التحكيم الالكتروني الدولي ومدى كفاية قواعد الاسناد في القانون المدني العراقي لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوعه وسير إجراءاته

يونس صلاح الدين علي

قسم إدارة الأعمال، كلية العلوم الإدارية والمالية، جامعة جيهان- اربيل، كردستان، العراق

المستخلص

يتم التحكيم الإلكتروني باتفاق أطراف التحكيم على إخضاع منازعاتهم الناشئة عقود أبرمت بوسائل الكترونية الى طرف ثالث يفصل فيها بمقتضى سلطة مستندة ومستمدة من إتفاق أطراف التحكيم، وذلك عن طريق وسائل اتصال حديثة وتقنيات الكترونية تختلف عن الوسائل التقليدية المستعملة في التحكيم التقليدي. ويكون التحكيم الإلكتروني دولياً إذا كانت العلاقة القانونية محل التحكيم هي علاقة مشوبة بعنصر أجنبي أو علاقة تعاقدية خاصة دولية. وعلى الرغم من عدم وجود قانون ينظم التحكيم الإلكتروني الدولي في العراق، إلا أن هذه الدراسة حاولت التوصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع التحكيم الإلكتروني الدولي وفقاً للنصوص القانونية المتاحة في القانون العراقي. وقد حاولنا ومن أجل التوصل إلى هذا التأصيل القانوني إلى الاستعانة ببعض نصوص القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951, وقانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969, قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم -78- لسنة 2012.

الكلمات المفتاحية: التحكيم الإلكتروني، العقد الدولي، القانون الواجب التطبيق، القانون المدني العراقي، قواعد الإسناد.

1. المقدمة

يتم التحكيم الإلكتروني بإتفاق أطراف التحكيم على إخضاع منازعاتهم الناشئة عقود أبرمت بوسائل الكترونية الى طرف ثالث يفصل فيها بمقتضى سلطة مستندة ومستمدة من إتفاق أطراف التحكيم، وذلك عن طريق وسائل إتصال حديثة وتقنيات الكترونية تختلف عن الوسائل التقليدية المستعملة في التحكيم التقليدي. ويكون التحكيم الإلكتروني دولياً إذا كانت العلاقة القانونية محل التحكيم هي علاقة مشوبة بعنصر أجنبي أو علاقة تعاقدية خاصة دولية. ويتحدد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني، وفقاً للقانون العراقي، إما بقانون القاضي، أو بإعطاء الحق لأطراف التحكيم الإتفاق على إختيار القانون الواجب التطبيق على سير إجراءات التحكيم، أو الإتفاق على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم، أو وضع إجراءات التحكيم بأنفسهم. أو ترك مهمة وضع إجراءات التحكيم لهيئة التحكيم التي تفصل في النزاع. ويتم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني الدولي إما عن طريق الإتفاق على إختيار القانون الواجب التطبيق، أو إخضاع موضوع التحكيم الإلكتروني الدولي للأعراف التجارية الدولية .

أسباب إختيار موضوع البحث: إن السبب في اختيار موضوع البحث هو محاولة التوصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع التحكيم الإلكتروني الدولي وفقاً للنصوص القانونية المتاحة .

وتكمن أهمية البحث في تزايد دور التحكيم الإلكتروني في مجال العلاقات التعاقدية الخاصة الدولية أو العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، ومحاولة تحديد القانون الواجب التطبيق على سير إجراءاته وموضوعه وفقاً للقواعد العامة وقواعد الإسناد

مجلة جامعة جيهان- اربيل للعلوم الانسانية والاجتماعية
المجلد 8، العدد 2 (2024).
أُستلم البحث في 2 كانون الاول 2022؛ قُبل في 29 كانون الأول 2023
ورقة بحث منتظمة: نُشرت في 10 تموز 2024
البريد الإلكتروني للمؤلف: younis.salahaldein@cihanuniversity.edu.iq
حقوق الطبع والنشر © 2024 يونس صلاح الدين علي. هذه مقالة الوصول اليها مفتوح موزعة تحت رخصة المشاع الإبداعي النسبية - CC BY-NC-ND 4.0

المتاحة في القانون العراقي، وذلك بسبب عدم وجود تنظيم قانوني لهذا الموضوع.
تكمن مشكلة البحث في محاولة إقتراح نظام قانوني يحكم تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع التحكيم الإلكتروني الدولي في القانون العراقي، بسبب عدم وجود تنظيم قانوني لموضوع التحكيم الإلكتروني الدولي في القانون العراقي، وعدم مواكبة قواعد الإسناد في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 للتطور الحاصل في هذا المجال .
وللوصول إلى الغايات المرجوة من البحث، فقد إنتهجت الدراسة منهج البحث القانوني التحليلي، بإجراء تحليل قانوني لموضوع البحث.

2. ماهية التحكيم الإلكتروني الدولي

إن دراسة ماهية التحكيم الألكتروني الدولي بإيجاز تستلزم منا تعريف التحكيم وبيان اهم خصائصه وبعض أنواعه، ثم تعريف العقد اللكتروني الدولي وبيان معايير دولية العقد، وأهم سمات العقود الألكترونية, لأن الإتفاق على التحكيم غالباً ما يتجسد في شرط يعرف بشرط التحكيم ويدرج في العقد الأصلي محل النزاع. أو في إتفاق على التحكيم يعقد بعدم قيام النزاع ويعرف بمشارطة التحكيم. وعلى هذا الأساس فسوف نقسم هذا المطلب التمهيدي إلى فرعين، نتناول في الأول مفهوم التحكيم الألكتروني وفي الثاني مفهوم العقد الألكتروني الدولي وكما يأتي:

2.1 مفهوم التحكيم الألكتروني

إن دراسة مفهوم التحكيم الألكتروني تستلزم منا البحث في تعريف التحكيم عموماً والتحكيم الألكتروني على وجه الخصوص، وبيان أهم أنواعها وخصائصها. إذ يعرف جانب من الفقه (شفيق, 1997) التحكيم بأنه نظام قضائي خاص لا تعهد فيه خصومة معينة إلى القضاء العادي، ويعهد إلى محكمين للفصل فيها. وعرفه جانب آخر من الفقه (أبو الوفا, 1974) بأنه الإتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة. ويكون الإتفاق على التحكيم إما مقدماً ويتجسد في شرط يعرف بشرط التحكيم ويدرج في العقد الأصلي محل النزاع. لغرض عرض النزاع الذي قد ينشأ مستقبلاً بين أطراف العقد على المحكمين (بكر, 2013). أو يكون لاحقاً على قيام حالة النزاع، ويتمثل بإتفاق لاحق على إبرام العقد الأصلي محل النزاع، وهو إتفاق على التحكيم يعقد بعدم قيام النزاع ويعرف بمشارطة التحكيم. وذلك إذا لم يتضمن العقد الأصلي شرط التحكيم (النداوي, 2006). أما التحكيم الألكتروني فيعرفه جانب من الفقه (إبراهيم, 2019, ص248) بأنه أحد نظم التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة إتصالات دولية بطريقة سمعية بصرية ودون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين. ويعرفه آخر (مطر, 2009) بأنه التحكيم الذي يتم إجراؤه على نحو كامل أو جزئي عبر الإنترنت أو وسائل الإتصال الألكترونية الأخرى. ويتبين من هذين التعريفين أن إجراءات هذا النوع من التحكيم تتم عبر وسائل الكترونية، تتمثل بإنعقاد الجلسات عن طريق الإنترنت، بإستخدام الوسائل المرئية أو السمعية، أو تبادل الرسائل الألكترونية بين أعضاء هيئة التحكيم. وقد يصل الأمر إلى حد سماع شهادة الشهود أو إصدار القرار التحكيمي الكترونياً. كما يمكن إبرام إتفاق الكتروني بين أطراف التحكيم أنفسهم، أو بينهم وبين هيئة التحكيم، عن طريق تبادل الرسائل الألكترونية أو تعبئة نماذج الكترونية خاصة. ومن أهم أنواع التحكيم فهو التحكيم الحر الذي يتولى الخصوم أطراف التحكيم بأنفسهم إقامته، عندما يثور نزاع معين بينهم. فيتطلب الأمر الفصل فيه، فيختارون بأنفسهم المحكمين، وقد يقومون أيضاً بتحديد الإجراءات التي يطبقها المحكمون، عند الفصل في النزاع محل التحكيم (إبراهيم، 2019). وبذلك ينأون بأنفسهم عن القضاء العادي. وهناك التحكيم المؤسسي الذي تختص به هيئات أو مؤسسات أو مراكز دائمة تمارس التحكيم وفقاً لقواعد وإجراءات تتضمنها لوائح معدة مسبقاً، ولديها قوائم بأسماء المحكمين المعتمدين لديها، والذين يتمتعون بالخبرة والكفاءة والسمعة الدولية (الصاوي, 2004). وهناك ثلاثة أنواع من التحكيم الإلكتروني هي: التحكيم الألكتروني غير الملزم الذي لا تتمتع فيه القرارات التحكيمية بقوة ملزمة (أبو صالح, 2004)، والتحكيم الألكتروني الملزم المشروط الذي يتمتع فيه أحد الطرفين أو كليهما بحرية قبول القرار التحكيمي أو رفضه خلال فترة محددة. والتحكيم اللكتروني غير الملزم الذي لا يسعى إلى إصدار حكم تحكيمي يلزم الطرفين. أما أهم خصائص التحكيم عموماً فهي السرعة في فض المنازعات ضمن فترة زمنية قصيرة، بسبب تفرغ المحكمين للفصل في خصومة واحدة، خلافاً لعمل القضاة في المحكمة. وبساطة الإجراءات المتبعة في التحكيم والابتعاد عن الشكلية، والمرونة والحرية الواسعة التي يتمتع بها المحكمون خلافاً للقضاة الذين يتقيدون بدقة بإجراءات التقاضي. فضلاً عن الإقتصاد في النفقات وتجنب معظم المصروفات التي يتطلبها القضاء العادي كرسوم القضاء وأتعاب المحاماة (إبراهيم, 2019). كما يتم إختيار المحكمين بالرضاء التام لأطراف النزاع. فيقوم كل من طالب التحكيم (المدعي) والمطلوب التحكيم ضده (المدعى عليه) بإختيار محكميها. أما المحكم الثالث فيرأس هيئة التحكيم، ويتم إختياره إما من طرفي النزاع، أو من المحكمين الذين إختاراهما, وفقاً لقواعد التحكيم المتبعة للفصل في النزاع (إبراهيم, 2019). وبالمقابل فإن من أبرز خصائص التحكيم الألكتروني هي أن اللجوء إليه يتم عن طريق شبكة الإنترنت، ويمتاز بميزة السرعة في الفصل في النزاع المعروض، ويتم تقديم طلبات التحكيم والوثائق والمستندات عن طريق البريد الإلكتروني، ويواكب هذا النوع من التحكيم التطور الحاصل في ميدان التجارة الإلكترونية. فضلاً في الحفاظ على سرية المعلومات، وتقليل نفقات التقاضي بما يتناسب مع القيمة غير الكبيرة للعقود الألكترونية المبرمة عبر شبكة الإنترنت (إبراهيم, 2019).

2.2 مفهوم العقد الالكتروني الدولي

كان العقد ولا يزال يلعب دورا كبيرا وأساسيا في مجال تبادل وتداول الثروات والخدمات في القانون الداخلي، ويتزايد دور العقد من حيث الأهمية في مجال القانون الدولي الخاص وذلك في العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، وقد تبلورت فكرة العقد الدولي في مجال العلاقات الخاصة الدولية. كما تمخض عن التقنيات العلمية الحديثة نوع جديد من العقود عرف ب (العقود الالكترونية) والتي نشأت عن التطورات العلمية والتكنولوجية التي شهدها العالم في العقود الأخيرة(مسعودي و فتاح، 2021)، واستعمال الوسائل الفورية الحديثة في ابرام العقود، ولاسيما الدولية منها، بدلاً عن الوسائل التقليدية التي تعتمد على الاوراق (بكر, 2015). ويتسم العقد الالكتروني، وعلى وجه العموم، بسمات تميزه عن العقد التقليدي بأنواعه المختلفة. لذا فسوف نبحث في مفهوم العقد الالكتروني الدولي عن طريق تعريفه وبيان معايير دولية العقد واهم السمات التي يتسم بها العقد الالكتروني وكما يأتي:

2.2.1 تعريف العقد الالكتروني الدولي

يعرف العقد عموما بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين (السنهوري, 2004), يتمثل في التزام شخص أو أكثر في مواجهة شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل (د.سلامة, 2001, ص5). ويعرف جانب من فقه القانون الدولي الخاص العقد الدولي بأنه ذلك الاتفاق الذي يكون أحد عناصره أجنبيا لكي يمكن إضفاء صفة الدولية عليه(Pommier, 1992) . ويظهر العنصر الأجنبي عند اختلاف جنسية الأطراف في العقد أو مكان إبرامه أو مكان تنفيذه. ويعرف جانب آخر من الفقه (عبد الغفار, 2009) العقد الدولي بأنه ذلك الاتفاق الذي يتضمن عنصراً أجنبياً يتمثل في جنسية أحد أطرافه أومحل إقامته أو مكان ابرامه أو مكان تنفيذه. اما بالنسبة الى العقد الالكتروني فيعرفه جانب من الفقه (Timo Siemer, 2008) بأنه إتفاق ملزم يبرم وينفذ بوسائل الكترونية دون استعمال الورق أو أية نسخ صلبة أخرى. ومن الجدير بالذكر فقد تطرق المشرع العراقي الى العقد الالكتروني في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم -78- لسنة 2012. وعرفه في الفقرة العاشرة من المادة الاولى من هذا القانون بأنه (أرتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية) كما نص في الفقرة الاولى من المادة -18- من هذا القانون على أنه (يجوز أن يتم الايجاب والقبول في العقد بوسيلة الكترونية). كما عرف جانب من الفقه العقد الالكتروني بأنه (ذلك الاتفاق الذي يتم ابرامه عبر شبكة الانترنيت ويكتسب الطابع الالكتروني من الطريقة التي ينعقد بها) (منصور, 2009). فالعقد الألكتروني هو تعاقد يتم عبر شبكات الإنترنت ويختلف عن التعاقد التقليدي، لأنه يتم عبر شبكة دولية للإتصالات (شلقامي, 2008). يتبادل فيه الطرفان التعبير عن الإرادة عن طريق شبكة الإنترنت، أو عن طريق المراسلة من خلال البريد الألكتروني. مع عدم وجود أية علاقة مباشرة بين أطراف التعاقد الألكتروني (الجنبيهي و الجنبيهي, بدون سنة نشر). ويتوقف تحديد زمان ومكان إنعقاد العقد الألكتروني على تحديد وقت إقتران الإيجاب بالقبول (حماد, 2016). لأن الطبيعة القانونية لهذا العقد تجعل من الصعب تحديد الزمان الذي حدث فيه التطابق الفعلي للإرادتين، لعدم توفر الوجود المادي المباشر للطرفين في مكان واحد (زكية, 2016).

2.2.2 معايير دولية العقد

وضع فقه القانون الدولي الخاص عدة معايير لتحديد الصفة الدولية للعقد، وذلك لكي يتسنى تطبيق قواعد الاسناد عليه، ومن أبرز هذه المعايير: المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي والمعيار المختلط، وسوف نسلط الضوء وبأيجاز على هذه المعايير الثلاثة:

المعيار القانوني

ويقوم هذا المعيار على فكرة أساسية مؤداها أن الرابطة العقدية تتسم بالطابع الدولي عندما تتضمن بين عناصرها القانونية عنصرا أجنبيا أو أكثر. فيكون العقد دوليا إذا كان بسبب إبرامه أو تنفيذه أو بالنظر إلى دولة الأطراف المتعاقدة أو جنسيتهم يرتبط بأكثر من نظام قانوني. وبناء على هذا المعيار فإن العقد الالكتروني يعد دولياً إذا تم الاتفاق بين طرفي العلاقة عبر وسيط الكتروني أو بوسيلة الكترونية، أي عن طريق التعاقد ما بين غائبين في مجلس العقد الحكمي (الفضل, 2006)، وكل منهما في دولة معينة. أو إذا تم تنفيذه في إقليم دولة أجنبية أو إذا كان أحد طرفي العلاقة أجنبيا أو أن الموجب علم بالقبول في أقليم دولة أخرى غير الدولة التي صدر فيها القبول.

المعيار الاقتصادي.

ويستند هذا المعيار على اعتبار اقتصادي يتمثل في حركة المد والجزر عبر الحدود لرؤوس الأموال والسلع والخدمات، ودون الأخذ بنظر الاعتبار المبررات القانونية التي استند عليها المعيار السابق. ووفقاً لهذا المعيار يعد العقد دولياً إذا ترتب عليه انتقال رؤوس الأموال من دولة إلى أخرى، وذلك بصرف النظر عن جنسية الأطراف، لأن مجرد انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود يؤدي إلى ظهور العنصر الأجنبي في العقد وهو ما يؤدي إلى اعتباره دولياً في المنظور الاقتصادي (صادق, 2001). ويضاف إلى هذا المفهوم مفهومان آخران لتحديد دولية العقد وفق المفهوم الاقتصادي وهما تجاوز العقد نطاق الاقتصاد الداخلي للدولة وارتباط العقد بمصالح التجارة الدولية.

المعيار المختلط.

ويجمع هذا المعيار بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي. إذ ينبغي لكي يكون العقد دوليا أن يتضمن عنصرا أجنبياً، فضلاً عن تعلقه بمصالح التجارة الدولية وانتقال رؤوس الأموال والقيم الاقتصادية عبر الحدود. ونميل إلى الأخذ بالمعيار القانوني في مجال العقد الالكتروني الدولي. إذ يكفي أن يتصل العقد الالكتروني بأحد عناصره بأكثر من قانون أو نظام قانوني حتى يتسم بالطابع الدولي، طالما أنه انعقد بوسيلة الكترونية أو عبر وسيط الكتروني. ففي هذه الحالة فأن الصفة الدولية للعقد الالكتروني قد تحتمل أكثر من عنصر أجنبي يمكن أن يظهر من خلال جنسية أحد طرفي العقد أو محل إقامته أو مكان علم الموجب بالقبول والكائن في أقليم دولة أخرى غير الدولة التي صدر فيها القبول.

2.2.3 سمات العقد الالكتروني

يتسم العقد الالكتروني بالسمات الآتية:

اولاً: استعمال الوسائل الالكترونية في ابرام العقد: اذ يلعب الوسيط الالكتروني دوراً مهماً في ابرام العقد الالكتروني (بكر, 2015)، وهو ماعبر عنه المشرع العراقي عند تعريفه للعقد الالكتروني في الفقرة العاشرة من المادة الاولى من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم -78- لسنة 2012. بأنه العقد الذي (يتم بوسيلة الكترونية). كما عرف المعاملات الالكتروني في الفقرة السادسة من المادة الاولى من نفس القانون بأنها (الطلبات والمستندات والمعاملات التي تتم بوسائل الكترونية). وعرفت الفقرة الثامنة من المادة الاولى من هذا القانون الوسيط الالكتروني بأنه (برنامج او نظام الكتروني لحاسوب او أية وسيلة الكترونية اخرى تستخدم من اجل تنفيذ اجراء او الاستجابة لإجراء بقصد انشاء او ارسال او استلام رسالة معلومات) كما عرفت الفقرة التاسعة من نفس القانون المستندات الالكترونية بأنها (المحررات والوثائق التي تنشأ او تدمج او تخزن او ترسل او تستقبل كلياً او جزئياً بوسائل الكترونية بما في ذلك تبادل البيانات الكترونياً او البريد الالكتروني او البرق او التلكس او النسخ البرقي ويحمل توقيعاً الكترونياً) . وتشير كل هذه التعاريف الى حقيقة واحدة وهي ان العقد الالكتروني يتم ابرامه او تنفيذه عن طريق الوسائط الالكترونية (إبراهيم, 2011) , والتي تتخذ , وفي اغلب الاحيان , صورة نظام لمعالجة المعلومات والذي هو نظام الكتروني يستخدم لإنشاء رسائل البيانات او المعلومات او ارسالها او تسلمها او معالجتها او تخزينها او تجهيزها .

ثانياً: يتسم العقد الالكتروني كذلك بالسمة التجارية، ويطلق عليه في الغالب تسمية عقد التجارة الالكترونية (منصور, 2009) .

ثالثاً: ويتسم العقد الالكتروني بسمة الابرام عن بعد ودون التواجد المادي لأطراف العقد، عن طريق مجلس عقد حكمي او افتراضي يصدر فيه الايجاب ويقترن بالقبول، ومن ثم ينعقد العقد بوسائل سمعية وبصرية عبر شبكة الانترنت (منصور, 2009). وهو في الغالب تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان (الحكيم, 1963).

رابعاً: ويمكن عد العقد الالكتروني أيضاً بأنه من عقود الاستهلاك او مايعرف بعقود المستهلك، والتي تنصب على توريد منقولات مادية او تقديم خدمات، اذ يكون أحد الطرفين منتجاً او ممنياً، ويتمثل بمورد السلعة او بمقدم الخدمة، في حين يكون الطرف الآخر مستهلكاً.

خامساً: تؤثر الشبكات التي يبرم عبرها العقد الألكتروني, ويجري خلالها التعبير عن الإرادة على أهمية العقد الألكتروني عموماً والعقد الألكتروني الدولي على وجه الخصوص. إذ يمكن تصنيف العقد الألكتروني إلى نوعين بحسب نوع الشبكة التي يتم فيها التعبير عن الإرادة ومن ثم التعاقد(Gautrais. 2003) : الأول هو العقد الألكتروني المبرم عبر شبكة مفتوحة, والثاني هو العقد الألكتروني المبرم عبر شبكة مغلقة. ويمتاز النوع الثاني بأنه أكثر أماناً من النوع الأول، ولا سيما فيما يتعلق بإبرام العقود المهمة والمركبة، والتي تسبقها مفاوضات تتطلب عملية التبادل الألكتروني لبيانات ووثائق تتسم بالسرية ولها أهميتها في التعاقد.

3. القانون الواجب التطبيق على سير إجراءات التحكيم الألكتروني الدولي

حددت المادة (265) من قانون المرافعات المدنية العراقيرقم (83) لسنة 1969 القانون الواجب التطبيق على سير إجراءات التحكيم عموماً، إذ نصت على أنه (1- يجب على المحكمين اتباع الأوضاع والاجراءات المقررة في قانون المرافعات الا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع اجراءات معينة يسير عليها المحكمون 2– إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح يعفون من التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون الا ما تعلق منها بالنظام العام). فقد ألزمت المحكمين اتباع الأوضاع والاجراءات المقررة في قانون المرافعات، مالم يتفق أطراف التحكيم على إعفاء المحكمين منها صراحة، وإخضاع إجراءات التحكيم إلى قواعد إجرائية أخرى، كالقواعد المنصوص عليها في لوائح مراكز التحكيم الدائمة، أو إتفاق أطراف التحكيم على وضع اجراءات معينة بأنفسهم يسير عليها المحكمون. وبالنظر لعدم صدور قانون ينظم التحكيم الإلكتروني في العراق، فإنه يمكن تطبيق هذا النص لتحديد القانون الواجب التطبيق على سير إجراءات التحكيم الألكتروني .وعلى هذا الأساس فسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نكرس الأول لدراسة إتباع المحكمين الأوضاع والإجراءات المنصوص عليها في قانون القاضي، والثاني لدراسة الإتفاق على إختيار القانون الواجب التطبيق على سير إجراءات التحكيم الألكتروني الدولي وكما يأتي:

3.1 إتباع المحكمين الأوضاع والإجراءات المنصوص عليها في قانون القاضي

إن الاصل هو قيام المحكمين بمراعاة القواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون المرافعات العراقي، وذلك عند قيامهم بإجراء التحكيم بين أطراف النزاع (بكر, 2013, ص635)، وفقاً للفقرة الأولى من المادة (265) من قانون المرافعات المدنية السالفة الذكر. فإذا عرضت أثناء التحكيم مسألة أولية تخرج عن إختصاص أو ولاية المحكمين أو جرى الطعن بالتزوير في ورقة أو أتخذت إجراءات جزائية عن تزويرها. فينبغي على المحكمين إيقاف إجراءات التحكيم، وإصدار قرارهم إلى أطراف التحكيم بتقديم طلباتهم الى المحكمة المختصة. وكذلك الحال إذا تطلب الأمر إتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية أثناء سير إجراءات التحكيم لحماية الحق موضوع النزاع، فتكون محكمة البداءة هي المختصة بإتخاذ هذه الإجراءات التحفظية والنظر في الطلبات المستعجلة التي يخشى عليها فوات الوقت، بشرط عدم المساس بأصل الحق. كما ينبغي على المحكمين الرجوع الى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لإصدار قرارها بخصوص الإنابات القضائية التي يتطلبها الفصل في النزاع. كذلك ينبغي على المحكمين الرجوع إلى الإجراءات التي نص عليها قانون القاضي أي القانون الوطني بخصوص إجراءات الإثبات، وذلك من باب القياس على أساس الفقرة الثانية من المادة (13) من قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 التي نصت على أنه (يسري في شأن إجراءات الإثبات قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى). فيحكم قانون القاضي اجراءات تقديم أدلة الاثبات، وهي الاوضاع التي ينبغي اتباعها عند تقديم أدلة الاثبات. فيلتزم المحكمون أيضاً بإتباع هذه الاجراءات لضمان حسن سير إجراءات التحكيم. أما بالنسبة الى قواعد الاسناد في القانون المدني العراقي فقد ذهبت المادة (28) منه الى نفس الإتجاه وحددت القانون الواجب على قواعد الإختصاص والإجراءات، إذ نصت على أن (قواعد الاختصاص وجميع الإجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات). فيلتزم المحكمون كذلك بإتباع الأوضاع والإجراءات المنصوص عليها في قانون القاضي أي قانون المرافعات المدنية العراقي. ويقصد بقواعد الاختصاص القضائي قواعد قانون المرافعات التي تحدد الاختصاص الوظيفي والنوعي المكاني لكل محكمة على اختلاف درجاتها، أما إجراءات التقاضي فهي الإجراءات الواجب اتباعها أمام كل محكمة ابتداء من تاريخ إقامة الدعوى وتقديم عريضة الدعوى، وحتى صيرورة الحكم باتاً، أي اكتسابه درجة البتات (النداوي, 2006).

3.2 الإتفاق على إختيار القانون الواجب التطبيق على سير إجراءات التحكيم الألكتروني الدولي

كما أجازت الفقرة الأولى من المادة (265) من قانون المرافعات المدنية السالفة الذكرلأطراف التحكيم الإتفاق على إختيار القانون الواجب التطبيق على سير إجراءات التحكيم. وذلك إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين من اتباع الأوضاع والاجراءات المقررة في قانون المرافعات صراحة أو قيام أطراف التحكيم بوضع اجراءات معينة يسير عليها المحكمون. فيمكن لأطراف التحكيم الإتفاق على إخضاع إجراءات التحكيم إلى قواعد إجرائية أخرى، كالقواعد المنصوص عليها في لوائح مراكز التحكيم الدائمة، أو إتفاقهم على وضع اجراءات معينة بأنفسهم يسير عليها المحكمون. وسوف نبحث في هذين الخيارين من الخيارات المطروحة أمام أطراف التحكيم للإتفاق على إختيار التحكيم وكما يأتي:

3.3 إتفاق أطراف التحكيم على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم

كنا قد أشرنا إلى أن الفقرة الأولى من المادة (265) من قانون المرافعات المدنية أجازت لأطراف التحكيم الإتفاق على إختيار القانون الواجب التطبيق على سير إجراءات

التحكيم. وهو ما يعني إخضاع إجراءات التحكيم للقانون المختار أو قانون الإرادة، الذي يتم تحديده وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة التعاقدية وحرية التعاقد، فيكون أطراف التحكيم أحراراً في إختيار القانون الذي يحكم سير إجراءات التحكيم (إبراهيم, 2019). أما في ظل قانوننا المدني العراقي فيمكن الرجوع الى الفقرة الأولى من المادة (25) منه، والتي نصت على أنه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه. لذلك). ويمكن للإتفاق على التحكيم أن يتخذ صورتين (النداوي, 2006): الأولى تعرف بشرط التحكيم وهو الاتفاق مقدما على التحكيم كبند من بنود عقد معين، يكون مبرما بين أطراف الاتفاق على التحكيم، وذلك بخصوص عرض أي نزاع محتمل، أو قد ينشأ في المستقبل، بشأن تنفيذ العقد أو تفسيره، على هيئة التحكيم للبت فيه. والثانية: مشارطة التحكيم، وهي اتفاق الأطراف المحتكمين على التحكيم بعد قيام النزاع بينهم، وذلك بصيغة عقد يتفق فيه الأطراف المحتكمون على الفصل في النزاع الذي نشأ فعلا بينهم لحظة إبرام الاتفاق على التحكيم. فالفرق بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم أن الأول يعالج نزاعاً مستقبلياً محتمل الوقوع ولم يقع حتى وضع الشرط في العقد، أما الثاني فيعالج نزاعاً وقع فعلاً (مطر, 2009 , ص71). لذا يمكننا القول بأنه واستناداً على الفقرة الأولى من المادتين (265) من قانون المرافعات المدنية، والمادة (25) من القانون المدني العراقي فإنه يمكن لأطراف التحكيم الألكتروني الدولي الإتفاق على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم (إبراهيم, 2019). ويقصد بالمركز الدائم للتحكيم المركز التابع لمؤسسة متخصصة بالتحكيم، والتي تمارس ما يعرف بالتحكيم المؤسسي خلافاً للتحكيم الحر أو الخاص. ويقصد بالتحكيم المؤسسي التحكيم الذي يتم عن طريق مؤسسات تحكيمية متخصصة دائمية، ذات صفة وطنية أو دولية، مثل غرفة التجارة الدولية في باريس، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي. وتمتلك كل مؤسسة تحكيمية من هذه المؤسسات قواعد تحكيم إجرائية وموضوعية خاصة بها (حداد, 2010). وطالما أن التحكيم الذي نحن بصدده هو تحكيم خاص أو حر، فإن أطراف التحكيم يتمتعون بحرية واسعة في اختيار القانون أو القواعد التي تخضع لها إجراءات التحكيم، خلافاً للتحكيم المؤسسي نفسه الذي لا يسمح بهذا القدر من الحرية، إذ تتضاءل حرية أطراف التحكيم وإلى حد كبير في اختيار القواعد التي يخضع لها التحكيم، وتقتصر حريتهم على اختيار المؤسسة التحكيمية والمحكمين ضمن قوائم المحكمين الخاصة بها (الفخري, 2012). وجدير بالذكر أيضاً بأنه وعلى الرغم من خلو قواعد الإسناد في القانون المدني العراقي من نص يسمح لأطراف التحكيم الإتفاق على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم، إلا أنه يمكن ممارسة هذا الإختيار في ظل القانون العراقي على أساس المادة (30) منه التي تنص على أن (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً).

3.3.1 إتفاق أطراف التحكيم على وضع إجراءات التحكيم بأنفسهم

كما يمكن لأطراف التحكيم الإتفاق على وضع إجراءات التحكيم بأنفسهم، ويسمى التحكيم في هذه الحالة بالتحكيم العائم (إبراهيم, 2019). الذي يتحرر فيه أطرافه من الخضوع للقواعد الإجرائية الوطنية المنصوص عليها في قانون القاضي، وتحل إرادتهم محل إرادة المشرع الذي يضع القواعد الإجرائية الوطنية، وكذلك محل إرادة القائمين على المؤسسات أو الهيئات التحكيمية الذين يضعون قواعد التحكيم الخاصة بالتحكيم المؤسسي، والمنصوص عليها في لوائح المراكز الدائمة للتحكيم. فتضطلع إرادة أطراف التحكيم بوضع وصياغة القواعد الإجرائية التي تحكم سير التحكيم في المنازعة على نحو تفصيلي (الكردي, 2003. والنمر, 2004). ويعد مثل هذا النوع من الإختيار تجسيداً واضحاً لمبدأ سلطان الإرادة التعاقدية، الذي بمقتضاه تعد الإرادة التعاقدية مصدر القوة الملزمة للعقد، ثم يأتي دور القانون لضمان تنفيذ الالتزام الذي إتجهت إليه إرادة الطرفين (الحكيم والبكري والبشير, 1980). ويمكن الأخذ بهذا الإتفاق أيضاً في ظل القانون العراقي على أساس المادة (30) من القانون المدني العراقي السالفة الذكر. فبالرجوع إلى مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، نجد على سبيل المثال أن المادة (25) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 أجازت لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي ينبغي على هيئة التحكيم إتباعها، وإخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة فى أى منظمة أو مركز تحكيم دائم فى جمهورية مصر العربية أو خارجها. إذ نصت على أنه (لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها فى إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة فى أى منظمة أو مركز تحكيم فى جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التى تراها مناسبة).

3.3.2 إتفاق أطراف التحكيم على إعطاء هيئة التحكيم سلطة تحديد الإجراءات الواجبة التطبيق على النزاع

ويمكن لأطراف التحكيمعدم الإتفاق على إختيار إجراءات التحكيم، بما في ذلك الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم، فضلاً عن التخلي عن مهمة وضع إجراءات التحكيم بأنفسهم وتركها لهيئة التحكيم التي تفصل في النزاع. بعد أن تقوم تلك الأطراف بمنحها سلطة إختيار وتحديد الإجراءات الواجبة التطبيق على موضوع النزاع المطروح للتحكيم والتي تراها مناسبة (إبراهيم, 2019). وبالرجوع إلى مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا، وفقا للمادة 30 من القانون المدني العراقي السالفة الذكر نجد أن قوانين بعض الدول قد تبنت هذا الإتجاه, ومن بينها أيضاً قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994, وبمقتضى المادة (25) منه السالفة الذكر, التي أجازت لأطراف التحكيم تفويض هيئة التحكيم سلطة إختيار إجراءات التحكيم التى تراها مناسبة.

4. القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الألكتروني الدولي

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الألكتروني الدولي يتم إما عن طريق الإتفاق على إختيار القانون الواجب التطبيق، أو إخضاع موضوع التحكيم الألكتروني الدولي للأعراف التجارية الدولية. وسوف نبحث في هذين الإحتمالين مع بيان موقف القانون العراقي منهما وكما يأتي:

4.1 الإتفاق على إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الألكتروني الدولي

يتم الإتفاق على إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الألكتروني الدولي إما وفقاً للنظرية الشخصية أو للنظرية الموضوعية، أو إتفاق أطراف التحكيم على إخضاع النزاع للقواعد الموضوعية المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم. وسوف نبحث في هذه الإختيارات الثلاثة مبينين موقف القانون العراقي منها وكما يأتي:

4.2 الإتفاق على إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الألكتروني الدولي وفقاً للنظرية الشخصية وموقف القانون العراقي

تسمو إرادة المتعاقدين في ظل النظرية الشخصية على القانون المختار، وتؤدي إلى إفلات العقد الدولي من حكم القانون، ليخضع لسلطان الإرادة (علي, 2023). ويتم اختيار قانون الإرادة وفقا لمطلق سلطان الإرادة، وليس استنادا إلى قاعدة من قواعد الإسناد تتخذ من إرادة المتعاقدين ضابطا للإسناد. وتتميز هذه النظرية بالخصائص الآتية:

1. اندماج القانون المختار في العقد لتصبح أحكامه مجرد شروط تعاقدية (صادق, 2001) فيه مما يسمح للمتعاقدين باستبعاد ما يريدون استبعاده من قواعد آمرة في هذا القانون.
2. يقع عبء إثبات القانون الأجنبي المختار على عاتق الخصم المتمسك به لأنه يعامل معاملة الوقائع ويفقد صفته القانونية.
3. إفلات العقد الدولي من حكم القانون ليخضع لمطلق مبدأ سلطان الإرادة.
4. إمكانية تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون لحكم جوانبه المختلفة.
5. عدم اشتراط وجود أية صلة بين القانون المختار والعقد الدولي، طالما كان المتعاقدون أحرارا في اختيار القانون الواجب التطبيق ليصير جزءا من شروطهم التعاقدية، فيجوز اختيار قانون منبت الصلة بالرابطة العقدية (علي, 2023).
6. ترفض هذه النظرية الأخذ بفكرة الإحالة من القانون المختار قانون الإرادة إلى أي قانون آخر، لأن مبدأ سلطان الإرادة هو أساس اختيار المتعاقدين لقانون العقد، والذي صار جزءا من شروط التعاقدية، الأمر الذي يتنافى مع فكرة الإحالة، والتي تقتضي آلية إعمالها أن يكون اختصاص قانون الإرادة قد انعقد على أساس قاعدة من قواعد الإسناد وليس استنادا إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة، مع إمكانية الأخذ بالإحالة في حالة سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد، واللجوء إلى إعمال قواعد الإسناد الاحتياطية عن طريق التركيز الموضوعية للرابطة العقدية، ففي هذه الحالة فقط يمكن تطبيق فكرة الإحالة، ما دامت إرادة المتعاقدين لم تتجه إلى اختيار قانون العقد (علي, 2023).
7. لا يجوز للقانون المختار إبطال العقد، لأن الإرادة إذا اختارت قانونا معينا ليأخذ حكم الشروط التعاقدية، ويندمج في العقد، ويصير جزءا من شروطه، فليس من المنطقي بعدئذ أن يقوم هذا القانون بإبطال العقد(Lucas, 1983) ، وهنا تكمن أهمية إنزال القانون المختار منزلة الشروط التعاقدية وذلك لتجنب بطلان هذه الشروط.
8. إدراج شرط الثبات التشريعي في العقد، أو ما يعرف بشرط التجميد الزمني لقانون الإرادة تلافيا للمفاجآت المستقبلية، لأن المقصود بقانون الإرادة، هو ما كان سائدا عند إبرام العقد.

أما بالنسبة الى موقف قاعدة الإسناد الخاصة بالإلتزامات التعاقدية في القانون المدني العراقي من النظرية الشخصية فيرى جانب من فقه القانون الدولي الخاص في العراق (حافظ, 1977) بأن المشرع العراقي اعتنق النظرية الشخصية، وسنده في ذلك أن نص الفقرة الأولى من المادة (25) من القانون المدني العراقي لم يفرض أي قيد على سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، مما يعطي للأطراف المتعاقدة كامل الحرية في اختيار قانون العقد، حتى ولو لم يكن له أية علاقة – من قريب أو بعيد – بالرابطة العقدية، أي إذا كان القانون المختار لا يمثل قانون جنسية الأطراف أو موطنهم، أو مكان التنفيذ، أو مكان وجود المال. ونعتقد بأن الفقرة الأولى من المادة (39) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 تبنت هذا الإتجاه عندما حددت القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في المنازعات المطروحة أمام هيئات التحكيم على أساس إتفاق أطراف التحكيم على إختيار قانون دولة معينة وهو إختيار مادي وليس إختيار تنازعي ويخضع لمطلق سلطان الإرادة التعاقدية لأطراف التحكيم. إذ نصت على أن (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 ما لم يتفق على غير ذلك). ويتبين من هذا النص بأن لم يفرض أي قيد على سلطان الإرادة التعاقدية لأطراف التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مما يعطيهم الحرية الكاملة في اختيار قانون العقد، حتى ولو لم يكن له أية علاقة – من قريب أو بعيد – بالرابطة العقدية، أي منبت الصلة عن الرابطة العقدية.

4.3 الإتفاق على إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني الدولي وفقاً للنظرية الموضوعية وموقف القانون العراقي

أما النظرية الموضوعية فبموجبها يسمو سلطان القانون على إرادة المتعاقدين وتؤدي إلى إخضاع العقد الدولي لحكم القانون (صادق, 2001)، ويقتصر دور الإرادة على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية، دون أن يكون لها القدرة على اختيار قانون العقد، فاختيار قانون العقد لا يقوم على أساس مطلق سلطان الإرادة، ولكن على أساس قاعدة إسناد تتخذ من إرادة المتعاقدين ضابطا للإسناد. وتتسم هذه النظرية بالخصائص الآتية:

1. بقاء القانون المختار الذي اتجهت الإرادة إلى اختياره محتفظا بصفته القانونية، وبالتالي فإنه لا يمكن للأطراف استبعاد قواعده الآمرة، حتى وإن كان بمقدورهم استبعاد قواعده المكملة.
2. خضوع العقد للقانون المختار بصرف النظر عن إرادة المتعاقدين، لأن دور الإرادة هو تركيز العقد في دولة القانون المختار، فالإرادة مجرد عنصر من عناصر التركيز أي تركيز الرابطة العقدية في مكان معين (علي, 2023).
3. لا يعد اختيار المتعاقدين لقانون العقد مجرد اختيار مادي يؤدي إلى اندماج القانون المختار في العقد، وإنزال أحكامه منزلة الشروط التعاقدية، ولكنه اختيار تنازعي يخضع العقد الدولي بمقتضاه لأحكام القانون المختار، ولا يقوى على مخالفة قواعده الآمرة (صادق, 2001). وهذا يعني أن اختيار قانون العقد لا يقوم على مطلق سلطان الإرادة، وإنما على أساس قاعدة من قواعد تنازع القوانين.
4. ضرورة وجود صلة بين القانون المختار للعقد، لأن دور الإرادة وكما أسلفنا، ينحصر في تركيز العقد في دولة القانون المختار، وأنها يجب أن تعبر عن مركز ثقل العلاقة، لأن التركيز الموضوعي للرابطة العقدية يهدف إلى

توطين هذه الرابطة في المكان الذي يتحقق فيه مركز ثقل العلاقة، ويتحقق مركز الثقل في العلاقة عندما ينصب الاختيار على القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية (صادق, 2001)، ويجب أن تكون الصلة بين القانون المختار والعقد صلة جدية، وهذه الصلة إما أن تكون صلة مادية أو صلة ذهنية غير مادية، والصلة المادية إما إن تكون صلة مستمدة من العناصر الشخصية للرابطة العقدية، كأن يتم اختيار قانون الدولة التي يتوطن بها أحد المتعاقدين أو التي ينتمي إليها بجنسيته، أو قد تكون الصلة مادية مستمدة من العناصر الموضوعية أو المكانية للرابطة العقدية، كأن ينصب الاختيار على قانون موقع المال، أو قانون محل إبرام العقد، أو قانون بلد تنفيذه (علي, 2023)، والصلة قد تكون صلة ذهنية أو اجتماعية أو اقتصادية تربط بين العلاقة العقدية والقانون السائد في وسط اجتماعي أو اقتصادي معين، أي يكفي أن تكون هناك صلة ذهنية بين الرابطة العقدية ونظام قانوني معين. كما لو كان ذلك النظام سائدا في وسط تجاري أو مهني اشتهر بتنظيمه لمثل هذه الرابطة، مثال ذلك تطبيق القانون الإنكليزي على عقود نقل البضائع بحرا، وعقود تجارة الحبوب الدولية، وعقود التأمين البحري، ولو لم تكن هناك صلة مادية بين هذه العقود والقانون الإنكليزي، ولكن يكفي أن تكون هناك صلة ذهنية أو ذات طابع اجتماعي أو اقتصادي، تقوم على أساس تقدم القانون الإنكليزي وشهرته في تنظيم مثل هذه المسائل، ويصطلح الفقه أحيانا على هذا النوع من الصلة بالصلة الفنية، بسبب تنظيم هذا النوع من العقود في صيغة عقود نموذجية يسود التعامل بها في مجال تجارة سلع معينة، ضمن إطار عقود التجارة الدولية.

5. يمكن إعمال نظرية الغش نحو القانون، طالما اشترطت هذه النظرية وجود صلة بين القانون المختار والعقد، ويقوم القاضي بأعمال نظرية الغش نحو القانون، إذا تبين له أن الأطراف المتعاقدة قد تعمدت الاستفادة من الصفة الدولية للرابطة العقدية، في اختيار قانون لا يتضمن قواعدا آمرة تقيد من حريتهم التعاقدية، في حين تتضمن كافة القوانين الأخرى قواعدا آمرة تصطدم بحريتهم التعاقدية. ويمكن إثبات الغش إذا قام المتعاقدون باختيار قانون لا ينطوي على صلة جدية بالرابطة العقدية (صادق، 2001).
6. عدم إمكانية الاعتداد بشرط الثبات التشريعي، لعدم إمكانية استبعاد التعديلات التشريعية اللاحقة على إبرام العقد، إذا ما تميزت هذه التعديلات بالصفة الآمرة.
7. يجوز للقانون المختار إبطال العقد، لأن الإرادة هي مجرد عنصر من عناصر التركيز المكاني للرابطة العقدية، ودورها يقتصر على تركيز العقد في دولة القانون المختار، ولذلك يجوز لقانون الإرادة، وهو القانون المختص أن يقوم بإبطال العقد، إذا ما قضت قواعده الآمرة بذلك (الرفاعي, 2011).
8. تذهب هذه النظرية أيضا إلى رفض الأخذ بفكرة الإحالة، لأن قاعدة الإسناد في قانون القاضي تهدف إلى احترام إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد، في حين تسمح الإحالة باستشارة قواعد الإسناد في هذا القانون الأخير، والتي قد تحيل إلى قانون آخر، مما قد يؤدي إلى الإخلال بتوقعات المتعاقدين.

كما يمكن رفض الإحالة أيضا، حتى عند الإسناد إلى القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية على أساس التركيز الموضوعي للرابطة العقدية لأن الأخذ بالإحالة سيؤدي إلى إخضاع الرابطة العقدية لقانون آخر غير القانون الذي عده القاضي مرتبطا بها بأوثق صلة، أما بخصوص آلية عمل النظرية الموضوعية في تحديد قانون العقد، فإنها تميل إلى الاعتداد بإرادة المتعاقدين في الاختيار الصريح لقانون العقد والذي يتمثل في هذه الحالة بقانون الإرادة الصريحة أو القانون المختار، ويكون الإسناد على أساس الاختيار التنازعي لقانون العقد، لأن دور الإرادة، وكما أشرنا سابقا، هو تركيز العقد في دولة القانون المختار، وهي مجرد عنصر من عناصر التركيز(De Matos, 2001)، فيكون للقانون المختار الأولوية في المفاضلة بين القوانين المتصلة بالعلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي (سلامة, 1996). وهي حالة سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح لقانون العقد، فإنه ينبغي على القاضي التصدي للكشف عن إرادتهم الضمنية في اختيار قانون العقد، أما في حالة سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح لقانون العقد، وتعذر قيام القاضي بالكشف عن إرادتهم الضمنية، فإنه ينبغي على القاضي أن يقوم بالتركيز الموضوعي للرابطة العقدية عن طريق توطينها، أي إسنادها إلى قانون المكان الذي يتحقق فيه مركز ثقل العلاقة التعاقدية، وهو القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية. والذي يتحدد إما وفقا لضوابط إسناد جامدة محددة بصفة مسبقة، وهو الإسناد الجامد للرابطة العقدية، أو على أساس الإسناد المرن للرابطة العقدية. ويكون الإسناد الجامد إما إلى قانون محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، أو موطنهم المشترك. ويتحدد زمان ومكان إنعقاد العقد الألكتروني الدولي وفقاً لضابط الإسناد الجامد المتمثل بمحل إبرام العقد في القانون العراقي، عن طريق تحديد زمان ومكان إنعقاد العقد في التعاقد بين غائبين بموجب المادة (87) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951, والمادتين (20) و (21) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم -78- لسنة 2012. أما الإسناد المرن فيكون إلى قانون الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز. إن أهم ما تتسم به فكرة الأداء المميز هو مرونتها، وتباين صورها طبقا لكل نوع من أنواع العقود. مثال ذلك في البيوع الدولية يكون أداء البائع هو الأداء المميز مقارنة بالمشتري، والذي يتمثل أداؤه بدفع الثمن، وهو بحد ذاته لا يتميز من عقد بيع إلى آخر، سواء قل أم كثر. وفي عقد التأمين يكون أداء المؤمن مميزا، لذلك يتم إخضاع عقود التأمين لقانون محل الإقامة المعتادة للمؤمن والمتمثل بقانون الدولة التي يوجد فيها مركز الإدارة الرئيس لشركة التأمين، على اعتبار أنه المدين بالأداء المميز في العقد، وفي عقود النقل الدولية يكون أداء الناقل هو الأداء المميز، أما في عقود فتح الاعتمادات المستندية فيعد أداء المصرف الفاتح للاعتماد أداء مميزا في العقد. في حين يعد أداء الجهة المانحة للتكنولوجيا مميز في عقود نقل التكنولوجيا، وفي عقد القرض يكون أداء المصرف المانح للقرض هو الأداء المميز، ويخضع العقد لقانون مركز ذلك المصرف (De Matos, 2001). أما بالنسبة الى موقف قاعدة الإسناد الخاصة بالإلتزامات التعاقدية في القانون المدني العراقي من النظرية الموضوعية. فإن جانبا آخر من فقه القانون الدولي الخاص في العراق (الهداوي, والداودي, 1988) يشير ضمنيا إلى اعتناق المشرع العراقي للنظرية الموضوعية، وذلك عندما يشترط توافر صلة جدية بين الرابطة العقدية الدولية والقانون المختار، حتى وإن لم تنص عليها المادة 1/25 مدني، لأن عدم اشتراط مثل هذه الصلة، قد يؤدي إلى إخضاع العقد الدولي لقانون آخر لا يمت بصلة إلى العقد، وذلك بنية التهرب من الأحكام الآمرة في القوانين الأخرى التي تكون على صلة بالعقد، وعن طريق اصطناع عنصر أجنبي غير وثيق الصلة بالرابطة العقدية.ونحن نتفق مع هذا الرأي، لأن مجرد تأمل هذا النص يظهر وبوضوح اعتناق المشرع العراقي للنظرية الموضوعية. فآلية عمل النظرية الموضوعية أي الآلية التي تستند إليها هذه النظرية في تحديدها للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، تظهر في ثنايا هذا النص.

فالمشرع العراقي احترم دور الإرادة، صريحة كانت أم ضمنية، في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي. وفي حالة سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمنا، فقد أسند المشرع العراقي العقد الدولي لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا (علي, 2023)، فإذا اختلفا موطنا يسري قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، وهو ما يمثل الإسناد الموضوعي الجامد والمسبق للرابطة العقدية، عند سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد، أي إعمال ضوابط الإسناد الاحتياطية، كما يمكن الأخذ بفكرة الإسناد المرن للرابطة العقدية، وإعمال نظرية الأداء المتميز عن طريق نص المادة 30 من القانون المدني العراقي، والتي تجيز للقاضي اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا، فيما لم يرد بشأنه نص يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، لغرض فض تنازع القوانين. وقد تبنت المادة (39) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 هذا الإتجاه أيضاً في فقرتها الثانية سمحت لهيئة التحكيم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع. وذلك في حالة سكوت أطراف التحكيم عن الإتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في المنازعات المطروحة أمام هيئات التحكيم. وبرأينا فإن هذا يعد تطبيقاً واضحاً للتركيز الموضوعي للرابطة العقدية في القانون الأكثر صلة بتلك الرابطة التي نشأ النزاع بسببها. كما أنه تطبيق واضح للإسناد المرن للرابطة العقدية دون الإسناد الجامد (علي, 2023). إذ نصت على أنه (وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع). وهو ما يسمح لهيئة التحكيم اللجوء إلى نظرية التركيز الموضوعي للعقد، لغرض إسناد الرابطة العقدية لقانون الدولة الأوثق صلة بهذه الرابطة (صادق, 2001). إلا أن هذه الفقرة منعت هيئة التحكيم من اللجوء إلى الإحالة والاقتصار على تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار، على الرغم من أن هذه القاعدة ليست قاعدة آمرة ويجوز الاتفاق على ما يخالفها.

وجدير بالذكر أيضاً أن المادة (12) من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية تبنت هذا الإتجاه عندما نصت على أن (للأطراف حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع وفي حالة عدم تعيين الأطراف للقانون الواجب التطبيق سواء في العقد أو في مشارطة التحكيم يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين التي يرونها مناسبة سواء كان قانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذه أو قانون المكان الذي يجب تنفيذه فيه أو أي قانون آخر، وذلك مع مراعاة شرط العقد وقواعد وأعراف التجارة الدولية). إلا أنه يتبين من هذا النص أنه لجأ إلى الإسناد الجامد للرابطة العقدية دون الإسناد المرن، في حالة عدم تعيين الأطراف للقانون الواجب التطبيق سواء في العقد أو في مشارطة التحكيم.

4.4 إتفاق أطراف التحكيم على إخضاع النزاع للقواعد الموضوعية المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم

ويمكن أيضاً لأطراف التحكيم الإتفاق على إخضاع العقد لقواعد التحكيم المؤسسي بدلاً عن القانون الداخلي. ويكمن الأساس القانوني لهذا الإتفاق في القانون العراقي في المادة (30) من القانون المدني العراقي السالفة الذكر أيضاً. كما يمكن الرجوع الى الفقرة الأولى من المادة (25) منه، والتي نصت على أنه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه. لذلك). فيجوز أن يتضمن شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم الإتفاق على إخضاع النزاع محل التحكيم للقواعد الموضوعية المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم، وقد سار القضاء العراقي في هذا الاتجاه وأخضع العقد الدولي لقواعد التحكيم المؤسسي بدلاً عن إخضاعه للقانون الداخلي لأية دولة. وجاء في أحد أحكام محكمة استئناف بغداد/الرصافة بصفتها التمييزية (مجلة التشريع والقضاء, 2012) بأنه لدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون. ذلك أن محكمة البداءة المميز قرارها لم تلاحظ بان العقد المبرم بين الطرفين قد نصت الفقرة العشرين منه والتي تحمل عنوان حل المنازعات والقانون النافذ على أن هذا العقد يخضع إلى قوانين غرفة التجارة الدولية في لندن , وأن أي نزاع ينشأ عن هذا العقد يجب أن يتم تقديمه إلى محكمة التحكيم الدولية في غرفة التجارة الدولية , ويجب أن يتم حله بموجب قواعد التحكيم في المحكمة الدولية من قبل ثلاثة محكمين يتم تعيينهم وفقاً للقوانين المذكورة ,على أن يكون مكان التحكيم في لندن واللغة الانكليزية هي المعتمدة , لذلك فان هذه الدعوى يفترض أقامتها بموجب العقد المذكور أمام محكمة التحكيم الدولية في غرفة التجارة الدولية في لندن , وأن هذا اتفاق بين أطرافه حول آلية فض منازعات عقدهما , والقانون الواجب التطبيق عليه هي اتفاقات جائزة قانوناً وفقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة الخامسة والعشرين -25- من القانون المدني العراقي. لذلك فإن أقامة هذه الدعوى أمام المحكمة العراقية وبالوصف أعلاه يكون لأسند له، الأمر الذي يجعل من اختصاص هذه المحكمة في نظر هذه القضية غير منعقد لنظر موضوعها. وبالتالي فلا صلاحية لها في السير بنظرها والخوض بموضوعها. وحيث أن محكمة الموضوع المميز قرارها قد سارت بإجراءاتها في الدعوى بخلاف وجهة النظر المتقدمة أعلاه... لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى إلى محكمتها لاتباع ما تقدم وإصدار قرار بردها للأسباب أعلاه. وصدر القرار بالاتفاق.

4.5 إخضاع موضوع التحكيم الألكتروني الدولي للأعراف التجارية الدولية

كما يمكن لهيئة التحكيم إخضاع العقد الدولي كذلك للعادات والأعراف التجارية الدولية، فضلا عن إمكانية الفصل في النزاع بموجب قواعد العدالة والإنصاف، ويمكن لهذه الهيئة أن تطبق القواعد التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية، ويرى جانب من فقه القانون الدولي الخاص (صادق, 2001) بأن سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح لقانون دولة معينة، بوصفه القانون المختار لحكم العقد الدولي المبرم بينهم، مع قيامهم في نفس الوقت بإدراج شرط التحكيم في هذا العقد، فإن ذلك يدل على اتجاه إرادتهم الضمنية على تحرير العقد من الخضوع للقانون الداخلي لأية دولة، وإخضاعه للعادات والأعراف التجارية الدولية، ومن الحلول الأخرى المقترحة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في المنازعات المطروحة أمام هيئات التحكيم هو أنه عند عدم تحديد المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق تحديدا صريحا، فإنه يمكن إعطاء الحرية التامة للمحكمين في اختيار القانون الواجب التطبيق، إذ يفوضهم الأطراف في تسوية النزاع بما في ذلك تحديد القواعد التي تسري عليها، ويعد هذا الأسلوب الأكثر اتباعا أمام هيئات التحكيم، وقد أخذت به بعض أنظمة ولوائح هيئات التحكيم المؤسسي (جمال الدين, 2004). لذا فانه يمكن الأخذ بقاعدة الإسناد الواردة في الفقرة الأولى من المادة الخامسة والعشرين -25- من القانون المدني العراقي، والتي بمقتضاها يتم إسناد العقد الدولي لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية، وفي حالة سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد، فانه يمكن اللجوء إلى التركيز المكاني للرابطة العقدية في الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، وإذا اختلفا ففي محل إبرام العقد. وتطبيق أحد هذين القانونين. وقد تبنت المادة (39) من قانون التحكيم المصري

رقم (27) لسنة 1994 هذا الإتجاه أيضاً في فقرتها الثالثة وسمحت لهيئة التحكيم بأن تراعي عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة، ونصت على أنه (يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة). كما أجازت الفقرة الرابعة من هذه المادة لهيئة التحكيم إذ اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون. ونصت على أنه (يجوز لهيئة التحكيم إذ اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون).

5. النتائج والتوصيات

بعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث في متن هذه الدراسة فقد خصصنا الخاتمة لبيان أهم النتائج التي توصلنا إليها فضلاً عن بعض التوصيات التي نراها ضرورية:

5.1 النتائج

1. يعد التحكيم الألكتروني أحد نظم التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة إتصالات دولية بطريقة سمعية بصرية ودون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين.

2. إن الاصل هو قيام المحكمين بمراعاة القواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون المرافعات العراقي، وذلك عند قيامهم بإجراء التحكيم بين أطراف النزاع، وفقاً للفقرة الأولى من المادة (265) من قانون المرافعات المدنية.

3. كما أجازت الفقرة الأولى من المادة (265) من قانون المرافعات المدنية لأطراف التحكيم الإتفاق على إختيار القانون الواجب التطبيق على سير إجراءات التحكيم. وذلك إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين من اتباع الأوضاع والاجراءات المقررة في قانون المرافعات صراحة أو قيام أطراف التحكيم بوضع اجراءات معينة يسير عليها المحكمون.

4. يمكن لأطراف التحكيم وإستناداً على الفقرة الأولى من المادتين (265) من قانون المرافعات المدنية، والمادة (25) من القانون المدني العراقي فضلاً عن المادة (30) من القانون المدني الإتفاق على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم.

5. كما يمكن لأطراف التحكيم الإتفاق على وضع إجراءات التحكيم بأنفسهم، ويسمى التحكيم في هذه الحالة بالتحكيم العائم. الذي يتحرر فيه أطرافه من الخضوع للقواعد الإجرائية الوطنية المنصوص عليها في قانون القاضي، وتحل إرادتهم محل إرادة المشرع الذي يضع القواعد الإجرائية الوطنية، وكذلك محل إرادة القائمين على المؤسسات أو الهيئات التحكيمية الذين يضعون قواعد التحكيم الخاصة بالتحكيم المؤسسي، والمنصوص عليها في لوائح المراكز الدائمة للتحكيم. وذلك على أساس المادة (30) من القانون المدني العراقي.

6. ويمكن لأطراف التحكيمعدم الإتفاق على إختيار إجراءات التحكيم، بما في ذلك الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم، فضلاً عن التخلي عن مهمة وضع إجراءات التحكيم بأنفسهم وتركها لهيئة التحكيم التي تفصل في النزاع.

7. إن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الألكتروني الدولي يتم إما عن طريق الإتفاق على إختيار القانون الواجب التطبيق، أو إخضاع موضوع التحكيم الألكتروني الدولي للأعراف التجارية الدولية.

8. يتم الإتفاق على إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الألكتروني الدولي إما وفقاً للنظرية الشخصية أو للنظرية الموضوعية، أو إتفاق أطراف التحكيم على إخضاع النزاع للقواعد الموضوعية المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم. وتقوم هذه الإتفاقات في القانون العراقي على أساس الفقرة الأولى من المادة (25) والمادة (30) من القانون المدني العراقي .

9. يتم الإتفاق على إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الألكتروني الدولي، وفقاً للنظرية الموضوعية، إختياراً صريحاً، وذلك بالإسناد على أساس الاختيار التنازعي لقانون العقد، لأن دور الإرادة هو تركيز العقد في دولة القانون المختار، وهي مجرد عنصر من عناصر التركيز. وفي حالة سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح لقانون العقد، فإنه ينبغي على المحكم التصدي للكشف عن إرادتهم الضمنية في اختيار قانون العقد.

10. وفي حالة سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح لقانون العقد، وتعذر قيام المحكم بالكشف عن إرادتهم الضمنية، فإنه ينبغي عليه أن يقوم بالتركيز الموضوعي للرابطة العقدية عن طريق توطينها، أي إسنادها إلى قانون المكان الذي يتحقق فيه مركز ثقل العلاقة التعاقدية، وهو القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية. والذي يتحدد إما وفقا لضوابط إسناد جامدة محددة بصفة مسبقة، وهو الإسناد الجامد للرابطة العقدية، أو على أساس الإسناد المرن للرابطة العقدية .

5.2 التوصيات

1. نقترح على المشرع العراقي تنظيم القانون الواجب التطبيق على سير إجراءات التحكيم الألكتروني الدولي عن طريق قاعدة إسناد مركبة تتضمن مجموعة من ضوابط الإسناد الأصلية والإحتياطية, وتعطي الإختصاص كأصل عام لقانون الإرادة, بالسماح لأطراف التحكيم الإتفاق على إختيار القانون الواجب التطبيق على سير إجراءات التحكيم. أو الإتفاق على وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون، أو الإتفاق على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم، أو الإتفاق على ترك مهمة وضع إجراءات التحكيم لهيئة التحكيم التي تفصل في النزاع. وفي حالة عدم الإتفاق على أحد هذه الخيارات، فإنه يجري تطبيق القواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون المرافعات العراقي سير التحكيم الإلكتروني الدولي، إذا كان محل إقامة جميع المحكمين في العراق. وعليه فإننا نقترح النص الآتي: (تسري على الإجراءات الخاصة بسير التحكيم الألكتروني الدولي القواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون المرافعات العراقي، إذا كان محل إقامة جميع المحكمين في العراق. هذا مالم يتفق أطراف التحكيم على إختيار القانون الواجب التطبيق على سير إجراءات التحكيم. أو على وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون، أو على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم، أو على ترك مهمة وضع إجراءات التحكيم لهيئة التحكيم التي تفصل في النزاع) .

2. كما نقترح على المشرع العراقي تنظيم القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الألكتروني الدولي عن طريق قاعدة إسناد مركبة تتضمن مجموعة من ضوابط الإسناد الأصلية والإحتياطية, وتعطي الإختصاص كأصل عام لقانون الإرادة, بالسماح لأطراف التحكيم الإتفاق على إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الألكتروني الدولي إختياراً صريحاً أو ضمنياً, وفي حالة سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح لقانون

العقد، وتعذر قيام المحكم بالكشف عن إرادتهم الضمنية، فإنه ينبغي عليه أن يقوم بالتركيز الموضوعي للرابطة العقدية عن طريق توطينها، أي إسنادها إلى قانون المكان الذي يتحقق فيه مركز ثقل العلاقة التعاقدية، وهو القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية. والذي يتحدد إما وفقا لضوابط إسناد جامدة محددة بصفة مسبقة، وهو الإسناد الجامد للرابطة العقدية، أو على أساس الإسناد المرن للرابطة العقدية. وعليه فإننا نقترح النص الآتي:(تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع الناشيء عن العقد الألكتروني الدولي القانون الذي يختاره طرفا التحكيم إختياراً صريحاً أو ضمنياً، وما يطبق منه قواعده الموضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين. وإذا لم يتفق طرفا التحكيم على القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، فإنه يمكن لهيئة التحكيم أن تقوم بإسناد النزاع محل التحكيم إلى القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية إسناداً جامداً أو مرناً بحسب نوع العلاقة).

3. ونقترح على المشرع العراقي أيضاً أن يسمح لهيئة التحكيم أن تفصل في النزاع محل التحكيم الألكتروني الدولي بإخضاعه للعادات والأعراف التجارية الدولية، مع إمكانية الفصل في النزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف، إذا سكت المتعاقدون أطراف التحكيم عن الاختيار الصريح لقانون دولة معينة، بوصفه القانون المختار لحكم عقدهم محل التحكيم، مع قيامهم في نفس الوقت بإدراج شرط التحكيم في هذا العقد. وعليه فإننا نقترح النص الآتي:(لهيئة التحكيم إخضاع العقد الألكتروني الدولي للعادات والأعراف التجارية الدولية، مع إمكانية الفصل في النزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف، إذا سكت المتعاقدون أطراف التحكيم عن الاختيار الصريح لقانون دولة معينة، بوصفه القانون المختار لحكم عقدهم محل التحكيم، مع قيامهم في نفس الوقت بإدراج شرط التحكيم في هذا العقد).

المراجع

المراجع العربية

ابراهيم خالد ممدوح. (2011). إبرام العقد الألكتروني دراسة مقارنة. الطبعة الثانية. دار الفكر الجامعي.

ابراهيم خالد ممدوح. (2019). التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية. دار الفكر الجامعي. الاسكندرية.

أبو الوفا أحمد. (1974). عقد التحكيم وإجراءاته. منشأة المعارف بالإسكندرية.

أبو صالح سامح عبد الباقي. (2004). التحكيم التجاري الألكتروني دراسة مقارنة. دار النهضة العربية.

بكر عصمت عبد المجيد. (2013). أصول المرافعات المدنية. شرح أحكام قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 في ضوء التطبيقات القضائية وآراء الفقه مع الإشارة إلى الفقه الإسلامي والقوانين العربية ودور التقنيات العلمية في التقاضي المدني. الذاكرة للطباعة والنشر.

بكر عصمت عبد المجيد. (2015). دور التقنيات العلمية في تطور العقد . دار الكتب العلمية. بيروت.

بولمعالي زكية. (2016). زمان ومكان إنعقاد العقد الألكتروني. بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية. الجزء الأول،المجلد 53. العدد الأول. آذار.

الجنبيهي منير محمد والجنبيهي ممدوح محمد. (بدون سنة نشر). الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني. دار الفكر الجامعي. الاسكندرية .

حافظ ممدوح عبد الكريم. (1977). القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد.

حداد حمزة محمد. (2010). التحكيم في القوانين العربية. دار الثقافة للنشر والتوزيع.

الحكيم عبد المجيد والبكري عبد الباقي والبشير محمد طه. (1980). الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي. الجزء الأول. مصادر الالتزام. وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. جامعة بغداد.

الحكيم عبد المجيد. (1963). الموجز في شرح القانون المدني. الجزء الأول في مصادر الالتزام. مع المقارنة بالفقه الإسلامي. شركة الطبع والنشر الأهلية. بغداد.

حماد درع. (2016). النظرية العامة للالتزامات. القسم الأول. مصادر الالتزام. مكتبة السنهوري. بيروت.

الرفاعي بدران شكيب، (2011). عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية.

سلامة أحمد عبد الكريم، (2001). قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة.

سلامة أحمد عبد الكريم. (1996). علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا. مكتبة الجلاء الجديدة. المنصورة. الطبعة الأولى.

السنهوري عبد الرزاق أحمد. (2004). الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول. نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام. منشأة المعارف بالإسكندرية.

شفيق محسن. (1997). التحكيم التجاري الدولي, دراسة في قانون التجارة الدولية. دار النهضة العربية.

شلقامي شحاتة غريب. (2008). التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية دراسة مقارنة. دار الجامعة الجديدة.

صادق هشام علي. (2001). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. دار الفكر الجامعي .

الصاوي أحمد السيد. (2004). التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم العربية. الطبعة الثانية .

صلاح الدين جمال الدين، (2004). دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي.

عبد الغفار جابر سالم. (2009). تنازع القوانين في مجال حوادث العمل. دار الجامعة الجديدة.

علي يونس، (2022). تسوية منازعات العقد الإلكتروني الدولي عن طريق تحديد الإختصاص القضائي الدولي للنظر فيها وفقاً للقانون العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة جيهان-أربيل للعلوم الإنسانية والإجتماعية, المجلد (6), العدد .(2)

علي يونس، (2023). أهمية نظرية الأداء المميز في تحديد القانون الأصلح للعاقد الضعيف في عقد العمل الدولي: دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة جيهان-أربيل للعلوم الإنسانية والإجتماعية, المجلد (7), العدد .(2)

الفخري عوني محمد. (2012). إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية (دراسة مقارنة). الطبعة الأولى. منشورات زين الحقوقية .

الفضل منذر. (2006). الوسيط في شرح القانون المدني. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء. منشورات آراس. أربيل.

الكردي جمال محمود. (2003). القانون الواجب التطبيق على دعوى التحكيم. الطبعة الثانية. دار النهضة العربية .

مجلة التشريع والقضاء (2012). السنة الرابعة. العدد الرابع. تشرين الأول – كانون الأول.
مطر عصام عبد الفتاح. (2009). التحكيم الالكتروني ماهيته، إجراءاته، وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلاقات التجارية وحقوق الملكية الفكرية. دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية .
منصور محمد حسين. (2009). المسئولية الالكترونية. دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية.
مسعودي، ارام وفتاح، سحر. (2021). ممارسات ادارة الموارد البشرية ا للكترونية ودورها في تحسين الاداء لمنظمي. مجلة جامعة جيهان- اربيل للعلوم الانسانية والاجتماعية، 5(2)، 135-154.
النداوي آدم وهيب. (2006). المرافعات المدنية. وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد كلية القانون.
النمر أبو العلا علي. (2004). دراسة تحليلية للمشكلات العملية والقانونية في مجال التحكيم التجاري الدولي. الطبعة الأولى. بدون دار نشر.
الهداوي حسن والداودي غالب علي. (1998). القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية. وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.
القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.
قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.
قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم -78- لسنة 2012.
قانون المرافعات المدنية العراقيرقم (83) لسنة 1969.

المراجع الانكليزية

Matos Anne, M. (2001). Cross-border contracts concluded by consumers within the European Union, Preface by Roger Bout, Presses universitaire d'Aix-marseilles.
Lucas, L. (1983), freedom of contract and international law. private French, Dabin mixtures, Volume 11,
Siemer, T. (2008). Formation of electronic contracts under traditional common law principles. GRIN VERLAG.
Gautrais, V. (2003). The international electronic contract. Legal framework. Academia BRUYLANT.

Abstract
The electronic arbitration is applied by the agreement of the arbitration parties to submit their disputes arising from contracts concluded by electronic means to a third party to decide them according to base on the parties' agreement, by modern communicating means and electronic technologies different from traditional means used in traditional arbitration. The electronic arbitration will be international, if the legal relation which is the subject-matter of the arbitration, is a legal relation interspersed with a foreign element. Or a special international contractual relation. It is worth-bearing in mind that although Iraq did not issue an international electronic arbitration law, but this study tried hard to determine the applicable law to both the procedures and the subject of the international electronic arbitration in conformity with the legal provisions available in the Iraqi law. We tried hard, in order to perform this legal institutionalization, to resort to some texts of the Iraqi Civil Law No. (40) of 1951, the law of civil procedures No. (83) of 1969, and the electronic signature and electronic bargains No. 78 of 2012.
Keywords: Electronic Arbitration, Applicable Law, Foreign Element, Dispute, International Relation.