليط الضوء على آراء الفقه القانوني فيما يتعلق بموضوع الدراسة بالوقوف على دور الإرادة وقدرتها في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في منازعات التحكيم والضوابط التي تحد من قدرة هذه الإرادة وتحليلها والنصوص القانونية الأردنية المتعلقة بموضوع الدراسة، وصولا إلى بيان موقف المشرع الأردني بشأن موضوع هذه الدراسة "ضوابط الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم".

وعليه سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى مقدمة وفصلين، حيث سيتناول الفصل الأول موضوع الإرادة ودورها في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، وسيتناول الثاني محددات الإرادة، التي يمكن أن تحد من دور الإرادة في عملية الاختيار، وأخيراً ستخرج هذه الدراسة بخاتمة وما توصلت إليه من نتائج وما يمكن أن توصي به من أفكار يمكن لها أن تساهم في تطوير المعرفة القانونية بخصوص موضوع الدراسة.

الفصل الثاني

الإرادة ودورها في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم

يشكل مبدأ سلطان الإرادة القاعدة الأساسية في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، كرسته مختلف التشريعات ذات الصلة بنظام التحكيم، بعد أن مر دور الإرادة وتطور بمراحل عديدة عبر التاريخ.

فارتأى الباحث الاستعانة بفقه القانون الدولي الخاص بالنظرتين الشخصية والموضوعية للوقوف على دور الإرادة وحريتها في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، هذه النظريات توضح مدى تحرر العقد الدولي من حكم القانون في مجال القانون الدولي الخاص والتحكيم، فسيتم التطرق لهذه النظريات بخصوص التحكيم بالوقوف على منطقها، سيتم التطرق لهذه النظريات ومدى توافقها مع مجال التحكيم فالأخذ بإحدى النظريتين يؤدي إلى نتائج مختلفة لتنعكس على مدى قدرة الإرادة على الإفلات من أحكام القانون، كما يكون كأساس قانوني للوقوف على دور الإرادة في الاختيار ومدى قدرتها على ذلك، وعليه تساهم تلك النظريات في بيان مدى قدرة الإرادة على الاختيار وتحديد الضوابط التي تحد من قدرتها.

فأنصار النظرية الشخصية يتجهون إلى أن تسمو الإرادة على القانون، وعلى العكس فأنصار النظرية الموضوعية يصرون على أن تخضع الإرادة لحكم القانون ولا تقدر أن تسمو عليه.

ودور الإرادة في التحكيم يظهر بقدرتها على اللجوء للتحكيم من خلال اتفاق التحكيم الذي يعد أساس العملية التحكيمية ككل، وفيه غالباً ما يتم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على النزاع إذا ما تم اختياره في العقد الأصلي، فيكون هذا الاختيار بتعبير المتعاقدين عنه بإرادتهم الصريحة، أما إذا سكت المتعاقدين عن ذلك فإلى أي مدى سيتم الاعتداد بإرادتهم الضمنية الحقيقية في هذا الشأن.

وعلى ما تقدم، لبيان دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، ينبغي التطرق أولاً إلى مفهوم الإرادة في منازعات التحكيم بالوقوف على المقصود بمبدأ سلطان الإرادة بتحديد مضمونه ومدى فعاليته في التحكيم وخصوصاً في اختيار القانون الذي سيحكم النزاع، والوقوف على تطور دور الإرادة استناداً إلى هذا المبدأ إلى أن أصبح معترفاً به في غالبية الفقه والقانون، ومن ثم نظريات الفقه القانوني والتي ستبين مدى قدرة الإرادة على الإفلات من حكم القانون، فدور الإرادة المطلقة يعني عدم خضوعها لأي ضابط أو قيد يحد من حريتها.

وثانياً بيان مظاهر دور الإرادة في التحكيم بتعبير الإرادة باللجوء إليه وتعبيرها عن اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم ومدى حريتها في ذلك. وعليه سيتناول هذا الفصل الأول مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الإرادة في منازعات التحكيم

المبحث الثاني: مظاهر دور الإرادة في التحكيم.

المبحث الأول
مفهوم الإرادة في التحكيم

سيتناول هذا المبحث مفهوم مبدأ سلطان الإرادة بتحديد معناه القانوني ومدى إعماله في مجال التحكيم وتطوره في الفقه والقانون، مع الوقوف على مدى قدرة الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق وتحررها من حكم القانون بضوابطه وقيوده، وعليه سيتناول هذا المبحث مطلبين، الأول المقصود بمبدأ سلطان الإرادة، والثاني بقدرة الإرادة على اختيار القانون الواجب التطبيق في الفقه القانوني.

المطلب الأول
المقصود بمبدأ سلطان الإرادة

البحث في مدى نطاق سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم يتطلب بدايةً بيان المقصود بمبدأ سلطان الإرادة بالوقوف على مضمونه وبأساس قانوني يوضح معني مبدأ سلطان الإرادة وأثره بالتحكيم، بدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق (قاعدة قانون الإرادة) الذي نشأ وتطور ومر بمراحل عديدة إلى أن استقر قانوناً، ولهذا ارتأى الباحث بيان أساس قاعدة قانون الإرادة ونشأتها في الفقه القانوني ومدى تأثير كل من المذاهب الفردية والمذاهب الجماعية عليها وبإيجاز، والتي لها دور في تحديد أساس فكرة الضوابط أو القيود التي تحد من مبدأ سلطان الإرادة بشكل عام، وعليه سيتناول هذا المطلب فرعين، تعريف مبدأ سلطان الإرادة بالفرع الأول، وبالفرع الثاني تطور مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الأول: تعريف مبدأ سلطان الإرادة

يعتبر موضوع الإرادة من الموضوعات الواسعة، فالمصطلح يرد في مواضيع مختلفة وعلوم متباينة كعلم النفس والاجتماع والقانون، فيتخذ تعريفه أشكالاً مختلفة باختلاف الزاوية التي ينظر

فيها إليه، ونظراً إلى أنه لا يوجد تعريف مباشر ودقيق بمبدأ سلطان الإرادة إلا أن الفقه القانوني حاول تعريفه ببيان جوهره وخصائصه، لذلك سيقوم الباحث ببيان مبدأ سلطان الإرادة بالقدر المطلوب في هذا الموضوع من الدراسة لبيان دور هذا المبدأ على صعيد التحكيم بتحديد معناه وإبراز مضمونه على النحو الآتي:

بداية تعتبر نظرية العقد البيئة الخصبة لمبدأ سلطان الإرادة، حيث يعرف العقد "بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، والمهم بالعقد أن يكون هناك اتفاق على إحداث أثر قانوني"، حيث يذهب أنصار مبدأ سلطان الإرادة إلى أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه، وعندهم أن الفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية فمظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة [1].

إن الإرادة تكفي وحدها لإنشاء العقد أو العمل القانوني بوجه عام بحيث تكون الحرية للشخص في أن يتعاقد فيلتزم بما يبرم من عقود أو أنلا يتعاقد فلا يلتزم بشيء، وله الحرية في المساومة وتحديد شروط العقد وفق حاجاته، ويعبر عن هذا الوجه لمبدأ سلطان الإرادة بمبدأ الرضائية القائم على الحرية التعاقدية، فلا سياق للإرادة إذا كانت فعاليتها تخضع لشكلية ما[2]، إضافة إلى أنها حرة في تحديد الآثار التي تترتب على العقد[3]، وفي حال كانت واضحة صحيحة فيجب على القاضي أن يطبقها ويلزم الأطراف بتنفيذها استناداً إلى مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين".

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، (2015). الوسيط في شرح القانون الجديد، المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص151، 153.

[2]اقتضاء شكلية ما على عكس مبدأ الرضائية السائد الذي يكفي فيه التراضي لإنشاء الالتزام وهي الحالات الخاصة التي يفرض فيها القانون الالتزام بإجراءات معينة عن طريق تنظيم العقد بشكل معين كالكتابة الرسمية مثلاً في عقود البيوع العقارية.

[3]الخزاعلة، شمس الدين قاسم، (2005). نطاق سلطان الإرادة، ط1، عمان: دار الكتاب الثقافي، ص12، 13.

حيث نصت المادة (241) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 على أن: (إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضي نص بالقانون).

يمكن تعريف مبدأ سلطان الإرادة بالقول: "أن أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه فهذه الإرادة هي التي تنشؤه وتحدد آثاره ومن ثم فدور القانون يكون بالحرص على تحقيق الغاية المقصودة من هذه الإرادة المشتركة للطرفين"[1] .

وفيما يخص العقود الدولية فذهب رأي للقول: أن هذا المبدأ يمنح للمتعاقدين الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق فيسمح للأطراف المتعاقدة بوضع قواعد تنظم العلاقة بينهم[2] .

يعني مصطلح سلطان الإرادة قدرة الإرادة الذاتية على صنع القواعد التي تحكمها أو قدرة المتعاقدين على صنع قانونهم الخاص، وقصد به في المجال القانوني بصفة خاصة اعتبار الإرادة مصدراً ومعياراً للحقوق الشخصية فهي الأداة الصانعة للقانون، فهذا المصطلح أكد للفرد أن إرادته حرة مستقلة عن المجتمع الذي يعيش فيه، فحرية الفرد تعبر عن حقوقه[3] .

بناءً على ما تقدم، يجد الباحث أن التعريفات المذكورة تشير إلى مضمون مبدأ سلطان الإرادة الذي يكمن في تكوين العقد وتحديد آثاره، وعليه يمكن تعريف مبدأ سلطان الإرادة بأنه: سيادة الإرادة وقدرتها على تكوين العقد بإنشائه وتحديد شروطه والآثار المترتبة عليه، مما يعني قدرتها بذاتها على إنشاء الالتزام ووضع القواعد المطبقة عليه، وبعبارة أخرى يعني قدرة المتعاقدين على

---

[1] عرعار، خولة، (2015–2016)، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي المؤسسي (رسالة ماجيستير منشورة)، جامعة 08 ماي، الجزائر، ص29.

[2] عمر، سعد الله، (2007). قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، الجزائر، ص159.

[3] صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص21.

تنظيم روابطهم التعاقدية بإرادتهم الحرة المستقلة استناداً إلى أن العقد شريعة المتعاقدين، وبهذا المعنى يمكن القول أن مبدأ سلطان الإرادة يمنح العقد القوة الملزمة له[1]، فالالتزام الناشئ من العقد له قوة الالتزام الناشئ من القانون[2] ، ويلاحظ في هذا التعريف أن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على أن مصدر الالتزام يرجع إلى الإرادة الحرة المستقلة دون فرض أي شكلية عليها.

على صعيد التحكيم، فإنه يشكل مكاناً بارزاً على الصعيدين الوطني والدولي فأصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية باللجوء إليه لما يمتاز به من احترام لإرادة الأطراف وإعلاء لمبدأ سلطان الإرادة.

من الجدير بالذكر، ذهب رأي للقول بأن التحكيم في المعاملات الدولية لم يعد كقضاء اتفاقي يتوقف على الإرادة الحرة للخصوم وإنما أصبح أشبه بنظام إلزامي، من ناحية فقد صار التراضي على التحكيم أقرب بشروط محددة مسبقاً فليس للإرادة حرية كبيرة في الاختيار فتفرض هذه الشروط على أطراف التجارة الدولية كما هو الحال مثلاً بالعقود النموذجية الدولية، ومن ناحية أخرى فقد انتشرت مراكز وهيئات التحكيم الدائمة والمتخصصة في تنظيم التحكيم وفقاً لإجراءاتها الخاصة

---

[1] حيث بين نص المادة (199) من القانون المدني الأردني وميز بين حكم العقد وحقوق العقد وقرر إلزام ما يتضمنه العقد من آثار فجاء فيها: (1- يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك. 2- أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما).

[2] انظر حكم محكمة التمييز الحقوقية، رقم (3989) لسنة 2022، حيث جاء فيه : (1- أن العقد شريعة المتعاقدين ويجب تنفيذه وفقاً لما تم الاتفاق عليه وبطريقة تتفق ومبدأ حسن النية، وباعتبار أن الأصل في العقود ما ارتضاه المتعاقدين وما التزما في التعاقد ...).

ولوائحها التي يتعين على أطراف النزاع الخضوع لها بمجرد اختيارهم اللجوء إلى أحد هذه المراكز أو الهيئات[1] .

يرى الباحث، أنه وبالنظر إلى الرأي سالف الذكر من زاوية أخرى فإنه يفيد بالإشارة إلى أن الواقع التجاري يتجه إلى اللجوء للتحكيم بدلاً من القضاء الوطني المختص أصلاً بالنظر في المنازعات، ويشير الباحث إلى أن محكمة التمييز الأردنية أكدت على كون التحكيم أداة اتفاقية تتوقف على إرادة الأطراف بالاتفاق على إحالة نزاعهم إلى التحكيم بقولها "2- يستفاد من أحكام المواد (10، 11، 12) من قانون التحكيم الأردني والمواد (241- 244) في القانون المدني الأردني وما استقر عليه الاجتهاد القضائي والفقه القانوني أن اتفاق التحكيم هو عقد يتم باتفاق الطرفين ويعتبر مظهراً لسلطان إرادتهم..." [2].

إذا كان التحكيم في جوهره أداة اتفاقية لحسم النزاع، فهو بهذه المثابة يضع سلطان إرادة الأطراف في مواجهة سلطان القانون، فيتجاوز الاتفاق على التحكيم في مضمونه مضمون العقود الأخرى التي تستند إلى مبدأ سلطان الإرادة، إذ يقيم كياناً يعترف له النظام القانوني بسلطة الفصل في النزاع على نحو لا يكفي معه مبدأ سلطان الإرادة لتفسيره، فالتحكيم ليس إذاً فقط مجرد نتيجة

---

[1] الجمال، مصطفى، وعبد العال، عكاشة، (1998). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم التجاري المصري رقم (27) لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية. ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص57.

[2] تمييز حقوق، هيئة خماسية قرار رقم (5660) لسنة 2018 منشورات قسطاس.

وإعمال لمبدأ سلطان الإرادة وإنما هو نتيجة للتواتر المستمر بين مقتضيات سلطان الإرادة ومقتضيات الانصياع لأحكام التنظيم القانوني للمجتمع[1] .

لهذا فقد قامت نظم التشريعات الوطنية بوضع تنظيم قانوني للتحكيم يوفق بين هذين

المقتضيين (الاعتبارين)، فأفرد النظام القانوني الأردني قانوناً خاصاً للتحكيم من خلال قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001 وتعديلاته، وباستقراء هذا القانون يلاحظ أنه يسعى إلى التوازن بين الاعتبارين السابقين، ذلك لأنه عمل على تجسيد مبدأ سلطان الإرادة من ناحية، فعلى سبيل المثال نصت المادة (36/أ) منه وبما يخص موضوع الدراسة تحديداً، حيث جاء فيها: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين"، وكذلك المواد (14، 16، 23، 24، 27) من ذات القانون، ومن ناحية أخرى وتحقيقاً للعدالة واحترام القانون ألزم الأفراد بقواعد آمرة لتنظيم الأمور المتعلقة بالمصالح العليا للدولية ووجوب احترام النظام العام والآداب العامة، فلا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك، فعلى سبيل المثال نصت المادة (9/ب) على أن: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح" ، وكذلك المواد (10/أ، 15/هـ، 15، 21، 49/ب) من ذات القانون.

يتفق الباحث مع ما تقدم ذكره، ذلك لأن مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم يقوم على أساس أن المصلحة العامة تتحقق بمجموع المصالح الخاصة والتي تكون بتحقيق المساواة[1] .

---

[1]الجمال، مصطفى، وعبد العال، عكاشة، (1998). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم التجاري المصري رقم (27) لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية، مرجع سابق، ص59، 280.

إذاً، يتجلى الاعتراف بدور سلطان الإرادة في التحكيم من خلال الاعتراف باتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، فالأفراد أحرار باللجوء للتحكيم من عدمه، وذلك احتراماً لإرادتهم الحرة من جهة، ورغبة من المشرع في التخفيف من عبء المنازعات الملقاة على كاهل القضاء الوطني من جهة أخرى[2] ، وهذه الرضائية هي جوهر مبدأ سلطان الإرادة باللجوء للتحكيم، وعليه إذا ما تم الاتفاق على التحكيم، يلتزم القاضي باحترام إرادة الطرفين بعدم نظر النزاع من قبله طالما وجد

اتفاق تحكيم وتمسك به أحد الأطراف وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية رقم (24) لسنة 1988 بنص المادة (109) منه، ونص المادة (12/أ) من قانون التحكيم حيث جاء فيها: "على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى"، والأمر بتنفيذ قرار المحكم عندما يكون قابلاً للتنفيذ وفقاً للقانون.

ومن المستقر عليه وبحسب القواعد العامة في تنازع القوانين فإن مبدأ سلطان الإرادة يتجسد في اختيار المتعاقدين القانون الواجب التطبيق على عقودهم الدولية. حيث يؤكد الفقه التقليدي أن نطاق تنازع القزانين يتحدد بالمراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي التي يحكمها القانون الخاص[3] ، فيعد هذا المبدأ في عقود التجارة الدولية حجر الزاوية، والصفة الدولية تجعل مبدأ سلطان الإرادة يتجسد في أقوى صورة[4] ، حيث اعترفت أغلب التشريعات الدولية والوطنية في قواعد القانون الدولي

---

[1]المحاميد، عبد الله، (2018). القيود الواردة على التحكيم التجاري، (رسالة ماجيستير منشورة). جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ص46.

[2]حداد، حمزة أحمد، (2014). التحكيم في القوانين العربية. ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص47.

[3]صادق، هشام علي (–). تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة في تنازع القوانين والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري. ط2، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص28.

[4]عبد الرحيم، علي حسام، (2021). " تأملات في بعض المتناقضات بين مبدأي سلطان الإرادة والتوحيد، الاتجاهات الحديثة في قانون التجارة الدولية" ، المجلة القانونية، العدد (2537– 0785)، ص4708.

الخاص (قواعد الإسناد) بدور الإرادة في تحديد قانون العقد[1] ، حيث أخضعت العقود الدولية[2] إلى مبدأ سلطان الإرادة أي للقانون الذي يختاره المتعاقدون والذي يدعى بقانون الإرادة.

حيث نصت المادة (20) من القانون المدني الأردني على أن: "1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولية التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولية التي تم فيها العقد. **هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك**". حيث يستدل بعبارة "يسري على الالتزامات التعاقدية أنها تشمل العقد ككل بتكوينه وتحدي آثاره[3] ، فالقاعدة هي الحرية في تحديد مضمون العقد الدولي.

على أن نظام التحكيم له خصوصيته في هذا الصدد كونه نظاماً مستقلاً فعمل قانون التحكيم الأردني على تجسيد مبدأ سلطان الإرادة ودورها في اختيار القانون الواجب التطبيق، فنصت المادة (36/أ) منه على أن: (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان).

ويلاحظ أن هذا تكريساً لقاعدة قانون الإرادة، التي استقر الفقه الغالب سواء في مجال القانون الدولي الخاص أو في مجال التحكيم على أن تطبيقها يقتصر على الجانب الموضوعي للعقد وعلى

---

[1] يشير الباحث إلى أن اتفاقية روما بسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية كرست هذا المبدأ في المادة (1/3) منها حيث بأنه:"يخضع العقد الدولي للقانون الذي تختاره الأطراف ". وانظر المادة (19) من القانون المدني المصري لسنة 1948.

[2] يشير الباحث إلى أن مسألة التكييف لها أهميتها في العقود الدولية، فدولية العقد هي الشرط الضروري لسلامة دور الإرادة باختيار القانون الذي ستخضع له الرابطة العقدية، ولا شك أن مسألة تكييف العقد مسألة تتوقف على دور القاضي، ومهمته في هذه العملية التي يستمدها من عناصر العلاقة العقدية هي مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة التمييز، ففي البداية يجب التأكد من أن العلاقة العقدية تتسم بالصفة الدولية، أي أن أحد عناصرها على الأقل أجنياً. راجع نص المادة (11) من القانون المدني الأردني، والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص8، وكذلك راجع صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص60، 61. وكذلك راجع المصري، محمد وليد، (2022). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص76.

[3] استثناء أهلية المتعاقدين التي تخضع للقانون الشخصي وفق نص المادة (12) من القانون المدني الأردني.

هذا النحو ينطبق قانون الإرادة بشأن كل ما يتعلق بتكوين العقد وشروط انعقاده الموضوعية وينطبق أيضاً على آثار العقد[1]فمضمون مبدأ سلطان الإرادة بهذا الصدد هو بحق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعة التحكيمية وهذا خصوصاً ما يهم هذه الدراسة لبيان ضوابط الإرادة بهذا الصدد فحق المتعاقدين في اختيار قانون العقد معترفاً به إلا أن الفقه اختلف حول ما إذا كان هذا الاختيار يرتد إلى مطلق سلطان الإرادة وبالنتيجة تقدر الإرادة على التحرر من حكم القانون ولا يحد من سلطانها شيء أو يرتد إلى قوة القانون الذي منح المتعاقدين القدرة على هذا الاختيار، وبالنتيجة تخضع الإرادة لحكم القانون بحيث يقيدها ويحكمها[2] ، وهذا ما تعتمد عليه هذه الدراسة ببيان دور الإرادة وضوابطها في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، وبعبارة أخرى متى تقدر الإرادة على التحرر من حكم القانون ومتى لا تقدر على ذلك في ممارسة دورها في الاختيار؟

فكما كان لإرادة الأطراف السلطان الأكبر في اختيار اللجوء للتحكيم كان بديهياً أن تمارس الإرادة نفسها دورها في اختيار القانون الواجب التطبيق، حيث يستمد مبدأ سلطان الإرادة في الاختيار من طبيعة التحكيم التي تعتبر نظاماً اتفاقياً، وعليه فيمارس الأطراف حريتهم في اختيار قانون وقواعد وفقاً لهذا المبدأ لكون هذا الاختيار يلبي مصالحكم، ومما لا شك فيه أن الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة يضمن للأطراف ميزة الأمان القانوني من خلال المعرفة المسبقة في القانون

---

[1]الصالحي، أحمد، (–)، "تنازع القوانين بشأن التحكيم في مسائل العلاقات الدولية الخاصة، مدى انطباق قانون الإرادة على اتفاق التحكيم"، مجلة توهامة، العدد العاشر، ص105. أما شكل العقد فيخضع إما لقانون العقد (قانون الإرادة) أو لقانون بلد التنفيذ وفي هذا اختيار يهدف إلى التيسير على المتعاقدين.

[2] الأيوبي، محمد، (2016). "دور سلطان الإرادة في القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 12، ص44.

والقواعد التي يرغبون بالخضوع لها، لذلك يلجؤون لإعمال هذا المبدأ لما يترتب على العمل به سرعة الفصل في المنازعات التحكيمية المعروضة على المحكم أو هيئة التحكيم[1] .

بالإضافة إلى ميزة الأمان القانوني للأطراف، فإن الباحث يشير إلى ما يسمى بدوافع سلطان الإرادة بالنقطتين التاليتين[2]:

إن إعلاء دور الإرادة وسلطانها في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع له أهمية كبيرة فهو يخدم مصالح الأطراف ويحقق أهدافهم خصوصاً باختلاف العلاقات الدولية وتعدد المشكلات فيها، وبإعطاء الحرية للمتعاقدين بتضمين عقودهم ما يرون فيه مصلحتهم، فهم أعلم بعلاقاتهم وظروف عقدهم.

إن مبدأ سلطان الإرادة يستجيب للتنوع الهائل والمعقد للمعاملات التعاقدية الدولية إن جاز التعبير، فإعطاء إرادة المتعاقدين الحرية الواسعة بتحديد القانون الأنسب لهم ينسجم مع طبيعة العلاقة بين المتعاقدين، وخاصة أمام التحكيم، على فرض أنه أنسب القوانين لتطبيقه على النزاع مما يسهل عملية حسم النزاع من قبل هيئة التحكيم.

يلخص الباحث أن مبدأ سلطان الإرادة وفق قاعدة قانون الإرادة التي تسري على المسائل المتعلقة بالتحكيم من حيث الموضوع، تسري على تكوين العقد بالتراضي والمحل والسبب وكذلك تخضع لها آثار العقد بصفة عامة.

---

[1] الغانم، بشائر صلاح، (2020). "دور سلطان الإرادة في اختيار القانون الإجرائي على التحكيم، دراسة في قواعد مركز الويبو للتحكيم والوساطة"، المجلة الدولية للقانون، المجلد التاسع، (العدد المنتظم الأول)، ص212– 215.

[2] بحسب ما تم إلقائه على طلبة القانون بمادة "دراسة معمقة في القانون الدولي الخاص" للدكتور محمد أبو الهيجاء (2022/10). في جامعة الشرق الأوسط للدكتور محمد أبو الهيجاء.

فيتجسد مبدأ سلطان الإرادة في الحكيم وبخصوص هذه الدراسة، بلجوء الأطراف إليه عن طريق اتفاق التحكيم، وبحق الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة التحكيمية، وما هذا إلا اتجاه الإرادة بإحداث أثر قانون يجب احترامه.

نظراً لأن هذه الدراسة ستسهب في تناول حدود دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق سيكتفي الباحث بهذا الدر من التوضيح بهذا الصدد.

حيث سار الفقه والقضاء والتشريع على إعمال مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق (قانون الإرادة)، إلا أن هذا المبدأ تطور ومر بمراحل إلى أن أصبح لما هو عليه الآن من اعتراف وتكريس له بأغلبية التشريعات القانونية، ولهذا لا بد من استعراض أساس وتطور قاعدة قانون الإرادة بقدر من الخصوصية في مجال التحكيم.

الفرع الثاني: تطور مبدأ سلطان الإرادة:

مر مبدأ سلطان الإرادة وتطور بمراحل عديدة إلى أن أصبح مسلماً به بالفقه والقانون حيث أخضعت عقود التجارة الدولية لقاعدة قانون الإرادة اعترافاً بدور الإرادة وقدرتها على الاختيار الصريح لقانون العقد الدولي وفي ظل المذاهب الفردية التي أعلت من شأن فكرة سلطان الإرادة.

لذلك ارتأى الباحث، الوقوف على قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة وفق فقه القانون الدولي الخاص- بالقدر المناسب لتوضيح تطور دور الإرادة في مجال التحكيم- الذي كان له الدور الكبير في تطور هذه القاعدة واستقرارها، إلى أن أصبح مبدأ سلطان الإرادة مستقراً في القرن العشرين مضمونه حرية الفرد وإرادته الحرة التي لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وتحديد آثاره، وعلى الأخص قدرة الإرادة على اختيار القانون الواجب التطبيق، ومما لا شك فيه أن هذا التطور

لقاعدة قانون الإرادة ينطبق على دور الإرادة بهذا الصدد في مجال التحكيم، وسيتناول الباحث ذلك وبشيء من الإيجاز.

في الفقه القديم وبتأثير المدرسة الإيطالية فقد اعتبرت أن الأحوال المتعلقة بالعقود من القوانين الإقليمية، فكانت قاعدة إسناد العقد لقانون دولة إبرامه على أساس فكرة تعلق القانون بالإقليم، ومن ثم وفي مرحلة لاحقة، فإن الفقيه الفرنسي "ديمولان" هو أول من نبه في القرن التاسع عشر إلى إمكان خضوع العقد مع ذلك لقانون الإرادة[1] ، فظهرت فكرة سلطان الإرادة، مما أكد الفقيه الفرنسي "فوليكس" أن العقود الدولية تخضع لقانون بلد الإبرام الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره مع التحفظ الخاص لقانون بلد التنفيذ، وأسس "فوليكس" ذلك على أساس فكرة الإرادة الضمنية للمتعاقدين التي يفترض أنها لا تهدف لمخالفة الأعراف والعادات المستقرة، بل ورفض إعمال أي قانون آخر قد تختاره إرادة المتعاقدين صراحة مفضلاً أساسه بالإرادة الضمنية، وهي في حقيقتها إرادة مفترضة[2] .

على ما تقدم يشير الباحث إلى أن الفقه القديم لم يكن يسند العقود الدولية لقانون الإرادة

وإنما استخدم فكرة سلطان الإرادة كمجرد تبرير لحل سابق محدداً على نحو آمر في خضوع العقود الدولية لقانون بلد الإبرام أو لقانون بلد التنفيذ، دون وجود أي دور حقيقي لإرادة المتعاقدين في هذا الصدد.

---

[1]وذلك حينما أفتى بخضوع النظام المالي للزوجين بوصفه عقداً ضمنياً لقانون موطن الزوجية الأول الذي أبرم فيه العقد بافتراض أن هذا هو توجه الإرادة الضمنية.

[2]أحلام، سواعدي، وريمة، بوشموخة، (2016–2017). إخضاع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة، (رسالة ماجستير منشورة)، جامعة محمد الصديق بن يحيى، الجزائر، ص18.

أما في الفقه الحديث، وتحديداً في نهاية القرن التاسع عشر خطى الفقيه الشهير "لوران" خطوة للأمام نحو إعطاء دور حقيقي للإرادة حين قرر أن إرادة الأطراف هي كل شيء، فهي تضع شروط العقد وتختار القانون الذي يحكمه أيضاً، فأصبح مبدأ سلطان الإرادة هو الحل في ذاته لمشكلة تنازع سواء كانت تلك الإرادة صريحة أو ضمنية أو باستخلاص إرادتهم المفترضة، فكما قال "لوران": "الإرادة المفترضة هي كما يتصورها القاضي أو المشرع"، ومن هنا منح الفقيه "لاوران" إرادة المتعاقدين الصريحة الدور والقدرة الحقيقية على اختيار قانون العقد الدولي وفي هذا قدرة للإرادة ذاتها على الاختيار بصفة مستقلة عن أي حل مسبق استناداً إلى مبدأ حرية التعاقد المستمد من القانون الطبيعي وبوصفه حقاً طبيعياً للإنسان[1] .

علماً أن أول من أطلق مصطلح "سلطان الإرادة" هو الفقيه "بروشيه"، حيث استعاره بعد ذلك شراح القانون المدني وأصبح شائعاً لديهم، ومن الجدير بالذكر أن الفقيه "بروشيه" لم يرد قدرة المتعاقدين على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي إلى سلطان الإرادة كما فعل الفقيه "لوران"، بل رد القدرة على الاختيار إلى قوة القانون الذي منح الإرادة القدرة على ذلك، وهو ما يتماشى مع أفكار أنصار النظرية الموضوعية والتي لا تتصور وجود العقد وترتيب آثاره بعيداً عن سلطان القانون، على أساس أن العكس، برد قدرة المتعاقدين على الاختيار لسلطان الإرادة سيؤدي في النهاية إلى إلغاء تنازع القوانين في العقود الدولية لأن الإرادة ستعلو على القانون وتصبح قادرة على الإفلات من أحكامه، وهو ما انتهى إليه أنصار النظرية الشخصية[2] .

---

[1] حند، عبد مزيان، وأنيس، كادم، (2020-2021). حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية. (رسالة ماجيستير منشورة). جامعة مولود معمري، الجزائر، ص13.

[2] صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص37، 38.

هذا الخلاف حول حرية الإرادة سيتم توضيحه في هذه الدراسة عند الوقوف على دور الإرادة وفق إطار النظريات الفقهية في هذا المجال، وهو ما سيسهم في تأسيس الإجابة عن التساؤل المهم في هذه الدراسة بما الضوابط التي تحد من وتحكم دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم؟ على أساس فكرة مدى قدرة الإرادة على التحرر والإفلات من سلطان القانون في منازعات التحكيم؟

فاستقر مصطلح سلطان الإرادة في الفقه القانوني في نهاية القرن التاسع عشر وفي رحاب المذاهب الفردية التي تقوم على حرية الفرد واستقلال إرادته، حيث أثرت هذه المذاهب على الفلسفات القانونية، إذ ترى أن أساس الالتزام هو التراضي والاختيار، فأعلت الحرية الشخصية وجوب احترامها، فهي المصدر الوحيد للالتزام التعاقدي على أساس أن للإنسان حقوق طبيعية ذاتية يتمتع بها وأن دور المجتمع والقانون هو حماية هذه الحقوق، فإخضاع الشخص بإرادته لقانون ما أمراً منافياً للأخلاق[1] ، فظهرت فكرة العقد الاجتماعي (اتفاق الإرادات الحرة)، وانتشرت فكرة الحرية الاقتصادية التي تستدعي استبعاد أي إعاقة أمام الحرية التعاقدية تحقيقاً للمصلحة العامة والعدالة الاجتماعية، وبذلك انتشر التسليم في دائرة العقود بمبدأ سلطان الإرادة ومضمونه الرضائية والعقد شريعة المتعاقدين[2] .

فأصبح الأصل في مجال القانون الداخلي هو حرية المتعاقدين وهي التي تمنح الأفراد

---

[1]عرعار، خولة، (2015–2016). مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي المؤسسي، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص22، 23.

[2]الخزاعلة، شمس الدين قاسم، (2005). نطاق سلطان الإرادة، مرجع سابق، ص18، 19.

حقوقهم وتفرض عليهم الالتزامات التي يرتضونها بأنفسهم[1] ، ولا يختلف الأمر في القانون الدولي الخاص حيث أن قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد الدولي يرتد إلى مطلق سلطان الإرادة، بل ووصل إلى حد قدرتهم على تحرير عقودهم من الأحكام وإفلاتها من حكم أي قانون وهو ما يسمى "العقد بلا قانون" أو "العقد الدولي الطليق"، والذي يعمل به في مجال التحكيم إلى حد ما مع التحفظ بخصوص هذه المسألة لنتائج هذه الدراسة.

ما تقدم، على عكس المذاهب الاجتماعية والاشتراكية التي بقيت تدعو إلى ضرورة تدخل الدولة بالقدر المناسب لفرض العدالة الاجتماعية وحماية المصلحة العليا للجماعة في مواجهة النزاعات الفردية المتطرفة، فهذا الفكر اقتنع بسلامة التطور الذي لحق مبدأ سلطان الإرادة مع ضرورة تقييده سواء في مجال القانون الداخلي أو في مجال القانون الدولي الخاص[2] .

ذهب رأي، وفي نقضه للفردية المطلقة بالقول، بأن الإنسان هو كائن اجتماعي بطبعه وما يتمتع به من حقوق هي ناتجة عن كونه يعيش مع غيره من الأفراد، والقول بوجود حقوق شخصية للفرد سابقة على وجود المجتمع، هو فكرة نظرية ضد المجتمع فلا وجود للحقوق الشخصية للفرد بإرادته الحرة طالما أن الإنسان يولد مدنياً للمجتمع الإنساني[3] .

---

[1]السرحان، عدنان إبراهيم، وخاطر، نوري أحمد، (2009). شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص33. حيث كانت العقود الشكلية هي الأصل وبعد تطور المجتمع واتساع التبادل التجاري بدأ الاتجاه لهجر الشكلية في العقود، فنشأت الرضائية في عقود البيع والوكالة والإيجار إلى أن أصبح المبدأ العام الرضائية في العقود الذي يقوم على أن الإرادة هي المصدر الوحيد لقيام العقد.

[2]صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص41.

[3]عرعار، خولة، (2015-2016). مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي المؤسسي، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص41.

ففي مجال القانون الدولي الخاص، لم تعد الإرادة قادرة على تحرير العقود الدولية من سلطان القانون، فالعقد الدولي لا يكون في غيبة القانون دائماً يخضع في مضمونه لقانون دولة معينة سواء كان هذا القانون هو قانون دولة إبرامه او دولة تنفيذه أو القانون المختار من قبل إرادة الأطراف، فيستمد المتعاقدون حقهم في الاختيار للقانون الواجب التطبيق من المشرع ذاته الذي منحهم هذا الحق، فلم يعد يتصور فكرة العقد بلا قانون.

وعلى العكس، ففي مجال التحكيم تم الاهتمام بحرية الأطراف على نحو متطور يسمح لهم باختيار القانون الواجب التطبيق بحرية واسعة، فكرست الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالتحكيم الدولي دور الإرادة وسلطانها في هذا الصدد.

فعلى سبيل المثال، اتفاقية نيويورك لسنة 1959 بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، أشارت بنص المادة (5) منها إلى ضرورة احترام إرادة الأطراف المتعاقدة بشأن القانون المنطبق عليهم، وذلك دور فعال للإرادة كرسته الاتفاقية من خلال نصها الصريح على رفض تنفيذ القرارات التحكيمية متى ثبت تجاهل اتفاق الأطراف[1] ، وما هذا إلا تكريس الاتفاقية لدور الإرادة وسلطانها في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم.

ينتهي الباحث في هذا الفرع وكما تمت الإشارة إليه، فقد كرس المشرع الأردني مبدأ سلطان الإرادة في قانون التحكيم وخصوصاً بإعطائه إرادة الأطراف الحرية الواسعة والدور الحاسم في اختيار القانون الواجب التطبيق بل ووسع في ذلك بعدم تقييد الأطراف باختيار قواعد تنتمي لقوانين وطنية على ما سيتم بيانه لاحقاً، وهذا إعلاء لمبدأ سلطان الإرادة إلا أن دور هذه الإرادة قد يقيد

---

[1] فاتح، خلاف، (2007-2008). مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في التشريع الجزائري. (رسالة ماجستير منشورة) جامعة محمد الصديق بن يحيى، الجزائر، ص11-12.

مثلاً باحترام قواعد النظام العام التي وضعت لمسائل ذات أهمية يجب مراعاتها بأولوية على مصلحة أطراف العلاقة المباشرة، على ما سيتم بيانه في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

المطلب الثاني
قدرة الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في الفقه القانوني

انقسم الفقه القانوني بشأن طريقة تحديد القانون المختص الذي ينطبق على عقود التجارة الدولية سواء في إطار قضاء الدولة أو في إطار قضاء التحكيم إلى من يتجهون إلى تحرير العقد من حكم القانون وإلى من يصرون على إخضاعه لحكم القانون، فسيتطرق الباحث إلى تناول هذا الفقه القانوني للوقوف على دور الإرادة وقدرتها فيه.

كما تم بيانه، الأصل في عقود التجارة الدولية هو إخضاعها لقانون الإرادة أي للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين، والدور المهم لإرادة المتعاقدين يكمن في القدرة على تحديد القانون الواجب التطبيق، وبهذا الصدد ظهرت عدة نظريات في الفقه، فثار خلاف حول ما إذا كانت قدرة الإرادة على اختيار قانون العقد ترتد إلى مبدأ سلطان الإرادة وبالنتيجة تسمو الإرادة على القانون أم يستند هذا الاختيار إلى قوة القانون وبالتالي يسمو القانون على الإرادة وتخضع لأحكامه، فهذا ما يطرح التساؤل المهم بمدى تحرر العقد الدولي من حكم القانون أمام التحكيم؟ وبعبارة أخرى هل تفلت الإرادة من سلطان القانون بدورها في اختيار القانون الواجب التطبيق؟

لهذا سيتناول الباحث في هذا المطلب أهم النظريات بخصوص تطبيق قانون الإرادة على العقود الدولية، وبالإشارة إلى مدى الأخذ بها في مجال التحكيم، ومن أجل ذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الأول وفق أنصار النظرية الشخصية، والثاني وفق أنصار النظرية الموضوعية.

الفرع الأول: وفق أنصار النظرية الشخصية

ولدت النظرية الشخصية في رحاب الفكر الفلسفي للمذهب الفردي الذي ساد خلال القرن التاسع عشر، إذ غالى أنصار النظرية الشخصية في تقديس مبدأ سلطان الإرادة وحرية الفرد بوصفها حقاً طبيعياً، ووصلوا إلى حد القول بأن إرادة المتعاقدين هي شريعتهم الملزمة فالعقد يستمد قوته الملزمة من إرادة المتعاقدين وأن دور القانون هو برد تأكيد الاحترام لحرية الأفراد في التعاقد[1]، وعليه استقر مبدأ سلطان الإرادة في مجال العلاقات التعاقدية.

فالإرادة حرة طليقة في تكوين العقد وتحديد شروطه وآثاره، حيث أن العقد ملزماً لأطرافه بوصفه شريعة المتعاقدين، وهذا هو منطق النظرية الشخصية أو النظرية الفردية التقليدية.

فعبر أنصار النظرية الشخصية بأن العقد الدولي بتنازع أكثر من قانون لحكمه فإنه لا يدعي أحد هذه القوانين خضوع العقد لأحكامه، فهم يطلقون الحرية للإرادة في اختيار قانون العقد استناداً لسلطان الإرادة ولا يقيدها شيء، فلهم أن يختاروا قانون الجنسية أو قانون الموطن المشترك أو قانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد أو سيتم فيها تنفيذ العقد، ولهم اختيار قانون محايد يمتاز بوضع أحكام وشروط تتناسب ومصالح المتعاقدين فيخضع العقد الدولي لسلطان الإرادة ويخرج من مجال تنازع القوانين وتزاحمها[2] فإن شاءت الإرادة فالعقد لا يخضع لأي قانون وإن أرادت فالقانون

---

[1] صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص125.

[2] أحلام، سواعدي، وريمة، بوشموخة، (2016-2017). إخضاع قانون التجارة الدولية لقانون الإرادة، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص36.

المختار كبنود العقد الأخرى، فالقانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين يتمتع بالقوة الملزمة له في حدود ما أرادته تلك الإرادة[1]، إرادة المتعاقدين الحرة.

فليس ما يمنع المتعاقدين من اختيار قانون دولة معينة بإرادتهم الحرة على ان يكون هذا الاختيار ليس بناءً على قاعدة من قواعد تنازع القوانين وإنما يرتد إلى مطلق سلطان الإرادة، وهكذا تندمج أحكام القانون الذي اختاره المتعاقدون في العقد المبرم بينهم وبذلك تعامل معاملة الشروط العقدية، حيث تم إدماج القانون إما عن طريق ترديد نصوصه في صلب العقد أو عن طريق الإحالة في ذلك القانون[2] .

حيث خص رأي للقول، بأن جوهر فكرة الاندماج هو بإنزال أحكام القانون المختار لحكم العقد منزلة الشروط التعاقدية، فيجرده المتعاقدون من طابعة الإلزامي مما يجعل العقد طليقاً دون أي قانون يحكمه[3] .

وعليه سيستعرض الباحث هذه النتائج بشيء من الإيجاز بالنقاط التالية:

1) أحكام القانون المختار وإن اعتبرت شروط تعاقدية فهي تعامل أمام القضاء الوطني على هذا النحو معاملة الوقائع، ولا يمنع المتعاقدين من استبعاد بعض هذه الأحكام ولو كانت ذات صبغة آمرة، فقانون الإرادة باعتباره بمنزلة الشروط التعاقدية فيكون من حق

---

[1]الأيوبي، محمد، (2016). دور سلطان الإرادة في القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد 12، مرجع سابق، ص34.

[2]عبد الحميد، منير، (1997). التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص177.

[3]عبد الكريم، بو خالفة، (2014–2015). نطاق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية، (رسالة ماجستير منشورة)، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ص72.

المتعاقدين بداهة الاتفاق على شروط أخرى ولو خالفت نص آمر في القانون المختار[1] هذا ما لم يتعارض الشرط التعاقدي بداهة مع النظام العام وفقاً للقانون المحدد لهذه الفكرة في مجال التحكيم، على ما سيتم بيانه في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

حيث يتم إنزال القانون المختار منزلة الشروط العقدية ولو كان من بين القوانين المتزاحمة لحكم العقد على أساس أن الاختيار هو اختيار مادي يستند على قاعدة من قواعد القانون التجاري الدولي القائمة على حرية التعاقد والعقد شريعة المتعاقدين، وهذه قاعدة مادية وإن كانت ذات طابع تنازعي، فالصفة المادية تبرر الحرية الواسعة لإرادة المتعاقدين باختيار قانون العقد والصفة التنازعية تكون كونها لقاعدة غير مباشرة لا تنطبق مباشرةً على النزاع وإنما تشير إلى القانون أو القواعد الواجبة التطبيق لحكم العقد، ويترتب على هذا تحرير العقد من سلطان القانون المختار. هذا الاختيار تندمج بمقتضاه أحكام القانون المختار في العقد فيفقد طابعه الآمر وبالتالي يكون عقداً متحرراً من سلطان القوانين الداخلية في مجال التحكيم[2]. فسيوضح الفصل الثاني مدى تحرر العقد من مطلق أحكام القانون، بتناوله دور القواعد الموضوعية في القانون التجاري الدولي وقواعد البوليس في الدول المرتبطة بالعقد.

2) وعلى ما تقدم، فليس ما يمنع المتعاقدين من تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون واحد ينظم جوانبه المختلفة، وهكذا يؤكد أنصار النظرية الشخصية حق المتعاقدين في انتقاء الأحكام التي يريدونها حيث تندمج في العقد وتصبح جزءاً من الشروط العقدية[3] .

---

[1] صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص131، 135.

[2] صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص131، 136.

[3] عبد المجيد، منير، (1997). التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مرجع سابق، ص178.

وعليه يختار المتعاقدون بإرادتهم مثلاً بعض أحكام القانون الأردني لتنظيم جانب من المسائل محل اتفاقهم وينظمون مسائل أخرى في ذات العقد وفقاً للقانون المصري، ولا يوجد في قانون التحكيم الأردني ما يمنع الأخذ بتجزئة العقد، فنص المادة (36/أ) منه ورد فيه مصطلح "القواعد" دون تحديد إذا كانت تنتمي لقانون واحد أو أكثر، فمن المتصور أن يتفق الأطراف على قواعد يتم اختيارها من عدة قوانين أو أن تكون مستمدة من اتفاقيات دولية أو عقود نموذجية جرى عليها العمل في المجال الذي يخص ما تم التعاقد عليه.

والباحث يتفق أن ما سبق بحق المتعاقدين بتجزئة العقد ينسجم ويتماشى مع واقع التجارة الدولية في الوقت الحاضر خصوصاً في تنوع تشابك وتعقيد العقود التجارية الدولية والتي غالباً ما تتم على مراحل متعددة وترتبط بأكثر من نظام قانوني واحد.

3) ما دام أن اندماج القانون المختار في العقد يرتد إلى مطلق سلطان الإرادة وإلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص عند البعض، فلم يعد هناك ما يستوجب وجود صلة بين هذا القانون والعقد[1]، وبهذا يستطيع المتعاقدين اختيار قانون محايد إذ قد يرى المتعاقدون أن القانون المدمج أكثر ملائمة في نصوصه مع طبيعة التصرف المبرم بينهم[2] هذا أحد أجه الخلاف الأساسية بين أنصار النظرية الشخصية وأنصار النظرية الموضوعية اللذين يستلزموا وجود تلك الصلة.

---

[1]الأيوبي، محمد، (2016). "دور سلطان الإرادة في القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مرجع سابق، ص44. علماً أنه سيتم دراسة شرط صلة القانون المختار بالعقد في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

[2]عبد الحميد، منير، (1997). التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مرجع سابق، ص177.

4) بناءً على أن اختيار المتعاقدين أساسه مطلق سلطان الإرادة فمن الطبيعي أن يرفض أنصار هذه النظرية فكرة الإحالة إلى أي قانون آخر، فالأخذ بالإحالة يتناقض مع إرادة المتعاقدين الحقيقية، ولهذا يرفض أيضاً أنصار النظرية الموضوعية فكرة الإحالة في مجال قانون الإرادة إلا لو كان هذا قصد المتعاقدين الحقيقي[1] ، ويرى الباحث أنه مما لا شك فيه أن منطق دور الإرادة في الاختيار يقوم باختيار القواعد الموضوعية في القانون المختص في تنظيم العقد، لا باختيار قواعد قد تحيلهم لقانون على عدم دراية به، فالأطراف أدرى باختيار القواعد التي تتفق مع عقودهم وتتناسب ومصالحهم.

فعلى صعيد قانون التحكيم الأردني، فأخذ بما تقدم بنص المادة (36/أ) منه ورفض فكرة الإحالة، وسيكتفي الباحث في هذا الموضوع بذكر النص المشار إليه حيث جاء فيه: (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان **وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين**).

5) القانون المختار المدمج بالعقد وفق أنصار النظرية الشخصية، لا يقوى على إبطال العقد، فلا يعقل أنهم ارتضوا ما يقرره القانون المختار في شأن إبطال تعاقدهم[2] ، فذهب رأي

---

[1] صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص137-139.

[2] حجازي، بسام عدنان، (2019). اتفاق التحكيم التجاري الدولي في المسائل المتعلقة في إطار منهج التنازع القانوني في تعامل السلطة التقديرية مع المحكم الدولي، مرجع سابق، ص53.

للقول كيف لا نعتبرها حرية كاذبة تلك التي تؤدي إلى إحدار حق الإرادة المنشود[1] فلا يعقل أن حرية المتعاقدين ستؤدي لنقض الهدف الذي تسعى إليه[2] .

ويشير الباحث إضافة لما سبق، بأن رفض إبطال العقد وفقاً لأحكام القانون المختار يحقق حماية لتوقعات الأفراد المشروعة، فهذا يتفق مع منطق دور الإرادة باختيار القانون الذي يتفق ومصالحهم وعدم مفاجأتهم بقواعد على الأغلب يتجاهلون العلم بها تبطل تعاقدهم.

إن أهم النتائج المترتبة على اندماج القانون المختار بالعقد هي ثبات هذا القانون على حالته وقت إبرام العقد (التجميد الزمني) وعدم الاعتداد بتعديلاته التشريعية اللاحقة على إبرام العقد استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة[3].

ويشير الباحث إلى أن التعديلات التي تتسم بالصفة المكملة لا تثير أي مشكلة بهذا الصدد، فلا أثر لهذه القواعد على الشروط التعاقدية فهي لا تطبق على نحو إلزامي وللأطراف مخالفتها في جميع الأحوال بحسب الأصل القانوني.

حيث أن صحة شرط الثبات التشريعي معترفاً به في إطار التحكيم فله أهميته في عقود الاختيار طويلة المدى مثلاً، وهذا التجميد الزمني للقانون المختار يحقق الأمان للمتعاقدين في

---

[1]عبد الكريم، بو خالفة، (2014–2015).نطاق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية، (رسالة ماجستير منشورة). مرجع سابق، ص79.

[2]إلا أن أنصار النظرية الموضوعية لا يترددون في إبطار العقد وفقاً للقانون المختار على أساس أن منطقهم الدائم هو ضرورة خضوع الإرادة والعقد لحكم القانون.

[3]عبد الكريم، بو خالفة، (2014–2015). نطاق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص81.

مواجهة المفاجآت التشريعية فيصون توقعاتهم المشروعة ويكفل بذلك الاستقرار المتطلب في العلاقات التجارية الدولية[1].

ويشير الباحث إلى النتيجة المنطقية لإعمال شرط الثبات التشريعي أمام التحكيم وهي أن العقد الدولي سيفلت من حكم القانون.

ويشير الباحث إلى أنه نظراً لهذه النتائج المترتبة على منطق النظرية الشخصية فقد واجهت انتقادات لعل أهمها، أن اعتمادها على مبدأ الحرية المطلقة غير دقيق فإذا التزم المتعاقد فيجب أن يلتزم في حدود القانون طالما أن القانون يمنح هذه الحقوق ويتكفل بحمايتها[2].

وبالنتائج المترتبة على منطق وفكر أنصار النظرية الشخصية ستؤدي إلى أن يفلت العقد الدولي من حكم القانون، وبعبارة أخرى ستستطيع الإرادة أن تسمو على القانون، وستبين هذه الدراسة مدى تحرر الإرادة من مطلق سلطان القانون في مجال التحكيم في الفصل الثاني.

ففي نظام التحكيم، فإن دور إرادة المتعاقدين وإعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة في العقد الدولي باختيار القانون الواجب التطبيق الذي على المحكم تطبيقه على منازعاتهم تنطبق فيه النتائج السابقة عرضها عملاً بأفكار أنصار النظرية الشخصية، مما يسمح للمتعاقدين بوضع عقد له كفايته الذاتية يجبر المحكم أو هيئة التحكيم بمضمونه ما يطبق على النزاع المعروض أمامهم للفصل فيه.

فإدماج القانون المختار في العقد في مجال التحكيم وإنزاله منزلة الشروط العقدية ينسجم مع أن المحكم يستمد اختصاصه من إرادة الأطراف، فالمحكم لا يملك قانون اختصاص وبهذه المثابة

---

[1] صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص130.

[2] أحلام، سواعدي، وريمة، بوشموخة، (2016-2017). إخضاع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص38.

وكأصل عام لا يملك الخروج عن هذه الإرادة والإخلال بتوقعاتها المشروعة، فالطبيعة الاتفاقية لوظيفة المحكم تستوجب احترامه لإرادة الأطراف واختيارها واحترام حريتها في ذلك.

ومثل هذا المنطق يصعب التسليم به بعد أن اتجه الفكر القانوني إلى أن مبدأ سلطان الإرادة ليس مبدأً مطلقاً، فالإرادة حرة في حدود القانون الذي منحها القدرة على الاختيار، فاتجه أنصار النظرية الموضوعية إلى أن اختيار المتعاقدين لقانون العقد يجب أن يكون على صلة بالعقد بشكل أو بآخر وأن أساس هذا الحق يستند إلى قاعدة من قواعد القانون وليس إلى مطلق سلطان الإرادة كما يرى أنصار النظرية الشخصية، وهذا ما يعبر عنه أنصار النظرية الموضوعية بما سيتم بيانه بالآتي.

الفرع الثاني: وفق أنصار النظرية الموضوعية

مضت الإشارة إلى منطق وأفكار أنصار النظرية الشخصية في الفرع السابق، وهذا لم يلق تأييد الفقه لدى أنصار النظرية الموضوعية اللذين أكدوا في فقه القانون الدولي الخاص على أن اختيار قانون العقد يتم بناءً على قاعدة من قواعد التنازع وهذا يختلف عن حق الإرادة في اختيار قانون العقد في منازعات التحكيم فمضت الإشارة إلى تطبيق أفكار أنصار النظرية الشخصية في منازعات التحكيم وما يترتب عليه من اندماج القانون المختار في العقد لتصبح أحكامه بمنزلة الشروط العقدية بما يفقده طابعه الآمر فيؤدي إلى استحالة إبطال العقد وفقاً لهذا القانون، فلا يعتدون بأية تعديلات تشريعية لاحقة على إبرام العقد بحسب الأصل، فيتجهون إلى تحرير العقد الدولي من حكم القانون [1].

---

[1] سيتم بيان مدى إعمال هذه النتيجة في مجال التحكيم في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

رأى أنصار النظرية الموضوعية أن إرادة المتعاقدين باختيار قانون العقد ليست طليقة وإنما مقيدة بالقواعد الآمرة حماية للمصلحة العليا للجماعة على أساس أن العقد يبقى واقع اجتماعي يخضع للقانون الذي تفرضه الجماعة، فبالتالي يخضع العقد بالضرورة لقانون معين[1]، وبعبارة أخرى فالإرادة مقيدة في أن يقع الاختيار على الأقل على أحد القوانين المتصلة بالعقد، فترتد قدرة الإرادة على الاختيار إلى قوة القانون الذي منحها القدرة على ذلك.

ذهب اتجاه من أنصار النظرية الموضوعية، أنه في حالة الاختيار المادي لقواعد قانون معين يميل إلى إخضاع أحكام القانون المختار الذي نزل منزلة الشروط العقدية للقواعد الآمرة في قانون الدولة الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه عند سكوت الإرادة عن الاختيار لقانون العقد، وهذا مع اتجاه آخر من أنصار هذه النظرية، يرى أن الاختيار من الإرادة لقانون العقد يترتب عليهالاندماج بالقانون المختار بصرف النظر عن رغبة المتعاقدين في ذلك، ويظل العقد خاضعاً للقانون المختص غير القانون المختار، فالإرادة تخضع لحكم القانون وليس من مهمتها اختيار قانون العقد، كالعقد المتعلق بعقار على سبيل المثال يخضع لقانون موقع العقار، فأنكر هذا الاتجاه حق الإرادة في اختيار قانون العقد، فالإرادة لا تقوى على تحرير العقد من حكم القانون ولا أن تقوم بوظيفة الإسناد للقانون الذي يحكم العقد[2]

فالاتجاه الأول، الذي يعتبر اختيار المتعاقدين مجرد اختيار مادي فهو ما يفهم أنه اتجاه يندرج وفق اتجاه النظرية الشخصية، إلا أن الباحث يتفق مع الدكتور "هشام صادق" بأنه أكثر الاتجاهات تأكيداً لمنطق وأفكار النظرية الموضوعية بخضوع العقد

---

[1] صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص267.

[2] صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ملخص ص292، 293، 295، 298، 299. وكذلك محمد، جارد، (2009-2010). دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير منشورة)، جامعة أبي بكر بالقايط ، الجزائر، ص57.

لحكم القانون في جميع الأحوال، فهذا الاندماج الذي نادى به هذا الاتجاه لا يجعل العقد متحرراً من حكم القانون بل على العكس يخضع العقد للقانون المحدد سلفاً والذي لا تقوى الإرادة على مخالفة أحكامه الآمرة، مما يؤكد هذا الاتجاه بأنه وفق إطار النظرية الموضوعية، مما دعا الباحث لتسميته "باتجاه النظرية الموضوعية المتشدد".

ما تقدم، يناقض اتجاه آخر وهو الاتجاه الراجح لدى أنصار النظرية الموضوعية، فعلى عكس الآراء الفقهية السابقة عرضها من فقه أنصار النظرية الموضوعية، فإن هذا الاتجاه الأخير يذهب إلى اعتبار اختيار المتعاقدين لقانون العقد هو اختيار تنازعي في جميع الأحوال مما يتصور إبطال العقد وفقاً للقواعد الآمرة في القانون المختار بصرف النظر عن إرادة الأطراف في هذا الصدد التي معياراً للإسناد فلا يخضع العقد لقانون آخر قد يؤدي تطبيقه إلى مفاجأة الأطراف، فأكد أنصار هذا الاتجاه على حق المتعاقدين في الاختيار التنازعي، فمتى وجد يجب احترامه والخضوع للقانون المختار[1] .

ذهب أنصار النظرية الموضوعية إلى وجود إعمال التعديلات التشريعية المتعلقة بالنظام العام استناداً للصفة الآمرة لهذا القانون ما دام أن القانون المختار ينطبق على العقد بصفته قانوناً بالمعنى الدقيق، إلا أن بعض أنصار هذه النظرية رفضوا الاعتداد بالتعديلات التشريعية وبنفس

---

[1] عبد الكريم، بو خالفة،)2014-2015)، نطاق قانون الإرادة على عقود التجارة الدولية، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص31. وكذلك صادق، هشام علي، (1995)، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص298، 299، 307. وهذا على عكس أفكار أنصار النظرية الشخصية ومنطقهم كما تم بيانه، مع ملاحظة ما تم بيانه في المتن بوجود اتجاه متشدد للنظرية الموضوعية يجيز الاختيار المادي لقانون العقد ولكن بشرط أن يخضع هذا القانون إلى الأحكام الآمرة في القانون المحدد من المشرع مسبقاً.

الوقت حرصوا على إخضاع العقد للأحكام الآمرة في قانون الدولة الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه عند سكوت الإرادة عن الاختيار[1] .

وبالنسبة إلى حق المتعاقدين بتجزئة العقد وفقاً لأنصار النظرية الموضوعية فهم يسمحون بتجزئة قانون العقد عملاً بدور الإرادة المعترف به، فلا يوجد ما يمنع المتعاقدين في إخضاع هذا العقد لأكثر من قانون واحد عندما يكون تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه في أكثر من دولة وذلك بشرط ألا يؤدي ذلك إلى الإخلال بالانسجام المتطلب بالعقد وإفلاته من سلطان القانون[2] .

يجد الباحث وكما هو مسلم به إلى أن ذلك يقرب فكر أنصار النظرية الشخصية وأنصار النظرية الموضوعية من بعضهما من حيث إعطاء المتعاقدين الحق في تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون لحكمه من حيث الموضوع بصرف النظر عن مدى حرية المتعاقدين بذلك[3]، وهذا قد يكون أمراً ضرورياً كنتيجة لتعقيد بعض العمليات العقدية وتنوع الالتزامات فيها بين المتعاقدين.

حيث يميل رأي آخر من الفقه بقيادة "باتيفول" الفقيه الشهير المؤيد لأنصار النظرية الموضوعية، ويؤكد على خضوع العقد الدولي لسلطان القانون، إلا أن أساس دور الإرادة في اختيار قانون العقد يقتصر على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في ضوء مقتضيات التعاقد وظروفه الملابسة أو في ضوء فكرة محل الأداء المميز وهو القانون السائد في المكان الذي يشكل مركز الثقل في هذه الرابطة أو على الأقل يرتبط معه بصلة معقولة، فدور الإرادة يقتصر على

---

[1] صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص128.

[2] محمد، جارد، (2009-2010). دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص58.

[3] صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص127.

تركيز العقد مكانياً أي تحديد المقر، فالإرادة لا تقوى على تعيين القانون المختص لحكم العقد الدولي[1]، وهذا هو التركيز الموضوعي للرابطة العقدية.

من الجدير بالذكر أن قانون التحكيم الأردني بنص المادة (36/ب) والتي جاء فيها: (إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً في النزاع) وما يقصده الباحث في هذه المادة حالة السكوت تماماً عن اختيار قانون العقد، فيلاحظ من نص المادة المذكور إلى أن نظرية التركيز الموضوعي تتم مراعاتها بقانون التحكيم الأردني في حال غياب الاتفاق على القواعد الواجبة التطبيق تماماً، فيطبق المحكم القانون الأوثق صلة بالرابطة المطروحة أماه، ومن هنا يمكن القول أن هذا إعمالاً لنظرية التركيز الموضوعي وفق مبادئ القانون الدولي الخاص، وهذا بغياب دور الإرادة لا يخص موضوع هذه الدراسة، فسيكتفي الباحث بهذا القدر حول هذه المسألة ويشير إلى أنها مسألة تستحق الدراسة بشكل مستقل.

فأكد أنصار النظرية الموضوعية أن الحرية للإرادة ليست طليقة وإنما هي مقيدة باختيار قانون يتصل بالعقد بصلة بشكل أو بآخر، بل وأصر بعض أنصارها وعلى رأسهم "باتيفول" بالقول أن دور الإرادة يقتصر على تركيز العقد في إطار قانوني معين يرتبط بالعقد، ولا شك أن ذلك تقييد لدور الإرادة وإخضاعها لحكم القانون بناءً على أن حقها في الاختيار يرتد إلى قوة القانون، فيلاحظ أن هذه الأفكار لا تنطبق على دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم[2].

---

[1] حجازي، بسام عدنان، (2019). اتفاق التحكيم التجاري الدولي في المسائل المتعلقة في إطار منهج التنازع القانوني في تعامل السلطة التقديرية على المحكم الدولي، مرجع سابق، ص55. وكذلك عبد المجيد، منير، (1997). التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مرجع سابق، ص186.

[2] صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص388.

يشير الباحث إلى إمكانية انطباق أفكار أنصار هذه النظرية في مجال التحكيم إذا ما تم اعتبار أن تطبيق فقواعد التجارة الدولية باعتبارها لا تتصف بالصفة الإلزامية والقانونية فلا تخضع لها الإرادة ومن هنا يمكن القول بأن فكر النظرية الموضوعية ينطبق على دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم، إلا أن الأدق على ما سيتم بيانه لاحقاً هو اعتبار هذه القواعد قانوناً تخضع له الإرادة وهذا على عكس منطق اللجوء للتحكيم الذي يمنح الإرادة حرية واسعة دون الخضوع لأحكام القانون بحسب المنطق المقصود بهذا الصدد علماً بأن الفصل الثاني من هذه الدراسة سيبين رغم ذلك المحددات التي يمكن أن تحد من دور الإرادة في الاختيار فبمعرفة الضوابط التي تحد من دور الإرادة يمكن التوصل بها إلى نتيجة تخص التساؤل بمدى تحرر أو قدرة الإرادة على الإفلات من حكم القانون في منازعات التحكيم؟

وعلى ما تقدم، يجد الباحث أن دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم يتفق وأفكار أنصار النظرية الشخصية، فهم يتجهون إلى إعطاء الحرية الواسعة والقدرة على الإفلات من حكم القانون بشكل عام، أما أفكار أنصار النظرية الموضوعية فقد تم بيان أنهم يتجهون إلى إخضاع الإرادة لحكم القانون وهذا مما لا شك فيه لا يتفق مع دور الإرادة في مجال التحكيم، فمنطق دور الإرادة في منازعات التحكيم يتفق مع إعطائها الحرية الواسعة. فهل يتحرر العقد الدولي من سلطان القانون تماماً في منازعات التحكيم؟

حيث أن قدرة الإرادة في الاختيار ودورها يبرز عند اختيار المتعاقدين الصريح للقانون الواجب التطبيق وإلا فعلى القاضي أو المحكم أن يكشف عن إرادتهم الضمنية في الاختيار إضافة إلى حرية الإرادة باللجوء للتحكيم بتعبيرها عن ذلك باتفاق التحكيم وهذا ما سيتناوله المبحث الثاني من هذا الفصل الأول.

المبحث الثاني
مظاهر دور الإرادة في التحكيم

إذا كان للإرادة دورها أمام التحكيم، فمن ناحية، يذهب الباحث بداية إلى التطرق إلى تعبير الإرادة وحريتها باللجوء للتحكيم من خلال اتفاق التحكيم، إذ يستند اللجوء للتحكيم إلى إرادة الأطراف، فاتفاق التحكيم هو الشريعة العامة وأساس نظام التحكيم وهو مصدر سلطة المحكم أو هيئة التحكيم ومنه يستمدون سلطتهم في النظر بالنزاع، ويعتمد على توافق الإرادة للمتعاقدين كباقي العقود المسماة، وإعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، ومن هنا فمن البديهي طرح التساؤل الآتي: إلى أي مدى يمكن إعمال مبدأ سلطان الإرادة في اتفاق الأطراف على التحكيم؟

ومن ناحية أخرى، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق له أهمية في العقود الدولية حيث يتم التأكد على أساسه من صحة شروط العقد وهو الأساس في إصدار حكم التحكيم وبالتالي حسم النزاع، إذ إن حق الإرادة ودورها في اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يجب إعماله يبرز من خلال تعبير إرادة المتعاقدين عن هذا الاختيار بإرادتهم الصريحة، ومن هنا فالتساؤل المطروح هو ما مدى حرية الإرادة في هذا الاختيار وهل يجب أن يكون صريحاً دائماً أم يتعين التسوية بين الاختيار الصريح والاختيار الضمني؟

على ما تقدم، للإجابة عن هذه التساؤلات التي توضح وتبين دور الإرادة في التحكيم بشكل عام بمظاهر تعبير الإرادة خصوصاً في عملية الاختيار للقانون الواجب التطبيق، سيتم تقسيم المبحث التالي إلى مطلبين، للمساهمة بالوقوف على مدى حرية الإرادة ودورها في اتفاق التحكيم وفي عملية الاختيار الذي يشكل أساس للبحث في ضوابط الإرادة التي تحد من دورها.

المطلب الأول: طرق التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم.

المطلب الثاني: دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق.

المطلب الأول

طرق التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم

من أجل توضيح دور الإرادة أمام التحكيم سيتم التطرق للحديث عن دور الإرادة في بداية العملية التحكيمية، باللجوء للتحكيم من خلال تعبير الإرادة في اتفاق التحكيم الذي هو أساس العملية التحكيمية ككل، خصوصاً وأن أطرافه يحددون القانون الواجب التطبيق على المنازعة التحكيمية فيه، فما مدى حرية الأطراف باللجوء للتحكيم؟ وهل هناك شكلية معينة تخضع لها إرادة الأطراف بالاتفاق مع التحكيم؟ وهذا ما سيجيب عنه هذا المطلب الأول ببيان طرق التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم.

بداية، العقد أساسه الإرادة فهو شرط التراضي بين طرفيه، فالإرادة تحفز وجوداً وغاية فيها تهدف إلى تحقيقه من أثر قانوني فعند ذلك تكون موضع اعتبار وعناية القانون، فما يهم القانون هو أن تكون الإرادة قانونية تتصف بالجدية وتتجه إلى إحداث أثر قانوني، أما الإرادة التي لا تتجه إلى إحداث هذا الأثر فليست إرادة معتبرة قانوناً[1] .

يعتبر التراضي هو الركن الجوهري في العقد، وبما أن العقد تصرف قانوني من جانبين فلا بد من أن يتم ارتباط الإيجاب بالقبول وتطابقها أي بتوافق إرادتي المتعاقدين[2] ، ولا يتم إلا بالتعبير عن إرادتها، فالتعبير عن الإرادة هو مظهر خارجي يتخذه الشخص الطبيعي للكشف عن نيته في التعاقد، فالإرادة جوهرية لوجود العقد وهي عمل نفسي في أصله لا يكتسب قيمة قانونية إلا

---

[1] بني يونس، جميل محمد، (2012). مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص، دراسة فلسفية تحليلية على ضوء تحولات العولمة وتطورات القانون، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص56، 58.

[2] نصت المادة (90) من القانوني المدني الأردني على أن: (ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد) كما ونصت المادة (99) من ذات القانون على أن: (1- يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب...).

بالتعبير عنه أي إظهاره للعالم الخارجي، بقصد ترتيب آثار قانونية عليها، وقبل ان يظهر التعاقد إرادته يجب أن يكون مدركاً لما هو مقدم عليه لهذا يجب أن تكون الإرادة صحيحة صادرة مما هو أصلاً للتعاقد ويجب أن تكون حقيقية وجدية[1] ، فيجب تحقق الشروط العامة للإرادة.

نظراً لأن المبدأ هو الرضائية في العقود، فالتعبير عن الإرادة كقاعدة عامة لا تخضع لشكل معين، فالفرد له كامل الحرية في إبراز إرادته بالتعبير عنها بالطريقة التي يريدها، لذلك فإن التشريعات المدنية تشير إلى بعض صيغ التعبير على سبيل المثال لا الحصر، وعلى هذا الاتجاه سار المشرع الأردني بالقانون المدني عندما نص في المادة (93) منه وأشار إلى أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفصلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي، لذلك فإن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً او ضمنياً، وبأي صيغة كان.

فالتعبير الصريح هو المظهر الذي يكون في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة بحسب المتعارف عليه والمألوف بين الناس وقد يكون بالكلام أو بالإشارة أو بهز الرأس او باتخاذ أي مسلك لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته المقصودة منه[2]، فهذه هي الصور نفسها الواردة في

نص المادة (93) من القانون المدني الأردني.

أما التعبير الضمني فيكون إذا كان المظهر الذي اتخذه الشخص أو التصرف الذي قام به ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة فلا يدل بذاته عليها وإنما باستخلاصها من موقف معين لا يمكن تفسيره إلا بافتراض وجود هذه الإرادة[1].

---

[1] السرحان، عدنان إبراهيم، وخاطر، نوري محمد، (2009). شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص52-54.

[2] ملكاوي، بشار عدنان، (2004). الوجيز في شرح نصوص القانون المدني الأردني، نظرية العقد، ط1، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، ص18.

فأي مظهر من مظاهر التعبير الصريحة أو الضمنية وبأي وسيلة كانت يكفي بوجه عام للتعبير عن الإرادة مع مراعاة في بعض الأحيان أن هناك عقوداً شكلية تستلزم أن يتخذ التعبير مظهراً خاصاً في شكل معين، فناك أحوال يراد فيها تنبيه العاقد إلى وجه الخطر فيما هو مقدم عليه، وهذا نوع من الشكلية المهذبة تكون بنص من القانون أو باتفاق المتعاقدين[2].

وعلى صعيد التحكيم الذي يقصد به الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع أمام شخص او أكثر يطلق عليهم اسم المحكم أو المحكمين للبت فيه بقرار ملزم، ويستمد المحكم أو المحكمين سلطتهم من اتفاق الأطراف ويتخذون قرارهم على أساس هذا الاتفاق دون أن يكونوا مخولين من قبل الدولة بهذه المهمة[3].

فاللجوء إلى نظام التحكيم هو اختياري يتم بالاتفاق والتراضي بين طرفي التحكيم، فيقوم على محض إرادتهم فهو طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية[4].

حيث يتجلى الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم من خلال اتفاق التحكيم، الذي هو نقطة البداية في مسيرة التحكيم ومن هنا كان تركيز الفقه على دراسته باعتباره حجر الزاوية في

---

[1]السرحان، عدنان إبراهيم، وخاطر، نوري محمد، (2009). شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص55.

[2]السنهوري، عبد الرزاق أحمد، (2015). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص190.

[3]سامي، فوزي أحمد، (2022). التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية مع إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص15.

[4]سكيكر، محمد علي، (2007). تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية، الإسكندري: دار الجامعة الجديدة، ص11.

نظام التحكيم، ويمكن تعريف اتفاق التحكيم فقهاً بأنه: إناطة حل ما ينشأ بين الأفراد من منازعات على محكم واحد أو أكثر ليفصلوا فيه بعيداً عن إجراءات القضاء العادي[1].

وبالنسبة لتعريفه قانوناً، فلم يضع المشرع الأردني تعريفاً لاتفاق التحكيم بقانون التحكيم النافذ رقم (31) لسنة 2001، إلا أنه وبموجب التعديل رقم (16) لسنة 2018 عدلت المادة (9) منه فوضعت تعريفاً بسيطاً لاتفاق التحكيم والذي جاء فيها: (أ- اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف سواء من الأشخاص الحكمية أو الطبيعية اللذين يتمتعون بالأهلية القانونية للتعاقد، على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية).

لذلك، فإن الاتفاق على حل النزاع عن طريق التحكيم يكون بمثابة عقد ينعقد بالتراضي بين الطرفين فهو وليد إرادة الخصوم ويخضع بالتالي للقواعد العامة في العقود وفق القانون المدني من حيث شروط انعقاده وآثاره وتفسيره مع مراعاة القواعد الخاصة به[2]، فالتراضي أحد الأركان الموضوعية إلى جانب المحل والسبب لصحة الاتفاق، لا يفترض بل لا بد من الدليل عليه بالتعبير الصريح[3].

---

[1]الجمال، مصطفى محمد، عبد العال، عكاشة،(1998). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم اتجاري المصري رقم (27) لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية، مرجع سابق، ص301.

[2]محمد، جارد، (2009-2010). دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص17..

[3]المعشني، عدنان عامر، (2012). اتفاق التحكيم التجاري في القانون الأردني والقانون العماني، (رسالة ماجستير منشورة)، جامعة جدارا، مجلةالمنهل، الأردن، ص21.

ويلاحظ من النص السالف الذكر أن المشرع الأردني اشترط أهلية التصرف في إبرامه وهي أهلية الأداء المعروفة في القانون المدني[1]، وكذلك اشترط كتابة الاتفاق على التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها وفق المواد (9/ب ،10/أ) من قانون التحكيم، وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز الأردنية بقرارها رقم (5660) لسنة 1018 بقولها: (يستفاد من أحكام المواد (10، 11، 12) من قانون التحكيم والمواد(241-244) من القانون المدني وما استقر عليه الاجتهاد القضائي والفقه القانوني أن اتفاق التحكيم هو عقد يتم باتفاق الطرفين ويعتبر مظهراً لسلطان إرادتهم ويشترط فيه ما يشترط في سائر العقود من ضرورة توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية لصحة انعقاده...).

فيلجأ الأطراف إلى التحكيم بمحض إرادتهم الحرة السليمة التي يجب أن تكون واضحة بالاتفاق على التحكيم، فلا يقوم هذا الاتفاق إلا بوضوح اتجاه الإرادة باللجوء إليه على وجه التحديد على نحو لا يكفي معه مجرد الاتفاق على عدم الالتجاء للقضاء للقول بوجود اتفاق تحكيم صحيح[2]، فالقاعدة المعروفة هي العبرة في تفسير العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني[3].

يلخص الباحث بأن اتفاق التحكيم هو طريق استثنائي يلجأ إليه الطرفين لحل المنازعات التي قد تشأ بينهم أو نشأت باللجوء لمحكم أو أكثر للفصل بالنزاع بحكم ملزم وهو اتفاقاً رضائياً ملزماً للجانبين يترتب عليه سلب اختصاص القضاء وإعطائه للمحكم أو هيئة التحكيم.

---

[1] نصت المادة (43) من القانون المدني على أن: (1- كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. 2- وسن الرشد هي ثمانية عشر سنة شمسية كاملة).

[2] الجمال، مصطفى محمد، عبد العال، عكاشة،(1998). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم اتجاري المصري رقم (27) لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية، مرجع سابق، ص382.

[3] فلا يشترط استخدام كلمة "تحكيم" بل يمكن استخدام مصطلحات أخرى تدل على قصد الطرفين باللجوء للتحكيم.

فدور الإرادة في اتفاق التحكيم الذي يستند إلى الرضائية، يكون في صيغ أو صور مختلفة منها ما يكون **قبل وقوع النزاع** في صورة شرط التحكيم في العقد الأصلي[1] المرتبط به النزاع أو في صورة اتفاق مستقل عن ذلك العقد أو بالإحالة لعقد آخر يتضمن شرط التحكيم، ومنها ما يكون بعد وقوعه فيأخذ شرط مشارطة التحكيم وهي تختلف عن وثيقة مهمة المحكم المعروفة لدى بعض مؤسسات التحكيم الدولية أو يتم هذا الاتفاق أمام المحكمة بصدد نزاع معروض عليها[2].

اتفاق التحكيم قبل وقوع النزاع: قد يرد شرط التحكيم ضمن شرط أو بند في العقد الأصلي مصدر العلاقة القانونية بإدراجه مسبقاً فيه، فيتفق طرفا العقد على عرض ما ينشأ بينهما من نزاع على المحكم ليفصل فيه بحمم ملزم، وهو ما يكثر تطبيقه وخاصة العقود الدولية عادة ما تكون في صفة شرط التحكيم[3]، المعروفة باسمه في هذه الحالة "بشرط التحكيم".

نصت المادة (11) من قانون التحكيم الأردني على أن: (يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على نشوء النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين...).

---

[1]يشير الباحث إلى أن الاتجاه الغالب تطبيقه حول مسألة ما إذا كان شرط التحكيم تابعاً للعقد الأصلي باعتباره بنداً من بنوده هو القول باستقلالية شرط التحكيم. ظر نص المادة (22) من قانون التحكيم الأردني.

[2] حجازي، بسام عدنان، (2019). اتفاق التحكيم التجاري الدولي في المسائل المتعلقة في إطار منهج التنازع القانوني في تعامل السلطة التقديرية على المحكم الدولي، مرجع سابق، ص22. وكذلك حداد، حمزة أحمد، (2014). التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص102. ويشير انه سواء تم الاتفاق قبل وقوع النزاع أو بعده فإنه يأخذ صورة اتفاق مؤسسي منظم أو اتفاق تحكيم طليق حر هذا من جهة ومن جهة أخرى فقد يكون اتفاق التحكيم بالصلح، راجع ذات المرجع، ص131، 152.

[3]أحلام، سواعدي، وريمة، بوشموخة، (2016–2017). إخضاع عقود التجارة الدولية، (رسالة ماجستير منشورة) مرجع سابق، ص61.

مثال على ذلك أنه ينص المتعاقدون في العقد الأصلي بأحد بنوده على أن أي نزاع قد ينشأ بينهم يحال للتحكيم ويلاحظ أنه يكون بنزاع مستقبلي لم يقع بعد وليس له شرط كشرط تحديد موضوع النزاع.

إضافة إلى أن الأطراف لا يجبروا عند إدراج شرط التحكيم في العقد على الاتفاق أن كل منازعة ناشئة عن هذا العقد تحال للتحكيم إذ لهم الحق بأن يكون التحكيم في بعض المنازعات دون غيرها، ويجوز أن يرد هذا الشرط بصورة شاملة بأن أي خلاف حول العقد يتم تسويته بطريق التحكيم، كنص اطرافه على أن أي خلاف أو نزاع يتعلق بالعقد أياً كان نوعه بما في ذلك تفسيره أو تنفيذه أو انقضائه يتم تسويته باللجوء للتحكيم وفق نص المادة المذكور.

ويشير الباحث، أنه يلاحظ من النص أعلاه أنه أجاز اتفاق التحكيم السابق على حدوث النزاع دون تمييز بين هذا الاتفاق بأنه ورد في العقد الأصلي أو في شكل اتفاق مستقل مما يعني إمكانية اللجوء للتحكيم بإحدى الحالتين بحسب ما يراه الطرفان مناسباً لهم ولظروفهم فكلتا الحالتين جائزة، وما هذا إلا تجسيداً لمبدأ سلطان الإرادة في عملية التحكيم بشكل عام.

فقد يرد شرط التحكيم بوثيقة أخرى (باتفاق مستقل) عن العقد الأصلي فيبرمه الطرفان موضوعه إحالة خلافاتهما المستقبلية بالعقد الأصلي إلى التحكيم ومثل هذا الاتفاق يرفق بالعقد ويلحق به أو يبرم في وقت لاحق ولكن قبل وقوع النزاع[1]، وهذا قد يتم في الحالة التي يغفل فيها أطراف العلاقة تضمين عقدهم ما يدل على إحالة نزاعاتهم المستقبلية على التحكيم[2] .

---

[1]عرعار، خولة، (2015–2016). مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي المؤسسي، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص37.

[2]المغشني، عدنان عامر، (2012). اتفاق التحكيم التجاري في القانون الأردني والقانون العماني، (رسالة ماجستير منشورة)، جامعة جدارا، مجلةالمنهل، الأردن، ص27.

إضافة إلى أن الأطراف لا يجبروا عند إدراج شرط التحكيم في العقد على الاتفاق أن كل منازعة ناشئة عن هذا العقد تحال للتحكيم إذ لهم الحق بأن يكون التحكيم في بعض المنازعات دون غيرها، ويجوز أن يرد هذا الشرط بصورة شاملة بأن أي خلاف حول العقد يتم تسويته بطرق التحكيم، كنص اطرافه على أن أي خلاف أو نزاع يتعلق بالعقد أياً كان نوعه بما في ذلك تفسيره أو تنفيذه أو انقضائه يتم تسويته باللجوء للتحكيم وفق نص المادة المذكور.

ويشير الباحث، أنه يلاحظ في النص أعلاه أنه أجاز اتفاق التحكيم السابق على حدوث النزاع دون تمييز بين هذا الاتفاق بأنه ورد في العقد الأصلي أو على شكل اتفاق مستقل مما يعني إمكانية اللجوء للتحكيم بإحدى الحالتين بحسب ما يراه الطرفان مناسباً لهم ولظروفهم فكلتا الحالتين جائزة، وما هذا إلا تجسيداً لمبدأ سلطان الإرادة في عملية التحكيم بشكل عام.

فقد يرد شرط التحكيم بوثيقة أخرى، باتفاق مستقل عن العقد الأصلي يبرمه الطرفان موضوعه إحالة خلافاتهما المستقبلية بالعقد الأصلي إلى التحكيم ومثل هذا الاتفاق يرفق بالعقد ويلحق به أو يبرم في وقت لاحق ولكن قبل وقوع النزاع[1]، وهذا قد يتم في الحالة التي قد يغفل فيها أطراف العلاقة تضمين عقدهم ما يدل إحالة نزاعاتهم المستقبلية على التحكيم[2].

وقد يرد التحكيم شرط التحكيم عن طريق إحالة في العقد الأصلي إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم بقصد تطبيق أحكام تلك الوثيقة على العلاقة بين طرفي العقد الأصلي[3]، ويشير الباحث

---

[1] عرعار، خولة، (2015–2016). مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي المؤسسي، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص37.

[2] المعشني، عدنان عامر، (2012). اتفاق التحكيم التجاري في القانون الأردني والقانون العماني، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص27.

[3] المعشني، عدنان عامر، (2012). اتفاق التحكيم التجاري في القانون الأردني والقانون العماني، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص27.

إلى أن قانون التحكيم بنص المادة (10/ب) أشار إلى ذلك وجاء فيها: (تعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إشارة أو إحالة في العقد الأصلي بين الطرفين إلى وثيقة أخرى كعقد نموذجي أو اتفاقية دولية تتضمن شرط تحكيم ما لم يستبعده الطرفان صراحة).

أشار هذا النص لإرادة الأطراف عدم الاتفاق المباشر على التحكيم، فأجاز لهم الاكتفاء بالإشارة أو الإحالة لوثيقة أو عقد معروف بينهم كإشارتهم إلى عقد نموذجي يتضمن شرط للتحكيم، فيطبق أثر شرط التحكيم في هذا العقد النموذجي على العقد الأصلي المبرم بين الأطراف فيتم بمقتضاه تسوية النزاعات بينهما.

شرط التحكيم بالإحالة يعد من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم ويمكن تعريفه بأنه: اتفاق على التحكيم غير مدرج في العقد ولكنه يوجد في وثائق أخرى مستقلة عن العقد وتحيل إليها إرادة الأطراف صراحة أو ضمناً على نحو يؤدي إلى تطبيق هذه الوثائق على العقد ذاته.

يرى الباحث، أنه حسناً فعل المشرع بالنص على ذلك، فيستدل من النص سالف الذكر أن شرط التحكيم قد يتم بالإشارة إليه فقط في الإحالة لوثيقة تتضمن شرط التحكيم، وهذا ينسجم مع القواعد العامة في القانون الأردني عملاً بمبدأ سلطان الإرادة ومضمونه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والحرية التعاقدية طالما أنه يجب تنفيذ الشروط التعاقدية ما دامت أنها تتفق والنظام العام والآداب العامة[1].

---

[1]أشار النص المذكور في المتن إلى اعتبار أن شرط الكتابة يكون متحققاً لكل إشارة أو إحالة في العقد الأصلي إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم وهذا تأكيداً على إعمال مبدأ سلطان الإرادة بشكل موسع في مجال التحكيم.

يضيف، أنه يجب أن تكون الإحالة لشرط التحكيم واضحة غير غامضة نظراً لخطرة الأثر المترتب على التحكيم أسوة بالحكمة من اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم. وتجدر الإشارة إلى أن هذه الصورة في الاتفاق على التحكيم بالإحالة بالعقد تستشف من جميع الأوراق بين الطرفين[1].

اتفاق التحكيم بعد وقوع النزاع: قد يكون اتفاق التحكيم لاحقاً على قيام النزاع بأشكال مختلفة أهمها مشارطة التحكيم ومن ضمن ذلك أيضاً ما يسمى بوثيقة مهمة المحكم إضافة إلى الاتفاق على التحكيم أمام المحكمة بصدد نزاع منظور أماها[2].

يقصد بمشارطة التحكيم أن يتفق الطرفان على إحالة النزاع القائم فعلاً بينهم إلى التحكيم، أي يحيلان نزاعهما الذي وقع بالفعل إلى التحكيم بعد وقوع النزاع[3].

مثال على ذلك أن يبرم المتعاقدون عقدهم دون إيراد شرط تحكيم كما تمت الإشارة إليه، ولكن بعد إبرام عقدهم وبقيام نزاع بينهم يعرض أحدهم على الآخر اللجوء للتحكيم لحل هذا النزاع فيتفقوا على ذلك بعقد آخر مستقل وهنا يلاحظ أنه اتفاق على التحكيم بعد وقوع النزاع.

يلاحظ أن قانون التحكيم الأردني أخذ بمشارطة التحكيم بنص المادة (11): (... **كما يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع** ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام أي جهة قضائية ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديداً دقيقاً وإلا كان الاتفاق باطلاً).

---

[1] الحداد، حفيظة السيد، (2004). الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص77.

[2] محمد، جارد، (2009–2010). دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص17.

[3] عرعار، خولة، (2015–2016). مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي المؤسسي، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص38. وكذلك،المعشني، عدنان عامر، (2012). اتفاق التحكيم التجاري في القانون الأردني والقانون العماني، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص27.

يلاحظ من النص المذكور، اشتراط تحديد موضوع المنازعة في مشارطة التحكيم على عكس شرط التحكيم وهذا امر بديهي، إذ من غير المعقول أن تنظر هيئة التحكيم في نزاع وتفصل فيه دون أن يكون محدداً وواضحاً، فهذا تحكيم بعد وقوع النزاع، وحيث أن المشرع رتب البطلان على عدم هذا التحديد.

وقد يتم الاتفاق على التحكيم أمام المحكمة بأي درجة من درجات التقاضي، ويفترض هنا بوجود نزاع بين الطرفين لا يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، فيلجأ الطرفان للقضاء لتسويته وأثناء المحاكمة يتفقان على اللجوء للتحكيم وهو فرض يكثر وقوعه في الحياة العملية، أما وثيقة مهمة المحكم والتي تقوم بإعدادها المحكمة أو هيئة التحكيم بعد استلام ملف التحكيم في غرفة التجارة الدولية بحسب القواعد المعمول بها لدى مؤسسات التحكيم التي تطبق ذلك[1].

يرى الباحث وبالاستناد إلى قانون التحكيم الأردني أن مشارطة التحكيم تشمل كل اتفاق يبرمه الأطراف لإحالة النزاع الذي وقع فعلاً بينهم إلى التحكيم سواء كان هذا الاتفاق على المشارطة بين الأطراف أو أمام المحكمة (فيلاحظ أن المشارطة تكون عند خلو العقد من شرط التحكيم مما يعني أن القضاء هو المختص بنظر النزاع)، ففي الحالتين تكون أمام مشارطة تمنع القضاء النظر في النزاع.

يشير الباحث، إلى أنه لا بد من وجود مقومات وأركان أساسية لكي يمكن اعتبار هذا الاتفاق صحيحاً فلا بد من تراضي الطرفين وأن يكون محل التحكيم مشروعاً وسببه، وغير مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، وإلا كان الاتفاق باطلاً[2]، مع مراعاة أي أركان شكلية قد يتطلبها القانون[1].

---

[1] حداد، حمزة أحمد، (2014). التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص119.

[2] وهذا سبب من أسباب دعوى بطلان حكم التحكيم، فجاء في المادة (49) من قانون التحكيم: (ب- تقضي محكمة التمييز التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم في ما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة...).

فلا يعتمد انعقاد اتفاق التحكيم على توافر الشروط الموضوعية فقط، وإنما تشترط غالبية التشريعات شروطاً أخرى شكلية لكي يكون الاتفاق صحيحاً أهمها شرط الكتابة، بضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، فيلاحظ أن قانون التحكيم الأردني طبقاً للمادة (10/أ) أوجب شرط الكتابة لاتفاق التحكيم والتي جاء فيها: (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف أو في صورة مخاطبات أو مراسلات ورقية أو إلكترونية أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة الثابت تسلمها والتي تعد بمثابة سجل الاتفاق). وهذا شرطاً لصحة وانعقاد اتفاق التحكيم وإلا كان باطلاً[2].

ومن الجدير بالذكر أن شرط الكتابة يعتبر متحققاً عند النص في العقد الأصلي على الإحالة أو الإشارة لوثيقة تتضمن شرط التحكيم بشرط أن تكون هذه الإحالة واضحة في العقد، وفقاً للفقرة (ب) من المادة المشار إليها أعلاه.

ويشير الباحث إلى القول "بأن للكتابة أهمية بالغة من الناحية العملية، فلكي يحقق شرط التحكيم فعاليته يجب أن تكون صيغته محددة ودقيقة لإعماله بطريقة منتجة، فيصاغ بدقة وبتنظيم كل تفاصيل الاتفاق إن أمكن لتفادي أي تعقيدات قد تمس بحقوق الأطراف"[3] فصياغة اتفاق التحكيم أمر مهم يجب الاهتمام والعناية به.

يرى الباحث، أهمية توقيع اتفاق التحكيم بين الطرفين فهو دليلاً على إرادة كل منهما ببنود الاتفاق والموافقة عليها، على خلاف الرأي القائل بأن توافر الكتابة بالصورة الحديثة لها بتبادل

---

[1]مطلوب، مصطفى ناطق، (2020). الأحكام الجديدة في قانون التحكيم الأردني وفقاً للقانون رقم (16) لسنة 2018، دراسة مقارنة، ط1، عمان: دار الرنيم للنشر والتوزيع، ص52.

[2]على عكس قانون المرافعات العراقي بالنص (252) فآثر شرط الكتابة على الإثبات وليس للانعقاد حيث جاء فيها: (لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة). ومن الجدير بالإشارة إلى نص المادة (49) من قانون التحكيم الأردني التي أشارت إلى أن عدم كتابة اتفاق التحكيم يعد سبباً لقبول دعوى بطلان حكم التحكيم.

[3]محمد، جارد، (2009–2010). دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص21.

الخطابات أو البرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة دون الاهتمام بالتوقيع على أساس أن العبرة للكتابة هي بوجود اتفاق التحكيم والذي يستدل عليه من خلال هذه الخطابات أو المراسلات[1]، إلا أن الباحث يتفق مع أن المشرع الأردني عند اشتراطه الكتابة لاتفاق التحكيم واكب التطور باعتبار أن اتفاق التحكيم يعد مكتوباً إذا ورد في صورة مخاطبات أو مراسلات... الخ إلا أن ذلك لا يمنع من أهمية التوقيع خصوصاً بوجود التوقيع الإلكتروني في الوقت الحاضر، فالتوقيع يدل باطمئنان على أن الأطراف قد علموا واتفقوا على وجود اتفاق التحكيم، فالتراضي لا يفترض وإنما لا بد من الدليل عليه وخير دليل من وجهة نظر الباحث هو التوقيع على ما يتم الاتفاق عليه.

يلاحظ الباحث، بأن للأطراف الحرية الواسعة باللجوء للتحكيم حيث يتجسد مبدأ سلطان الإرادة بالاتفاق على التحكيم، واستناداً لقانون التحكيم الأردني فإن اتفاق التحكيم ينحصر في ثلاث صور بمرحلتين، فيكون بصورة "شرط تحكيم" من خلال الاتفاق مقدماً قبل وقوع النزاع على أن تسويته تتم بطريقة تحكيم أو أن يكون بصورة مشارطة "مشارطة تحكيم" في نزاع معين بعد نشوئه إضافة إلى الصورة الثالثة فتكون بشرط " تحكيم بالإحالة" وهي صورة غير مباشرة لاتفاق التحكيم كما يتم بيانه، وتجدر الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم يمكن أن يحدد فيه القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي، ودور الإرادة في هذا الاختيار تطبيقاً لقاعدة قانون الإرادة يبرز ويظهر في تعبير إرادة المتعاقدين عن هذا الاختيار بإرادتهم الصريحة أو بإرادتهم الضمنية الحقيقية إن أمكن وصح تحديدها والاعتداد بها، سواء تم ذلك في اتفاق التحكيم أو في العقد محل العلاقة

---

[1] المعشني، عدنان عامر، (2012). اتفاق التحكيم التجاري في القانون الأردني والقانون العماني، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص23.

المطروحة على النزاع، وهذا ما سيتناوله المطلب الثاني ببيان دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم بالتعبير عنه بالاختيار الصريح أو الضمني لهذا القانون .

المطلب الثاني
دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق

عملاً بمبدأ سلطان الإرادة المستقر عليه في العقود الدولية في القانون الدولي الخاص والتحكيم، والذي يقوم على خرية الاختيار للقانون الواجب التطبيق كأصل عام، ودور الإرادة في هذا الاختيار يكون إما بطريقة مباشرة وذلك عندما يختار الأطراف بإرادتهم الصريحة القانون الواجب التطبيق، وهنا ينبغي الوقوف على مدى حرية المتعاقدين في هذا الاختيار، أو يكون بطريقة غير مباشرة بحيث يتم تحديد إرادة الأطراف الضمنية عند غياب الاختيار الصريح، والتساؤل هنا ما مدى الاعتداد بالإرادة الضمنية الحقيقية لإرادة المتعاقدين؟ وما موقف المشرع الأردني من ذلك؟

ففي هذا المطلب سيتم التطرق إلى الاختيار الصريح لإرادة المتعاقدين والاختيار الضمني منها للقانون الواجب التطبيق بفرعين، الأول بالاختيار الصريح، والثاني بالاختيار الضمني.

الفرع الأول: الاختيار الصريح

خضوع التحكيم لمبدأ قانون الإرادة يعتبر قاعدة مسلم بها فقهاً وقضاءً، فاعترفت معظم التشريعات المتحضرة بمبدأ سلطان الإرادة وتبنته فأصبح مستقراً أن لأطراف النزاع الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[1]، وإعمالاً لهذا المبدأ نصت المادة (1/7) من الاتفاقية الأوروبية لسنة 1964 في جنيف على أنه: (للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين

---

[1] عبد المجيد، منير، (1997). التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مرجع سابق، ص178.

على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع...)[1]، كما نصت المادة (21) من اتفاقية عمان العربية لسنة 1987 على أن: (تفصل الهيئة في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً إن وجد).

وكذلك القانون النموذجي الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة فقد جاءت في المادة (28) منه لمعالة مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق فجاء بالبند الأول: (تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الأطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع)[2].

كما أن قوانين التحكيم في غالبية الدول أخذت بهذا المبدأ[3]، فنصت المادة (36/أ) من قانون التحكيم المشار إليه في هذه الدراسة والتي جاء فيها: (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين).

للمتعاقدين الحرية باختيار القانون الذي سيحكم علاقاتهم التعاقدية وهم إذ يلجؤون لتسمية قانون لتطبيقه على النزاع فيما بينهم فإنهم بذلك يطمأنون إلى قواعد ذلك القانون بما يخدم مصالحهم ويحقق أهدافهم وفق ما يرونه لأنهم أعلم بظروفهم وظروف العقد المبرم فيما بينهم من

---

[1]كما أن قواعد الهيئات الدولية للتحكيم قد أشارت إلى حرية الإرادة في الاختيار، كلائحة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس إذ تنص المادة (3/13): (للطرفين كامل الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع).

[2]سامي، فوزي أحمد، (2022). التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية مع إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص162.

[3]كقانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 بالمادة (1/39) منه والتي جاء فيها: (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي ينص عليها الطرفان...).

غيرهم، ويأتي اختيار القانون لتطبيقه على موضوع النزاع سواء ورد ذلك في شرط التحكيم أو في مشارطة التحكيم أو في العقد الأصلي فإنه يعبر عن إرادة حرة للمتعاقدين[1].

فهذه الإرادة يتم التعبير عنها بصفة مباشرة من خلال التعيين المباشر للقواعد القانونية المختارة فمن الطبيعي والمؤكد أن تمارس الإرادة حقها في الاختيار وتبرزه من خلال الإعلان الصريح بتحديد القانون الذي سيطبق على موضوع النزاع، فهذه الصورة الأولى للاختيار (الاختيار الصريح).

يقصد بالاختيار الصريح للإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق بأنه الإرادة الحقيقية المعلن عنها من قبل الأطراف المتعاقدة بالتعبير الصريح الذي يفصح بذاته وبصورة مباشرة عن الإرادة كأن يتفق الأطراف بعبارة صريحة على القواعد أو القانون الواجب التطبيق الذي يحكم موضوع نزاعاتهم[2].

إذا كانت معظم التشريعات قد اعترفت للمتعاقدين بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع نزاعهم بإعطاء إرادتهم حق الاختيار الصريح، فإن التساؤل المنطقي الذي يطرح هو ما مدى حرية المتعاقدين في هذا الاختيار؟

برزت آراء كثيرة حول مسألة حرية المتعاقدين باختيار القانون الذي سيحكم موضوع النزاع، فهو أمر لا يتفق الفقهاء بشأنه ويختلف بحسب ما إذا كان هذا الاختيار يستند إلى قاعدة من قواعد

---

[1]الكيلاني، محمود محمد، (2023). الوساطة والتحكيم في تسوية المنازعات المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، ط3، عمان: درا الثقافة للنشر والتوزيع، ص211.

[2]فاتح، خلاف، (2007–2008). مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص33.

تنازع القوانين أو يستند إلى مطلق سلطان الإرادة أو قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص، باختلاف النتائج والآثار المترتبة على ذلك[1] كما تمت الإشارة إليه.

سيكتفي الباحث في هذا الموضع من الدراسة، بالإشارة إلى مدى حرية المتعاقدين بحصر ذلك في اتجاهين، اتجاه يقيد حرية الإرادة واتجاه آخر يعطي للإرادة الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع علماً أن اشتراط وجود الصلة بين القانون المختار والعقد كقيد على دور الإرادة في الاختيار سيتم بيانه في الفصل الثاني إذا ما اعتبر اشتراط الصلة ضابطاً أو قيداً على الإرادة.

ذهب الاتجاه المقيد لحرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إلا أن حرية المتعاقدين في الاختيار ليست مطلقة بل يرد عليها قيود، فليس للمتعاقدين مخالفة القواعد القانونية الآمرة ويجب أن يكون القانون المختار ذو صلة بالعقد، فينظر إلى العقد الذي تنتفي الصلة بينه وبين القانون المختار كأنه لم يتضمن العقد نصاً بتطبيق قانون معين[2].

على العكس، فذهب اتجاه في الفقه والتشريع يعطي للإرادة الحرية الواسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إلى إعمال مبدأ سلطان الإرادة بشكل واسع في هذا الاختيار بإعطاء الأطراف الحرية الكاملة في الاختيار بغض النظر عن الصلة بين القانون المختار والعقد

---

[1] ستبين هذه الدراسة مدى تحرر الإرادة من حكم القانون أمام التحكيم في عملية الاختيار للقانون الواجب التطبيق في الفصل الثاني ببيان الضوابط التي يمكن أن تحد من وتحكم دور الإرادة في هذا الاختيار على منازعات التحكيم.

[2] الكيلاني، محمود محمد، (2023). الوساطة والتحكيم في تسوية المنازعات المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، ط3، عمان: درا الثقافة للنشر والتوزيع، ص209.

ما دام أن الاختيار مؤداه حسن نية المتعاقدين، وتؤسس هذه الحرية في الواقع على الأصل الاتفاقي للتحكيم[1].

يرى الباحث أن تقييد حرية الإرادة باختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي لا يتفق مع تطبيق قاعدة قانون الإرادة على أساس أن هدفها العام من وجهة نظره هو التيسير على الأطراف في العلاقات الدولية باختيارهم قانون يتفق ومصالحهم ولتحقيق الأمان والسرعة والسهولة في مجال التجارة الدولية، لذلك يؤيد الباحث الاتجاه الذي ينادي بحرية الأطراف في هذا الاختيار ما دام أنه تم بنحو قانوني يتفق وحسن النية، فمتى اتجهت الإرادة الصريحة نحو إحداث أثر قانوني بالاختيار فيجب احترامها باحترام هذا الأثر.

ومما تجدر الإشارة إليه أن حرية الطرفين باختيار القانون الواجب التطبيق أمام التحكيم تبدو أوسع من تلك الممنوحة لهما أمام القضاء الوطني [2]، فللأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم[3]، ولأن الدور الفاعل لأطراف التحكيم يكمن في سلطتهم في الاختيار فإنهم يختارون القانون الذي يتفق ومصالحهم، ففي كثير من الحالات يكون هو القانون الوطني لأمرهم أو قانون كل تنفيذ عقد التحكيم أو العقد الأساس أو قانون كل إبرام أي من العقدين وقد يختارون قانوناً محايداً[4] .

---

[1]الحواري، أسامة أحمد، (2009). القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص103.

[2] راجع نص المادة (20) من القانون المدني الأردني.

[3]سيبين الفصل الثاني مسألة مدى تقييد حرية الإرادة بالنظام العام حول إذا ما كان العقد دولياً أو داخلياً على أساس أن قانون التحكيم الأردني ينطبق على كل منهم على حد سواء.

[4]الكيلاني، محمود محمد، (2023). الوساطة والتحكيم في تسوية المنازعات المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، ط3، عمان: درا الثقافة للنشر والتوزيع، ص209.

المشرع الأردني وتطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة على نحو واسع وإيماناً منه بأهمية دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق وكما تمت الإشارة إليه، أخذ بحرية الإرادة في الاختيار وأعطاها الخصوصية بنص المادة (36/أ) من قانون التحكيم الأردني المشار إليها سابقاً، ففي ظل هذا

النص، للمتعاقدين اختيار أو تحديد قواعد تنتمي لقانون وطني معين ويمتد ذلك إلى حقهم بتعيين قواعد قانون التجارة الدولية أو أي قواعد قانونية أخرى، ويمكنهم مزج عدة قواعد مشكلين خليطاً قانونياً لحكم موضوع النزاع[1] فالأفراد قادرون على وضع تنظيم خاص وقواعد منتقاة تواجه على نحو واقعي ما قد ينشأ من منازعات بينهم[2].

فقد يتم الاتفاق بين الأطراف على خضوع جزء معين من النزاع لقانون معين أو يتم الاتفاق على تطبيق بعض أحكام القانون المختار دون البعض الآخر (الاختيار الإيجابي)، وقد يتفق الأطراف على استبعاد أحكام معينة من القانون المختار (الاختيار السلبي).

يتضح للباحث ان اختيار المتعاقدين الصريح للقانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم استناداً إلى المادة (26/أ) من قانون التحكيم، يتفق مع ما جاء به أنصار النظرية الشخصية السابق تناولها في المبحث الأول من هذه الدراسة، والتي تخول المتعاقدين الحق باختيار بحرية مطلقة[3]، فقانون التحكيم الأردني خول للمتعاقدين الحق في اختيار "القواعد" التي يرونها مناسبة لعقدهم كما تقدم ذكره، دون اشتراط أن تكون هذه القواعد مختارة من قانون دولة معينة، فلهم اختيار

---

[1]فاتح، خلاف، (2007–2008). مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص36.

[2]المحمدي، سمير عبود، (2018). القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والعراقي، عمان: دار المبادرة للنشر والتوزيع، ص96.

[3]مع ذلك ستبين هذه الدراسة بالفصل الثاني مدى قدرة الإرادة على الاختيار بتناول ما قد يحد من دورها وبالنتيجة ستبين مدى تحرر الإرادة من حكم القانون بالمعنى المقصود وفق أنصار النظرية الشخصية وأنصار النظرية الموضوعية السابق الإشارة إليهما.

قواعد لا تنتمي لقانون دافعي لدولة ما مثل الأعراف التجارية الدولية وغيرها من القواعد الدولية كالقواعد المختارة من الاتفاقيات أو من العقود النموذجية الذي جرى العمل بها، مما يؤكد هذه النتيجة أن نص المادة (36/أ) وبتحديده لحق المتعاقدين في اختيار قواعد معينة ألحق وصف " القانونية" بها ويلاحظ قصد المشرع على عدم الاختصار على القواعد القانونية المنتمية لقانون دولة ما فهي تشمل القواعد المنتقاة من أي قانون أو نظام دولي بدليل أن النص أضاف عبارة "وإذا اتفقا على **تطبيق قانون دولة معينة**" يفيد أن من حق المتعاقدين أيضاً الاتفاق على تطبيق قواعد لا تنتمي للقانون الداخلي لدولة ما.

ويشير الباحث إلى نص المادة (3/ب) من قانون التحكيم بخصوص سريان أحكام هذا القانون، والتي جاء فيها: (تراعى في تفسير أحكام هذا القانون القواعد والمبادئ القانونية المطبقة في التحكيم الدولي ويعتد في الأحوال جميعها بالأعراف التجارية الدولية ونص المادة (36/ج) والتي تنطبق على حالة الاختيار بالقانون من الإرادة وعلى حالة سكوتها وتحديد هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق بحسب فهم الباحث بدلالة "في جميع الأحوال" وأن الفقرة (ج) من هذه المادة أتت بعد الفقرة (أ، ب) اللتان تناولتا مسألة تحديد القانون، فجاء فيها: (في جميع الأحوال أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين)، مما لا شك فيه أن هذا يفيد توجه المشرع بأنه لم يستلزم أن يكون القانون الذي يحكم النزاع هو قانون داخلي لدولة ما وإنما على العكس توجه نحو مراعاة هذه القواعد وحق الإرادة في اختيارها، مما يفيد بإمكانية خضوع العقد لقواعد قانونية لا تنتمي لسيادة دولة ما، علماً أن الفصل الثاني من هذه الدراسة سيبين دور هذه القواعد (قواعد القانون التجاري الدولي) كقيد على حرية الإرادة في الاختيار.

مما لا شك فيه أن دور الإرادة في هذا الاختيار يضمن للأطراف ميزة الأمان القانوني من خلال المعرفة المسبقة بالقانون أو القواعد الراغبين في تطبيقها وما يترتب على ذلك من سرعة الفصل في النزاع التحكيمي[1] واحترام دور الإرادة إذا ما تم تجزئة قانون العقد فيفترض أن ذلك لا يؤدي إلى إرهاق عمل المحكم[2]، ويفترض حرص الأطراف على انسجام القانونين المختلفة التي تحكم العقد منعاً للتضارب بينها خصوصاً فيما يتعلق بالالتزامات المتقابلة من وجهة نظر الباحث.

وأنه من الأفضل أن يحدد المتعاقدين القانون أو القواعد واجبة التطبيق تحديداً واضحاً خصوصاً مع التطور في هذا الوقت في المعاملات التجارية الدولية وتشابك العلاقات بين المتعاملين إن جاز التعبير مما يكفل لهم الثقة والائتمان المتطلب للتجارة بشكل عام بقيام الطرفان صراحة باختيار القانون الذي يريدانه، يجب على المحكم أو هيئة التحكيم أن تلتزم بهذا الاختيار بتطبيقه على النزاع والفصل فيه على أساسه، فأطراف العقد أحراراً في هذا الاختيار ضمن القانون وكونهم الأقدر على اختيار القانون الملائم لطبيعة العلاقة القانونية القائمة بينهم[3].

فالمحكم يستمد سلطته وسلطانه من إرادة الأطراف، فإن عدم احترام هذه الإرادة أو مخالفتها يكون سبباً للطعن على الحكم الذي يصدره بالبطلان، ويكرس المشرع الأردني بقانون التحكيم ضرورة احترام المحكم لإرادة الأطراف بإلزامه بتطبيقها بالنص (36/أ) كما سبق بيانه، وبإمكانية الطعن بالبطلان على قرار المحكم في حالة عدم احترام هذه الإرادة، فجاء في نص المادة

---

[1] الغانم، بشائر صلاح، (2020)،"دور سلطان الإرادة في اختيار القانون الإجرائي على التحكيم، دراسة في قواعد مركز الويبو"، المجلة الدولية للقانون، مرجع سابق، ص214.

[2] الحواري، أسامة أحمد، (2009). القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص87.

[3] أحلام، سواعدي، وريمة، بوشموخة، (2016–2017). إخضاع عقود التجارة الدولية، (رسالة ماجستير منشورة) مرجع سابق، ص61.

(4/أ/49) من ذات القانون بأنه: (لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في أي من الحالات التالية: 4- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع).

ويرى الباحث إلى أن هذا النص يطبق فيه قانون الإرادة سواء كان بالاختيار الصريح أوالضمني على اعتبار التسوية بين الاختيار الصريح والضمني، على ما سيبينه الفرع الثاني من هذا المطلب.

ما سبق بيانه في هذا الفرع هو حالة الاختيار الصريح لإرادة المتعاقدين، أما إذا لم يكشف المتعاقدين بصورة مباشرة عن إرادتهم الصريحة في تطبيق قانون معين على علاقاتهم وموضوع نزاعهم التحكيمي، فما مدى تحديد المحكم لإرادتهم الضمنية؟ وبعبارة أخرى هل يتعين التسوية بين الاختيار الصريح والاختيار الضمني وما أساس ذلك؟ وهذا ما سيتم تناوله بالفرع الآتي.

الفرع الثاني: الاختيار الضمني

المحكم يستمد سلطته من اتفاق التحكيم، فيمارس مهمته التي يجد إليها أساساً من اتفاق التحكيم عند النظر بالنزاع المعروض امامه بتحديده للقانون أو القواعد الموضوعية التي تحكم موضوع النزاع ويبحث عن هذا القانون من خلال إرادة الخصوم الصريحة أو الضمنية[1].

حيث لا يثير الاختيار الصريح أي مشكلة عملية ولكن الصعوبة تظهر عند غياب الاتفاق الصريح للمتعاقدين على القانون الواجب التطبيق على موضوع عقودهم التجارية الدولية التي تطرح على التحكيم، فتظهر لدى المحكم مشكلة تحديد القانون الذي يحكم موضوع المنازعة التحكيمية، وهنا يقوم المحكم بما له من سلطة تقديرية في هذا الشأن لاستخلاص الإرادة الضمنية والتي تعبر

---

[1]الحواري، أسامة أحمد، (2009). القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص85.

عن حقيقة إرادة المتعاقدين بالكشف عنها من خلال قرائن ومؤشرات موضوعية[1]، وما هذا إلا احتراماً لإرادة الأطراف ولمبدأ سلطان الإرادة بشكل عام. وبعبارة أخرى احترام مبدأ قانون الإرادة.

يعد الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة التحكيمية الوجه الآخر من صور التعبير عن الإرادة في اختيار القانون المختص وهي إرادة حقيقية ضمنيةويكون التعبير عنها إذا كان المظهر الذي اتخذته ليس بذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ومع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة، وبعبارة أخرى إن الإرادة الضمنية ليست في ذاتها تعبيراً مباشراً عن الإرادة ولكنها اختيار حقيقي غير معلن أو غير مصرح بهأو غير مصرح به بحيث يمكن الاستدلال عليها من مجموعة الظروف والملابسات المحيطة بالتعاقد[2].

على الرغم من أن الغالب في اتفاقات التحكيم، أن يتفق الأطراف صراحة على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إلا أنه قد لا يحدث هذا الاتفاق ويأتي العقد صامتاً حول هذه المسألة، ويرجع ذلك لأسباب إما نتيجة عدم الاهتمام أصلاً بهذه المسألة وتجاهل المتعاقدين لها[3]، أو في الغالب يكون قصد المتعاقدين تجاهلها لتجنب الاختلاف بسببها فيتركون الأمر لهيئة التحكيم لتحديد هذا القانون وبذلك يتفادون عدم انعقاد عقدهم بسبب الخلاف الذي قد يحصل حول مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق[4]، ففي حالة انتقاء الإرادة الصريحة تتجه هيئات التحكيم إلى استخلاص الإرادة الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي موضوع المنازعة

---

[1]المصري، محمد وليد، (2022). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص182.

[2]فاتح، خلاف، (2007-2008). مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص38. وكذلك، أحلام، سواعدي، وريمة، بوشموخة، (2016-2017). إخضاع عقود التجارة الدولية مرجع سابق، ص52.

[3]شتا، أحمد محمد، (2004). شرح قانون التحكيم المصري، مرجع سابق، ص323.

[4]عرعار ، خولة (2015-2016). مبدأ سلطان الارادة في التحكيم التجاري الدولي المؤسسي، مرجع سابق، ص55.

التحكيمية من واقع الحال وظروف العقد وملابسات التعاقد بصورة مؤكدة أو قاطعة[1]، ويمثل ذلك بالنسبة لهيئة التحكيم أهمية بالغة عند غياب الاختيار الصريح أو عندما يعطي المتعاقدون هيئة التحكيم صلاحية تعيين القانون الذي سيطبق على موضوع النزاع، هذا لأن عمل المحكم يعد بمثابة اجتهاد شخصي له وهو يتصدى لهذه المسألة من خلال البحث عن رابطة موضوعية يمكن الاطمئنان معها أن إرادة الأطراف قد اتجهت لتطبيق هذا القانون أو ذاك، ويتمتع المحكم بهذا الصدد بسلطة تقديرية أوسع من تلك التي يتمتع بها القاضي على أساس أن المحكم غير مقيد بقانون اختصاص يحكمه لأنه غير ملزم بتطبيق قواعد الإسناد المحددة سلفاً في القانون الدولي الخاص بل هو الذي يحدد تلك القواعد[2]، فمهمة المحكم تكون صعبة ومعقدة ويتوقف ذلك على الثقافة القانونية للمحكم وقدرته الذهنية ومعرفته العلمية القانونية في هذا الصدد.

من الجدير بالذكر، أنه وفي مجال القانون الدولي الخاص إذا ما سكت المتعاقدين عن إعلان رغبتهم الصريحة في تطبيق قانون معين فعلى القاضي أن يكشف عن إرادتهم الضمنية من ظروف وملابسات التعاقد وهي مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة التمييز[3].

مثلاً في قواعد القانون الدولي الخاص في القانون المدني الأردني[4]، ورغم عدم النص صراحة على ذلك أنه وبتطبيق نص المادة (25) منه والتي جاء فيها:(تتبع مبادىء القانون الدولي الخاص

---

[1]الحواري، أسامة أحمد، (2009). القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 110.

[2]عبد المجيد، منير، (1997). التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي: في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مرجع سابق، ص199.

[3]صادق، هشام علي، (-). تنازع القوانين ، دراسة مقارنة في المبادئ العامة في تنازع القوانين والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، مرجع سابق، ص672.

[4]انظر نص المادة (20) من القانون المدني الأردني.

فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين[1]،فيلاحظ أنه يجب على القاضي أن يستخلص الإرادة الضمنية للمتعاقدين وهي مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة التمييز، ويرى الباحث أن البحث عن الإرادة الضمنية ينطبق على القضاء الوطني والتحكيم على حد سواء، فهو واجب على القاضي وعلى المحكم، ويذكر أن حالة وجود إرادة ضمنية حقيقية تختلف عن حالة سكوت الإرادة تماماً عن الاختيار.

ففي حالة السكوت، فالعديد من القوانين العربية مثل الإمارات والعراق قد لا يوجد حكم خاص حول القانون الموضوعي الذي يتوجب على المحكم تطبيقه على النزاع المعروض أمامه عند غياب اتفاق الأطراف مما يقتضي الرجوع للقواعد العامة في تنازع القوانين وتقضي هذه القواعد في قوانين الدول العربية عموماً بتطبيق قانون الإرادة على العلاقة التعاقدية وفي حال عدم الاتفاق على قانون معين يطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين وفي حالة اختلاف موطنهما يطبق القاضي قانون بلد إبرام العقد[2]، أما غالبية الدول العربية في حال عدم اتفاق الأطراف على القانون الذي يجب تطبيقه، يتوجب تطبيق القانون الموضوعي الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع في قوانين بعض الدول[3] ومنها قانون التحكيم الأردني بنص المادة (36) منه بفقرتها الثانية على أنها: (إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالاً بالنزاع، وبالنسبة للكشف عن الإرادة الضمنية وهو ما يهم

---

[1]وهي تتطابق مع نص المادة (24) من القانون المدني المصري والمادة (26) من القانون المدني السوري

[2]حداد، حمزة أحمد، (2014). التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص362.

[3]كنص المادة (39) من قانون التحكيم المصري، وهناك توجه آخر بإعطاء هيئة التحكيم صلاحية تحديد القانون الواجب التطبيق استناداً لقواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق كقواعد اليونسترال بالمادة (33/1)، أو التي تراها الهيئة مناسبة كالقانون النموذجي بالمادة (2/28) منه، وهناك توجه بإعطاء الهيئة صلاحية تحديد القانون الموضوعي مباشرة وفقاً لما تراه الهيئة مناسباً دون اللجوء لقواعد تنازع القوانين في هذه الدولة أو تلك كالنص (1/17) من قواعد غرفة التجارة الدولية والنص (3/22) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي .

هذه الدراسة، فيقوم القاضي باستخلاص هذه الإرادة بالكشف عنها من خلال ظروف وملابسات التعاقد، حيث يميل القضاء الفرنسي بصفة عامة إلى التسوية بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية لقانون العقد وهو ما يؤدي عند سكوت الإرادة الصريحة إلى الكشف عن إرادتهم الضمنية، ويكشف القضاء عن هذه الإرادة من خلال قرائن خاصة أو قرائن ذات طابع عام[1]،ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية بهذا الصدد وهو يقف عند ضرورة استظهاره لمؤشرات موضوعية ومعقولة وبمراعاة ظروف العقد وملابسات التعاقد[2]، ولا يختلف الأمر بالنسبة للتحكيم، فيتمتع المحكم الدولي بسلطة تقديرية واسعة وهو يلتزم بالبحث عن الإرادة الضمنية لكي يتمكن من خلالها من تحديد القانون الواجب التطبيق، فله الدور البارز في هذا الصدد، إذ يمكن استخلاص الإرادة الضمنية للمتعاقدين بالاعتماد على قرائن ومؤشراتموضوعية ومعقولة تعينه على تحديد هذه الإرادة باختيارها للقانون الواجب التطبيق في حال غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف، وهذه القرائن أو المؤشرات تعد بمثابة قرينة على اتجاه الخصوم على اختيار القانون الأنسب لحكم موضع النزاع كما لو قدر لهم اختيار هذا القانون صراحة، وهي عديدة تختلف فيها النظم القانونية لا سيما حول القيمة المرجحة لهذه القرينة ويترتب على ذلك اختلاف مواقف المحكمين الدوليين تبعاً للتأثيرات الملموسة لهذه النظم، منها ما يطلق عليه قرائن أو مؤشرات خاصة، وأخرى يمكن اعتباراها قرائن ومؤشرات عامة[3]، وعليه سيقوم الباحث ببيان أهم هذه القرائن والمؤشرات وبإيجاز على النحو الآتي:

---

[1]صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص419، 423.

[2]أحلام، سواعدي، وريمة، بوشموخة، (2016–2017). إخضاع عقود التجارة الدولية، (رسالة ماجستير منشورة) مرجع سابق، ص53.

[3]الحواري، أسامة أحمد، (2009). القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص111، 112. وكذلك أحلام، سواعدي، وريمة، بوشموخة، (2016–2017). إخضاع عقود التجارة الدولية، (رسالة ماجستير منشورة) مرجع سابق، ص97.

تتعدد المؤشرات الخاصة التي يستعين بها المحكم لاستخلاص الإرادة الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة التحكيمية فقد تكون ذاتية تستمد من الرابطة العقدية أو خارجية يمكن استخلاصها من ظروف وملابسات الحال.

فمن أمثلة القرائن الذاتية المستمدة من الرابطة العقدية قرينة الجنسية والمواطن، فمن ناحية فلا شك أن القول بالاعتداد بنظام التنازع في الدولة التي يحمل المحكم جنسيتها كونه أكثر إلماماً بهذا النظام من أنظمة التنازع الأخرى أو كونه المثار ضمناً من جانب الأطراف من منطلق اختيار الأطراف لهذا المحكم كون ذلك دليلاً على رغبتهم في تطبيق قواعد التنازع في دولته، يعد غير سديد فقد يكون قد تم اختيار المحكم بواسطة مركز تحكيم يجري التحكيم في ظله أو تم اختياره من الغير، بل أن التسليم بهذا الرأي تعترضه صعوبة عملية تتمثل بتعدد المحكمين وكونهم من جنسيات مختلفة أو يقيمون في دول مختلفة، إضافة إلى أن ذلك قد يؤدي إلى تطبيق قانون لا يمت بصلة بالنزاع المطروح أمام التحكيم بحسب تحفظ البعض[1].

من ناحية أخرى، فمن الصعب الأخذ بنظام التنازع في الدولة التي ينتمي إليها الأطراف بجنسيتهم باعتبار أن الأطراف في التحكيم وفي مجال المعاملات الدولية الخاصة غالباً ما ينتمون إلى جنسيات متعددة[2].

وكذلك تعد قرينة لغة العقد من القرائن الذاتية الخاصة، لاستخلاص قانون الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة فإن المحكم يستعين بلغة تحرير دولة العقد، وهو ما يفيد انصراف نية أطرافه نحو تطبيق قانون تلك الدولة، إلا أن هذا ليس له دلالة جوهرية فقد تكون اللغة المستخدمة واسعة

---

[1] صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص319.

[2] الحواري، أسامة أحمد، (2009). القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 114، 115.

الانتشار دون أن يكون في أذهان المتعاقدين وضع رابطة مع قانون دولة ما، فلا يمكن أن تحمل لغة العقد دلالة بهذا الصدد إلا مع عنصر آخر أو إذا كانت هذه اللغة قليلة الانتشار مثلاً[1].

وكذلك، مكان إجراء التحكيم يفترض أن نية الأطراف اتجهت لتطبيق قانون دولة مكان التحكيم عند غياب الاتفاق الصريح للمتعاقدين، إلا أن التساؤل الذي يمكن أن يثار حول معنى اتفاق التحكيم، أهو المكان الذي تنعقد فيه هيئة التحكيم لأول مرة؟ أم هو المكان الذي يصدر فيه القرار؟ علماً أن تحديد مقر التحكيم من قبل الأطراف غالباً ما يستند إلى الحيدة لا أكثر وقد لا يكون لدولة هذا المقر أدنى صلة بموضوع النزاع، وقد يكون اختيار المكان من المصادفة وقد تنعقد جلسات التحكيم في أكثر من مكان، أما اختيار مكان التحكيم لدى إحدى هيئات أو مراكز التحكيم الدائمةفإنه لا يعد بذاته مؤشراً على اختيار الأطراف لقانون دولة هيئة أو مراكز التحكيم الدائمة بقدر ما يعني رغبة الأطراف في الاستفادة من التسهيلات التي تقدمها هذه المراكز الدائمة ومن قوة القرارات الصادرة فيها من حيث الاعتراف بها على المستوى الدولي[2]. وعليه فإن مكان التحكيم يحمل دلالة نسبية.

يرى الباحث وبالنسبة لما تقدم أنه يمكن الأخذ بقانون المكان الذي تم فيه اتفاق التحكيم إذا ما كان هو نفسه قانون الجنسية أو الموطن للأطراف والذي يعتبر مألوفاً ومعروفاً لهم بمعنى أنه يحب دعم هذه القرينة بقرائن أخرى، مما يستدل منه أن قانون هذا المكان هو الواجب التطبيق، وقد يستدل على الإرادة الضمنية إلى حد ما من التجاء الأطراف إلى مركز تحكيم يعتنق لائحة

---

[1] فاتح، خلاف، (2007-2008). "مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في التشريع الجزائري"، مرجع سابق، ص39. وكذلك الحواري، أسامة أحمد، (2009). القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة. مرجع سابق، ص 113.

[2] الحواري، أسامة أحمد، (2009). القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة. مرجع سابق، ص 113، 114.

معينةباعتبار أن إرادة الأطراف اتجهت حقيقة للخضوع لقواعد هذه المراكز المطبقة فيها باللجوء إليها، كما هو متعارف عليه عملياً الى حد ما.

من المقرر أن اختيار عملة دولة معينة لا يعدو أن يكون مجرد قرينة قانونية غير كافية بذاتها في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وليس لها إلا دوراً مساعداً لما عداها من القرائن، وقد يكون اختيار العملة الواجب الدفع بها مرجعه الثقة في ثبات سعرها وقابليتها للتحويل والصرف[1]، يميل البعض إلى تطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي على العقود الأخرى المرتبطة به، مثل عقد الكفالة الذي يعقد كضمان للدين المقرر بمقتضى العقد الأصلي حيث يطبق القانون الذي يحكم هذا الأخير[2] فقد تستخلص الإرادة الضمنية من العلاقات التجارية المتبادلة بين الطرفين.

يعد أيضاً من القرائن الخاصة الذاتية للرابطة العقدية تلك المستمدة من استخدام المتعاقدين لنصوص أو شروط قانون معين أو استخدامهم للمصطلحات المقررة في هذا القانون يدل على إرادة المتعاقدين الضمنية نحو تطبيق هذا القانون على العقد في مجموعة، ويضيف البعض أن تحرير العقد بمعرفة موثق تابع لدولة معينة قد يفيد رغبة الخصوم في الخضوع لقانون هذه الدولة[3].

على أن الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين قد يتم من خلال قرائن خاصة خارجية عن

إطار الرابطة العقدية، ومن أمثلة ذلك، إذا كان أحد القوانين المتنازعة يبطل العقد في حين أن قانون آخر يقر بصحته فإنه يجب افتراض أن هذا القانون الأخير هو الذي تم اختياره بين

---

[1]عبد المجيد، منير، (1997). التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مرجع سابق، ص 2000.

[2]صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 420.

[3]صادق، هشام علي، (–). تنازع القوانين: دراسة مقارنة في المبادئ العامة في تنازع القوانين والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري. مرجع سابق، ص 673.

الأطراف[1]، إذ لا يتصور أن يختار المتعاقدون قانوناً يبطل تعاقدهم، بالإضافة إلى أنه يمكن تحديد قانون الإرادة الضمنية من مسلك المتعاقدين اللاحق على إبرام العقد، فإذا لم يكن مكان تنفيذ العقد متفقاً عليه ثم قام المتعاقدون بتنفيذ العقد في دولة ما فقد يستفاد من ذلك أن إرادتهم الضمنية اتجهت لتطبيق قانون هذه الدولة على علاقاتهم العقدية[2] .

تقوم إلى جانب هذه المعايير الخاصة السابق بيانها، بعض القرائن ذات الطابع العام تدور بين قانون محل إبرام العقد وقانون محل تنفيذ العقد وسيتناول الباحث هاتين القرينتين على التوالي:

فعند غياب الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من قبل الأطراف فإن السائد هو تطبيق قانون محل الإبرام باعتباره القانون الأنسب موضوعاً لحكم النزاع[3] ، بوصفهقانون الإرادة الضمنية للمتعاقدين على أساس أن قانون دولة الإبرام هو القانون الذي يسهل على أطراف العقد العلم بأحكامه[4]، ويحقق تطبيق هذا القانون وحدة العقد فيما يتعلق بالاختصاص التشريعي حيث يحكمه القانون نفسه شكلاً وموضوعاً[5]. فقضاء التحكيم التجاري الدولي يتجه غالباً نحو تغليب هذه النظرية[6] .

---

[1]عبد المجيد، منير، (1997). التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مرجع سابق، ص 200.

[2]صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 422.

[3]الحواري، أسامة أحمد، (2009). القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة. مرجع سابق، ص 111/ يختلف هذا عن إسناد العقد من حيث الموضوع اسناداً إلزامياً لقانون بلد الإبرام بصرف النظر عن إرادة المتعاقدين، فهذا الإسناد الجامد في القانون الدولي الخاص لا يطبق قانون بلد الإبرام بوصفه قانون الإرادة الضمنية فيطبق هذا القانون على نحو إلزامي مسبق بصرف النظر عن إرادة المتعاقدين.

[4]صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 432.

[5]المصري، محمد وليد، (2022). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 184.

[6]ففي إحدى المنازعات التي طرحت على محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس طبقت هيئة التحكيم القانون الإيطالي بعد أن استدلت على أن هذا القانون هو الواجب التطبيق على عقد وكالة عامة للبيع استناداً إلى أن دولة إيطاليا هي محل إبرام العقد فهو قانون الإرادة الضمنية وتتلخص وقائع القضية في نزاع نشب بشأن تنفيذ

يلاحظ الباحث، بأن الحكم الصادر عن محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس المشار إليه، ورغم أنه يرجع إلى سنة 1966 لكن يمكن الاستدلال منه في هذا الصدد، أن المحكمة عززت هذه القرينة بقرائن أخرى كقرينة محل التنفيذ لتفادي النقد الموجه لقرينة محل الإبرام بأنها غير كافية بذاتها لتحديد قانون الإرادة الضمنية.

انتقدت هذه القرينة بسبب الصعوبة التي تظهر عندما يتم العقد في مكانين مختلفين من خلال الهاتف أو الفاكس أو البريد الإلكتروني، وفي الوقت الحاضر يتم استخدام هذه الوسائل في إبرام عدد هائل من العقود الدولية، وفي هذه الحالة يتم الإيجاب في دولة بينما يتم القبول في دولة ثانية، فيصعب تحديد محل إبرام العقد هنا نظراً لاختلاف المحل باختلاف النظم القانونية، علاوة على ذلكفإن قرينة بلد الإبرام لا تكفي كمؤشر لتحديد قانون الإرادة الضمنية فقد يتم اختيار هذا المكان من قبل الأطراف المعنية بصورة عرضية على محض الصدفة[1] .

ولتلافي الانتقاد الذي وجه إلى قرينة محل إبرام العقد، فإن بعض الفقه يذهب للأخذ بقرينة محل تنفيذ العقد لتحديد قانون الإرادة الضمنية، ذلك لأن دولة التنفيذ هي التي ترتبط بها في الغالب مصالح المتعاقدين فاهتمامهم موجه منذ البداية على قانون هذه الدولة التي ستحقق فيها الغاية من التعاقد وتحقق فيها في الأغلب المسؤولية عن عدم التنفيذ، على أنه يصعب أحياناً إعمال هذه القرينة خاصة في الفروض التي تتعدد فيها أماكن التنفيذ في أكثر من دولة تبعاً لتعدد الالتزامات

عقد وكالة عامة في البيع بين شركة إيطالية وأخرى سويسرية تقوم الشركة الأولى بتوزيع منتجات الثانية في أمريكا والمكسيك ولم يوضح ف العقد القانون الذي يحكم النزاع، فالمحكم قرر إعمال القانون الإيطالي باعتباره القانون الأكثر ملائمة استناداً إلى أن العقد قد وقع في إيطاليا حيث سلمت البضاعة وانتقلت ملكيتها للمشتري، صدر الحكم في الدعوى رقم (1422) لسنة 1966 / راجع في ذلك أسامة أحمد حواري في القواعد القانونية التي يطبقها المحكم (مرجع سابق، ص111، 112) وراجع منير عبد المجيد في التنظيم القانوني للتحكيم الدولي (مرجع سابق، ص201).

[1]المصري، محمد وليد، (2022). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 184.

الناشئة عن العقد، إلا أن هذا يمكن تجاوزه فالعبرة عند تعدد أماكن التنفيذ هي بمحل التنفيذ الرئيسي (إن أمكن تحديده)، أما في حالة عدم تحديد محل التنفيذ فيكون تحديده بالمكان الذي يقوم فيه المدين بالوفاء الفعلي بالتزامه، لكن يجب الأخذ بعين الاعتبار أنه قد لا يقوم الأطراف بتحديد محل التنفيذ نتيجة لعدم اكتراثهم لهذا التحديد اصلاً[1] .

يشير الباحث بأنه ومن المتفق عليه أنه في حالة تعذر العلم المسبق بقانون العقد فإن ذلك سيدخل بتوقعات المتعاقدين مما يخل بالأمان القانوني المنشود.

لعل أهم ما يلاحظ على وسائل تحديد الإرادة الضمنية للمتعاقدين من خلال استعانة المحكم بالقرائن أو المؤشرات السابق عرضها أنها لم تعن عناية كافية بالبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين في اختيار قانون العقد عند سكوتهم عن الإفصاح عن هذه الإرادة، وإنما طبقت في واقع الأمر القانون الذي تفرض اتجاه المتعاقدين إلى إعمال أحكامه فيكشف **المحكم أو القاضي** أساساً عن إرادته الخاصة في سبيل تحديد القانون الواجب التطبيق ليقوم بعد ذلك بنسبتها إلى الأطراف بهدف حل النزاع استناداً إلى مجرد قرائن لا تعكس في الحقيقة القصد المشترك للمتعاقدين ومن ثم فهي إرادة مفترضة وهمية غير موجودة.

وبهذه المثابة فالإرادة إما أن توجد أو لا توجد، أما الإرادة المفترضة فهي مجرد وهم وتصور يتنافى مع فكرة الإرادة ذاتها[2] ، فذهب اتجاه ينتهي إلى رفض فكرة الاختيار الضمني لقانون العقد على أساس أن الاعتداد بمثل هذا الاختيار يخالف واقع الحال ومحاولة الكشف عنها ستؤدي

---

[1]صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص424، 460.

[2]صادق، هشام، (–). تنازع القوانين: دراسة مقارنة في المبادئ العامة في تنازع القوانين والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري. مرجع سابق، ص 675/ وكذلك صادق، هشام، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 426.

بالضرورة إلى تحكم المحكم أو القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق مستتراً وراء ما يسمى بالإرادة الضمنية وهي في حقيقتها إرادة مفترضة مما يخل بتوقعات الأفراد[1] .

يرى الباحث أنه، صحيح أن هذه القرائن أو المؤشرات عديدة وتلك المسألة تختلف فيها النظم القانونية ومواقف كل محكم تبعاً لذلك حول قوة القرينة في الاستدلال منها على حقيقة وجود الإرادة الضمنية مع ملاحظة أن عمل المحكم في هذا الصدد له طابع شخصي كما تم بيانه، إلا أنها تنبه وتشير وتفيد بوجود الإرادة الضمنية في حالات معينة فيجب الاهتمام بها لتعيين المحكم أو القاضي على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

يضيف الباحث، أنه ولتفادي الانتقادات التي تعترض كل قرينة من هذه القرائن فيما لو طبقت بمفردها بأنها لا تقدم حلاً مرضياً في أغلب الأحوال معبراً عن حقيقة وجود إرادة المتعاقدين الحقيقة خاصة في ظل تنوع العقود وتعقيد العلاقات التجارية الدولية إن جاز التعبير، فإنه يجب النظر لهذه القرائن نظرة شاملة ككل بحسب كل عقد على انفراد أي في كل حالة على حدة لمعرفة أهمية كل عنصر واتصاله وارتباطه بالعقد محل النزاع للاطمئنان بأن إرادة الأطراف اتجهت إلى هذا القانون أو ذاك حقيقة فالمسألة نسبية تختلف من كل حالة لأخرى.

أيضاً، ولأنه يتعين الاعتراف بأن ثمة فروض أخرى قد يسكت فيها المتعاقدون عن التحديد الصريح لقانون العقد رغم اتجاه إرادتهم الضمنية بالفعل إلى اختياره وهو اختيار يتعين على القاضي أو المحكم التأكد من وجوده من خلال قرائن لا يتشكك في دلالتها على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وهذا ما عبر عنه فقه القانون الدولي الخاص "بالاختيار البين لقانون العقد"[2].

---

[1]صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 429.

[2]صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 429.

وأن عدم الاعتداد بالإرادة الضمنية في مثل هذه الحالات هو أمر يخالف المنطق السليم لما يؤدي إليه من تجاهل دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق سواء كانت هذه الإرادة صريحة أم ضمنية، وأمام قضاء التحكيم والقضاء الوطني على حد سواء.

ولهذا يعتد بالتسوية بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية للمتعاقدين باشتراط ان يتحقق القاضي أو المحكم من وجود الإرادة الضمنية للمتعاقدين عند غياب اختيارهم الصريح لقانون العقد من خلال قرائن تكشف عن اختيار حقيقي لقانون العقد، ومنها على سبيل المثال أنه يمكن استخلاص الاختيار الضمني لقانون العقد إذا كان العقد من العقود النموذجية التي تنتمي لنظام قانوني محدد يطبق عليها كوثيقة التأمين الصادرة عن هيئة اللوديز والتي تخضع للقانون الإنجليزي[1].

ويشير الباحث إلى أن العديد من الاتفاقيات الدولية كرست حرية الأطراف المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة التحكيمية إلا أنها تباينت في مواقفها في حالة عدم التصريح الصريح للمتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[2] (حول مسألة تحديد قانون الإرادة الضمنية).

ففي حالة السكوت، وبالرجوع لقانون التحكيم الأردني بنص المادة (39/ب) منه والتي جاء فيها: (إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالاً بالنزاع)، يلاحظ أن قانون

---

[1] صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 434.

[2] الحواري، أسامة أحمد، (2009). القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة. مرجع سابق، ص112.

التحكيم الأردني أسوة بالقانون المدني بتنظيمه لقواعد القانون الدولي الخاص[1] لم يشير إلى وجوب استخلاص قانون الإرادة الضمنية الحقيقية للمتعاقدين عند غياب إرادتهم الصريحة، وعليه فإن أساس استخلاص المحكم لهذه الإرادة الضمنية في شأن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح أمامه هو نص المادة (25) من القانون المدني والتي جاء فيها: (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين).

إضافة إلى وجود مثل هذا النص في قانون التحكيم فجاء بنص المادة (3): (على أن تراعى في تفسير أحكام هذا القانون القواعد والمبادئ القانونية المطبقة في التحكيم الدولي ويعتد في الأحوال جميعها بالأعراف التجارية الدولية) وعليه يعمل المحكم على استخلاص الإرادة الضمنية للمتعاقدين فذلك من المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص والتحكيم، ويرى الباحث بخصوص ذلك ولأن المحكم يقوم باستخلاص هذه الإرادة الضمنية بسلطته التقديرية بالاعتماد على قرائن ومؤشرات تختلف بحس قوتها باختلاف النظم القانونية المختلفة مما يترتب عليه اختلاف مواقف المحكمين بهذا الصدد، فيقترح أنه من الأفضل أن يتضمن قانون التحكيم نصاً صريحاً بهذا الصدد خصوصاً وأنه عمل على تكريس مبدأ سلطان الإرادة بدورها في اختيار القانون الواجب التطبيق لعدم وضع المتعاقدين في موقف يفرض عليهم المحكم إرادة ضمنية لهم وهي في الحقيقة قد لا توجد فسبق بيان بعض الأسباب لسكوت المتعاقدين.

كاتفاقية عمان العربية لسنة 1987 بنص المادة(21) التي تنص على أن: (تفصل الهيئة في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً إن

---

[1] انظر نص المادة (20) من القانون المدني الأردني.

وجد) إضافة إلى اقتراح وضع معايير محددة حتى لا تترك للمحكم سلطة واسعة قد يتعسف فيها في تحديد تلك الإرادة، فيترك للمحكم حرية بقدر معين في ظل وجود معايير أو ضوابط محددة يراعي مصلحة وتوقعات الأطراف المشروعة ويا حبذا لو كانت هذه المعايير تأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطرف الضعيف في العلاقة محل النزاع أكثر، فعلى سبيل المثال يوضع قرائن أو مؤشرات للنص عليها على سبيل المثال لا الحصر تكون أولى بالاتباع ومن ثم استخدام المحكم لسلطته التقديرية بهذا الصدد.

الفصل الثالث

محددات الإرادة

سبق بيان قدرة الإرادة بحريتها الواسعة على اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم استناداً إلى إعمال مبدأ سلطان الإرادة في هذا الشأن، إلا أن هذا المبدأ قد يتراجع بوجود محددات تحد من قدرة الإرادة على الاختيار سواء على أساس المنهج المباشر أو المنهج التنازعي.

فسيبين هذا الفصل من جهة تطبيق المنهج المباشر في منازعات التحكيم كقيد على حرية الإرادة بقدرتها على اختيار القانون الواجب التطبيق فسيوضح بداية دور قواعد القانون التجاري الدولي بالأعراف التجارية الدولية في تقييد دور الإرادة في هذا الصدد إضافة إلى بيان دور القواعد ذات التطبيق الضروري كذلك.

من جهة أخرى فسيوضح هذا الفصل تطبيق المهج التنازعي بالحد من دور الإرادة في عملية الاختيار ببيان دور قواعد النظام العام الدولي كقيد على هذه الإرادة.

ومن اجل تحقيق ذلك فستتطرق الدراسة لبيان المقصود بقواعد القانون التجاري الدولي وأساس تطبيقها كقيد على الإرادة إضافة إلى التطرق للمقصود بقواعد البوليس ودورها كقيد على الإرادة ضمن المبحث الأول، وستعمل الدراسة على بيان دور النظام العام في هذا الصدد.

وعلى ما تقدم سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: الحد من قدرة الإرادة وفق المنهج المباشر.

المبحث الثاني: الحد من قدرة الإرادة وفق منهج التنازع.

المبحث الأول

الحد من قدرة الإرادة وفق المنهج المباشر

إن مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق رغم الاعتراف به وتكريسه على المستوى الدولي والوطني إلا أنه قد يتراجع بوجود الأعراف التجارية الدولية وقواعد ذات التطبيق الضروري بالحد من قدرة الإرادة على الاختيار.

فالتساؤل المطروح هو بم دور هذه القواعد على اختلاف نوعها وغايتها في تقييد الإرادة وحريتها في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم؟

فسيتناول هذا المبحث مطلبين:

المطلب الأول: دور الإرادة وقواعد القانون التجاري الدولي.

المطلب الثاني: دور الإرادة والقواعد ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس).

المطلب الأول

دور الإرادة وقواعد القانون التجاري الدولي

مضت الإشارة إلى فكر أنصار النظرية الشخصية بأنهم يردون قدرة المتعاقدين على اختيار القانون الواجب التطبيق لمطلق سلطان الإرادة مما يؤدي إلى تحرير العقد من حكم القانون بحسب ما تؤول إليه النتائج المترتبة على أفكارهم، واتجه جانب منهم إلى أن قدرة الإرادة على الاختيار ترتد إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص[1] التي تخول للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق أو القواعد الموضوعية التي تنظم حقوقهم بحرية واسعة وفقاً لما يرونه

---

[1]أسوة بالقاعدة المادية المماثلة في مجال العقود الداخلية والتي تؤكد أن العقد شريعة المتعاقدين، وتختلف عن القواعد المادية التي تنطبق مباشرة على النزاع، فهي لا تعطي حلاً مباشراً للنزاع.

ملائماً ومناسباً لعلاقاتهم التعاقدية الدولية، مما يترتب عليه اندماج أحكام القانون المختار في العقد ويتحرر بذلك من حكم القانون.

ويتفق ما تقدم مع ما يميل إليه المحكمين على أساس أن المحكم يستمد سلطته ووظيفته التحكيمية من إرادة الأطراف إضافة لأنه لا يسعى لحل التنازع بين القوانين المتزاحمة لحكم العقد كالقاضي كما تمت الإشارة إليه في الفصل الأول من هذه الدراسة مما يؤكد الطابع المادي للقاعدة التي تخول للأطراف الحق باختيار القانون الواجب التطبيق، وما يترتب على ذلك من نتائج تمت الإشارة إليها وصولاً إلى قدرة الإرادة على التحرر من حكم القانون.

فمضت الإشارة فيما سبق، أن قانون التحكيم الأردني بالمادة (36/أ) منه أعطى الحق للأطراف باختيار القواعد القانونية لتنظيم عقودهم والتي قد لا تنتمي لقانون داخلي معين كاختيارهم لقواعد القانون التجاري الدولي، وهذا الحق لا يكون من خلال قواعد التنازع التي تهدف لحل التنازع من بين القوانين المتزاحمة مع الخضوع لأحكام القانون المختار كما تم بيانه، مما يؤدي إلى قدرة الإرادة على الإفلات من حكم القانون باختيار القواعد أو القانون الواجب التطبيق دون الخضوع لأحكامه وفق المعنى المقصود بذلك[1].

التساؤل المطروح هو إلى أي مدى تستطيع الإرادة التحرر من حكم القانون أمام التحكيم وفقاً لما يدعيه أنصار النظرية الشخصية التقليدية؟ فهل تخضع الإرادة لقواعد القانون التجاري الدولي بمراعاتها من قبل المحكم رغم إرادة الأطراف؟ فهل يطبقها المحكم تطبيقاً مباشراً؟

---

[1]على عكس فكر أنصار النظرية الموضوعية فمضت الإشارة إلى أنهم يصرون على إخضاع العقد لحكم القانون فلا تقدر الإرادة على التحرر من سلطان القانون على أساس أن حق الإرادة بالاختيار يرتد إلى قاعدة من قواعد تنازع القوانين.

هذا ما سيتم توضيحه في هذا المطلب ببيان مدى دور قواعد القانون التجاري الدولي بالحد من قدرة الإرادة على الاختيار للقانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم وما يتفرع عن ذلك من إشكاليات سيتناولها هذا المطلب بفرعين، الأول بماهية قواعد القانون التجاري الدولي، والثاني بأساس تطبيقها كقيد على الإرادة.

الفرع الأول: ماهية قواعد القانون التجاري الدولي

بداية، إن قواعد القانون التجاري الدولي ظهرت لإخضاع المعاملات الدولية مباشرة لنظام خاص بها يشكل في مجموعه الأعراف والعادات السائدة في التجارة الدولية والمبادئ القانونية العامة المسلمة بين الدول، كصحة شرط الدفع بالذهب في المعاملات الدولية خلافاً في الأصل من بطلانه في الكثير من القوانين الداخلية، إلى أن أصبح هذا المنهج أكثر تطوراً بإخضاع عقود التجارة الدولية على اختلاف عناصرها لنظام دولي مستقل عن القوانين الوطنية يعرف "بقانون التجارة الدولية"[1].

يقصد بقانون التجارة الدولية مجموعة القواعد التي تنظم علاقات القانون الخاص المتعلقة بالتجارة الدولية أي التي ترتبط بدول مختلفة فلا تنتمي لنظام معين من النظم القانونية الوطنية وإنما تقوم إلى جانبها واستقلالاً عنها، على أساس أن إسناد هذه العقود لنظام قانوني وطني لا يتلاءم مع طبيعة هذه التجارة، مما يوفر الاستقرار والثبات المتطلبين في التجارة الدولية[2].

---

[1] الجمال، مصطفى محمد، وعبد العال، عكاشة، (1998). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم التجاري المصري رقم (27) لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية، مرجع سابق، ص255، 256.

[2] عبد المجيد، منير، (1997). التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مرجع سابق، ص38.

عرف قانون التجارة الدولية بأنه مجموعة من القواعد التي تنظم علاقات القانون الخاص المتعلقة بالتجارة الدولية تنظيماً ذاتياً وموحداً لعقود التجارة الدولية[1].

حيث تضمن تقرير الأمم المتحدة لعام 1968 بمناسبة إنشاء لجنة القانون التجاري الدولي تعريفاً لقواعد التجارة الدولية حيث جاء فيها بأنها: "مجموعة القواعد التي تحكم عقود التجارة الدولية التابعة إلى القانون الخاص والتي ترتبط بدول مختلفة"[2].

على ما تقدم يجد الباحث أن قواعد القانون التجاري الدولي تختص بحكم العلاقات التجارية الدولية ضمن القانون الخاص وهي قواعد تتصف بالدولية ولا تنتمي أو تتقيد بحدود دولة ما تشكل أحكاماً موضوعية لتحكم عقود التجارة الدولية.

حيث تشمل هذه القواعد العادات والأعراف التجارية الدولية والمبادئ القانونية المشتركة وما يسمى بقواعد العدالة.

1) العادات والأعراف التجارية الدولية:

درج العمل الدولي في الأوساط التجارية على اتباع عادات وأعراف تجارية معينة، وهي قواعدنشأت تلقائياً في أوساط التجارة الدولية تستجيب لمتطلبات هذه التجارة في صورها المختلفة المتعلقة بالقانون الخاص، تشكل المصدر الأول لقواعد التجارة الدولية[3].

---

[1] قدور، بختي، (2016-2017). التحكيم التجاري الدولي والقانون الواجب التطبيق (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص50.

[2]فاتح، خلاف، (2007-2008). "مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في التشريع الجزائري"، مرجع سابق، ص58.

[3]عبد المجيد، منير، (1997). التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مرجع سابق، ص42.

هذه العادات والأعراف التجارية تكونت نتيجة لاعتياد اتباعها من المتعاملين في ميدان التجارة الدولية، وفي هذا الصدد تعرف بأنها "قواعد من صنع ممتهني التجارة الدولية مباشرة ودون تدخل تشريعي تفرض نفسها كقواعد قانونية لها بيئتها وخصائصها الملزمة على الأشخاص اللذين توجه إليهم"[1].

وهي قواعد لا تستمد من تشريعات دولة ما وإنما تستمد من نصوص العقد ذاته من هذه الأعراف التي درج المتعاملون على اتباعها، كما هو الشأن بالنسبة للشوط التي وصفتها جمعية لندن لتجارة القمح[2]، القواعد المتبعة بالعقود النموذجية التي أدى تكرار تطبيقها واستقرار العمل بها إلى شعور المتعاملين بها بأهميتها وضرورتها لتنظيم مجتمع التجارة الدولي.

وهناك مجموعة من المصطلحات المتعلقة ببعض المعاملات التجارية تبرز في شكل قوالب عامة تقوم على أساسها بيوع البضائع الدولية عن طريق تضمينها مصطلحات توفر على المتعاملين الدخول في مناقشات طويلة لتحديد المقصود منها فهي تضع حدود لمصطلحات متعددة تكثر في البيوع الدولية مثل البيع (F.O.B) والبيع (C.I.F) حيث تولت تنظيماً ذاتياً للعلاقات بين أطراف عقد البيع الدولي كما شرحت تحديداً نمطياًلحقوق والتزامات كل طرف[3].

على ما تقدم، فتعتبر العادات والأعراف التجارية مصدراً أساسياً لقواعد القانون التجاري الدولي، نشأت بطريقة تلقائية في المجتمع التجاري الدولي بعيداً عن تدخل القوانين الوطنية.

---

[1]فاتح، خلاف، (2007–2008). "مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في التشريع الجزائري"، مرجع سابق، ص61.

[2]محمد، جارد، (2009–2010). دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص60.

[3]أحلام، سواعدي، وريمة، بشموخه، (2016–2017). إخضاع عقود التجارة الدولية، (رسالة ماجستير منشورة) مرجع سابق، ص145.

2) المبادئ القانونية المشتركة وقواعد العدالة:

يرى جانب من الفقه، أن المبادئ القانونية العامة لا تعتبر من مكونات القانون التجاري الدولي، فالرجوع لهذه المبادئ في شأن العلاقة العقدية محل النزاع لن يجدي كثيرا، ذلك لأن الحلول التي يمكن أن تأتي بها تتسم بطابع العموم ولا تكفي لمواجهة خصوصية المسألة محل النزاع، مثل مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية قد لا يكفي لمواجهة المشكلة المطروحة، إضافة أنه وباتساع نطاق التجارة الدولية في العصر الحديث يجعل من العسير استخلاص مبادئ مشتركة يمكن لها أن تحكم العلاقات المتنوعة في هذه التجارة وخصوصاً أن المتعاملين بها ينتمون لدول متعددة تختلف في أنظمتها القانونية[1].

حيث يميل جانب آخر من الفقه، لتأكيد الأهمية العملية للمبادئ القانونية كمصدر للقانون التجاري الدولي خصوصاً وأن قضاء التحكيم استطاع أن يستخلص منها ما يتناسب مع العلاقات التجارية الدولية كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقوة الملزمة للعقد[2].

يشير الباحث إلى رأي آخر من الفقه يرى ان المبادئ العامة للقانون أصبحت حقيقة واقعية لا يمكن تجاهلها في الميدان الدولي وأن صفتها الدولية أدت إلى جعلها قانوناً لحكم المبادلات التجارية الدولية، ويذهب رأي آخر للقول بأنها قواعد ذاتية التطبيق تستمد من النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي[3].

---

[1]صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ملخص ص172-174.

[2]الكيلاني، محمود محمد، (2023). الوساطة والتحكيم في تسوية المنازعات المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص224.

[3]محمد، جارد، (2009-2010). دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص175.

كما تعرف بأنها القواعد التشريعية التي تلقى قبولاً في الكثير من النظم القانونية أياً كان درجةتقدمها تطبق على النزاع دون وساطة قواعد الإسناد[1].

إن هذه القواعد موجودة ولها مكانتها في النظام القانوني الدولي الذي تقبله كل الدول والذي تجد منه بالتبعية[2] انعكاساً لأفكاره القانونية، وعموميتها تسمح لها بالتطبيق على مختلف المسائل وتعطي المحكم حرية واسعة في معالجة ما قد تعتري النظم القانونية الوطنية على ما سيتم بيانه لاحقاً.

أما قواعد العدالة فهي تلك المبادئ السارية على مستوى التعامل الدولي إعمالها يؤدي إلى منح الطمأنينة اللازمة للأطراف من خلال تحقيق التوازن فيما بينهم، مثل فكرة التوزيع المتساوي للمخاطر الناتجة عن القوة القاهرة ومثل إعادة التوزان في العقود طويلة المدة[3].

والمقصود بالعدالة التي يستلهم منها المحكم الحل للنزاع المطروح أمامه ليس هو العدل المطلق وإنما العدل كما يعرفه مجتمع التجارة والمال، إذ أن العدل المطلوب هو ما يقوم به المشرع بتنظيمه للقانون بصفة عامة، فالمحكم يقدم حلاً وضعياً مستلهماً من القانون الطبيعي أي أنه نوعاً من العدل المصنوع، فمفهوم العدالة كأحد مكونات القانون التجاري يعد قانوناً عرفياً وتلقائياً في نفس

---

[1]عبد المجيد، منير، (1997). التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مرجع سابق، ص226.

[2]الحواري، أسامة أحمد، (2009). القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة. مرجع سابق، ص 156,

[3]فاتح، خلاف، (2007–2008). "مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في التشريع الجزائري"، مرجع سابق، ص62.

الوقت فهم مجموع الأفكار التي تسود في وسط تجاري معين وتستقر في ضمائر المتعاملين به كما هو حق أو عدل[1].

ويشير الباحث إلى أن قانون التحكيم اخذ بتطبيق قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون وفق نص المادة (36/د) منه، في حالة إذا ما اتفق طرفا التحكيم صراحةً على تفويض هيئة التحكيم بالصلح، ومن الجدير بالذكر أنه في هذه الحالة يعد العقد من العقود الطليقة التي كفلت من سلطان القانون ولا تخضع إلا للحلول التي تراها هيئة التحكيم ملائمة بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف.

نظراً للمكانة العامة لقواعد التجارة الدولية فلقد تنبه المجتمع الدولي لأهميتها من خلال تكريسها في التشريعات الدولية ذات الصلة بالتحكيم التجاري الدولي.

حيث نصت المادة (7) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي "جنيف 1961) على أن: (1- إن الفرقاء أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على الحكام تطبيقه لصد أساس النزاع، وفي حال إغفال الإشارة من قبل الفرقاء إلى القانون الذي يقتضي تطبيقه يعمد المحكمون إلى تطبيق القانون المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين التي يرون أنها مناسبة بهذا الصدد، **وفي الحالتين فإن المحكمين يأخذون بعين الاعتبار أحكام العقد والأعراف التجارية)**

وقد كرست اتفاقية عمان العربية لسنة 1987 ذات الاتجاه بنص المادة (21) منها بوجوب مراعاة قواعد الأعراف التجارية المستقرة، وضحت هيئة التحكيم حق الفصل في النزاع طبقاً لقواعد العدالة.

---

[1]صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ملخص ص181-182.

وكما تمت الإشارة إليه، أن قانون التحكيم الأردني بنص المادة (36/أ) منح المتعاقدون الحق باختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع والتي يمكن أن تكون قواعد التجارة الدولية، إضافة إلى أنه ألزم هيئة التحكيم في جميع الأحوال بمراعاة شروط العقد والأعراف التجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين، وفق الفقرة (ج) من المادة المذكورة.

على ما تقدم، يشير الباحث إلى أن قواعد التجارة الدولية هي قواعد يمكن أن تكون محلاً لاختيار الأطراف استناداً إلى الحرية المطلقة التي ضمنها المشرع لهم. وفي هذه الحالة يتعين على المحكم الالتزام بتطبيقها احتراماً لدور الإرادة في اختيار القانون أو القواعد الواجبة التطبيق، إضافة إلى إمكانية تطبيقها بوجوب مراعاتها من المحكم عند غياب اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق عندما يكون المحكم بصدد تحديد القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع وفق المادة (36/ب، ج)، هذه الحالات فيها تطبيقاً لقواعد القانون التجاري الدولي، ومن وجهة نظر الباحث أنها لا تعد قيداً يحد من قدرة الإرادة وحريتها في اختيار القانون الواجب التطبيق.

إلا أن الباحث يشير إلى إمكانية لزوم تطبيقها كقيد يحد من دور الإرادة في عملية الاختيار استناداً إلى الفقرة (ج) من المادة (36) من قانون التحكيم والتي جاء: (في جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين) مما يفيد أن هذه القواعد تشكل قيداً على الإرادة فالفقرة (ج) تنطبق على حالة الاختيار الصريح من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق فتراعي قواعد القانون التجاري الدولي مهنة تطبيق قانون الإرادة وعلى حالة تحديد المحكم أو هيئة التحكيم لإرادتهم الضمنية، إضافة إلى وجوب مراعاة القواعد والمبادئ

القانونية المطبقة بالتحكيم والأعراف التجارية الدولية عند تفسير أحكام القانون، وفق نص المادة (3) من قانون التحكيم.

على ما تقدم، فالتساؤل المطروح هو بما الأساس القانوني لتطبيقها بمعنى هل يطبقها المحكم أو هيئة التحكيم على نحو مباشر أم بناءً على فهم التنازع؟ وبعبارة أخرى هل تعلو هذه القواعد خصوصاً الأعراف التجارية على القانون المختار إذا ما كان قانوناً وطنياً أم تطبق أحكام القانون المختار رغم مخالفتها لهذه القواعد؟

وهذا ما سيتم الإجابة عليه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني: أساس تطبيقها كقيد على الإرادة

لما كانت العادات والأعراف التجارية تعد المصدر الأساسي لقواعد التجارة الدولية فسوف يركز الباحث على دراستها، والتساؤل المطروح هم مدى تمتعها بالقوة الملزمة وبالتالي اعتبارها قانوناً للعقد؟

يذهب رأي من الفقه إلى أن العادات والأعراف التجارية لا تطبق إلا بوصفها شروطاً تعاقدية فهي لا تستمد قوتها الملزمة من الدولة فلا يمكن تصور وجود قاعدة قانونية بعيداً عن سلطان الدولة، فهي تفتقر لعنصر يفقدها الجزاء المترتب على مخالفتها وتختلف من عقد أو وسط تجاري لآخر كما تفقدها هيئة العموم والتجريد وبالتالي ليس لها طابع القانون[1].

ومع ذلك يميل الرأي الراجح إلى اعتبار قواعد التجارة الدولية قواعد قانونية فتشكل نظام قانوني مستقل وقائم بذاته تخضع له المعاملات التجارية الدولية، وتتمتع بصفة العمومية والتجريد نتيجة لإشباع إرادة الأطراف بحسب حاجاتهم المشتركة وشعورهم بإلزاميتها حتى لو كانت تخص مهنة

---

[1]عبد المجيد، منير، (1997). التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مرجع سابق، ص53.

معينة وتختلف من وسط تجاري لآخر، فلا ينفي ذلك عنها الصفة القانونية، فالقاعدة القانونية تخاطب الأشخاص بصفاتهم، إضافة إلى أن مجتمع التجارة الدولية يمتلك مؤسسات تعمل على إبراز الصفة القانونية لهذه القواعد وكفالة الاحترام لها من خلال الجزاء الذي تفرضه على المنتميين إليها[1].

ومن هنا تطبق هذه القواعد دون الحاجة إلى اختيار الأطراف لها صراحة أو ضمناً بصفتها قواعد قانونية تتمتع بإلزام ذاتي، فمثلاً عندما يتبين استحالة تطبيق القانون المختار على موضوع النزاع سواء بسبب نقص في أحكامه بمعالجة المسألة المطروحة أو لتفسير المواقف الغامضة في القوانين الوطنية أو عند استبعاد المحكم القانون المختار لمخالفته للنظام العام بمفهومه الدولي، أو تطبق نتيجة الاستنتاج المحكم لاتجاه نية الأطراف في الخضوع لها وأن يختار الأطراف التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية[2]، ويرى الباحث أن مثل هذا القول قد يتجاهل حقيقة أن عدم النص على اختيار قانون معين من قبل الأطراف يرجع إلى كون هذا الاختيار لم يخطر على ذهنهم وغير ضامن الأسباب كما سبقت الإشارة إليه.

أو يتم الرجوع لهذه القواعد لتفسير عبارات العقد ومصطلحاته على اعتبار أنها ترتبط بالمفاهيم والمصطلحات المتعلقة بالتجارة الدولية[3].

---

[1]الجمال، مصطفى، وعبد العال، عكاشة، (1998). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم التجاري المصري رقم (27) لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية، مرجع سابق، ص259، 260.

[2]الحواري، أسامة أحمد، (2009). القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص149، 150.

[3]الجمال، مصطفى، وعبد العال، عكاشة، (1998). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم التجاري المصري رقم (27) لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية، مرجع سابق، ص264.

لاحظ البعض بحق أنه من الصعب التسليم بفرض هذه القواعد على أشخاص التجارة الدولية، فأقصى ما يمكن هو إعطاؤها صفة القواعد القانونية المكملة، بل ومن غير المرغوب فيه الاعتراف بدورها المطلق لأنها في النهاية تعبر عن مصالح الطرف القوي في التجارة في مواجهة المتعاملين معه لما تفرض على الطرف الضعيف الخضوع لهذا الوضع[1].

على ما تقدم، يطرح التساؤل بمتى يتم الرجوع لقواعد القانون التجاري الدولي "الأعراف والعادات التجارية" أو ما الأولوية في التطبيق بين هذه القواعد وبين حالة اختيار قانون وطني من الأطراف؟ وما أساس تطبيقها؟

يرى جانب من الفقه أن تطبيق قواعد التجارة الدولية لا يكون بغير منهج التنازع، حيث أن قاعدة الإسناد المتعلقة بالعقود الدولية تخضع العقد لقانون الإرادة، فيتعين لكي تطبق الأعراف والعادات التجارية ذات الطابع الدولي أن يشير المتعاقدون بتطبيقها صراحة أو ضمناً، فلا تفرض نفسها على المحكم وإنما تستمد قوتها من إرادة الأطراف[2].

على أساس أن هذه القواعد لها صفة قانونية تكميلية لا تطبق بقوة سريانها بل لا بد من أن يقرر الأطراف بإرادتهم الصريحة أو الضمنية رغبتهم في سريان أحكامها[3].

ويرى الباحث أنه حتى وإن كانت هذه القواعد لها الصفة المكملة فالأصل يجب مراعاتها ما لم يتم استبعادها او الاتفاق على ما يخالفها بحس الأصل.

---

[1] الجمال، مصطفى، وعبد العال، عكاشة، (1998). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم التجاري المصري رقم (27) لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية، مرجع سابق، ص262.

[2] صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص196.

[3] صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص198.

إلا أن جانب آخر من الفقه، ولاتصاف هذه القواعد بالصفة القانونية رغم أن غالبيتها ذات طابع تكميلي، فهي تعد من قواعد القانون الدولي الخاص تطبق مباشرة دون الحاجة لمنهج التنازع، فتتمتع بقوة الإلزام الذاتي التي تتيح للمحكمين تطبيقها على المنازعات العقدية المطروحة عليهم تطبيقاً مباشراً دون الحاجة لإبداء رغبة المتعاقدين بتطبيقها، حيث يتفق ذلك مع طبيعة هذه القواعد والهدف الذي تسعى إليه لتنظيم العلاقات التجارية الدولية وبوصفها جزءاً من النظام القانوني الذي تنتمي إليه[1].

فالمحكم ليس له قانون وطني يرجع إليه، فيعد قانون التجارة الدولية قانونه، فمن الطبيعي أن تنطبق أحكامه الموضوعية على النزاع المطروح أمامه تطبيقاً مباشراً دون حاجة لقواعد الإسناد.

يرى الباحث أنهم يطبقون القواعد المادية في القانون التجاري الدولي مباشرة عملاً بالمبادئ العامة في التحكيم التجاري الدولي، فهي قواعد نشأت خصيصاً لحكم عقود التجارة الدولية.

حيث يجد الباحث أن التشريعات كقانون التحكيم الأردني أخذت بذلك، بنص المادة (36/ج) التي أكدت على وجوب مراعاة شرط العقد والأعراف الجارية في نوع المعاملة، وهو ما يفيد إلى ان تطبيق هذه الأعراف على نحو مباشر ودون توقف على إرادة الأطراف.

فالتساؤل فيما لو كان المتعاقدون قد اختاروا قانون وطني ما لحكم العقد فعندها نكون أمام مسألة احترام قانون الإرادة ومسألة احترام إرادة الجماعة في التطبيق المباشر للقانون التجاري الدولي بمعنى آخر يكون في هذا الوضع فانون التجارة الدولية في مواجهة قانون الإرادة.

---

[1] الجمال، مصطفى، وعبد العال، عكاشة، (1998). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم التجاري المصري رقم (27) لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية، مرجع سابق، ص263.

ذهب رأي إلى وجوب تطبيق الأعراف التجارية الدولية على المنازعة التحكيمية رغم اختيار المتعاقدين لقانون دولة ما لحكم العلاقة العقدية محل النزاع[1].

الرأي الغالب يتجه إلى تطبيق قانون الدولة الذي تم اختياره لحكم العلاقة العقدية احتراماً لإرادة الأطراف وفي نفس الوقت يذهب للتطبيق المباشر لعادات وأعراف التجارة الدولية خصوصاً في المسائل الفنية المتعلقة في التجارة أو المهنة التي ثار النزاع بشأنها فتنظمها هذه العادات والأعراف، وبذلك تتم تجزئة العقد بين القانون التجاري الدولي والقانون المختار[2].

يرى الباحث سلامة هذا التطبيق على فرض أن تطبيق الأعراف كان بخصوص المسائل الفنية التي لم ينظمها القانون المختار، وإلا كان ذلك يؤثر على توقعات المتعاقدين وخصوصاً الطرف الضعيف؟

لكن إذا ما تم التعارض بين أحكام القانون المختار الداخلي لحكم العقد وأعراف وعادات التجارة الدولية، أو إذا ما اختار المتعاقدون واكتفوا بالإشارة لقانون واجب التطبيق دون بيان أحكامه، فهل يتقيد المحكم بالقانون المختار من الإرادة أم يطبق العادات والأعراف التجارية الدولية تطبيقاً مباشراً؟

المحكمون يلتزمون عادةً بتطبيق قانون الدولة المختار من الأطراف أي أنهم يستبعدون ضمنياً الأحكام الموضوعية في قانون التجارة الدولية، على أساس أن هذه القواعد الأخيرة غالبيتها ذات

---

[1] عبد الحميد، منير، (1997). التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص49.

[2] صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص199.

طابع مكمل مما يسمح للمتعاقدين استبعادها والاتفاق على ما يخالفها، فاختيارهم لقانون معين لينطبق على العلاقة العقدية يعد استبعاداً لهذه الأحكام التجارية التكميلية[1].

فالفكرة تتفق وأن اختيار المتعاقدين لقانون دولة ما هو اختيار مادي يؤدي إلى اندماج القانون المختار بالعقد ونزوله منزلة الشروط العقدية التي قد تخالف الأحكام المكملة في قانون التجارة الدولية، وهذا ما يفيد أن ذلك يتفق مع النظرية الشخصية والتي لا تعتد بالتعديلات التشريعية نتيجة لاعتبار اختيار المتعاقدين شروطاً عقدية.

ذهب رأي إلى أن اختيار المتعاقدين لقانون دولة ما هدفه استكمال النقص المتصور في الأعراف والعادات التجارية الدولية مما يسمح بالتطبيق الجامع للقانون الداخلي المختار والقانون التجاري الدولي في نفس الوقت[2].

يلخص الباحث أن تطبيق قانون الإرادة لا يمس فكرة التطبيق المباشر للقواعد المادية للقانون التجاري الدولي، ذلك لأن رجوع المحكمين للقانون المختار يكون في الغالب لهدف استكمال النقص المتصور في العادات والأعراف التجارية، بمعنى أن اختيار المتعاقدين هو مجرد إسناد احتياطي لا يمس الأصل وهو التطبيق المباشر للأحكام الموضوعية لقانون التجارة الدولية (العادات والأعراف التجارية).

وفي حالة تعارض أحكام القانون المختار مع الأعراف والعادات التجارية الدولية. فاستبعاد أحكام قانون التجارة الدولية يبرز بأن هذه القواعد صفتها مكملة يجوز الاتفاق على ما يخالفها خصوصاً وفق منهج أنصار النظرية الشخصية، ووجود أحاكم آمرة في قانون التجارة الدولية وتطبيقها يسمح بتجاهل احكام القانون المختار من إرادة المتعاقدين إذا ما خالفت النظام العام

---

[1]فاتح، خلاف، (2007-2008). مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص72.

[2]صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص210.

الدولي (وهذا استبعاد للقانون المختار وفقاً لمنهج التنازع على ما سيتم بيانه في المبحث الثاني من هذا الفصل).

بل وقد يتم مخالفة القانون المختار وتطبيق الأعراف الدولية ولو كانت ذات صفة مكملة نظراً لأساس المحكمين بوجوب الخضوع للأعراف والعادات التجارية الدولية.

ولا يؤثر في سلامة التطبيق المباشر القول بأن المحكم يستمد اختصاصه وسلطته من إرادة الأطراف.

يلخص الباحث أن الأحكام الموضوعية للقانون التجاري الدولي تطبيقاً مباشراً دون الحاجة لمنهج التنازع باعتبارها من القواعد المادية في القانون الدولي الخاص التي تنتمي لقانون اختصاص المحكم، فيتم تطبيق الأعراف والعادات التجارية بوصفها قانوناً للعقد.

يلاحظ أن نص المادة (36/ج) من قانون التحكيم ألزم المحكم بالتطبيق المباشر بالأعراف الجارية في نوع المعاملة بصرف النظر عن إرادة الأطراف في الاختيار بحكم العقد، ويلاحظ أن الأعراف التي هي قواعد موضوعية صنعت خصيصاً بحكم الروابط العقدية الدولية.

حيث يقدر المحكم علاقة القانون المختار بالأعراف التجارية هل تعلو الأعراف على القانون؟ فلا يطبق القانون المختار إلا عند سكوت الأعراف عن تنظيم المسألة. أم يطبق القانون المختار رغم مخالفته للأعراف ذات الصفة التكميلية على اعتبار أن الأولى في تطبيق القانون نتيجة الصفة التكميلية للأعراف.

ويرى الباحث أنه يفهم من كلمة مراعاة أن المحكم يجب ان يراعي الأعراف الآمرة أما الأعراف المكملة عندها يكون قانون الإرادة أولى بالتطبيق.

ومن الجدير بالذكر ودليل على ما سبق، أن المادة (49) من قانون التحكيم أكدت حجية الحكم التحكيمي ومع ذلك فنصت على حالات تجيز رفع دعوى بطلان الحكم منها: (4- إذا

استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفقت الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع) وهذا يتفق مع أن المحكم يستمد سلطته من إرادة الأطراف وبالتالي لا يجوز له تجاهل هذه الإرادة لاستبعاد القانون الذي اختارته بحكم النزاع.

وعليه فإن من واجب المحكم أعمال القانون المختار ولو جاءت أحكامه مخالفة للأعراف الجارية في نوع المعاملة رغم وجود نص المادة (36/ج) بوجوب مراعاة هذه الأعراف ويلاحظ أن المشرع تجنب الحديث عن شرط الصلة بين القانون المختار والعقد وهو ما يفيد أيضاً اتجاهه بالميل لأفكار النظرية الشخصية.

وعلى ما تقدم فمن الواضح أن ثمة تعارض بين نص المادة (36/ج) والمادة (49/أ/4) من قانون التحكيم إلا ان ما يخفف من هذا التعارض ان غالبية الأعراف التجارية ذات طابع مكمل مما يجوز استبعادها والاتفاق على ما يخالفها سواء بنص صريح أو من خلال اختيارهم لقانون آخر يحكم العقد.

ويمكن أن يفهم من النص (49/أ/4) أنه يقصد منه تجاهل للقانون المختار سواء بتطبيق الأعراف التجارية أو قانون وطني آخر بدلاً منه.

فالتساؤل ماذا لو طبق المحكم قاعدة من قواعد القانون المختار غير القواعد التي تم اختيارها من المتعاقدين فهل يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم استناداً للنص المذكور.

يمكن تفسير هذا النص على أساس أنه يجوز إذا تجاوز المحكم إرادة الأطراف رفع دعوى بطلان حكم التحكيم فالمادة (36/أ) ألزمت هيئة التحكيم بتطبيق القواعد التي يتفق عليها الطرفان وليس فقط القانون الذي اختاروه.

وعليه فإن ذلك قد يحول دون إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي تريد الانطباق في القوانين المرتبطة بالعقد لأن تطبيقها يعطي المحكوم ضده الحق برفع دعوى بطلان الحكم نتيجة

لاستبعاد قاعدة من القانون المختار وهذا مما لا شك فيه خطورة على الطرف الضعيف والذي تسعى قواعد البوليس في الأغلب إلى حمايته، على ما سيتم بيانه في المطلب الثاني.

إلا أن الباحث يميل إلى تفسير نص المادة (49/أ/ج) إلى أن أساس انطباقها لا يكون إلاّ استبعد الحكم (قانون الدولة الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع وليس مجرد استبعاده لقاعدة من قواعده لصالح قواعد البوليس.

ومثل هذا التفسير يتفق وظاهر النص ويتمكن المحكم من إعمال قواعد البوليس المرتبطة بالعقد والتي تحمي الطرف الضعيف.

ويتفق الباحث مع ذلك بوجوب رعاية مصلحة الطرف الضعيف على أساس الأغلب وهو خدمة الأعراف التجارية الدولية لمصالح الطرف القوي.

وفي ذلك قيام توازن بين اعتبار مراعاة توقعات الأطراف واعتبار عدم الخضوع لإرادتهم المطلقة فالمشرع هو الذي يمنح الحقوق للأفراد ويتكفل بحمايتها.

فمن حق المحكم استبعاد بعض قواعد قانون العقد وتفضيل الإعمال المباشر للأعراف الجارية في نوع المعاملة إن وجدت عملاً بالمادة (3/39).

وعليه فإن هذه الأعراف التجارية وبتطبيقها المباشر من قبل هيئة التحكيم ستشكل بلا شك قيداً على قدرة الإرادة في الاختيار وتحررها المطلق من حكم القانون رغم الأصل وهو الميل لأنصار النظرية الشخصية كما تم بيانه بخصوص نص المادة (36/أ) إلا أن الفقرة (ج) من ذات المادة قيدت الإرادة إلى حد ما بإلزام المحكم بتطبيق الأعراف التجارية ويرى الباحث أن ذلك في حالة أن تكون هذه الأعراف ذات طابع آمر فلو كانت ذات طابع مكمل فالأصل إعمال قانون الإرادة احتراماً وتجسيداً لمبدأ سلطان الإرادة بحرية الاختيار فسبق بيان حرية الإرادة الواسعة لكن دون وصولها إلى التحرر المطلق بما يعرف بالعقد الدولي الطليق، وعليه فإن تحرر الإرادة وقدرتها

بحريتها في الاختيار لا يصل إلى درجة الحرية المطلقة بل هي حرية شبه مطلقة ونسبية فتبقى مع ذلك خاضعة للأعراف التجارية الجارية من نوع المعاملة إن وجدت.

على أنه يمكن للمحكم أيضاً مراعاة إعمال القواعد ذات التطبيق المباشر المرتبطة بالعقد والتي تود انطباقها، فما أساس ذلك ومداه ومدى اعتبار هذا التطبيق قيداً يحد من قدرة الإرادة على اختيار القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم؟ وهذا ما سيتم تناوله بالمطلب الثاني

المطلب الثاني
دور الإرادة والقواعد ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس)

سبق بيان تكريس قاعدة قانون الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم وبيان حرية الإرادة الواسعة بهذا الاختيار تجسيداً لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن هناك بعض القيود التي تحد من دور الإرادة بهذا الصدد فسبق بيان دور قواعد القانون التجاري الدولي في هذا الشأن، فقد يحد من دور الإرادة أيضاً القواعد ذات التطبيق المباشر أو الضروري المعروفة بقواعد البوليس التي في الأصل تطبق مباشرة على النزاع بأحكامها الموضوعية دون الحاجة لمنهج التنازع.

هذه القواعد تكون لضرورة تطبيقها لأن الدولة وضعتها وعدت تطبيقها ضرورياً على العلاقات المرتبطة بها ارتباطاً وثيقاً لحماية مصالحها ومصلحة مجتمعها.

فسيتناول هذا المطلب مدى انطباق هذه القواعد في مجال التحكيم الذي يذهب إلى تكريس دور الإرادة وحريتها في اختيار القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم الأمر الذي يؤدي بتطبيقها المباشر إلى الحد من قدرة الإرادة بإعمالها رغماً عن إرادة الأطراف إلى حد ما، وستبين الدراسة في هذا المطلب مدى إعمال هذه القواعد مباشرة في منازعات التحكيم وما العمل إذا كانت تتعارض مع قانون الإرادة المختار من الأطراف، وستبين الدراسة في هذا الموضع بعد ما المقصود بهذه القواعد

أن إعمال المحكم لها هل يقتصر على قواعد البوليس المرتبطة بالقانون المختار أم تشمل قواعد البوليس الأجنبية عن هذا القانون؟

وعليه سيتناول هذا المطلب فرعين، الأول المقصود بقواعد ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس)، والثاني قواعد البوليس كقيد على الإرادة.

الفرع الأول: المقصود بقواعد ذات التطبيق المباشر

المشكلة الصعبة في القواعد ذات التطبيق المباشر أو الضروري تتعلق بتعريفها، خاصة وأن المشرع لم يقم بذلك، فقدم الفقه في هذا الشأن تعريفات متعددة للقواعد ذات التطبيق المباشر أو قواعد البوليس.

تعرف: أن قواعد البوليس هي التي تفرضها ضرورة الحفاظ على التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة التي يتوجب تطبيقها لمجرد ظهور الهدف أو الغاية التي تسعى إليها بالنسبة للنزاع التي تتعلق به، إلا ان هذا القول انتقد بسبب عدم دقته ذلك لأن أي قانون تضعه الدولة يهدف بالأصل للحفاظ على المصالح المختلفة للدولة وتنظيمها[1].

ويشير الباحث إلى أن الصعوبة تكون بالنسبة للمحكم على خلاف القاضي الذي يفترض انحيازه لقانونه فيتوجه لتطبيقه، إذ أن المحكم ليس له قانون اختصاص ويفترض به مراعاة مصلحة الأطراف وتوقعاتهم المشروعة بأولوية أكبر في التطبيق على اعتبار أن ذلك من واجباته المتطلبة في التحكيم التجاري الدولي الذي يتصل بأكثر من نظام قانوني واحد هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المحكم لا يفرق بين قواعد البوليس المنتمية لدول مختلفة ويطبقها على نحو متساوٍ فجميع هذه القواعد أجنبية بالنسبة له.

---

[1] المصري، محمد وليد، (2022). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص66.

إضافة إلى أن ليس كل قواعد البوليس غاياتها حماية المصالح الاجتماعية والاقتصادية للدولة كقواعد البوليس المتعلقة بالإيجار، فقاعدة البوليس المتعلقة بحماية المستهلك تهدف إلى حماية هذا الأخير بشكل فردي لكنها تشمل جميع من تنطبق عليهم صفة المستهلك وبالتالي تطبق على الرغم من اختيار أطراف النزاع قانوناً واجباً تطبيقه[1] .

ذهب رأي آخر بتعريف قواعد البوليس بأنها مجموعة القواعد القانونية في القانون الداخلي التي يتوجب تطبيقها مباشرة على النزاع بصرف النظر عن إرادة الأطراف لحماية المصالح الضرورية للدولة، فهي القواعد التي تعتبرها الدولة واجبة التطبيق على العلاقات المرتبطة بها[2].

ويمكن القول بأنها القواعد التي يبدو التقيد بها ضرورياً لحماية التنظيم السياسي والاقتصادي ومصالح الدولة الضرورية وتطبق مباشرة دون الرجوع إلى قواعد الإسناد[3].

ويلاحظ من التعريفات السابقة أنها تدور حول الحفاظ على المصالح السياسية والاجتماعية والاقتصادية للدولة، فيمكن القول بأنها تشكل تلك القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع مباشرة دون الرجوع لقواعد الإسناد لاعتبارات تختلف باختلاف الغاية التي تسعى إليها فتشمل القواعد المنظمة لبعض المسائل الاقتصادية كحماية المستهلك أو كحماية الطرف الضعيف في العقود كعقد الإيجار والعمل.

بالنسبة لقواعد البوليس الأردنية يمكن تعريفها: بأنها القواعد التي تستلزم مقتضيات المصلحة الوطنية تطبيقها مباشرة على النزاع دون المرور بقواعد الإسناد[1]، وهذا يتفق وأن قانون التحكيم

---

[1]أحلام، سواعدي، وريمة، بوشموخة، (2016-2017). إخضاع عقود التجارة الدولية، (رسالة ماجستير منشورة) مرجع سابق، ص90.

[2]عرعار، خولة، (2015-2016). مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي المؤسسي، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص85.

[3]فاتح، خلاف، (2007-2008). مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص77.

اتجه إلى مراعاة قيام التوازن بين مقتضيات احترام الإرادة وحريتها وبين مقتضيات احترام المصلحة العامة والتنظيم القانوني للمجتمع كما سبق بيانه.

وبالنسبة للوضع القانوني الأردني بهذا الصدد فبعض قواعد البوليس لم ينص المشرع الأردني صراحةً على تطبيقها ولكن يستدل عليها من الهدف المراد منها والتي ترتبط بتنظيم

المصالح الضرورية في المملكة كالقواعد المتعلقة بحماية المستهلك، وبعضها الآخر نص المشرع الأردني عليها صراحة وهي حالتين فقط أمَرّ بتطبيق القانون الأردني بشأنها تطبيقاً مباشراً وهي نص المادة (215/ب) من قانون التجارة البحرية الأردني رقم (12) لسنة 1972، والتي جاء فيها: (بالرغم مما ورد في أي قانون آخر يعد باطلاً كل شرط أو اتفاق ينزع اختصاص المحاكم الأردنية بالنظر في الخلافات الناشئة عن وثائق الشحن أو النقل البحري).

فقضت محكمة التمييز: (يعد الشرط الوارد في عقد البيع موضوع الدعوى المتضمن إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم في بلد أجنبي شرطاً باطلاً استناداً إلى أحكام التمييز (215) المعدلة من قانون التجارة البحرية التي تعقد الاختصاص للمحاكم الأردنية في الخلافات الناشئة عن وثائق الشحن أو النقل البحري)[2].

وكذلك نص المادة (16/أ) من قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين رقم (21) لسنة 2001 والمتعلقة بالنزاعات الناشئة عن عقد الوكالة التجارية والتي جاء فيها: (تختص المحاكم الأردنية بالنظر في أي نزاع أو خلاف ناشئ عن عقد الوكالة التجارية أو عن تطبيق احكام هذا القانون).

على ما تقدم فإن قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري هي قواعد وطنية المنشأ والهدف، تفرض الاختصاص للنظام القانوني المنتمية له. فهي قواعد تطبق مباشرة على النزاع دون الحاجة

---

[1]المصري، محمد وليد، (2022). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص68.

[2] تمييز حقوق، هيئة خماسية قرار رقم (90/619) لسنة 1991 منشورات قسطاس.

للرجوع لقواعد الإسناد، بحيث تفرض احترامها على العلاقات التعاقدية الدولية رغم خضوعها في الأصل للقانون المختار من قبل إرادة الأطراف، ومن هنا قد تحد قواعد البوليس من الحرية الواسعة الممنوحة لإرادة المتعاقدين بصدد اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم.

وهذا ما سيتم بيانه في الفرع الثاني يتناوله لقواعد البوليس كقيد على الإرادة في شان اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم.

الفرع الثاني: قواعد البوليس كقيد على الإرادة

بداية، فإن المحكم ليس له قانون اختصاص داخلي كما سبق بيانه، مما يترتب على ذلك أن تصبح كافة القواعد ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس) في حكم القواعد الأجنبية، وعليه فلا يتصور إعمال هذه القواعد أمام المحكم إلا وفقاً للمنهج المباشر، إضافة إلى أن الطبيعة الاتفاقية للتحكيم تجعل من تطبيق قواعد البوليس لها خصوصية في التحكيم عن مجال القانون الدولي الخاص، فالمحكم يستمد سلطته من إرادة الأطراف فيفترض فيه كمبدأ عام الالتزام بما أقرته هذه الإرادة واحترام توقعات الأطراف المشروعة[1]،فقواعد البوليس هي من قواعد القانون الداخلي لدولة ما فبالأساس هي تسري على العلاقات الداخلية وإن كان من المتصور أن يمتد تطبيقها إلى العلاقات الخاصة الدولية وبذلك فتصبح من القواعد الآمرة دولياً، إضافة إلى أن هذه القواعد وإن كانت تنتمي لدولة ما فإنها أجنبية عن المحكم ذلك على اعتبار أن قانون اختصاص المحكم ليس قانوناً وطنياً فلا يسهر على حماية أي نظام داخلي وإنما يعد قواعد القانون التجاري الدولي قانونه[2].

---

[1]صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص753، 754.

[2]عبد المجيد، منير، (1997). التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مرجع سابق، ص222.

بذلك لا مجال للتفرقة بين القواعد ذات التطبيق المباشر والقواعد الأجنبية ذات التطبيق المباشر بالنسبة لدولة المحكم، إذ تعد كافة قواعد البوليس أمام قضاء التحكيم بمثابة القواعد الأجنبية[1].

فتطبيق المحكم لقواعد البوليس هو الضريبة التي يدفعها المحكم لضمان تنفيذ حكمه[2]،فتبدو أهمية تطبيق المحكم لهذه القواعد من أجل ضمان فاعلية قراره وتجنب احتمال عدم تنفيذه

عندما يتجاهل قواعد البوليس الآمرة في دولة التنفيذ[3].

فبالنسبة لقواعد البوليس التي تنتمي للقانون المختار من قبل الإرادة فيتعين على المحكم كأصل عام تطبيق القانون المختار بكافة أحكامه بما فيها قواعد البوليس كذلك يفترض فيه أنه لا يشكل إخلالاً بتوقعات الأطراف المشروعة[4].

ومما لا شك فيه أن احترام المحكم لتوقعات المتعاقدين في هذا الصدد هو نتيجة طبيعية للطبيعة الاتفاقية للتحكيم فيحترم إرادة الأطراف ويكفل حقها في الأمان القانوني.

فهذا بلا شك يتفق مع إنزال القانون المختار منزلة الشروط العقدية خصوصاً إذا ما تم اختيار القانون المختار بإرادة المتعاقدين الصريحة فهذا لا يشكل مفاجأة للمتعاقدين.

ولهذا يقرر البعض ان قواعد البوليس الأجنبية التي تنتمي لقانون العقد تحتل مركزاً أعلى من غيرها من قواعد البوليس التي تريد الانطباق على العقد[1].

---

[1]على عكس قضاء الدولة فقاعدة البوليس في دولة القاضي لها الأولوية على أي قاعدة بوليس أجنبية عنه تود الانطباق على النزاع المطروح أمامه.

[2]عرعار، خولة، (2015–2016). مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي المؤسسي، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص87.

[3]فاتح، خلاف، (2007–2008). مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص81.

[4]عرعار، خولة، (2015–2016). مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي المؤسسي، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص89.

أما قواعد البوليس التي تنتمي لغير القانون المختار، وبما أن ليس للمحكم قانون اختصاص فإعمالها سيكون على أساس المنهج المباشر، وعندها على المحكم أن يتأكد من أن قاعدة البوليس تود الانطباق فعلاً على المسألة المطروحة أمامه وبشرط أن تكون الصلة بين مضمون القاعدة وغايتها وبين نطاق تطبيقها موجودة فهو بفرض تطبيق قواعد البوليس المنتمية لدولة موطن أحد المتعاقدين أو منتمية للدولة التي سينفذ فيها العقد[2].

ذهب رأي إلى رفض تطبيق قواعد البوليس التي لا تنتمي لقانون العقد على أساس أن الأطراف لا تحقق توقعاتهم المشروعة في تطبيق قانون آخر أجنبي عن القانون المختار من قبلهم[3] إلا ان الرأي الغالب يتجه إلى الأخذ بعين الاعتبار قواعد البوليس التي لا تنتمي لقانون العقد بقصد عدم الاصطدام مع مصلحة الأطراف[4].

ويشير الباحث إلى أن تطبيق قاعدة البوليس التي لا تنتمي لقانون العقد يترتب عليه تجزئة العقد، أما تطبيق قواعد البوليس المنتمية للقانون المختار فلا تكون أمام هذه التجزئة.

وقد يتم تطبيق قاعدة البوليس المنتمية لقانون الدولة التي سينفذ فيها الحكم عملاً بمبدأ الفعالية، فلو تم تجاهل قواعد البوليس الآمرة في هذه الدولة فالغالب رفض الأمر بتنفيذ الحكم فيها، رغم تحفظ البعض بصعوبة معرفة الطرف الذي سيصدر الحكم في مواجهته[5] حيث أكد الاتجاه الغالب بضرورة احترام قواعد البوليس التي تود الانطباق على العلاقة العقدية بتطبيقها وفقاً

---

[1]صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص766.

[2]صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص758.

[3]محمد، جارد، (2009-2010). دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص104.

[4]صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص769.

[5]عبد المجيد، منير، (1997). التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مرجع سابق، ص224.

للمنهج المباشر وخصوصاً لقواعد البوليس لمكان تنفيذ الالتزامات التعاقدية أو مكان تنفيذ حكم التحكيم[1].

فحرص المحكمين على فاعلية أحكامهم يدفعهم إلى مراعاة القواعد ذات التطبيق الفردي التي تنتمي لقانون العقد أو لقانون الدولة التي يتوقع تنفيذ الحكم فيها مع حرصهم على ألا يترتب على إعمال هذه القواعد التي تود الانطباق على العلاقة العقدية المطروحة أمامه مفاجأة للمتعاقدين، بمعنى أن المحكم يفترض فيه أن يتجه إلى إعمال قواعد البوليس التي يتوقعها المتعاقدين وهذا ما ينسجم مع الطبيعة الاتفاقية للتحكيم باحترام إرادة أطرافه التي تمد المحكم بسلطته للفصل بالنزاع ولا يكون ذلك إلا وفقاً للمنهج المباشر بإعمال قواعد البوليس التي لا تنتمي لقانون العقد. وبالتالي لذلك يسمى بإرادة الأطراف.

يلاحظ أن قانون التحكيم الأردني لم يتطرق لحق المحكمين في إعمال قواعد البوليس التي تود الانطباق وفقاً للمنهج المباشر، وبذلك فإن حقهم بتطبيقها يمكن أن يستند إلى نص المادة (25) من القانون المدني باعتبار ذلك من المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، على ان الباحث يفضل أن ينص قانون التحكيم صراحة على حق إعمال قواعد البوليس التي تود الانطباق وخصوصاً وأنها تحمي الطرف الضعيف في العلاقة العقدية إلى حد ما مع التحفظ بخصوص تجاهل تطبيق هذه القواعد التي لا تنتمي لقانون العقد إذا ما كان إعمالها سيؤدي إلى الإخلال بتوقعات المتعاقدين على عكس قواعد البوليس المنتمية لقانون العقد فيؤيد الباحثالرأي القائل بان إعمالها لا يؤدي بالإخلال بتوقعات الأطراف، فواجب المحكم تطبيق قانون العقد المختار من الإرادة على اعتبار ما سبق بيانه بأن المحكم يلتزم بتطبيق قانون الإرادة بمجمل أحكامه فهذا اتجه كنتيجة لتفسير نص

---

[1]محمد، جارد، (2009–2010). دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص105.

المادة (4/أ/49) بأن استبعاد قاعدة من القانون المختار لا يؤدي إلى اعتباره سبباً لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم، فإذا ما استبعد قاعدة من قواعد القانون المختار لصالح قاعدة البوليس والتي قدر المحكم ضرورة إعمالها، فهذا ينسجم مع أن قانون التحكيم يوازن بين مقتضيات احترام إرادة الأطراف واحترام إرادة المشرع الآمرة فإرادة الأطراف لا تعلو فوق القانون .

وعليه فإن فكرة العقد الطليق أو المتحرر من مطلق سلطان القانون تبدو غير واقعية، فإذا كانت إرادة الأطراف كأصل عام حرة مستقلة فإنها لا تمثل قاعدة مطلقة فتحدها بعض القيود كضرورة إعمال وتطبيق قواعد البوليس التي ترتبط بالعلاقة العقدية برابطة وثيقة بشرط التأكد من أن هذه القواعد تود الانطباق فعلاً.

المبحث الثاني
الحد من قدرة الإرادة وفق منهج التنازع

قد يحد من دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم مراعاة قواعد النظام العام فالتساؤل المطروح هو ما مدى إعمال قواعد النظام العام في تقييدها لدور الإرادة في هذا الصدد؟

وبالتسليم بدور الإرادة وحريتها الواسعة في الاختيار يثور التساؤل حول مدى تطلب شرط الصلة بين القانون المختار والعقد موضوع النزاع التحكيمي؟ وما مدى تطلب هذا الشرط في حالة سكوت إرادة المتعاقدين تماما عن هذا الاختيار؟

وعلى ما تقدم سيتناول هذا المبحث مطلبين:

المطلب الأول: دور الإرادة وقواعد النظام العام.

المطلب الثاني: شرط الصلة بين القانون المختار والعقد.

المطلب الأول
دور الإرادة وقواعد النظام العام

تعد قواعد النظام العام من أهم المحددات التي تحد من دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، بحيث تقيد هذه القواعد الإرادة بتجاهل المحكم القانون المختار من قبل إرادة المتعاقدين وتطبيق قواعد النظام العام وفقاً للمنهج التنازعي، فمن البديهي احترام قواعد النظام العام في الدولة التي سيتم فيها تنفيذ حكم التحكيم، وعليه سيتم استبعاد القانون المختار متى تبين مخالفته لقواعد النظام العام، فإلى أي مدى تنطبق قواعد النظام العام على موضوع النزاع التحكيم فبالتالي تحد هذه القواعد من دور الإرادة وقدرتها في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم؟

سيتناول هذا المطلب فرعين لبيان ما سبق، الأول المقصود بقواعد النظام العام، والثاني إعمال المحكم لقواعد النظام العام وتقييد الإرادة.

المقصود بقواعد النظام العام

من المسائل المهمة والمعقدة في القانون فكرة النظام العام فيكاد يكون الاتفاق معدوماً على تبني ضابط مستقر للنظام العام، وكذلك خلت نصوص القوانين في أكثر الدول من تعريف جامع مانع يحدد المقصود بفكرة النظام العام ورغم عدم اتفاق الفقهاء على تحديد فكرة النظام العام، فمن المسلم به منذ زمن بعيد، انه كلما اتضح للقاضي في دولة ما أن أحكام القانون المراد العمل به غير مقبولة في بلده وأنها تتنافى مع الأفكار الأساسية التي يقوم عليها نظام مجتمعه فإنه يمتنع عن تطبيقه، وأن مجال تطبيق فكرة النظام العام واسع جداً ولا يقتصر على نوع معين من القوانين[1].

والنظام العام فكرة مرنة قابلة للتغيير، باختلاف الزمان والمكان فما يعتبر من النظام العام في الأردن لا يعتبر كذلك في المستقبل وما يعتبر من النظام العام في فرنسا لا يعتبر كذلك في الأردن فهي فكرة متغيرة بحسب الوقت والظروف، وتظهر فرص الاحتجاج بالنظام العام على درجة كبيرة بين الدول المتباعدة حضارياً ويخف ظهوره بين الدول المتقاربة حضارياً ويعود سبب ذلك إلى اختلاف الموروث الثقافي والقانوني بين الدول المتباعدة حضارياً ويعبر عن ذلك الفقيه "سافيني" بما يصطلح عليه بغياب الاشتراك القانوني بين الدول، وهو ما يسمح بفرص ظهور النظام العام، وبحسب هذا التفسير هناك حد أدنى من الاشتراك القانوني بين الدول متى ما تصدع هذا الحد سيسمح ذلك بالتنافر بين القوانين رغم أن مسالة الاختلاف بين القوانين تسمح بالتنازع طالما كان

---

[1] المصري، محمد وليد، (2022). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص255.

الاختلاف بين القوانين في المسائل الثانوية أما إذا بلغ مبلغ الاختلاف في المسائل الجوهرية فإن ذلك يعني تنافر ، ومن ثم ظهور فكرة النظام العام أي حصول فجوة بين القانون الأجنبي وقانون قاضي النزاع ولم تضع تشريعات أكثر الدول تعريف محدد للمقصود بالنظام العام وذلك لأنه فكرة مرنة في حين وضع الفقه تعريفات متعددة، فقد عرف بأنه مجموعة من القيم والعادات والتقاليد التي تشكل النظام الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للدولة ويعد من الأصول التي يرتكز عليها المجتمع[1].

وقد جاء في القانون المدني الأردني وفي المادة (29) منه النص على فكرة النظام العام والتي جاء فيها: (لا يجوز تطبيق قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية). كما ورد في المادة (3/163) من القانون المدني الأردني بأنه: (يعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للقوانين التي تصدر الحاجة للمستهلكين في الظروف الاستثنائية).

ومن هنا يعرف النظام العام بأنه دفع موضوعي يوجه إلى مضمون القانون الأجنبي الذي يخالف بصورة صارخة أسس القانون الوطني، وباستقراء أحكام محكمة التمييز الأردنية فقد ورد في أكثر من حكم بها تعريف النظام العام او توصيفه لتمييزه حيث أشارت في حكم لها بأن النظام العام هو: (البنيان السياسي والاقتصادي والاجتماعي لأمة من الأمم)، وفي حكم آخر وصفت النظام العام بأنه: (وحيث أن النظام العام أمر نسبي يختلف باختلاف البلاد، لأنه أمر يتصل بالمصلحة العامة وقوانينها، وهو خلاصة تفاعل أمور سياسية واجتماعية و اقتصادية وخلقية.

---

[1]عبد الكريم، بو خالفة، (2014–2015)، نطاق قانون الإرادة على عقود التجارة الدولية، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص68.

وبذلك يُعرف الدفع بالنظام العام بأنه وسيلة استثنائية يلجأ إليها القاضي لاستبعاد القانون الأجنبي وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية، إذا كان من شأن تطبيقه المساس بالأسس التي يقوم عليها النظام الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي في دولة القاضي والتي يجب أن تسري دون استثناء أو تحفظ[1].

وفي الواقع يمكن القول: إن قاعدة الإسناد، تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي على النزاع المعروض أمام القاضي الوطني أو هيئة التحكيم تهدف في الأساس إلى تنظيم المجتمع الدولي للأفراد وإلى تحقيق التعايش بين الأنظمة القانونية المختلفة، وهي في سبيل ذلك قد تقضي بوجوب تنازل القانون الوطني عن حكم العلاقة ذات الطابع الدولي وإخضاعها لقانون أجنبي تلبية لمقتضيات الحياة الدولية، غير ان تحقيق هذا الهدف لا يجب أن يكون على حساب المبادئ العليا للمجتمع الوطني، فإذا كان من شان التنازل عن حكم علاقة ذات طابع دولي لقانون أجنبي المساس بهذه المصالح تعين استبعاد هذا القانون الأجنبي والامتناع عن تطبيقه على العلاقة، ففكرة النظام العام معروفة في القانون الداخلي وهي: تتلخص في القواعد الآمرة التي لا يمكن للأفراد مخالفتها باتفاق خاص. ويتمثل دور النظام العام في إبطال الاتفاقات التي تتعارض مع القواعد الآمرة[2].

وتقف وراء الدفع بالنظام العام من قبل قاضي النزاع قبل القانون الأجنبي الذي أشارت إلى تطبيقه قواعد الاسناد الوطنية في دولة قاضي النزاع أسباب فنية واقتصادية واجتماعية ودينية، فالنظام العام وسيلة للدفاع عن المجتمع وهذا هو الدور الحمائي للنظام العام، وهو لذلك يوصف

---

[1]حند، عبد مزيان، وأنيس، كادم، (2020–2021). حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية. (رسالة ماجيستير منشورة). جامعة مولود معمري، الجزائر، ص26.

[2]محمد، جارد، (2009–2010). دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص92.

بأنه صمام الأمان الذي من خلاله يسيطر على القوانين الأجنبية فيسمح بمرور الصالحة والملائمة للنظام العام لدولة قاضي النزاع ويطرح ما دون ذلك.

وفي هذا الإطار ظهر للنظام العام مفهومان هما النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، يعمل الأول على الحد من إجراء تصرفات مثل خروج على القواعد الآمرة في إطار العلاقات الوطنية أما الثاني يمنع تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق عن طريق استبعاده في إطار العلاقات ذات البعد الدولي ويذهب البعض إلى عدم الاعتراف بهذه التفرقة ويرى أن النظام العام واحد مع اختلاف دوره في محيط القانون الداخلي عنه في محيط تنازع القوانين على التفاصيل أعلاه، ولا يوجد نظام عام دولي لأن ذلك يعني وجود سلطة عليا فوق الدول تقرر ما يعد ضمن هذا المعنى والحال أن لكل دولة نظام قانوني من خلاله يمكن أن يستشف عن وجود النظام العام لأن دوره يختلف كما قلنا بحسب طبيعة العلاقة، ففي إطار العلاقات الوطنية يكون دور النظام العام أشد، أما في اطار العلاقات ذات البعد الدولي يكون أخف لتشجيع حركة الأشخاص والأموال عبر الحدود، وهو ما يطرح نشوء علاقات ممتدة العناصر بين أكثر من دولة وحصول التنازع ما بين هذه القوانين فالمرونة في تطبيق مفاهيم النظام العام في ظل التنازع تحقق حالة من التعايش بين الأنظمة القانونية فالاتفاق بين الأطراف على سن بلوغ أقل أو أكثر مما هو عليه قانونياً يعد باطلاً طالما أنه يخالف قاعدة آمرة في القانون الداخلي إلا أن تقرير القانون الأجنبي سن أقل أو أكثر مما هو مقرر في دولة قاضي النزاع لا يعد مخالف للنظام العام فهذا يكشف عن اختلاف دور النظام العام في الوضعين[1].

[1]راشد، سامية (1994)، التحكيم في العلاقات التجارية الدولية الخاصة، القاهرة، دار النهضة العربية، ص34.

وبالرغم من أن التشريعات والمعاهدات وأحكام التحكيم ما تزال تؤكد على أهمية احترام النظام العام، إلا أن الفقه استقر أيضاً على ضرورة جعل فكرة النظام العام مرنة ولا يتم التمسك بها إلا في حالات استثنائية، ولقد أيد القضاء في العديد من الدول الأخذ بتفسير ضيق لفكرة النظام العام في مجال التحكيم بشأن المعاملات الدولية، وقد أخذت المحاكم الأمريكية بمبدأ التفسير الضيق، وكذلك قرارات محكمة النقض الفرنسية ومنها الحكم عام 1980 والذي قررت فيه وفي مجال القانون الدولي الخاص فإن عدم تسبيب حكم التحكيم لا يعتبر بحد ذاته مخالفاً للنظام العام، وذلك بالنسبة للتحكيم الدولي الذي تخضع إجراءاته إلى قانون أجنبي[1].

وقد قررت محكمة التمييز الأردنية في حكم لها بهذا الشأن بأنه: (حيث إن القوانين المتعلقة بالرسوم والضرائب تعتبر من القوانين الآمرة لتعلقها بالنظام العام، فإنه يتوجب على المحكمين احترامها، ويكون للمحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان أن تحكم من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة طبقاً لأحكام الفقرة (ب) من المادة (49) من قانون التحكيم..)[2].

وإذا كان النظام العام كفكرة قانونية قد خطا خطوات مهمة حين فرق بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي، فإنه يخطو خطوة أخرى وإن كانت في بدايتها وما يزال قضاء التحكيم يتردد في الأخذ بها وهو النظام العام عبر الدول، ولكن المحكم الدولي وباعتباره ليس حامياً لأي نظام قانوني أو قضائي لأية دولة فهو يطبق قواعد لها طابع النظام العام تخص المجتمع الدولي بأسره.

---

[1] الأحدب، عبد الحميد (2009)، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص769.

[2] تمييز حقوق هيئة خماسية قرار رقم (90/812) لسنة 2007 منشورات عدالة.

ومن هنا يأتي النظام العام عبر الدول وهو دولي المصدر ومن مجتمع التجارة الدولية ويتضمن قواعد منتشرة بين مختلف الأنظمة القانونية، ولذلك يمكن تعريفه بأنه نظام"يرسي القواعد الشاملة في مختلف فروع القانون الدولي والعلاقات الدولية بهدف خدمة المصالح العليا للمجتمع الدولي والمصالح العليا للإنسانية" وهو ترجمة لمسائل أخلاقية عالمية، وبالتالي فإن مهمة المحكم الدولي هو مراقبة النظام العام عبر الدول ومعاقبة ما يخالفه سواء بإبطال العقد أو استبعاد القانون المطبق، وهو نظام قيم إنسانية يشمل العالم أجمع وله مرتبة أعلى من أي نظام قانوني عائد إلى أية دولة، وللنظام العام عبر الدول مصادر عامة ومصادره العامة المعاهدات والاتفاقيات الدوليةومنها المادة (38) من نظام محكمة العدل الدولية[1].

ومن مصادر النظام العام عبر الدول الخاصة تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وتطبيق قانون متفق على تطبيقه، وحسن النية في إبرام العقود وهي أهم قاعدة من قواعد النظام العام عبر الدول واحترام نظرية الظروف الطارئة وحماية المنافسة في الأسواق الدولية ومكافحة الرشوة واحترام حقوق الإنسان وحماية حق الملكية وحظر المقاطعة العرقية ومحاربة تجارة الأسلحة النووية والكيماوية وبيع الأعضاء وبالتالي فإن النظام العام عبر الدول يجب أن يراعي حاجات التجارة الدولية ليكون فعالاً، وحماية تلك التجارة من عوامل التباطؤ وإضفاء المرونة على إجراءات ومقتضيات التحكيم التجاري الدولي[2].

وفي المجمل من خلال متابعة أعمال النظام العام يظهر أن هناك أثران يترتبان على أعماله، وهما:

---

[1]الشرفات، طلال. (2011). القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي (رسالة دكتوراة منشورة)، جامعة عمان العربية، عمان، ص90

[2]الأحدب، عبد الحميد(2009)، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص769.

أولاً: الأثر السلبي: ويتمثل باستبعاد القانون الأجنبي وعلى وجه التحديد منع تطبيق القواعد الموضوعية التي تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع واستبقاء ما دون ذلك، ويصطلح على ذلك بالأثر الاستبعادي للنظام العام لأنه يعبر عن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وهذا الاستبعاد إما أن يكون جزئي أو كلي فالاستبعاد الجزئي يتمثل في الحالة التي يقر فيها القانون الواجب التطبيق بالدين مع فوائده في حين أن الفوائد الربوية تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع فالقاضي سوف يستبعد أحكام الفائدة في القانون الأجنبي دون الأحكام المتعلقة بالدين هذا يعني أن القاضي قد استبعد جزئياً القانون الأجنبي، أما الاستبعاد الكلي فيتمثل في الحالة التي تكون فيها نصوص القانون الأجنبي في العلاقة موضوع النزاع لا تقبل التجزئة[1].

ويذهب جانب من الفقه الألماني إلى عدم إقرار الاستبعاد الجزئي ولا الكلي إنما الامتناع عن تطبيق القواعد الموضوعية المخالفة للنظام العام لدولة قاضي النزاع والقيام بتحويرها على نحو يجعلها أكثر انسجاماً وملائمة مع النظام العام وإذا لم تكن تلك القواعد قابلة للتحوير فيصار إلى اعتماد ما يقترب منها في الحكم وقد انتقد ذلك الرأي لأنه يجعل القاضي الوطني بمنزلة مشرع القانون الأجنبي بل أنه يوسع صلاحيته على نحو يجعل له سلطة تحكمية[2].

والذي يؤيده الباحث في هذا المجال بعدم الاستبعاد والبقاء في إطار القانون الأجنبي عن طريق ما يسمى بوجود قواعد احتياطية تعمل مكان القواعد الأصلية فإذا تم إسناد الاختصاص بواسطة الجنسية إلى القانون الأجنبي إذا كان ذلك مخالف للنظام العام لدولة القاضي فيصار إلى

---

[1] المصري، محمد وليد، (2022). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، مرجع سابق، ص256.

[2] الأحدب، عبد الحميد(2009)، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص771.

اعتماد ضابط الموطن من ثَمَّ قانون الموطن كقاعدة احتياطية بدلاً من قانون الجنسية القاعدة الأصلية.

ثانياً: الأثر الإيجابي: ويتمثل بحلول قواعد قاضي النزاع محل القواعد المستبعدة من القانون الأجنبي وهذا الأثر يصطلح عليه بالأثر الحلول، أي أنه يعبر عن حلول قانون محل قانون آخر سدًا للفراغ التشريعي الذي يخلفه الأثر السلبي (الاستبعادي)، ويتمثل بإحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي وتعتمد طبيعة هذا الأثر على طبيعة الأثر الاستبعادي فإذا حصل الأثر الثاني بصورة كلية سينسحب على الأثر الحلولي بصورة كلية وإذا تم بصورة جزئية يكون الأثر الحلول بصورة جزئية أي أن الاستبعاد الكلي لأحكام القانون الأجنبي يقابله حلول كلي لأحكام قانون القاضي والاستبعاد الجزئي لأحكام القانون الأجنبي يقابله حلول جزئي لأحكام قانون القاضي[1].

ثالثاً: الأثر المخفف للنظام العام (تلطيف مفعول النظام العام)، ويقصد به احترام الحق المكتسب الناشئ في الخارج إذا كان متكونًا بطريقة صحيحة، تسامحاً من القاضي الوطني في الحالات التي يرى فيها أن الاعتراف بمثل هذه الحقوق، التي يكون نشوؤها وطنيًا ممنوعاً قانونًا لا يمثل تهديدًا جسيماً وخطيراً للنظام العام[2].

ويميل الاتجاه الحديث الى احترام آثار الحق المكتسب في الخارج بمقتضى القانون المختص حسبما هو مقرر في قواعد الإسناد الوطنية ولو كان القانون الوطني لا يسمح في إنشاء مثل هذا الحق لتعارضه النظام العام[3].

---

[1]حند، عبد مزيان، وأنيس، كادم، (2020–2021). حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية. (رسالة ماجيستير منشورة). جامعة مولود معمري، الجزائر، ص26.

[2]الأحدب، عبد الحميد(2009)، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص377.

[3]عبد الكريم، بو خالفة، (2014–2015)، نطاق قانون الإرادة على عقود التجارة الدولية، (رسالة ماجستير منشورة)، مرجع سابق، ص71.

وتأسيساً على ما سبق، يجد الباحث أن المحكم في منازعات التجارة الدولية قد يلتزم باعتبارات النظام العام الوطني في بعض الأحيان ومن ذلك يتعين على المحكم أن لا يتجاهل النظام العام الوطني في الدولة التي سينفذ فيها الحكم وإلا امتنع قضاء هذه الدولة عن السماح بتنفيذه، كذلك قد يراعي المحكم اعتبارات النظام العام في الدولة التي اتخذتها هيئة المحكمين مقراً لها على الأقل بالنسبة للإجراءات المتبعة في الحكم ويؤكد الفقه الحديث حق المحكم في استبعاد أحكام القانون الذي اختاره المتعاقدون لحكم اتفاقهم وكذلك استبعاد الأحكام المستخلصة من بعض الشروط المتفق عليها وذلك فيما لو تبين تعارض هذه الأحكام مع اعتبارات النظام العام المشترك المتعارف عليها دولياً أو لاستبعاد الشرط التعاقدي المتفق عليه والذي تبين مخالفته للاعتبارات الجوهرية بالتجارة الدولية، وأن أعمال فكرة النظام العام الدولي يتحدد بداهة في مجال المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية دون غيرها وهند استبعاد المحكم للقانون المتفق عليه بين أطراف عقد التجارة الدولية قد يطبق قواعد القانون التجاري الدولي التي تعد المرجع الأساسي للمحكم في ظل عدم وجود قانون اختصاص وطني لهم.

المطلب الثاني
شرط الصلة بين القانون المختار والعقد

قد يحد دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق فرض عليها شرط الصلة بين القانون المختار والعقد لحل النزاع المطروح على التحكيم.

عليه سيتناول هذا المطلب بيان مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق بمدى تغلب شرط الصلة بين القانون المختار والعقد.

فإذا كانت معظم التشريعات قد اعترفت للمتعاقدين بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع نزاعهم بإعطاء إرادتهم حق الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، فإن التساؤل الذي يطرح هو مدى حرية المتعاقدين في هذا الاختيار؟

فبرزت آراء كثيرة حول مسألة مدى حرية المتعاقدين باختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فهو أمر لا يتفق الفقهاء بشأنه ويختلف بحسب ما إذا كان هذا الاختيار يستند إلى قاعدة من قواعد تنازع القوانين وبالتالي تخضع الإرادة لحكم القانون، أو يستند هذا الاختيار إلى مطلق سلطان الإرادة أو إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص، باختلاف النتائج والآثار المترتبة على ذلك، كما تم بيانه في فقه أنصار النظرية الشخصية وأنصار النظرية الموضوعية في المبحث الأول من هذه الدراسة.

بيان مدى حرية المتعاقدين فيما يتعلق باختيارهم للقانون الواجب التطبيق بحصر ذلك في اتجاهين، اتجاه يقيد حرية الإرادة واتجاه آخر يعطي للإرادة الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق يكون بحصر ذلك في اتجاهين على موضوع النزاع.

الاتجاه المقيد لحرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

ذهب هذا الاتجاه إلى أن حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ليست مطلقة بل يرد عليها قيود، فليس للمتعاقدين مخالفة القواعد القانونية الآمرة وأنه يجب أن يكون القانون المختار ذو صلة بالعقد فينظر إلى العقد الذي تنتفي الصلة بينه وبين القانون الذي يختاره المتعاقدان كأنه لم يتضمن العقد نصاً بتطبيق قانون معين[1].

---

[1] الكيلاني، محمود محمد، (2023). الوساطة والتحكيم في تسوية المنازعات المدنية والتجارية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 209.

حيث قال البعض أنه إذا ما اعتبرنا أن حرية الاختيار التي يقوم عليها مبدأ قانون الإرادة تمثل قاعدة تنازع ويكون القانون المختار بوصفه قانوناً فإنه يتعين أن تؤدي إرادة المتعاقدين دورها في الاختيار في حدود الوظيفة الأساسية لقاعدة التنازع، ويترتب على ذلك ضرورة تقييد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في العلاقة العقدية، فتتطلب الصلة أو الرابطة المنطقية بين القانون المختار والعقد آخذاً بالنظرية الموضوعية[1]، وعليه، فيجب اختيار قانون من بين القوانين التي تتزاحم لحكم الرابطة العقدية وهي بالضرورة القوانين التي تتصل بهذه الرابطة بشكل أو بآخر، ومن ثم فلا يجوز للإرادة اختيار قانون منبت الصلة عن العقد ذلك، أن حق الأطراف في اختيار القانون يجب أن لا ينحرف فيه المتعاقدون عن هدف قاعدة التنازع والتي تسعى الى حل التنازع بين القوانين المتزاحمة لحكم الرابطة العقدية[2].

لذلك يتعين أن تكون بين القانون المختار والعلاقة العقدية صلة حقيقية ويكفي بهذا الصدد أن توجد الصلة الفنية بين العقد والقانون الذي يحكمه، وهذه الصلة الفنية تتحقق في مجال التجارةالدولية وخير مثال على ذلك ما أكده القضاء الفرنسي من صحة الاتفاق على تطبيق القانون الانجليزي على عقود نقل البضائع بحراً، فالصلة الذهنية تكون على أساس مكانة هذا القانون في أوساط تجارية معينة تكشف عن انتماء العقد لنظام قانوني معين[3].

---

[1]عبد المجيد،منير، (1997). التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي: في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مرجع سابق، ص 197.

[2]صادق، هشام علي، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص

[3]عبد الكريم، بوخالفة (2015/2014). نطاق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق، ص 37.

الاتجاه الغالب يعطي للإرادة الحرية الواسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

على عكس الاتجاه السابق، ذهب الاتجاه الغالب في الفقه والتشريع نحو إعمال مبدأ سلطان الإرادة بشكل واسع في اختيار القانون الواجب التطبيق وإعطاء الأطراف الحرية الكاملة في الاختيار بغض النظر عن الصلة بين القانون المختار والعقد ما دام أن الاختيار مؤداه حسن نية المتعاقدين[1].

فيذهب البعض إلى أن أساس ذلك، أن اختيار المتعاقدين لقانون العقد سيدفعهم إلى التعاملعلى أساسه طوال فترة تنفيذ العقد، ويضيف البعض بأنه وإذا كان أحداً لا يختلف بحق الأطراف باختيار قانون على صلة بالعقد دون قانون آخر يرتبط أيضاً بالعقد بمثل هذه الصلة وهو ما يعني أن أي من هذين القانونين لا يدعي اختصاصه المطلق لحكم العلاقة فلم يعد هناك ما يمنع المتعاقدينمن اختيار قانون محايد لا يرتبط بالعلاقة بأي صلة[2].

ويذهب بعض الشراح للقول أن شرط الصلة على حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو صورة نظرية للمبدأ، وأن استقراء الواقع العملي في التجارة الدولية يكشف أن الغالب أن يكون القانون المختار على صلة بالعقد، فمن البلاهة أن يختار الأطراف قانوناً منقطع الصلة تماماً بعقدهم[3]، فالصلة موجودة دائماً[1].

---

[1]الكيلاني، محمود محمد (2023). الوساطة والتحكيم في تسوية ا لمنازعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص211. وكذلك الحواري، أسامة أحمد، (2009). القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص103.

[2]صادق، هشام، (1995). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص382.

[3] في نهاية الأمر سيكون القانون الذي يحكم النزاع على صلة بالعلاقة القانونية إذا ما توقف ذلك على التزام المحكم بقواعد التجارة الدولية.

وعادة ما يختار الأطراف قانوناً على صلة بالعقد سواء بموضوعه أو بجنسية أطرافه أو بمكان إبرام العقد أو تنفيذه ولا شيء يمنعهم من الاتفاق على اختيار قانون عديم الصلة بالعقد، ففي بعض الأحيان تقتضي طبيعة التعاقد على المستوى الدولي وحاجات التجارة الدولية لذلك، ولا يمكن عد هذا الاختيار غشاً نحو القانون الذي يتصل العقد به حقيقة[2]،

يضيف بعض الشراح بأن الحرية للإرادة باختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع التحكيمي يتفق مع الفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم الذي يستمد وجوده من إرادة أطراف النزاع، فتؤسس هذه الحرية في الواقع على الأصل الاتفاقي للتحكيم والذي يميزه من هذه الناحية عن القضاء فتكون الإرادة لها الحرية في الاختيار بغض النظر عن أي صلة بين القانون المختار والعقد ما دام ذلك الاختيار يتفق وحسن النية[3].

في جميع الأحوال يجب مراعاة النظام العام وقيد الغش نحو القانون وفي بعض الحالات الحاجة لمخالفة وتقييد دور الإرادة بقواعد ذات التطبيق المباشر (قواعد البوليس) وهذا ما هو إلا ضوابط قد تحكم الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أمام التحكيم،

يرى الباحث أن تقييد حرية الإرادة باختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لا يتفق مع تطبيق قاعدة قانون الإرادة أمام التحكيم على أساس أن هدفها العام هو التيسير على الأطراف في العلاقات الدولية باختيارهم قانون يتفق ومصالحهم وتحقيق السهولة في مجال التجارة الدولية،

---

[1]عبد الكريم، بوخالفة (2014، 2015). نطاق تطبيق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 37.

[2]المصري، محمد وليد، (2022). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 183،

[3]الحواري، أسامة أحمد، (2009). القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة. مرجع سابق، ص103.

لذلك يؤيد الباحث الاتجاه الذي ينادي بحرية الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق ما دام أنه تم بنحو قانوني وعلى نحو يتفق وحسن النية.

ويضيف، أن مبدأ سلطان الإرادة وحرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فيه فكرة أن هذا القانون المختار هو الأصلح للتطبيق من بين قوانين أخرى كانت محلاً لاختيار أحدها، فمتى اتجهت الإرادة الصريحة نحو إحداث أثر قانوني بالاختيار فيجب احترامها باحترام هذا الأثر.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن حرية الطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق أمام التحكيم تبدو أوسع من تلك الممنوحة لهما أمام القضاء الوطني فللأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود الدوليةأمام التحكيم ودون اشتراط الصلة بين القانون والعقد محل النزاع، ولا يحد من حرية الأطراف في هذا المجال سوى ما يفرضه مراعاة النظام العام والقانون[1].

ويشير الباحث أن شرط الصلة متطلب عند غياب اتفاق الأطراف وقيام المحكم بتحديد القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع وهذا في حالة السكوت تماماً عن اختيار قانون العقد، فالأكثر اتصالاً بالنزاع حتماً سيكون هو الأقرب صلة بالعلاقة العقدية المطروحة استناداً إلى نص المادة (36/ب) من قانون التحكيم الأردني.

---

[1]الحواري، أسامة أحمد، (2009). القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة. مرجع سابق، ص 104/ وكذلك الجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة (1998). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية: قانون التحكيم التجاري المصري رقم (27) لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية، مرجع سابق، ص250.

الفصل الرابع
الخاتمة والنتائج والتوصيات

الخاتمة

انتهت هذه الدراسة، الى أن مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم معترف به عالمياً في أغلب التشريعات فتم تكريسه بإعطاء الإرادة الدور والقدرة بالحرية الواسعة الشبه طليقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم.

وما يهم هذه الدراسة ببيان أن قانون التحكيم الأردني سار على هذا النهج فتم منح إرادة المتعاقدين الصريحة اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي بحرية شبه طليقة استناداً إلى نص المادة (36/أ) منه، ومما لا شك فيه أن هذا التوجه يتفق مع ما جاء به أنصار النظرية الشخصية اللذين يمنحون المتعاقدين الحرية في اختيار "القواعد" التي يرونها مناسبة لعقودهم، فلهم اختيار أية قواعد قانونية سواء انتمت لقانون داخلي لدولة ما أو كانت غير منتمية لأي من القوانين الداخلية مثل الأعراف التجارية الدولية، إضافة إلى أنه احترم هذا الدور للإرادة حين اعتد باختيار المتعاقدين الضمني للقانون أو القواعد الواجبة التطبيق رغم أنه لم ينص على ذلك صراحة إلا أنه يستفاد ذلك من المبادئ العامة أو القانون الدولي الخاص وفي التحكيم بمراعاة نص المادة (25) من القانون المدني الأردني ونص المادة (3) من قانون التحكيم الأردني.

إلا ان دور لإرادة خلصت الدراسة بانه قد يحده محددات (القيود أو الضوابط) كقواعد القانون التجاري الدولي بالأعراف التجارية الدولية التي يمكن أن تحد من دور قدرة الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم وفقاً للمنهج المباشر في القانون إضافة إلى التطبيق المباشر للقواعد ذات التطبيق المباشر (قواعد البوليس) التي تود الانطباق على العقد محل النزاع خصوصاً الأحكام الآمرة منها استناداً لنص المادة (36/ج) على صعيد القانون الأردني بقانون

التحكيم، إضافة إلى إمكانية مراعاة قواعد النظام العام الدولي في هذا الشأن وخصوصاً القواعد المنتمية لدولة تنفيذ حكم التحكيم. ففي ذلك مراعاة لمبدأ فاعلية أحكام التحكيم.

ومع هذا النمو خلصت الدراسة بأن العقد الطليق في مجال التحكيم هو العقد المتحرر من حكم القانون نسبياً.

وبهذا فيكون موقف قانون التحكيم الأردني يتجه نحو التعايش بين المنهج التنازعي والمنهج المباشر فبالضرورة يخضع العقد لقواعد تكون آمرة وفق المعنى المقصود بذلك، سواء كانت تنتمي لقانون دولة ما أو كانت قواعد عابرة للحدود فالإرادة وسلطانها وإن كانت قدرتها أشبه بالمطلقة إلا أنها لا تقوى على الإفلات والتحرر الكامل من حكم القانون بحسب المعنى المقصود.

النتائج

1) كرس المشرع الأردني مبدأ سلطان الإرادة في قانون التحكيم بإعطاء إرادة الأطراف الحرية الواسعة "شبه الطليقة" والدور الحاسم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد الدولي محل النزاع وهذا يتفق وأفكار أنصار النظرية الشخصية الذين يتجهون إلى إعطاء الإرادة القدرة على الإفلات من حكم القانون بشكل عام و يقترب من النظرية الموضوعية الغير متشددة التي تمنح للإرادة دوراً حاسماً في عملية الاختيار مع خضوعها لقواعد معينة بحسب الأحوال.

2) كرس المشرع الأردني دور الإرادة في الاختيار على نحو واسع فأعطى الإرادة الخصوصية بنص المادة (36/أ) من قانون التحكيم فمنحها الحق باختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق سواء كانت تنتمي لقانون وطني أو أية قواعد قانونية أخرى و دون اشتراط صلة بين القانون المختار والعقد ، فللمتعاقدين الحق في اختيار القواعد التي يرونها مناسبة لعقدهم فلهم اختيار قواعد لا تنتمي لقانون داخلي لدولة ما فلم يقتصر على القواعد القانونية المنتمية للقوانين الداخلية، وهذا يضمن للأطراف ميزة الأمان القانوني من خلال المعرفة المسبقة بالقواعد الراغبين في تطبيقها مما يترتب على ذلك سرعة الفصل في النزاع التحكيمي.

3) إن قانون التحكيم الأردني لم يشير إلى وجوب استخلاص قانون الإرادة الضمنية الحقيقية للمتعاقدين عند غياب إرادتهم الصريحة إلا أن على المحكم استخلاص هذه الإرادة الضمنية في شأن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح أمامه استناداً إلى نص المادة (25) من القانون المدني والمادة (3) من قانون التحكيم، فذلك من المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص وفي التحكيم.

4) وبالنسبة لنص المادة (36/ب) من قانون التحكيم الأردني، حسناً فعل المشرع بالمعيار الذي تبناه لتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة السكوت تماماً عن الاختيار من المتعاقدين وهذا يتفق ونظرية التركيز الموضوعي فيمكن تطبيق هذه النظرية وفقاً لمحل الأداء المميز ففي ذلك مرونة أكثر في تحديد القانون المختص ويحقق العلم المسبق للأطراف مما يساهم في حماية توقعاتهم المشروعة بتطبيق قانون مألوف لديهم غالباً ما يكون قانون دولة التنفيذ لالتزاماتهم ففيه تتحقق مصالحهم المشتركة على الأغلب، وهذا من المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص وفي التحكيم.

5) أوجب قانون التحكيم على هيئة التحكيم أن تراعي عند الفصل في النزاع وبصرف النظر عن إرادة المتعاقدين (الأعراف التجارية) وهذا تطبيق مباشر لقواعد القانون التجاري الدولي، مع العلم أن وبحسب ما توصل إليه الباحث أن تطبيق الأعراف التجارية المتضمنة أحكاماً آمرة في المجال التجاري الدولي يشكل قيداً على الإرادة، أما القواعد ذات الأحكام المكملة فعملاً بحرية الإرادة فالقانون المختار أولى بالتطبيق ما دام أن للإرادة الحرية بإدراج أي شروط عقدية ضمن القانون المختار الذي اندمج بالعقد.

6) إن إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس) أمام المحكمين له طابعه الخاص لسببين الأول أن المحكم ليس له قانون اختصاص داخلي فكافة قواعد البوليس في حكم القواعد الأجنبية بالنسبة له، لذا فإن إعمالها يكون وفقاً للمنهج المباشر، والسبب الثاني هو الطبيعة الاتفاقية للتحكيم، فالمحكم يستمد سلطته من إرادة الأطراف وبالتالي يحرص على عدم الإخلال بتوقعاتهم المشروعة.

7) إن إعمال قواعد البوليس التي تنتمي لقانون الإرادة لا تثير مشكلة فهو تطبيق لقانون العقد المختار بكل أحكامه بما فيها قواعد البوليس، أما تطبيق هذه القواعد التي لا تنتمي لقانون

العقد فإن تطبيقها يكون على نحو مباشر بشرط أن تكون هذه القواعد تود الانطباق وأن يكون هناك صلة بين هذه القواعد وأهدافها وبين نطاق تطبيقها.

8) المحكم يحترم قواعد النظام العام الدولي ليس كما يريده الأطراف بل بحسب المبادئ العامة وقواعد العدالة.

9) الإرادة لا تقوى على تحرير العقد من مطلق سلطان القانون بل إن دورها في اختيار القانون الواجب التطبيق استناداً لمبدأ سلطان الإرادة وإن كان شبه طليقاً إلا أنه يحده ضوابط أو قيود في هذا الصدد مما يجعل دورها متحرراً بطابعاً نسبياً، وهذا توجه من المشرع الأردني نحو التعايش بالتطبيق بين المنهج التنازعي والمنهج المباشر.

التوصيات

1) يرى الباحث وبخصوص استخلاص الإرادة الضمنية الحقيقية للمتعاقدين لتحديد المحكم القانون الواجب التطبيق، أنه من الأفضل أن يتضمن قانون التحكيم نصاً صريحاً بهذا الصدد خصوصاً أنه عمل على تكريس مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، لعدم افتراض إرادة ضمنية على المتعاقدين، ويقترح وضع معايير موضوعية محددة تراعي مصلحة وتوقعات الأطراف المشروعة وعلى سبيل المثال يتم وضع مؤشرات بالنص عليها على سبيل المثال تكون أولى بالاتباع ومن ثم يستخدم المحكم سلطته التقديرية بهذا الصدد.

2) يجب مراعاة مصالح الأطراف بتوازن عند تطبيق الأعراف والعادات التجارية بوضع معيار بنص قانوني على أن تتم مراعاة مصالحهم باعتبار أن التحكيم يتفق وافكار النظرية الشخصية خصوصاً وأن الغالب أن هذه الأعراف التجارية الدولية تعبر عن مصالح الأقوياء المساهمين في إنشاءها وتطبيقها تلقائياً لحد كبير.

3) يرى الباحث أنه يمكن أن يتجسد مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم أكثر بالنص صراحة بقانون التحكيم على وجوب تطبيق قواعد البوليس التي تود الانطباق على موضوع النزاع ويجب أن يكون متفقا ومصلحة الأطراف خصوصا وأن قانون التحكيم سكت عن ذلك، وإن كانت تطبق باعتبارها من المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص وفق نص المادة (25) من القانون المدني إلا أن الباحث يفضل إعطاء الخصوصية في ذلك بقانون التحكيم خاصة أن هذا يساهم في حماية الطرف الضعيف اقتصاديا في العقد.

قائمة المراجع والمصادر

أولاً: الكتب

1. الأحدب، عبد الحميد (2009)، **موسوعة التحكيم التجاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

2. بني يونس، جميل محمد، (2012). **مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص، دراسة فلسفية تحليلية على ضوء تحولات العولمة وتطورات القانون**، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

3. الجمال، مصطفى، وعبد العال، عكاشة، (1998). **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم التجاري المصري رقم (27) لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية**. ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

4. حجازي، بسام عدنان، (2019). **اتفاق التحكيم التجاري الدولي في المسائل المتعلقة في إطار منهج التنازع القانوني في تعامل السلطة التقديرية مع المحكم الدولي**، ط1، مصر: مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع.

5. الحداد، حفيظة السيد، (2004). **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية

6. حداد، حمزة أحمد، (2014). **التحكيم في القوانين العربية**. ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

7. الحواري، أسامة أحمد، (2009). **القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة**، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع

8. الخزاعلة، شمس الدين قاسم، (2005). **نطاق سلطان الإرادة**، ط1، عمان: دار الكتاب الثقافي.

9. راشد، سامية (1994)، **التحكيم في العلاقات التجارية الدولية الخاصة**، القاهرة، دار النهضة العربية

10. سامي، فوزي محمد، (2022)، **التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية مع الإشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية**، ط8، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع

11. السرحان، عدنان إبراهيم، وخاطر، نوري أحمد، (2009). شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

12. سكيكر، محمد علي، (2007). **تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية**، الإسكندري: دار الجامعة الجديدة

13. السنهوري، عبد الرزاق أحمد، (2015). **الوسيط في شرح القانون الجديد، المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام**، ط3، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية

14. صادق، هشام علي. **تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة في تنازع القوانين والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري**. ط2، الإسكندرية: منشأة المعارف

15. صادق، هشام، علي، (1995). **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، ط1، الإسكندرية: منشأة المعارف.

16. عبد الحميد، منير، (1997). **التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم**، الإسكندرية: منشأة المعارف

17. عمر، سعد الله، (2007). **قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع**، ط1، الجزائر

18. الكيلاني، محمود محمد، (2023). **الوساطة والتحكيم في تسوية المنازعات المدنية والتجارية**، دراسة مقارنة، ط3، عمان: درا الثقافة للنشر والتوزيع.

19. المحمدي، سمير عبود، (2018). **القانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم، دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والعراقي**، عمان: دار المبادرة للنشر والتوزيع.

20. المصري، محمد وليد، **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي**، ط6، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

21. مطلوب، مصطفى ناطق، (2020). **الأحكام الجديدة في قانون التحكيم الأردني وفقاً للقانون رقم (16) لسنة 2018، دراسة مقارنة**، ط1، عمان: دار الرنيم للنشر والتوزيع،

22. ملكاوي، بشار عدنان، (2004). **الوجيز في شرح نصوص القانون المدني الأردني، نظرية العقد**، ط1، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع.

ثانياً: الرسائل الجامعية

1. أحلام، سواعدي، وريمة، بوشموخة، (2016-2017). **إخضاع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة**، (رسالة ماجيستير)، جامعة محمد الصديق بن يحيى، الجزائر.

2. حند، عبد مزيان، وأنيس، كادم، (2020-2021). **حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية**. (رسالة ماجيستير). جامعة مولود معمري، الجزائر.

3. الشرفات، طلال طالب، والبستاني، سعيد يوسف. (2011). **القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي**، (رسالة دكتوراة)، جامعة عمان العربية، عمان.

4. عبد الكريم، بو خالفة، (2014-2015). **نطاق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية**، (رسالة ماجستير)، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر،

5. عرعار، خولة، (2015-2016)، **مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي المؤسسي** (رسالة ماجستير)، جامعة 08 ماي، الجزائر.

6. فاتح، خلاف، (2007-2008). **مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي في التشريع الجزائري**. (رسالة ماجستير) جامعة محمد الصديق بن يحيى، الجزائر.

7. المحاميد، عبد الله، (2018). **القيود الواردة على التحكيم التجاري**، (رسالة ماجستير). جامعة الشرق الأوسط، الأردن.

8. محمد، جارد، (2009–2010). **دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة**، (رسالة ماجستير)، جامعة أبي بكر بالقايط، الجزائر.

9. المعشني، عدنان عامر، (2012). **اتفاق التحكيم التجاري في القانون الأردني والقانون العماني**، (رسالة ماجستير)، جامعة جدارا، مجلة المنهل، الأردن.

10. المغشني، عدنان عامر، (2012). **اتفاق التحكيم التجاري في القانون الأردني والقانون العماني**، (رسالة ماجستير)، جامعة جدارا، مجلة المنهل، الأردن،

ثالثاً: البحوث والمجلات

1. الأيوبي، محمد، (2016). "دور سلطان الإرادة في القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية"، **مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية**، العدد 12.
2. الصالحي، أحمد، (–)، "تنازع القوانين بشأن التحكيم في مسائل العلاقات الدولية الخاصة، مدى انطباق قانون الإرادة على اتفاق التحكيم"، **مجلة توهامة**، العدد العاشر.
3. عبد الرحيم، علي حسام، (2021). " تأملات في بعض المتناقضات بين مبدأي سلطان الإرادة والتوحيد، الاتجاهات الحديثة في قانون التجارة الدولية" **المجلة القانونية**، العدد (2537– 0785).
4. الغانم، بشائر صلاح، (2020). "دور سلطان الإرادة في اختيار القانون الإجرائي على التحكيم، دراسة في قواعد مركز الويبو للتحكيم والوساطة"، **المجلة الدولية للقانون**، المجلد التاسع، (العدد المنتظم الأول).

رابعاً: القوانين والتعليمات

1. قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001
2. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976
3. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
4. قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994
5. قانون التجارة البحرية الأردني رقم (12) لسنة 1972
6. قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين رقم (21) لسنة 2001

خامساً: قرارات:

1. تمييز حقوق، قرار رقم (5660) لسنة 2018 منشورات قسطاس.

2. تمييز حقوق، قرار رقم (90/619) لسنة 1991 منشورات قسطاس.

3. تمييز حقوق قرار رقم (90/812) لسنة 2007 منشورات عدالة.

4. تمييز حقوق، قرار رقم (3989) لسنة 2022 منشورات قسطاس