مجلة الحقوق

فصلية علمية محكمة - تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

مبدأ سلطان الإرادة في تحكيم منازعات عقد نقل التكنولوجيا والخروج عنه وفقاً لقانون التجارة المصري دراسة وصفية تحليلية .

الدكتور/ آسر محمد أبو ضيف أمين

جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

P-ISSN: 1029 - 6069

E-ISSN: 2960 - 2742

العدد ٢ - السنة ٤٨

ذو الحجة ١٤٤٥ هـ - يونيو ٢٠٢٤م

مبدأ سلطان الإرادة في تحكيم منازعات عقد نقل التكنولوجيا والخروج عنه وفقاً لقانون التجارة المصري دراسة وصفية تحليلية

الدكتور/ آسر محمد أبو ضيف أمين *

ملخص:

أهداف البحث: ترتبط أهداف البحث بمناقشة مشكلة البحث الخاصة بالاستثناء الذي أورده المشرع المصري بالتحكيم في عقد نقل التكنولوجيا كعقد تجاري دولي، وتقييد سلطان الإرادة فيه. **المنهج:** إن منهج البحث هو المنهج الوصفي التحليلي. **النتائج:** يمكن تلخيص أبرز نتائج البحث بما يأتي : ١- في منازعات التجارة الدولية يتم اللجوء غالباً إلى مراكز وهيئات التحكيم الدائمة. ٢- إن التحكيم هو الأساس في عقود نقل التكنولوجيا ذات الطابع الدولي، ويكون اتفاق التحكيم جزءاً من هذه العقود، حيث يمكن القول: إن عقود نقل التكنولوجيا لا تخلو من اتفاق التحكيم لتسوية، وفض المنازعات التى تنشأ عنها. ٣- لم يعد لأطراف العقد أي تقدير في اختيار القانون الواجب التطبيق، أو المكان الذى سيجري فيه التحكيم، وفقاً لما نص عليه المشرع المصري في قانون التجارة، وهو ما يجعل المستورد المصري ملتزماً بإعلام المورد الأجنبي بأحكام القانون المصري. ٤- المقصود بالقانون الواجب التطبيق هو القانون المصري بالمعنى العام، وليس مجرد النصوص الخاصة بعقد نقل التكنولوجيا. **الخاتمة:** خلص البحث إلى أن التشدد في مسلك التشريع المصري بالتدخل بقاعدة آمرة؛ تقيد سلطان الإرادة في التحكيم في عقد نقل التكنولوجيا قد لا يسعف المتلقي الذي تدخل أصلاً لمصلحته عند حدوث ضرر له، فقد يكون هذا التشدد نقمة وليس نعمة، وأن على القائمين بإبرام عقود نقل التكنولوجيا مراعاة إضافة بنود بما يحقق أكبر قدر من الضمان لتعاقداتهم هدياً بالتشريعات المتقدمة التي اهتمت بهذا الضمان وحققت قدراً كبيراً؛ من حماية الطرف المتلقي، وحققت غايته.

الكلمات المفتاحية: عقد نقل التكنولوجيا، سلطان الإرادة، القانون الواجب التطبيق، التجارة الدولية، التحكيم.

* كلية الحقوق، جامعة الملك فيصل، الملكة العربية السعودية. الإيميل: amamin@kfu.edu.sa

- تُسلّم البحث في: ٢٠١٩/١١/٣، أُجيز للنشر في: ٢٠٢٠/٣/٤.

حقوق الطبع والنشر محفوظة - مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

للاستشهاد بهذا البحث انظر ص٣٧٠

مقدمة:

لا ريب أن التحكيم صار من مظاهر العصر الحديث لفض المنازعات، ولاسيما في المعاملات التجارية، وخصوصاً ما كان منها متميزاً بالطابع الـدولـي، فالاعتبارات العملية خصوصاً في الشأن السالف ذكره، تدعو دائماً إلى الاتفاق على التحكيم؛ لطرح المنازعات على أشخاص محل ثقة الخصوم، بدلاً من طرحها على المحاكم المختصة، إما للإفادة من خبرتهم الفنية، وإما لتجنب مشكلات تنازع القوانين على المستوى الدولي - وهو الأهم - وإما لتجنب مبدأ علانية الجلسات المقررة في الاختصاص القضائي، وإما لتوفير الجهد والوقت، وما إلى ذلك(١).

كما أن القانون لم يجعل سلوك طريق القضاء إلزامياً على الخصوم؛ للفصل في منازعاتهم، بل أجاز لهم سواء قبل رفع الدعوى، أو بعد رفعها وفي أثناء السير فيها أمام أول، أو ثاني درجة، أو حتى أمام محكمة النقض أن يتفقوا على عرض نزاعهم على مُحكم يطمئنون إليه؛ للفصل فيما نشأ بينهم من منازعات(٢).

ويستدل على ذلك مثلاً: ما ورد في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، حيث إن المشرع أطلق العنان لذوي الشأن في عقد نقل التكنولوجيا لاختيار الطريق الذي سيسلكونه عند حدوث نزاع، فلهم أن يختاروا التحكيم كوسيلة بديلة عن اللجوء إلى المحكمة كما هو منصوص عليه في المادة ٨٧ من القانون المذكور ذاته.

---

(١) ولقد عيب على التحكـيم - كما يرى البعض - أن الخصوم يلجؤون من بعـده إلى المحاكم، فـيزداد الجهد وتتضاعف النفقات، ويلتوي عليهم قـصدهم في هذا الصدد، وكثيراً ما يرجع سبب ذلك إلى الخصوم أنفسهم نتيجة عدم مراعاة الدقة في تحرير عقد التحكيم، وعندئذ قد يطول البحث ويتعقد للكشف عن حقيقة ما يقصده الخصوم من اتفاقهم، عند الاختلاف في تفسيره - انظر د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيارى والإجبارى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، الطبعة السادسة، ص ١١. ولا يتفق الباحث مع هذا الرأي؛ لأنه يعتبر لجوء الخصوم إلى المحاكم من بعد دعوى التحكيم أمراً مفروغاً منه وعلى إطلاقه لعدم قيام الخصوم بتحري الدقة في تحرير عقد التحكيم، فأغلب من يتفقون على التحكيم هم تجار ويحـرصون على مصالحهم الاقتصادية بشكل كبير، وقد يكونون على دراية بهذا النوع من فض المنازعات - التحكيم- أكثر من المحكمين أنفسهم الذين سيفصلون في المنازعة؛ لذلك يكون لجوؤهم إلى المحاكم بعد اللجوء إلى التحكيم أمراً نادر الحدوث لإلمامهم بكيفية الاتفاق على التحكيم والآثار المترتبة عليه، فهم لا يلجؤون - غالباً - إلى المحاكم إلا بصدد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم.

(٢) د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية الطبعة الثانية، ٢٠٠٥، ص٣، بند ١.

ومع هذا لا يفوت الباحث أن يذكر ما قررته محكمة النقض من أن التحكيم هو طريق استثنائي لفض المنازعات، حيث قضت بأنه: «من المقرر أنه وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور على ما تنصرف إليه إرادة المحتكمين في عرضه على هيئة التحكيم، يستوي في ذلك أن يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة خاصة، أو انصراف إلى جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين»[٣].

ويلاحظ أن التحكيم أخذ في التطور والانتشار وخصوصاً في مجال التجارة الدولية لاسيما مع ذيوع انتشار وسائل الاتصال الحديثة، وليس معنى ذلك أن القضاء الوطني كف عن نظر المنازعات المتعلقة بالعقود الدولية والتي ينعقد الاختصاص فيها للمحاكم الوطنية لأحد المتعاقدين أو بلد التنفيذ أو وفقاً لما تقتضي مبادئ تنازع الاختصاص القضائي، كل ما هنالك أن دوره انكمش وتقلص لما للتحكيم من مميزات لا يحققها القضاء الوطني، وهو ما يكشفه الواقع المعاصر من هيمنة التحكيم على المنازعات الدولية، وخصوصاً ما هو متعلق بالعقود التجارية الدولية، حيث أصبح الجهة المألوفة للفصل في تلك المنازعات استناداً إلى القوانين والمعاهدات الدولية من جهة، واتفاق الأطراف على ذلك من جهة أخرى.

ومن صور عقود التجارة الدولية عقد نقل التكنولوجيا، فعقد نقل التكنولوجيا في أكثر حالاته يعتبر عقداً دولياً عابراً للحدود الإقليمية لجمهورية مصر العربية، وقد نص قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة١٩٩٩ على إمكانية دوليته، فنص في المادة ١/٧٢ منه أن: «تسري أحكام هذا الفصل على كل عقد لنقل التكنولوجيا لاستخدامها في جمهورية مصر العربية سواء كان هذا النقل دولياً يقع عبر الحدود الإقليمية لمصر أم داخلياً، ولا عبرة في الحالتين لجنسية أطراف الاتفاق أو لمحل إقامتهم»؛ وعليه إذا كان هناك نزاع ناشئ أو سينشأ بصدد عقد نقل التكنولوجيا بسبب انعقاد مسؤولية

(٣) الطعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/١٤. موجود بمرجع المستشار سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في المواد التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤ ص١٠١٥، بند ٨٢. وقد صدر الحكم نفسه في طعن حديث وهو موثق بالرقم ٥٣٧ لسنة ٧٣ ق بتاريخ جلسة ٢٠١٤/٣/٢٥ موجود بالموقع الإلكتروني لبوابة محكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg، كذلك صدر حكم أكثر حداثة موثق بالطعن رقم ١٧٥١٨ لسنة ٧٦ جلسة ٢٠١٧/٠٣/٢٨ موجود بالموقع الإلكتروني لبوابة محكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg

طرفي العقد وهما المورد أو المستورد للتكنولوجيا، وسيتم إخضاع النزاع للتحكيم، فمن المفترض أنه سيكون تحكيماً تجارياً دولياً؛ لأن العقد محل النزاع يعد من عقود التجارة الدولية التي تنظم علاقة قانونية تجارية خاصة عابرة للحدود(٤)؛ ولأن المادة الثالثة من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وضعت معايير لاعتبار التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوع النزاع يتعلق بالتجارة الدولية -وهو ما ينطبق على عقد نقل التكنولوجيا - وهذه المعايير وفقاً لنص المادة الآنفة هي:

أولاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانياً: إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثا: إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في الدولة نفسها وقت إبرام اتفاق التحكيم، وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة.

أ - مكان التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

---

(٤) وقد نص قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في المادة ٢ منه على أن: «يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدية كانت أو غير عقدية، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية. ويؤيد الباحث الرأي القائل بأن نطاق تطبيق أحكام عقد نقل التكنولوجيا المشار إليه في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ لا يقتصر على العقود التي تنفذ داخل مصر فقط وفقاً لصريح نص المادة ١/٧٢ «تسري أحكام هذا الفصل على كل عقد لنقل التكنولوجيا لاستخدامها في جمهورية مصر العربية سواء كان هذا النقل دولياً يقع عبر الحدود الإقليمية لمصر أم داخلياً، ولا عبرة في الحالتين لجنسية أطراف الاتفاق أو لمحل إقامتهم»، انظر في ذلك: د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص٦٣.

ب - مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

جـ- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

ويتفق الباحث مع من يرى أن توفر حالة من تلك الحالات الأربع هو مجرد توضيح للشرط الأول، فيندر أن يكون موضوع النزاع متعلقاً بالتجارة الدولية دون أن تتوفر حالة واحدة على الأقل من الحالات السالف ذكرها(٥)، على أنه يجب التنبيه علـى أن توفر حالة من هذه الحالات الأربع وحدها ليس كافياً ما لم يتوفر الشرط الأول(٦).

وبالنظر إلى عقد نقل التكنولوجيا الذي يتم بين دولتين مختلفتين في شأن علاقة تجارية خاصة عابرة لحدود الدولة، فمن الطبيعي أن اتفاق التحكيم الذي ينشأ بصدد انعقاد مسئولية أطراف العقد، سواء قبل وقوع النزاع أو بعده، اتفاق على تحكيم تجاري دولي إذا قيس على المعايير المنصوص عليها في المادة الثالثة من قانون التحكيم وخصوصاً المعيار الأول.

لما كان الأمر كذلك، فإن مبدأ سلطان الإرادة الذي يُترجم بوضوح في ركن التراضي على اتفاق التحكيم وفي اتفاق التحكيم من الداخل من حيث بنوده - والتي تحدد أيضاً بإرادة الأطراف - أحوج أن يكون متوفراً في التحكيم التجاري الدولي عنه في التحكيم الوطني دون تقييد لحرية الأطراف في التراضي على الجانب الموضوعي أو الإجرائي للتوصل إلى حسم النزاع بأفضل الطرق وأنسبها في نظرهم على غرار حريتهم في إبرام العقد التجاري الدولي محل نزاع التحكيم.

وسمو هذا المبدأ ينبثق من قاعدة «العقد شريعة المتعاقدين» المعروفة قانوناً وقضاءً وفقهاً سواء محلياً أو دولياً؛ علة ذلك أن اتفاق التحكيم نفسه يعتبر تصرفاً قانونياً مستقلاً بذاته وإن تضمنه العقد الأصلي، وبعبارة أخرى هو عقد داخل عقد يبرمه أطرافه أنفسهم، وقد قنن قانون التحكيم المصري في المادة ٣٣ منه ذلك وهو

(٥) د. محمود سمير الشـرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص٣٨، بند٢٤، كذلك د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، مـنشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠١٤، ص٦٧، بند ٣٣، كذلك استئناف رقم ٨ لسنة ٣٠ ق - دائرة ٦٢ تجاري، لجلسة ٢٠١٣/٥/٨، مشار إليه في المرجع السابق، ص٦٧، هامش رقم ١.

(٦) المرجع السابق، ص٦٧، بند ٣٣.

ما تم تسميته بمبدأ «استقلال شرط التحكيم» حيث نصت المادة سالفة الذكر على أن: «يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى»، كما قننته كثير من التشريعات الحديثة فنصت عليه المادة ٢/٢١ من قانون اليونسترال والذي جاء فيها: «يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءاً من عقد وينص على إجراء التحكيم وفقاً لهذا النظام بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى»، وقد أحالت قواعد مركز القاهرة الإقليمي في قواعدها التمهيدية لنصوص اليونسترال بما فيها المادة ٢/٢١ السابقة الذكر، وقد نصت المادة ٤/٦ من قواعد الـــ «I.C.C» على أن: يظل المحكم مختصاً حتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه بهدف تحديد حقوق الأطراف والنظر في طلباتهم.(٧)

وإذا كان اتفاق التحكيم عقداً مستقلاً وعقداً بسيطاً -لا يثير مشكلة في تكييفه - غير مركب والذي يكون مزيجاً من العقود القائمة بذاتها بحيث إذا انصهرت تكون عقداً واحداً، فأركانه كأركان أي عقد عادي، وعند انعدام أي ركن يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، كذلك فإن هذا العقد قد يمسه ما يمس أي عقد آخر من عيوب الإرادة والتي تجعله قابلاً للإبطال، فهو قد يبطل لأي سبب من أسباب البطلان في القواعد العامة، ويختلف الأثر بحسب نوع البطلان مطلق أو نسبي(٨).

وعليه يتفق الباحث مع من يرى أن التحكيم بصفة عامة يبدأ بعقد وينتهي بحكم(٩)، فهو ذو طبيعة مختلطة، فله طبيعة عقدية على أساسها نشأ، وطبيعة إجرائية على أساسها يصدر حكم المحكم، فلولا الطبيعة العقدية ما ينشأ، ولولا الطبيعة الإجرائية ما صدر الحكم، ولكن تظل الهيمنة للطبيعة العقدية في صورة مبدأ سلطان الإرادة سواء في الاتفاق على اتخاذ التحكيم مسلكاً للفصل في الخصومة، أو في الاتفاق على الكيفية التي سيسير عليها التحكيم للوصول إلى الحكم المنهي للخصومة، وهو ما يتم باتفاق الأطراف على القانون الموضوعي الواجب التطبيق على المنازعة، وكذلك القانون الإجرائي ولغة التحكيم ومكان انعقاده وتعيين المحكمين وعددهم، وما إلى ذلك من اتفاقات داخل اتفاق التحكيم.

(٧) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص ٩٤، ص ٩٥، بند ٤٤.

(٨) د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص٤٨٧.

(٩) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص ١٨، بند ٣.

ومن هذا المنطلق فإن الباحث قد خصص هذه الدراسة للحديث عن سمو مبدأ سلطان الإرادة وهيمنته في اتفاق التحكيم وليس في الاتفاق على التحكيم، فالاتفاق على التحكيم أمر اختياري لا مساس به، ويكون بقيام المتنازعين باختيار طرف محايد للفصل فيما شجر بينهما من خلاف، ويرتضيان مقدماً النزول على حكمه أياً كان من يُحكَّم له منهما(١٠).

أما إعمال مبدأ سلطان الإرادة في اتفاق التحكيم، فهو ما سيتم الاتفاق عليه من الأطراف بعد الاتفاق على التحكيم، وللأطراف الحرية الكاملة في ذلك انطلاقاً من حرية التراضي على مجريات الأمور التي ستتم بعد الاتفاق على التحكيم، إلا ما استثني بنص خاص، لكن هذا لا يمنع من التعرض في البداية - بإيجاز - لمبدأ سلطان الإرادة في الاتفاق على التحكيم؛ وذلك لتأصيل المسألة علمياً من أولها.

أهمية البحث:

لما كان المشرع المصري قد خرج عن مبدأ سلطان الإرادة المقرر في اتفاقات التحكيم، وقيد إرادة الأطراف في إلزامهم بخضوع النزاع المتعلق بعقد نقل التكنولوجيا للقانون المصري، وأن يكون بجمهورية مصر العربية، فكان ذلك دافعاً للباحث لتناول هذا الموضوع في بحث مستقل لإبراز هذا الاستثناء والتعليق على مسلك المشرع في هذا الشأن، ولاسيما أن أغلب التحكيم المتعلق بعقد نقل التكنولوجيا هو تحكيم تجاري دولي بما أن أغلب العقود فيه من عقود التجارة الدولية، وبذلك فإن أهمية البحث تكمن من الناحية العلمية في إفادة جمهور الباحثين في هذا المجال بما لم يتناول من قبل في بحث مستقل، ومن الناحية العملية إفادة جمهور غير الباحثين لما لهذه الدراسة من تطبيق عملي في مجال التحكيم بعقد نقل التكنولوجيا.

مشكلة البحث:

ترتبط مشكلة البحث بالاستثناء الخطير الذي أورده المشرع المصري فيما

(١٠) د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عـبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الفتح للطباعة والنشـر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، الجزء الأول، ١٩٩٨، ص ١٨، بند ٨. وتجدر الإشارة إلى أن التحكيم يكون اختيارياً وهذا هو المعنى الصحيح للتحكيم، فأساس التحكيم هو إرادة الأطراف، وكان القانون ينظم أحياناً تحكيماً إجبارياً يجب على الأطراف اللجوء إليه لحل منازعة متعلقة بروابط قانونية معينة، إلا أن هـذا الأمر قد حُكِمَ بعدم دستوريته في الطعن الموثق برقم ٣٨٠ لسنة ٢٣ق دستورية عليا جلسة ١١ /٥/ ٢٠٠٣. والطعن السابق المشار إليه في مؤلف د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص٣٢، ص٣٣، بند ١٣.

يتعلق بالتحكيم في عقد نقل التكنولوجيا كعقد تجاري دولي، وتقييد مبدأ سلطان الإرادة فيه، فهناك عدد من التساؤلات المثارة والتي منها: ما القواعد العامة لاتفاق التحكيم؟ وكيف خرج عنها المشرع المصري؟ وهل كانت هناك ضرورة لهذا الخروج عن القواعد العامة؟ وما تقييم هذا المسلك وتقديره من وجهة نظر الباحث؟

أهداف البحث:

تتلخص أهداف البحث في الاجابة عن عدة تساؤلات مثارة في مشكلة البحث بالشرح والتحليل، مع استعراض آراء الفقه والقضاء فيما له صلة بموضوع البحث - قدر المستطاع- في ظل هذا الاستثناء الواضح في قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وندرة الأبحاث المتعلقة بهذا الموضوع.

منهج البحث:

إن البحث يستهدف جمع حقائق وبيانات ظاهرة يغلب عليها التحديد مع إضفاء السمة التحليلية عليها، فالمنهج المتبع في البحث هو المنهج الوصفي التحليلي، دون التوقف عند مجرد الوصف وحسب، حيث إن مجرد الوصف لن يضيف شيئاً؛ لذلك قام الباحث بالوصف والتأصيل، ثم التحليل والاستنباط مع تضمين الآراء والتعليقات الخاصة به، وذلك من خلال النصوص التشريعية وآراء الفقه وأحكام القضاء.

خُطة البحث

إن الإرادة - والإرادة وحدها - هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها، فللإرادة الحق في إنشاء ما تشاء من العقود غير متقيدة في ذلك بأنواع العقود التي نظمها المشرع، كما تكون للإرادة الحرية في تحديد آثار العقد، ويترتب على إعمال مبدأ سلطان الإرادة أن يكون الأفراد أحراراً في تحديد الالتزامات العقدية ونطاقها ومداها، كذلك فإن مبدأ سلطان الإرادة يقضي أن يكون لإرادة الأطراف الحق في إنهاء العقد بالاتفاق أو تعديله[١١].

وإذا كان مبدأ سلطان الإرادة يقضي بحرية الفرد في أن يبرم ما يشاء من العقود أو يحجم عن إبرام عقد معين، فقد يأتي القانون ويجبر الفرد على إبرام تعاقد معين

(١١) د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص١٨، ص١٩.

ويحرمه من تعاقد يريده، وقد يحدد القانون مضمون الالتزامات العقدية، فقد أصبح الآن تدخل المشرع في تحديد هذا المضمون أمراً عادياً[١٢].

وإذا كان التحكيم يقوم على اتفاق طرفي النزاع وهو عقد مستقل كما قرر الباحث من قبل، فهو يخضع للقواعد العامة في العقود من حيث الموضوع والشكل والآثار[١٣]، فتؤدي الإرادة فيه دوراً أساسياً شأنه شأن أي عقد وذلك عند الانعقاد وبعد الانعقاد داخل اتفاق التحكيم، وللمشرع بالطبع أن يتدخل في تلك الإرادة ويقيدها لاعتبارات النظام العام حتى ولو كان العقد الذي سيدور حوله النزاع التحكيمي متعلقاً بتجارة دولية كما هو الشأن في عقد نقل التكنولوجيا.

وتأسيساً على كل ما تقدم فإن الباحث سيُفرد للحديث عن مبدأ سلطان الإرادة والاستثناءات الواردة عليه في عقد نقل التكنولوجيا مبحثين وذلك على النحو التالي:

- **المبحث الأول:** سمو مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي.
- **المبحث الثاني:** ضمور مبدأ ســـلطــان الإرادة في اتــفــاق التحــكــيم المــتعلق بعــقد نقل التكنولوجيا.

المبحث الأول
سمو مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي

إن التحكيم بصفة عامة سواء أكان وطنياً أم دولياً مبناه الاتفاق بين أطراف الخصومة على اختياره دون القضاء، واختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق من حيث الموضوع، وكذلك القانون الإجرائي الذي يعد وسيلة خادمة لإعمال القانون الموضوعي المختار من قِبل الأطراف، والذي يُعتبر الغاية التي يهدف الخصوم إلى الوصول إليها للفصل في النزاع بصورة نهائية، هذا بجانب الاتفاق على عدد المحكمين وتعيينهم ولغة التحكيم وما إلى ذلك من أمور تظهر فيها إرادة الأطراف بشكل جليّ.

لذلك فإن الباحث سيتناول سيادة مبدأ سلطان الإرادة في هذا المبحث عند الاتفاق على التحكيم بداءةً؛ للوقوف على مدى ريادة إرادة الأطراف في هذا الشأن منذ

(١٢) المرجع السابق، ص ٢١.

(١٣) د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، ص ٤٨٥.

بدايته ولتأصيل المسألة من أولها، ثم سيتناول هذا المبدأ فيما يتعلق بإرادة الأطراف داخل اتفاق التحكيم، وسيتم العرض لما سبق تحديده على مطلبين:

- **المطلب الأول:** مبدأ سلطان الإرادة في الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي.
- **المطلب الثاني:** مبدأ سلطان الإرادة في اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

المطلب الأول
مبدأ سلطان الإرادة في الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي

يقصد باتفاق التحكيم بصفة عامة، اتفاق الأطراف على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة، ويتضمن اتفاق التحكيم في جوهره أطراف التحكيم والمحكم وهو الشخص أو الأشخاص المختارون للفصل في النزاع (هيئة التحكيم) والمحكوم فيه أي موضوع النزاع(١٤).

وبهذا فإن النزاع لا يعرض على المحكمين إلا باتفاق ذوي الشأن اتفاقاً واضحاً على الفصل فيه بطريق التحكيم(١٥)، فالاتفاق على التحكيم لا يُفترَض، بل لا بد أن تنصرف إرادة الأطراف إليه، وأن يتم التعبير عن ذلك صراحةً، وقد قضت محكمة النقض بأن «التحكيم باعتباره طريقاً استثنائياً لتسوية الخلافات يجب أن يكون الاتفاق بشأنه صريحاً لا لبس فيه ولا غموض، كذلك يكون الاتفاق صراحةً على الأمور التي اتفق على تسويتها بطريق التحكيم»(١٦).

والاتفاق على التحكيم يكون بصدد المنازعات القائمة على أساس المسؤولية

(١٤) د.سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص٤٥، بند ١٧.

(١٥) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص٨٣، بند ٣٦.

(١٦) الطعن موثق برقم ١١١٥ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٦ / ١١/ ١٩٨٧، موجود بمؤلف المستشار الدكتور أحمد محمود حسني، قضاء النقض التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص٣٠٨، وفي طعن أكثر حداثة قضت بأنه: «يكفي لقيام اتفاق تحكيم لفض الخصومات منتجاً لآثاره في منع المحاكم من نظرها متى تمسك به أحد طرفيه أن يكون مكتوباً مبيناً به مكان انعقاد التحكيم بمصر أو بالخارج. الطعن موثق برقم ٦٥٤٦ لسنة ٧٩ جلسة ٢٥/٠٥/٢٠١٠، موجود بالبوابة الإلكترونية لمحكمة النقض المصريةwww.cc.gov.eg.

العقدية أو غيرها وذلك ما نصت عليه المادة ١٠ /١ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ حيث نصت على أنه: «اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية».

وواضح أن مبدأ سلطان الإرادة في الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي وعموماً في أية منازعة تحكيمية هو الذي يمسك بزمام الأمور، ويظهر هذا المبدأ بقوة في عنصر الرضائية أي في ركن التراضي على إبرام هذا الاتفاق، وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية: «إن حكمة تشريع التحكيم تنحصر في أن طرفي الخصومة يريدان أن يمحصا إرادتهما واتفاقهما تفويض أشخاص ليس لهم ولاية القضاء في أن يقضوا بينهما وأن يحسموا النزاع بينهما بحكم....فرضاء طرفي الخصومة هو أساس التحكيم»[١٧].

والتراضي بين الأطراف لا يُفترَض، بل لابد من وجود دليل عليه، ويمكن أن يصدر من الشخص الطبيعي أو الاعتباري شريطة أن تتوفر لديه الأهلية في حقوقه، فقد نصت المادة ١١ من قانون التحكيم على أنه: «لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه....».

أما عن محل التراضي نفسه، فإنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي ليس فيها صلح، فقد نصت المادة ١١ من قانون التحكيم على أنه: «لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح»، والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح هي المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب الجرائم[١٨]، وذلك كاتفاق الساحب والمستفيد مثلاً على اللجوء إلى التحكيم بشأن المنازعات المدنية الناشئة عن جريمة إصدار شيك بدون رصيد[١٩].

(١٧) الطعن موثق برقم ٣٦٩ لسنة ٢٢ ق جلسة ٢/ ٤/ ١٩٥٦، الطعن موثق برقم ١٠٣٥٠ لسنة ٦٥ ق جلسة ١/٣/ ١٩٩٩، مشار إليهما بمؤلف د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص ٨٤، بند ٣٦، هامش رقم ١.

(١٨) د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، ص ٤٨٥.

(١٩) انظر في تفصيل ذلك: د.رضا السيد عبد الحميد، مسـائل في التحكيم، كتاب التحكيم في الشيك، الكتاب الرابع، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩، ص٧ وما بعدها، كذلك د. سميحة القليوبى، الأسس القانونية للتحكيم التجاري، ص ٧٠ وما بعدها.

ويجدر القول إن الأعمال الرضائية بين الأطراف يجب أن تكون عن إرادة صحيحة وجدية للأطراف، ويجب أن يعقل الأطراف معنى اتفاق التحكيم والآثار المترتبة عـليه من حـقوق والتزامات؛ لذلك لا يعتد القانون برضاء غير المميز كالصغير والمجنون والسكران سكراً بيناً؛ لأنه يفتقد الإدراك، وقد نص القانون المدني المصري في المادة ١٠٩ منه على أن: «كل شخص أهل للتعاقد ما لم تُسلب أهليته أو يحدّ منها بحكم القانون»، وينصَّب الأمر أيضاً على الاتفاق التحكيمي الذي يشوبه عيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، واتفاق التحكيم في هذا الشأن مثله مثل أي عقد فلا تكون له خصوصية إلا في صورة التحكيم المدرج في عقد أصلي، ويكون الشرط تابعاً له، ذلك أن انعدام التمييز مثلاً لدى أحد المتعاقدين لابد أن يصيب العقد الأصلي واتفاق التحكيم الملحق به معاً، بحيث لا يستقل أحدهما عن الآخر في هذا المجال[٢٠].

ومن ثَمَّ إذا دفع أحد طرفي التحكيم ببطلان العقد لانعدام إرداته عند التوقيع عليه، فإن البطلان لا يقتصر على العقد الأصلي وحده وإنما يمتد إلى عقد التحكيم، وبطلان اتفاق التحكيم في هذه الحالة إنما يكون لعيب ذاتي فيه وليس لمجرد ارتباطه بالعقد الأصلي، وهو لذلك لا ينفي استقلال شرط التحكيم، على نحو تظل النتائج المترتبة على مبدأ الاستقلال قائمة، وأخصها في هذه الحالة اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة وجود اتفاق التحكيم وبطلانه إعمالاً لحكم المادة ٢٣ من قانون التحكيم[٢١].

هذا كان بالنسبة لإرادة غير صحيحة لكن هذا وحده لا يكفي، فلابد أن تكون الإرادة أيضاً حقيقية أي إرادة جدية، والواقع أنه من الصعب تصور الصورية في اتفاق التحكيم استقلالاً عن العلاقة الأصلية التي يتعلق التحكيم بالمنازعات الناشئة عنها، فإذا كانت هذه العلاقة علاقة حقيقية لا أثر للصورية فيها، فإن شرط التحكيم لابد أن يكون بدوره اتفاقاً حقيقياً مقصوداً من الطرفين، إذ ليس هناك ما يدعو إلى إبرام اتفاق صوري على التحكيم في المنازعات الناشئة عنها. أما إذا كانت هذه العلاقة ذاتها علاقة صورية، فالأمر يختلف بحسب الصورة التي يأخذها اتفاق التحكيم[٢٢].

(٢٠) د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ص٣٨٣.

(٢١) المرجع السابق، ص، ٣٨٣.

(٢٢) المرجع السابق، ص ٣٨٩.

فإذا كانت في صورة شرط تحكيم مدرج في التصرف المنشئ للعلاقة الأصلية يبدو الارتباط واضحاً بين التصرف الأصلي الصوري وبين شرط التحكيم، ولكن هذا لا يمنع بالطبع من إمكان استنباط إرادة مخالفة للطرفين، مقتضاها أنهما قد قصدا بالفعل الالتجاء إلى التحكيم في شأن المنازعات التي قد تنشأ بينهما نتيجة الصورية، وما تعنيه من وجود حقيقة بينهما تخالف الوضع الظاهر الذي أقاماه بتصرفهما، فإذا ما ثبت ذلك كان شرط التحكيم اتفاقاً حقيقياً على الرغم من صورية التصرف الأصلي الذي تضمنه(٢٣).

أما إذا كان في صورة وثيقة للتحكيم، فالأمر يبدو مختلفاً، فالفرض أن وثيقة التحكيم إنما تبرم بعد قيام النزاع بين الطرفين بالفعل؛ لذلك فإنه يكون مقصوداً بها في جميع الأحوال مواجهة المنازعات الناشئة عن صورية التصرف الذي يحكم تصرف الطرفين، على نحو يصعب معه تصور صوريتها(٢٤). وفي جميع الأحوال فإن الباحث يرى صعوبة قيام الصورية بالنسبة للعقد الأصلي وشرط التحكيم فيه، أو وثيقة التحكيم الناشئة بعد قيام النزاع في مجال التجارة الدولية.

وإذا كان اتفاق التحكيم لابد فيه من إرادة صحيحة وجدية لقيامه، فإنه من باب أولى إذا تغيب فيه ركن الرضاء من أساسه اعتبر الاتفاق باطلاً، وذهبت إلى ذلك المحكمة الدستورية العليا حيث قضت في حكمها الشهير بعدم دستورية إجبار أحد الطرفين على اللجوء إلى التحكيم(٢٥). وكذلك الأمر في أحكام عديدة لها أكـدت على المبدأ نفسه(٢٦).

وللرضاء بالتحكيم أياً كانت صورته أثر نسبي، فالاتفاق على التحكيم هو عقد شأنه كشأن العقود كافة، اللهم إلا أنه يتمتع بخصوصيات ترجع لطبيعة محل الاتفاق ذاته، وعلى ذلك فالرضاء بالتحكيم لا يلزم بصفة أساسية إلا أطراف العقد، وأطراف العقد هم من يصدر عنهم التعبير عن إرادة الالتزام به فيسهمون في تكوين العقد(٢٧).

(٢٣) المرجع السابق، ص ٣٩٠.

(٢٤) المرجع السابق، ص ٣٩٠.

(٢٥) الدعـوى موثقة برقم ١٣ لسنة ١٥ ق دسـتورية عـليا فى١٩٩٤/١٢/١٧، مشار إليها بمؤلف د. سميحة القـليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري، ص٦٣.

(٢٦) طعن موثق برقم١٠٤لسنة٢٠ق دسـتورية عليا، جلسة ٣/ ١٩٩٩/٧، وفي طعن أكثر حداثة موثق برقـم ٥٥ لسنة ٢٣ق جلسة ٢٠٠٢/١/١٣ مشار إليهما لدى د.سميحة القليوبي في المرجع السابق نفسه ص٦٤.

(٢٧) د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، ص٥٤، بند ٤٠.

وقد نصت المادة ١٥٢ من القانون المدني على أنه: «لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً».

ولكن هذا لا يمنع أن يفيد من اتفاق التحكيم الغير إذا كان العقد متضمناً اشتراطاً لصالح هذا الغير، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدني على أنه: «ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد»، فيحق للغير طلب إعمال الشرط المقرر لصالحه والإفادة من اتفاق التحكيم سواء برفع دعوى تحكيمية مبتدأة، أو بتدخل في خصومة التحكيم، ويجب القول إن الضامن أو الكفيل لا يعدان طرفاً في اتفاق التحكيم المبرم بين المدين الأصلي والدائن، ما لم يوقع الكفيل أو الضامن على العقد الأصلي المتضمن اتفاق التحكيم(٢٨).

كذلك فإن اتفاق التحكيم ينتقل إلى الخلف العام والخلف الخاص، وذلك إن لم ينقضِ الحق الموضوعي بالوفاة، فيظل الحق الموضوعي خاضعاً لاتفاق التحكيم، وقد نصت المادة ١٤٥ من القانون المدني على أنه: «ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام». الأمر نفسه إذا اندمجت شركة موقعة على اتفاق تحكيم في شركة أخرى، فإن اتفاق التحكيم يرتب آثاره بالنسبة للشركة الدامجة باعتبارها خلفاً عاماً للشركة المندمجة(٢٩).

ومن ناحية أخرى ينتقل شرط التحكيم الوارد في العقد إلى الخلف الخاص، الذي انتقل إليه حق ناشئ عن هذا العقد، باعتبار شرط التحكيم من مكونات هذا الحق وذلك وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني المادة ١٤٦ والتي نصت على أن: «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء»؛ لهذا إذا تضمن عقد إيجار شرط تحكيم، فإن هذا الشرط ينتقل إلى الخلف الخاص لأي من الطرفين إذا تنازل أحدهما عن هذا العقد إلى شخص من الغير(٣٠).

(٢٨) د. سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري، ص٩٨، بند ٤٨.

(٢٩) د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، ص١٨١، بند ٨٩.

(٣٠) حكم تحكيم من مركز القاهرة الإقليمي بتاريخ ٢٠٠٧/١١/٢٠، في الدعوى رقم ٥٠٧ لسنة ٢٠٠٧، مشار إليه في المرجع السابق، ص١٨١، بند ٨٩.

ويجب القول إن هناك بعض الحالات التي قد يعتبر فيها «الغير» طرفاً في الاتفاق على التحكيم على الرغم من أن الغير لم يكن طرفاً فيه، مثال ذلك العقد المبرم بين مُنتِج وموزع وبه شرط تحكيم، ثم عقد آخر مبرم بين الموزع وتاجر التجزئة أو المستهلك ليس به إحالة إلى العقد الأول، فهنا من الممكن لتاجر التجزئة أو المستهلك الرجوع مباشرة على المُنتِج بالضمان لأي سبب على الرغم من أنه ليس طرفاً في العقد الوارد به شرط التحكيم؛ والعلة في إمكانية رجوع تاجر التجزئة أو المستهلك على المُنتِج مباشرة بالتحكيم هي أن مجموع العقود المبرمة والمتعاقبة من المُنتِج وصولاً إلى تاجر التجزئة أو المستهلك تدور حول محل واحد ويتعاقب عليه، كما أن غرضها واحد على الرغم من اختلاف أطرافها، فهذه العقود تتضافر على تحقيق هدف واحد مشترك مع اختلاف أطرافها، وهي تسمى بالمجموع العقدي[٣١].

واتفاق التحكيم يجوز أن يكون سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، أو ورد في عقد معين، كما يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت أقيمت دعوى أمام أي جهة قضائية، وذلك وفقاً للمادة ٢/١٠ من قانون التحكيم، وبهذا فإن اتفاق التحكيم قد يأخذ إحدى صــورتين، الأولى وهي شــرط التحكيم والذي يكون قبل نشــوء النزاع، وقد يكون شرطاً في العقد الأصلي، وقد يكون اتفاقاً سابقاً قبل نشوء أي نزاع[٣٢]، والصورة الثانية أن يكون لاحقاً على النزاع وفي هذه الحالة يسمى مشارطة تحكيم.

ويجب القول إنه يجوز للطرفين على الرغم من وجود شرط تحكيمي أن يبرما - بعد نشأة النزاع بينهما - مشارطة تحكيم. وإذا أبرما هذه المشارطة فإنها تعتبر المرجع أمام هيئة التحكيم في بيان نطاق التحكيم[٣٣]؛ لأنها هي التي تُعبر عن الإرادة الختامية للخصوم، ذلك وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فللخصوم أن يخصصوا من عمومية شرط التحكيم أو يقيدوا من إطلاقه، فمشارطة التحكيم هي التي تحدد موضوع النزاع محل التحكيم على عكس شرط التحكيم الذي يرد على نزاع محتمل غير محدد، ويمكن للطرفين أن يتفقا فيها على التحكيم بشأن منازعات لا يتسع لها شرط التحكيم السابق، أو منازعات لا تتعلق بالعقد الأصلي الذي يتضمن شرط التحكيم[٣٤].

(٣١) د. نبيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ص٥٦، بند ٤٢.

(٣٢) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص١٠١، بند ٤٩.

(٣٣) استئناف القاهرة - دائرة ٧ تجاري، في الدعوى رقم ٧٢ لسنة ١١٧ ق - جلسة ٢٠٠٢/١/٨، مشــار إليه في المرجع السابق ص١٠٤.

(٣٤) المرجع السابق، ص١٠٤، بند٥٢.

وتجدر الإشارة إلى أن شرط التحكيم إذا كان باطلاً، وأبرم الطرفان بعد نشأة النزاع مشارطة تحكيم، فإن البطلان الذي يعتري الشرط لا يؤدي إلى بطلان المشارطة، ومن ناحية أخرى، فإن بطلان المشارطة لا يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم السابق على إبرامها(٣٥).

وإذا كان الاتفاق على التحكيم في المنازعات التجارية الدولية - كالتحكيم في منازعات عقد نقل التكنولوجيا مثلاً - يتخذ إحدى الصورتين السابقتين، فإن التعبير السائد في القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم عن الصورتين كلتيهما هو تعبير «اتفاق التحكيم» وهو يضم بين طياته هاتين الصورتين دون تفرقة بينهما في المعاملة القانونية(٣٦)، وقد أقرت منظمة «الجات» اتفاق التحكيم دون التفرقة بين صورتيه(٣٧).

ويجدر القول إنه يعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة وتتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد، وهو ما نصت عليه المادة ٣/١٠ من قانون التحكيم، وقد قضت محكمة النقض في هذا الشأن بأنه: «إذا كان الحكم المطعون فيه قد حصل في نطاق سلطته الموضوعية أن سند الشحن قد تضمن الإحالة على شرط التحكيم المنصوص عليه في مشارطة الإيجار، وكان مقتضى هذه الإحالة اعتبار شرط التحكيم المنصوص عليه في المشارطة ضمن شروط سند الشحن، فيلتزم به الطاعن باعتباره في حكم الطرف الأصيل فيه، وإذ انتهى الحكم إلى إعمال أثر هذا الشرط وفق هذا النظر، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه»(٣٨).

وغني عن البيان أنه لابد من تحديد محل التحكيم سواء أكان نزاعاً محتملاً

(٣٥) المرجع السابق، ص١٠٤، بند٥٢.

(٣٦) د.عاطف الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧،صـ١١٨.

(٣٧) د.أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٤١٤ وما بعدها.

(٣٨) الطعن موثق برقم ٤٥٠ سنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٣/٥، ومثله بالمعنى نفسه طعن أكثر حداثة موثق برقم ٢٦١٩ سنة ٦١ ق بجلسة ٢٠٠١/١٢/١١ مشار إليهما لدى المستشار الدكتور أحمد محمود حسني، قضاء النقض البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧ ص٢٢٧ و ص٢٢٦ البند رقم ٢٠٠ والبند رقم ١٩٩

في حال الشرط التحكيمى، أو نزاعاً قائماً بالفعل في حال المشارطة، وهذا النزاع يجب أن يكون بصدد علاقة قانونية محددة، كما نص على ذلك قانون التحكيم في المادة ١٠/١، واتفاقية نيويورك في المادة الثانية منها(٣٩).

أما عن شكل اتفاق التحكيم، فلابد أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، فقد نصت المادة ١٢ من قانون التحكيم على أنه: «يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان، أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة». والجدير بالملاحظة أن القانون الجديد على خلاف نصوص المرافعات الملغاة قد جعل الكتابة شرطاً لوجود اتفاق التحكيم، ورتب البطلان على عدم الكتابة، فهي لم تعد كما كانت مجرد شرط لإثبات الاتفاق(٤٠).

ويتفق الباحث مع من يرى(٤١)، أنه لا يقوم مقام الكتابة حضور أطراف التحكيم أمام هيئة التحكيم، بل يجب علاوة على الحضور أمام الهيئة إثبات اتفاقهم ورضائهم بمحضر الجلسة على اتفاق التحكيم، وبذلك فإن الكتابة اللازمة لصحة اتفاق التحكيم هي ركن انعقاد وليست للإثبات فقط، ويتفق التشريع المصري مع ما جاء باتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ في هذا الصدد(٤٢).

ويجدر التأكيد على ما أورده الباحث سلفاً بأن اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم مستقل تماماً عن الاتفاق الوارد فيه، وترتيباً على ذلك فإن شرط التحكيم يكفي بذاته لتحريك الدعوى أمام لجنة التحكيم، ويكون للمحكمين سلطة النظر في أية منازعات تنشأ عن بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي.

ويتمتع الشرط بالصحة والفاعلية الذاتية التي تؤدي إلى تطبيقه على المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد المدرج فيه، وإعماله على الأطراف المعنية مباشرة بهذا التنفيذ(٤٣).

(٣٩) د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، ص١٥٥، بند ٧٧.

(٤٠) د.محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص،٦١،بند ٣٣.

(٤١) د. سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري، ص٤٩، بند ٢٠.

(٤٢) لمزيد من التفصيل راجع: د.سميحة القليوبي المرجع السابق، ص٥٠، بند ٢٠.

(٤٣) د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، ص٤٨٧.

ويثور الفرض حول تفسير اتفاق التحكيم، فإذا كان هناك غموض بالنسبة للمسائل التي يشملها فإنه يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً بما يتفق مع طبيعته، ويجب التأكد من أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت بوضوح إلى التحكيم وإلى تحديد محله، ويجب أن تفسر العبارات المحددة لمحل التحكيم دون قياس أو توسع، بحيث تقتصر ولاية المحكمين على ما ورد من محل في اتفاق التحكيم، وأخذاً بالتفسير الضيق لاتفاق التحكيم، إذا كانت العبارة التي تبين المسائل التي يشملها التحكيم لها أكثر من معنى، فيجب تفسيرها على أساس ترجيح الالتجاء إلى قضاء الدولة وليس إلى التحكيم(٤٤).

ويتجه الرأي حديثاً- وهو ما يراه الباحث منطقياً - إلى أن التفسير الضيق لاتفاق التحكيم إنما يكون بالنسبة للتحكيم الوطني، إذ الأصل في المنازعات التي يشملها أن تدخل في ولاية محاكم الدولة، أما التحكيم التجاري الدولي فإنه يجب اتباع تفسير موسع لاتفاق هذا النوع من التحكيم؛ لأن هذا التحكيم هو الوسيلة العادية للفصل في المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، وبهذا فإن الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي لابد من مدّ نطاقه وليس تقييده(٤٥).

وأخيراً فإنه يجب القول إن الاتفاق على التحكيم له أثر سلبي وآخر إيجابي، فبالنسبة للأثر السلبي فهو يتمثل في حرمان أطراف العقد من الالتجاء إلى القضاء بصدد الخصومة التي اتفقوا فيها على التحكيم، لنزولهم على الالتجاء إلى القضاء، أما الأثر الإيجابي فيكون في فض الخصومة بطريق التحكيم والاعتداد بالحكم الصادر فيه واعتباره كأنه قد صدر من المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع(٤٦).

المطلب الثاني
مبدأ سلطان الإرادة في اتفاق التحكيم التجاري الدولي

من القواعد الأساسية التي بُني عليها نظام التحكيم في المنازعات حرية الأطراف -في جميع مراحل التحكيم- في اختيار كل ما يتعلق به بدايةً من اختيار وسيلة التحكيم ذاتها في فض المنازعات وتسويتها بينهم، وهو ما يطلق عليه اتفاق التحكيم، ومروراً

(٤٤) د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، ص١٧١، بند ٨٣، كذلك د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ص١٤٥، بند ٦١.

(٤٥) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص١٧٥، بند ٨٥.

(٤٦) د.أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص١١٩، ص١٢٠، بند ٤٢.

باختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وانتهاءً بتنفيذ حكم القانون رضاءً بينهم دون حاجة إلى اتباع إجراءات التنفيذ في حالة عدم رفض من صدر ضده حكم التحكيم، وهذه القواعد تعد تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة(٤٧).

وإن من الأهداف الأساسية لالتجاء المتنازعين على مسرح التجارة الدولية إلى التحكيم كسبيل لحسم منازعاتهم القائمة، خصوصاً لو كانت عقدية، أي بصدد عقد تجاري دولي هو تحررهم من القوانين الوطنية التي قد تقيد إرادتهم في اختيار أنسب القوانين التي تطبق على منازعتهم فيما يرونه ويرتضونه، أو تقييد إرادتهم في جعل القواعد الموضوعية والإجرائية في القانون التجاري الدولي هي الواجبة التطبيق.

وإذا كان اتفاق التحكيم قد انعقد صحيحاً سواء أكان شرطاً أم مشارطة أم حتى بالإحالة، وكانت إرادة الأطراف خالية من العيوب وكانت لهم الأهلية اللازمة لانعقاد الاتفاق مع توفر محل وسبب مشروعين، فلا يكون أمام أطراف النزاع إلا الاتفاق على أهم البنود التي يشملها اتفاق التحكيم، كمكان التحكيم، ولغته، وتعيين المحكمين، وعددهم والقانون الموضوعي الواجب التطبيق، والقانون الإجرائي الذي سُيمكّن الخصوم من تطبيق القانون الموضوعي الذي اختاروه.

أول ما ينصرف إليه أنظار المحتكمين الاتفاق على القانون الموضوعي الذي سيحكم النزاع، ولاسيما لو كنا بصدد منازعة تجارية دولية، فمثل تلك المنازعات يكون التجار ورجال الأعمال فيها أحرص على اختيار القانون الذي سيحقق لهم أكبر مصلحة حتى لو كان قانوناً غير القانون الذي أبرم في ظله اتفاق التحكيم، ومن هــذا فقد يختار المحتكمون الأعراف والعادات التجارية السائدة في المجتمع الدولي للتجارة والمال، فيتم تطبيق ما يسمى بالقانون التجاري الدولي(٤٨)، الذي لا يتأتى إلا بصدد عقود التجارة الدولية التي طُرِح النزاع في شأنها أمام المحكمين(٤٩).

(٤٧) د. سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري، ص١٢٠، بند ٦٩.

(٤٨) القانون التجاري الدولي، هو القانون الذي يضم القواعـد التي تنظم عـلاقـات القانون الخاص العابرة للحدود، وهو ينظم العقود الدولية بصفة مباشرة، استقلالاً عن كل قانون وطني، أي يخضعها لنظام قانوني مختلف عن ذلك الذي يحكم العقود الدولية البحتة. د.محمد حسين منصور، العقود الدولية، ص٤٦٨.

(٤٩) د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧،ص٣٤٤، بند٢٣١.

ولعل السبب في ذلك معروف، وهو تحرير المنازعة الناشئة عن العقد الدولي من الأحكام الداخلية التي تتضمنها النظم الوطنية؛ لتكون خاضعة للأعراف السائدة في الأسواق الدولية الخاصة بموضوع العقد، وكذا المبادئ المشتركة التي تطبقها هيئات التحكيم في هذا الصدد، وبالطبع فإن هذا المسلك يحقق للتجار الأمان الذي ينشده أي متعاقد في خصوص العمليات التجارية الدولية، فمعظم القواعد المقررة بصدد تعامل تجاري دولي معين تكون معروفة للمحتكمين أكثر من القوانين الوطنية الداخلية.

هذا وقد تناول قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ مسألة القانون الواجب التطبيق على المنازعة في المادة ٣٩ التي نصت على أنه: «١- 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.

٢ - وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع.

٣ - يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع، والأعراف الجارية في نوع المعاملة.

٤ - يجوز لهيئة التحكيم - إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح - أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون».

ويرى الباحث أن المادة السابقة قد أتت ملمة بكل الاحتمالات التي قد تحدث بصدد مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق، وأتت بهذه الاحتمالات بشكل تدريجي، وأهم ما يعني الباحث أنها أكدت في فقرتها الأولى على ضرورة أن تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها المحتكمون، وهذا أمر طبيعي وبديهي، فالأطراف هم من اختاروا طريق التحكيم بدلاً من الالتجاء إلى المحاكم، واختاروا المحكمين للفصل بينهم، ولهم اختيار إجراءات الخصومة أمام المحكمين، كما لهم أيضاً اختيار القواعد القانونية الموضوعية التي يطبقها المحكمون على هذا النزاع(٥٠).

(٥٠) د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، ص٥٣٢، بند ٢٣٩.

أما ثاني ما يلتفت إليه أطراف النزاع، فهو القانون الإجرائي الذي سيسير به النزاع، وهو أيضاً متروك لحرية الأطراف؛ لأن أهم اعتبار واقعي يضفي على التحكيم شرعيته هو سرعة الفصل في النزاع، وما تعنيه هذه السرعة من إيصال الحق إلى صاحبه دون إبطاء يودي بأهميته، وقيمته، أو ينتقص منها، وذلك في إطار من السرية التي ينشدها أطراف النزاع، ومن توفير الجهد والنفقة اللذين يحتاجهما أطرافه، وبديهي أن تحقيق السرعة، والسرية، باعتبارهما مطلبين عزيزين على أطراف النزاع، منوط بالتخفف من الإجراءات المعتادة للتقاضي. ومن هنا كان المبدأ هو حرية أطراف النزاع في اعتماد القواعد الإجرائية التي يرينها كفيلة بتحقيق مطالبهم في السرعة، والسرية(٥١).

ويلاحظ أنه لا يلزم أن يكون القانون المتفق عليه بين الأطراف بالنسبة للإجراءات هو قانون البلد المُتفَق على تطبيق قانونه بالنسبة للموضوع، فيجوز للأطراف الاتفاق مثلاً على تطبيق القواعد الإجرائية التي ينص عليها قانون التحكيم المصري، وعلى تطبيق القواعد الموضوعية في القانون السويسري(٥٢).

ولكن عادةً يترك الأطراف تنظيم إجراءات التحكيم إلى قواعد هيئة أو محكمة تحكيم معينة بالذات، كاختيار قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، أو محكمة لندن للتحكيم الدولي، أو نظام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، والذي يطبق قواعد اليونيسترال، كما أن عدم وجود اتفاق لتحديد الإجراءات يُفسَر على أنه اختيار ضمني من أطراف النزاع لجعل الاختصاص بها لقانون مكان التحكيم(٥٣)، وقد نص قانون التحكيم المصري في المادة ٢٥ منه على أنه: «لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة، أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية، أوخارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة»، وهو ما يعطينا نتيجة مماثلة لذلك التفسير.

أما ثالث ما يُنظَر إليه من أطراف التحكيم هو مكان التحكيم ولغته ومكان التحكيم ولغته قد يُحددان ضمناً إذا وقع الاختيار على مركز تحكيمي معين لنظر النزاع

(٥١) د.مصطفى الجمال، د.عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ص٢١٠، بند١٣٧.

(٥٢) د.فتحي والي، المرجع السابق، ص ٥٣٥، بند ٢٩٣.

(٥٣) د.سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري، ص١٢٣، بند ٧٢.

واتباع إجراءاته، ولكن قد يُحددان المكان واللغة بطريقة صريحة، فإن تحديد مكان التحكيم ولغته أمر مرتبط دائماً بإرادة الأطراف، وعلى غرار إعمال مبدأ سلطان الإرادة كما فيما سلف من أمور، فقد نص قانون التحكيم في المادة ٢٨ منه على أنه: «لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملاءمة المكان لأطرافها، ولا يخل ذلك بسلطة هيئة التحكيم في أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع، أو الشهود، أو الخبراء، أو الاطلاع على مستندات، أو معاينة بضاعة، أو أموال، أو إجراء مداولة بين أعضائها، أو غير ذلك».

وقد نصت المادة ٢٩ / ١ من القانون ذاته على مسألة لغة التحكيم بأنه: «يجري التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان، أو تحدد هيئة التحكيم لغة، أو لغات أخرى، ويسري حكم الاتفاق، أو القرار على لغة البيانات، والمذكرات المكتوبة، وعلى المرافعات الشفهية، وكذلك على كل قرار تتخذه هذه الهيئة أو رسالة توجهها أوحكم تصدره ما لم ينص اتفاق الطرفين، أو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك». ولكن بالطبع في المنازعات التجارية الدولية غالباً ما تكون اللغة المستخدمة هي اللغة الإنجليزية، أوالفرنسية، لكن أياً ما كان فقد تركت المادة السابقة الحرية للأطراف في اختيار اللغة. وإذا لم يختر الأطراف لغة التحكيم في المسائل التجارية الدولية، تتولى محكمة التحكيم إصدار قرار بذلك، ويسري القرار على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة وعلى المرافعات الشفهية، وكذلك كل قرار تتخذه هذه الهيئة أو رسالة توجهها أو حكم تصدره ما لم ينص القرار على غير ذلك(٥٤).

وأخيراً، فإن من أهم الأشياء التي يتفق عليها الخصوم هو اختيار هيئة التحكيم سواء أكانت مكونة من محكم منفرد أم من محكمين متعددين على أن يكون عددهم وتراً، ويتم اختيار المحكمين من قبل الأطراف مباشرةً، ويقوم هذا الاختيار على أساس النزاهة والثقة، وعدم إفشاء الأسرار، وهذه اعتبارات لا يستطيع تقديرها إلا أصحاب الشأن أنفسهم، ومن هنا كان حقهم ثابتاً في اختيار هيئة التحكيم(٥٥).

والجدير بالذكر أن قانون التحكيم لم يلزم الأطراف بتحديد أشخاص المحكمين،

(٥٤) انظر في ذلك المعنى: د.محمد حسين منصور، العقود الدولية، ص ٤٩١.

(٥٥) د.نبيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ص١٢٩، ١٣٠، بند ١٠٥.

أو عددهم عند كتابة اتفاق التحكيم - كما هو الحال في المادة ١٧من القانون سالف الذكر - فيمكن بذلك للأطراف اختيار هيئة التحكيم سواء قبل نشوب النزاع في اتفاق التحكيم، كأن يذكر في هذا الأخير أن اتفاق الأطراف على التحكيم يشمل أن يفصل في أي نزاع يثور بينهم محكم منفرد، ويسمى باسمه، ووظيفته، أو أن تفصل فيه هيئة ثلاثية أو خماسية مشكلة من الأسماء المحددة بالاتفاق. كما يمكن اتفاق الأطراف على التحكيم بعد نشوب النزاع فعلاً سواء حددوا أسماء الهيئة، أو تركوا هذا التحديد عدداً وأشخاصاً لما بعد عرض النزاع على التحكيم(٥٦).

وفي منازعات التجارة الدولية يتم اللجوء غالباً إلى مراكز وهيئات التحكيم الدائمة، ويكون لها لوائح داخلية تبين سبل اختيار المحكمين، وتنظيم الاجراءات واجبة الاتباع، وهي ملزمة للأطراف، ولديها قوائم بأسماء المحكمين يمكن للأطراف الاختيار منها، وعند الاختلاف تتولى الهيئة أو المركز مهمة التعيين، كما أنه في حالة التحكيم التجاري الدولي- إن لم يتم اللجوء إلى مراكز التحكيم وهو أمر نادر الحدوث- فإن محكمة استئناف القاهرة - عند الاختلاف - هي التي تقوم بالتعيين. وبالنسبة للتحكيم الداخلي فإنه عند الاختلاف على تعيين المحكمين، يتم اللجوء إلى القضاء، وتتولى التعيين المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع(٥٧).

(٥٦) د. سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري، ص١٥٥، بند ٨٥. ويرى عكس ذلك، د.نبيل عمر، المرجع السابق له، ص١٣٠، ص١٣١، بند ١٠٥،حيث يرى سيادته، أنه على الرغم من نص المادة ١٧من قانون التحكيم فهذا لا يعني القول بصحة الاتفاق على التحكيم شرطاً كان أو مشارطة الذي لا يحمل سوى مبدأ اللجوء إلى التحكيم دون إشارة إلى كيفية تعيين هيئة التحكيم سواء في مجال العلاقات الداخلية أو في مجال العلاقات الدولية، وإنما يجب على الأطراف في جميع الأحوال أن يحددوا على الأقل الطريقة التي سيتم بها تعيينهم سواء عن طريقهم أنفسهم أو عن طريق هيئة أخرى أياً كانت. ويرى الباحث أن الأخذ بهذا الرأي هكذا على إطلاقه أمر فيه نظر، حيث لا يمكن الجزم بعدم صحة اتفاق التحكيم لمجرد عدم تحديد كيفية تعيين هيئة التحكيم في الشرط أو المشارطة؛ لأن نص المادة ١٧من قانون التحكيم قضى بأنه: «لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيارالمحكمين، وعلى كيفية ووقت اختيارهم...» وهو ما يفصل في الأمر ويحسمه، أما في المنازعات الدولية فهو أمر غير متصور حدوثه، ولكن إن حدث فلا يعني ذلك عدم صحة الشرط أو المشارطة.

(٥٧) د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، ص٤٨٩.

المبحث الثاني
ضمور مبدأ سلطان الإرادة في اتفاق التحكيم المتعلق بعقد نقل التكنولوجيا

من المتفق عليه أن التحكيم يكون دولياً بتوفر شرطين، الشرط الأول أن تتوفر إحدى الحالات التي حددتها المادة ٣ من قانون التحكيم والتي قد استعرضها الباحث في المقدمة، والشرط الثاني أن يتعلق موضوع النزاع بالتجارة الدولية، أي بتجارة خارجية، فإذا كان النزاع متعلقاً بتجارة داخلية فإن التحكيم لا يكون دولياً، والمقصود بالتجارة هنا المعنى الذي نصت عليه المادة الثانية من قانون التحكيم أي النشاط ذات الطبع الاقتصادي(٥٨).

وتتعلق الرابطة القانونية محل النزاع بالتجارة الدولية إذا كانت ترتب آثاراً قانونية تتعدى حدود البلد الواحد، وبعبارة أخرى إذا كانت تمس المصلحة الاقتصادية لأكثر من بلد، ووفقاً للقضاء الفرنسي يكفي لتوفر هذا الشرط أن يتعلق النشاط ذات الطبع الاقتصادي بنقل رؤوس أموال أو بضائع أو إنشاءات أو خدمات أو تكنولوجيا عبر الحدود، ولو كان هذا الانتقال لم يتم بعد(٥٩).

والواقع أن غلبة الطابع الدولي على عقد نقل التكنولوجيا هي السمة الغالبة عليه، فتكاد مصادر التكنولوجيا تنحصر في الشركات العالمية مثل الولايات المتحدة الأمريكية وكندا واليابان وأوروبا، أما الدول المتخلفة والتي يطلق عليها تأدباً الدول النامية فهي تعاني من فشل في خلق قاعدة تكنولوجية؛ مما يحتم عليها الالتجاء إلى استيراد التكنولوجيا التي تعبر الحدود، مما يُطبع عقود نقل التكنولوجيا في هذه الدول بالطابع الدولي(٦٠).

ومن هذا المنطلق، فإذا كان عقد نقل التكنولوجيا الذي يتم بين دولتين مختلفتين -وهو الغالب عملاً - عقداً تجارياً دولياً، فإنه من الطبيعي أن يخضع للتحكيم التجاري

(٥٨) د.فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، ص٦٣، بند ٣٢.

(٥٩) استئناف باريس١٤/٣/١٩٨٩، استئناف باريس، ٢٥/١١/١٩٩٣، مشار إليهما لدى د.فتحي والي، المرجع السابق، ص٦٣، بند ٣٢.

(٦٠) د.محمود مختار أحمد بريري، قانون المعاملات التجارية الالتزامات والعقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٧٣، بند٤٩.

الدولي والذي يسيطر عليه بشدة مبدأ سلطان الإرادة أكثر من التحكيم الداخلي الذي من الممكن أن يُتقَبل فيه – بعض الشيء – تقييد هذاالمبدأ؛ لاعتبارات معينة يراها المشرع لكن وعلى الرغم من ذلك أتى المشرع المصري في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ببعض الاستثناءات على مبدأ سلطان الإرادة المتمثل في حرية أطراف النزاع في أن يتفقوا على ما يعتقدون فيه أنه يحقق مصالحهم الاقتصادية، ولسوف يقوم الباحث بتخصيص الجزء الثاني من الدراسة لعرض الاستثناءات الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي وذلك بشأن عقد نقل التكنولوجيا للبضائع والتعليق على مسلك المشرع في هذا الصدد من خلال هذا المبحث الذي سينقسم بدوره إلى مطلبين:

- **المطلب الأول:** القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة الواردة في اتفاق التحكيم المتعلق بعقد نقل التكنولوجيا.
- **المطلب الثاني:** التعليق على مسلك المشرع المصري في تقييد مبدأ سلطان الإرادة بعقد نقل التكنولوجيا.

المطلب الأول
القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في اتفاق التحكيم المتعلق بعقد نقل التكنولوجيا

يشكل نقل التكنولوجيا أهمية خاصة في مجال التجارة الدولية، واتسع مجال التكنولوجيا ليشمل كافة الأحوال المادية والمعنوية للمشروع الاقتصادي كالآلات والمعدات والأجهزة وبراءات الاختراع، والنماذج والرسوم والعلامات التجارية، وحقوق المعرفة الفنية، والعمالة الماهرة متى كان من شأنها إنتاج سلع أو خدمات جديدة أو تحسين طرق العمل أو تخفيض طرق الإنتاج(٦١).

ونقل التكنولوجيا يكون عن طريق عقود نقل التكنولوجيا، وهو من العقود التي تكون غايتها تأكيد التعاون بين الطرف الذي يعرف والطرف الذي يريد طلب المعرفة(٦٢).

(٦١)) د. أحمد محرز، العقود التجارية والإفلاس وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠١، ص١٤.

(٦٢) د. أحمد محرز، المرجع السابق، ص١٥.

ويكون فض المنازعات التي تنشأ عنه وخصوصاً التي: تصطبغ بالصبغة الدولية عن طريق التحكيم، إذ إن التحكيم هو الأساس في عقود نقل التكنولوجيا ذات الطابع الدولي، ويكون اتفاق التحكيم جزءاً من هذه العقود، بحيث يمكن القول إن عقود نقل التكنولوجيا لا تخلو من اتفاق التحكيم لتسوية وفض المنازعات التي تنشأ عنها.

ونظراً لانتشار التحكيم في عقد نقل التكنولوجيا والذي أصبح من مستلزماته تقريباً، وقد يفرضه الطرف القوي والذي يعد هو مورد التكنولوجيا يكون بالتأكيد طرفاً أجنبياً تابعاً لدولة أجنبية.

حيث نص قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ في المادة ٨٧ منه على:

١ - تختص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا المشار إليها في المادة (٧٢) من هذا القانون، ويجوز الاتفاق على تسوية النزاع ودياً أو بطريق تحكيم يجري في مصر وفقاً للقانون المصري.

٢ - وفي جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصري وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً.

والواضح من نص المادة (٨٧) آنفة الذكر، أن المشرع المصري وضع قواعد آمرة في شأن جميع وسائل فض المنازعات التي تنشأ عن عقود نقل التكنولوجيا سواء أكانت هذه الوسائل ودية أم بطريق التحكيم أم عند الالتجاء إلى القضاء لفض هذه المنازعات(٦٣).

وتجدر الإشارة إلى أن الاتجاه فقهاً قبل صدور قانون التجارة الحالي هو ترك الحرية للأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع العقد، أما الإجراءات فهي تخضع لقانون القاضي، وإذا تم الاتفاق على التحكيم فأيضاً للأطراف حرية تحديد قانون الموضوع، وأيضاً قانون الإجراءات إلا إذا تم التحكيم وفقاً لقواعد أحد مراكز التحكيم الدائمة كغرفة التجارة الدولية أو مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ولكن المشرع المصري حسم الموقف بما أورده بالمادة (٨٧) من قانون التجارة المصري(٦٤).

(٦٣) د. سميحة القليوبى، الوسيط، ص١٠١، بند٧٢.

(٦٤) د. مختار بريرى، العقود التجارية، ص١٢٩، بند٩٧.

وبذلك لم يعد لأطراف العقد أي تقدير في اختيار القانون الواجب التطبيق أو المكان الذي سيجري فيه التحكيم، وهو ما يجعل المستورد المصري ملتزماً بإعلام المورد الأجنبي بأحكام القانون المصري التزاماً على قدر الأهمية، وإن كانت الوسائل المعلوماتية الحديثة تجعل الاطلاع على التشريعات الوطنية ميسوراً لأية دولة عبر شبكة الإنترنت، كما أن للشركات العملاقة فروعها ومكاتب التمثيل التي تزودها بكافة المعلومات اللازمة قبل الدخول في مرحلة التفاوض وإبرام العقد(٦٥).

وينوه الباحث في خصوص القانون الواجب التطبيق إلى أن المقصود هو القانون المصري بالمعنى العام، وليس مجرد النصوص الخاصة بعقد نقل التكنولوجيا، أي أن القانون الواجب التطبيق يخضع أيضاً للقانون المدني؛ والسبب في ذلك أن نصوص قانون التجارة المصري في خصوص عقد نقل التكنولوجيا لم تعالج الأحكام العامة التي تسري على العقود والالتزامات التجارية؛ مما يقطع بأن المقصود هو القانون المصري بالمعنى العام وليس مجرد النصوص الخاصة بعقد نقل التكنولوجيا(٦٦).

وبذلك يكون المشرع قد وضع حكماً خاصاً بقانون التجارة في شأن القانون الواجب التطبيق، وضرورة نظر منازعات التحكيم في عقد نقل التكنولوجيا بمصر، وهذا الحكم يلغي قاعدة حرية الأطراف في اختيار مكان أو قانون موضوع التحكيم والمنصوص عليه في المادة ٣٩ من قانون التحكيم المصري، حيث يقيد القانون اللاحق حكم القانون السابق(٦٧).

المطلب الثاني
التعليق على مسلك المشرع المصري في تقييد مبدأ سلطان الإرادة بعقد نقل التكنولوجيا

من المقرر أن الطابع الدولي هو الغالب على عقد نقل التكنولوجيا، وإذا كان سيتم اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات المتعلقة به، فإن التحكيم سيكون تحكيماً تجارياً دولياً، وقد مضى الحديث عن أن مصدر أي اتفاق تحكيم هو إرادة الأطراف، وقد أعطى

(٦٥) المرجع السابق، ص١٣٠، بند ٩٧.

(٦٦) د.هاني سَريّ الدين، عقد نقل التكنولوجيا في ظل أحكام قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٩٤.

(٦٧) د.سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري، ص١٢٦، بند ٧٤.

مشرعو الدول وواضعو الاتفاقيات الدولية مراكز التحكيم الدائمة دوراً مهماً وحاسماً لإرادة الأطراف في كل شيء، وخصوصاً في تحديد مكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق.

فمبدأ العقد شريعة المتعاقدين مستقر عليه في كافة النظم القانونية المعاصرة؛ حيث يتمتع الأفراد بحرية تنظيم عقودهم، واختيار القانون الذي يحكم تلك العقود ولاسيما إذا اتسمت بالطابع الدولي، وهذا هو مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية، أي الإقرار بأن أطراف العقد لهم حق اختيار الوسيلة التي سيتم بها فض منازعتهم، وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وقد تم إقرار هذا المبدأ في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية كما سبق بيانه.

ودون محالة إذا كان التحكيم يستمد شرعيته من اتفاق الأطراف عليه وحرية الاتفاق فيه على ما يجب اتباعه، فإن ذلك من شأنه إلزام المحكم باحترام إرادة الأطراف، وخصوصاً لو خول لهم القانون حرية اختيار التحكيم دون الاختصاص القضائي، وكان المشرع يعلم ما يترتب على اختيار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، فليس للمشرع أن يناقض مسلكه وأن يسلب المُكنة التي خولها للأطراف بتقييد مبدأ سلطان الإرادة إلا فيما يصطدم بالنظام العام.

والنظام العام يقوم على فكرة أساسية مفادها ضرورة استبعاد ما يرتطم تطبيقه مع الأسس الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والخلقية في الدولة[٦٨]. والنظام العام ليس شيئاً ثابتاً في كل مكان وفي كل زمان، بل هو شيء نسبي في المكان وفي الزمان، فمعيار النظام العام معيار مرن يتعلق بالمصلحة العامة[٦٩].

ولكن بعيداً عن حماية الأسس الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والخلقية في الدولة عن طريق النظام العام، فإن هذا الأخير يؤدي دوراً كبيراً في ميدان حرية الإرادة في الالتزامات العقدية، وذلك فيما يتعلق بحماية الطرف الضعيف، كتدخل المشرع مثلاً في عقود الإذعان ونظرية الظروف الطارئة[٧٠].

(٦٨) د. علي باشا خليفة، عقد النقل البحري في إطار القانون الدولي الخاص، الإسراء للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٢٣٦.

(٦٩) د. عبدالرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص١٥٨، بند١٦٩.

(٧٠) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص٣٤، بند ٢٩.

وهذا ما حدث في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فيما يتعلق بالتحكيم بعقد نقل التكنولوجيا، حيث تدخل المشرع بنصـــوص آمرة - كما رأينا في المطلب السابق- في المادة ٨٧ ونص على أن كل اتفاق يخالف ما أوردته تلك المادة يقع باطلاً في صدد مكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق في فض منازعات عقد نقل التكنولوجيا.

ولا شك في أن المشرع المصري عندما وضع الأحكام الآمرة المنصوص عليها في المادة سالفة البيان كان يهدف إلى حماية المتلقي في عقود نقل التكنولوجيا، والذي غالباً ما يكون في مركز تفاوض أقل من مركز المورد لحاجة الأول الملحة للتكنولوجيا محل العقد، كما افترض المشرع عدم دراية المتلقي بالأحكام الدقيقة لمثل هذه العقود(٧١).

وقد سارت المحكمة الدستورية العليا على نهج المشرع نفسه وحكمت بدستورية المادة ٨٧ من القانون التجاري في القضية رقم ٢٥٣/٢٤ (ق) دستورية عليا بجلسة ٢٠٠٧/٦/١٠؛ حيث أوردت تسبيب الحكم بما يلي: «وحيث إن النعى في وجهه الثاني غير سديد كذلك، ذلك أن الملكية في إطار النظم الوضعية التي تزاوج بين الفردية وتدخل الدولة لم تعد حقاً مطلقاً ولا هي عصية على التنظيم التشريعي، ومن ثم فقد ساغ تحميلها بالقيود التي تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، وهي وظيفة لا يتحدد نطاقها ومقوماتها وتوجهاتها على ضوء هذا الواقع، وبمراعاة طبيعة الأموال محل الملكية والأغراض التي ينبغي توجيهها إليه، يستأنف المشرع سلطته في الموازنة والترجيح لما يراه من مصالح أجدر بالحماية وأولى بالرعاية، وذلك كله تحت مظلة الدستور ووفقاً لأحكامه، لما كان ذلك وكان النص الطعين قد تغيا حماية الطرف الضعيف في العلاقة وهو الطرف الوطني باعتباره الأكثر حاجة في التعاقد من أجل نقل التكنولوجيا حتى تتاح له سبل المنافسة أمام السلع والخدمات الأجنبية، فلا يتخلف عن ركب العصر، مما دعا المشرع إلى التحوط لمصلحة ذلك الطرف بتحديد القانون الواجب التطبيق ومكان إجراءات التحكيم، ومن ثم فإن ادعاء انتهاك النص الطعين لحق الملكية الذي أوجب الدستور صيانته لا يكون قد قام على أساس صحيح....».

ويتفق الباحث مع من يرى تعديل نص المادة ٨٧ تجاري بما يجعل حكمها مقرراً

(٧١) د.سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري، ص١٢٧، بند ٧٧.

غير متعلق بالنظام العام، بحيث يعد هادياً ومرشداً لأطراف عقود نقل التكنولوجيا(٧٢)، ويبرر الباحث ذلك بأن الطرف المورد من الناحية الواقعية لا يمكن فرض تشريع معين ومكان معين عليه في خصوص تحكيم تجاري دولي، كما أن الطرف المتلقي لابد أن تكون له مساحة للاختيار بشكل أو بآخر، وقد أرشده المشرع مشكوراً بقاعدة قانونية لما يجب أن يسير فيه حماية لمصلحته.

ولكن أياً ما كان، فإن تدخل المشرع بقاعدة قانونية أمر محمود حتى ولو كانت آمرة لحماية الطرف المتلقي والذي يكون في مركز أضعف من الطرف المورد؛ ذلك لأن من القواعد المتفق عليها فقهاً «أنه إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع».

فالمقتضي هو القاعدة العامة المقررة في اتفاق التحكيم، وهي سيادة سلطان الإرادة بتخويل الأطراف الحرية في الاتفاق على مكان التحكيم كما هو منصوص عليه مثلاً في المادة ٢٨ من قانون التحكيم المصري، وكذلك حرية الأطراف في الاتفاق على القانون الواجب التطبيق كما هو الحال في المادة ٣٩/١ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

لكن هناك ما يمنع المقتضي الآنف ذكره- وهي حرية الأطراف في الاختيار- من التحقق، ألا وهو الإضرار بالطرف الضعيف -وهو متلقي التكنولوجيا- عند اتخاذ التحكيم طريقاً للفصل في منازعاته، وهذا الإضرار للطرف المتلقي سيكون نفسه مركز قوة لمورد التكنولوجيا المتحكم في توريدها، وهو ما لا ينبغي أن يكون.

أضف إلى ذلك أن قانون التحكيم لم يعرض لتلك الحالات الخاصة، فقانون التحكيم وضع القواعد العامة للتحكيم، وللتشريعات الخاصة الحق بل والإمكانية في أن تقيد من القواعد العامة المطلقة بما يتفق مع الصالح العام، ولأننا بصدد تشريع خاص فيتم إعمال هذا التقييد فيما يتعلق به وفقط، إعمالاً للقاعدة الفقهية المتفق عليها أيضاً وهي: «أن العام على عمومه حتى يخصص، والمطلق على إطلاقه حتى يقيد»، كل ما هنالك أن الباحث كان يرجو تدخل المشرع بقاعدة قانونية مكملة أو مفسرة ليست من النظام العام، حتى يكون مسلكه وسطياً للاعتبارات التي ذكرها الباحث، ولاعتبارات أخرى منها أن هذا التشدد في مسلك التشريع المصري بالتدخل بقاعدة آمرة قد لا يسعف المتلقي الذي تدخل أصلاً لمصلحته عند حدوث ضرر له.

(٧٢) انظر في ذلك د. سميحة القليوبي، الوسيط، ص١٠٤، بند ٧٦.

حيث إن الثابت من تشريعات الدول المتقدمة الموردة للتكنولوجيا أنها تتشدد في المسؤولية الناشئة عن مخاطر التكنولوجيا وفي قدر التعويضات[٧٣]، لذلك يتوجب علينا التفكير بعمق في مدى ملاءمة التشدد في التدخل بقاعدة آمرة، وتشريعاتنا الوطنية مازالت تشريعات تقليدية غير متطورة لمواكبة تشريعات الدول المتقدمة في مجال نقل التكنولوجيا، فالمشرع المصري بهذا التشدد قد لا يسعف – كما ذكر الباحث سلفاً – متلقي التكنولوجيا، بل قد يكون عقبة أمامه عند إرادته اقتضاء حقه.

ويتفق الباحث مع من يرى أنه على القائمين بإبرام هذه العقود مراعاة إضافة بنود بما يحقق أكبر قدر من الضمان لتعاقداتهم هدياً بالتشريعات المتقدمة التي اهتمت بهذا الضمان وحققت قدراً كبيراً لحماية الطرف المتلقي من تعاقده وتحقيق غايته[٧٤].

الخاتمة

بحول الله وقوته أتم الباحث هذا البحث وخرج بعدة نتائج كان من أهمها ما يلي:

١ – إن التحكيم صار من مظاهر العصر الحديث لفض المنازعات، ولاسيما في المعاملات التجارية، وخصوصاً ما كان منها متميزاً بالطابع الدولي.

٢ – إن عقد نقل التكنولوجيا من نماذج عقود التجارة الدولية إذا كان واقعاً عبر الحدود الإقليمية الدولية، وهو الغالب في المعاملات التجارية الخاصة به، وإن نطاق تطبيق أحكام عقد نقل التكنولوجيا المشار إليه في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩لا يقتصر على العقود التي تنفذ داخل مصر فقط.

٣ – إذا كان هناك نزاع ناشئ أو سينشأ بصدد عقد نقل التكنولوجيا بسبب انعقاد مسؤولية طرفي العقد وهما المورد والمستورد للتكنولوجيا، وسيتم إخضاع النزاع للتحكيم، فمن المفترض أنه سيكون تحكيماً تجارياً دولياً؛ لأن العقد محل النزاع يعد من عقود التجارة الدولية التي تنظم علاقة قانونية تجارية خاصة عابرة للحدود.

٤ – إن مبدأ سلطان الإرادة أحوج أن يكون متوفراً في التحكيم التجاري الدولي عنه في التحكيم الوطني دون تقييد لحرية الأطراف في التراضي على الجانب الموضوعي والإجرائي للتوصل إلى حسم النزاع بأفضل الطرق وأنسبها في

(٧٣) د. سميحة القليوبي، الوسيط، ص١٠٦، بند ٧٧.

(٧٤) المرجع السابق، ص١٠٧، بند ٧٧.

نظرهم على غرار حريتهم في إبرام العقد التجاري الدولي محل نزاع التحكيم.

٥ - إذا كان اتفاق التحكيم عقداً مستقلاً فإن أركانه كأركان أي عقد عادي، وعند سقوط أي ركن يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

٦ - انتهى الباحث إلى أن التحكيم بصفة عامة يبدأ بعقد وينتهي بحكم.

٧ - للمشرع أن يتدخل في إرادة المتعاقدين ويقيدها لاعتبارات النظام العام حتى ولو كان العقد الذي سيدور حوله النزاع التحكيمي متعلقاً بتجارة دولية كما هو الشأن في عقد نقل التكنولوجيا.

٨ - لا يُعرَض النزاع على المحكمين إلا باتفاق ذوي الشأن اتفاقاً واضحاً على الفصل فيه بطريق التحكيم، فالاتفاق على التحكيم لا يُفترَض، بل لابد أن تنصرف إرادة الأطراف إليه.

٩ - لا يجوز التحكيم في المسائل التي ليس فيها صلح، والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح، هي المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية وبالنظام العام.

١٠- خرج الباحث: بأنه من الصعب تصور الصورية في اتفاق التحكيم استقلالاً عن العلاقة الأصلية التي يتعلق التحكيم بالمنازعات الناشئة عنها.

١١- وإذا كانت العلاقة الأصلية علاقة صورية، فالأمر يختلف بحسب الصورة التي يأخذها اتفاق التحكيم، إن كان شرطاً أو مشارطة.

١٢- يرى الباحث صعوبة قيام الصورية بالنسبة للعقد الأصلي، وشرط التحكيم فيه، ووثيقة التحكيم الناشئة بعد قيام النزاع في مجال التجارة الدولية.

١٣- خرج الباحث: بأن اتفاق التحكيم ينتقل إلى الخلف العام والخلف الخاص، وذلك إن لم ينقضِ الحق الموضوعي.

١٤- هناك بعض الحالات التي قد يعتبر فيها الغير طرفاً في الاتفاق على التحكيم، على الرغم من أن الغير لم يكن طرفاً فيه كما هو الشأن في فكرة المجموع العقدي.

١٥- يجوز للطرفين رغم وجود شرط تحكيمي أن يبرما بعد نشأة النزاع بينهما مشارطة تحكيم، وإذا أبرما هذه المشارطة، فإنها تعتبر المرجع أمام هيئة التحكيم في بيان نطاق التحكيم.

١٦- إذا كان شرط التحكيم باطلاً، وأبرم الطرفان بعد نشأة النزاع مشارطة تحكيم، فإن البطلان الذي يعتري الشرط لا يؤدي إلى بطلان المشارطة، ومن ناحية أخرى فإن بطلان المشارطة لا يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم السابق على إبرامها.

١٧- إن التحكيم التجاري الدولي يجب اتباع تفسير واسع فيه؛ لأن هذا التحكيم هو الوسيلة العادية للفصل في المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي بخلاف التحكيم الوطني.

١٨- إن المادة ٣٩ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أتت ملمة بكل الاحتمالات التي قد تحدث بصدد مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق، وأتت بهذه الاحتمالات على نحو تدريجي.

١٩- لا يلزم أن يكون القانون المتفق عليه بين الأطراف بالنسبة للإجراءات هو قانون البلد المُتفَق على تطبيق قانونه بالنسبة للموضوع.

٢٠- عدم وجود اتفاق لتحديد الإجراءات يُفسَر على أنه اختيار ضمني من أطراف النزاع لجعل الاختصاص بها لقانون مكان التحكيم.

٢١- فى منازعات التجارة الدولية يتم اللجوء غالباً إلى مراكز وهيئات التحكيم الدائمة.

٢٢- قرر الباحث أن التحكيم هو الأساس في عقود نقل التكنولوجيا ذات الطابع الدولي ويكون اتفاق التحكيم جزءاً من هذه العقود، حيث يمكن القول: إن عقود نقل التكنولوجيا لا تخلو من اتفاق التحكيم لتسوية وفض المنازعات التي تنشأ عنها.

٢٣- نظراً لانتشار التحكيم في عقد نقل التكنولوجيا، والذي أصبح من مستلزماته تقريباً، قد يفرضه الطرف القوي، والذي يعد هو مورد التكنولوجيا، ويكون بالتأكيد طرفاً أجنبياً تابعاً لدولة أجنبية.

٢٤- لم يعد لأطراف العقد أي تقدير في اختيار القانون الواجب التطبيق، أو المكان الذي سيجري فيه التحكيم، وفقاً لما نص عليه المشرع المصري في قانون التجارة، وهو ما يجعل المستورد المصري ملتزماً بإعلام المورد الأجنبي بأحكام القانون المصري.

٢٥- المقصود بالقانون الواجب التطبيق هو القانون المصري بالمعنى العام، وليس مجرد النصوص الخاصة بعقد نقل التكنولوجيا، أي أن القانون الواجب التطبيق يخضع أيضاً للقانون المدني؛ والسبب في ذلك أن نصوص قانون التجارة المصري في خصوص عقد نقل التكنولوجيا لم تعالج الأحكام العامة واكتفت بمعالجة الأحكام الخاصة بعقد نقل التكنولوجيا.

٢٦- إن النظام العام يؤدي دوراً كبيراً في ميدان حرية الإرادة في الالتزامات العقدية، وذلك فيما يتعلق بحماية الطرف الضعيف، وهذا ماحدث في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فيما يتعلق بالتحكيم في عقد نقل التكنولوجيا، حيث تدخل المشرع بنصوص آمرة لحماية الطرف الضعيف وهو مستورد التكنولوجيا، والذي يكون دائماً في مركز تفاوضي أقل من المورد. وقد سارت المحكمة الدستورية العليا على النهج نفسه وحكمت بدستورية المادة ٨٧ من قانون التجارة.

٢٧- قرر الباحث أن الطرف المورد من ناحية الواقعية لا يمكن فرض تشريع معين ومكان معين عليه في خصوص تحكيم تجاري دولي، كما أن الطرف المتلقي لابد أن تكون له مساحة للاختيار بشكل أو بآخر، وقد أرشده المشرع بقاعدة قانونية لما يجب أن يسير فيه؛ حماية لمصلحته، وعليه كان يكفي أن تكون القاعدة القانونية المنصوص عليها قاعدة قانونية مكملة يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

٢٨- إن هذا التشدد في مسلك التشريع المصري بالتدخل بقاعدة آمرة قد لا يسعف المتلقي الذي تدخل أصلاً لمصلحته عند حدوث ضرر له، فقد يكون هذا التشدد نقمة وليس نعمة.

٢٩- إن الثابت من تشريعات الدول المتقدمة الموردة للتكنولوجيا أنها تتشدد في المسؤولية الناشئة عن مخاطر التكنولوجيا وفي قدر التعويضات، وهو ما لا يجعل هناك حاجة لتشدد المشرع المصري.

٣٠- على القائمين بإبرام عقود نقل التكنولوجيا مراعاة إضافة بنود بما يحقق أكبر قدر من الضمان لتعاقداتهم هدياً بالتشريعات المتقدمة التي اهتمت بهذا الضمان، وحققت قدراً كبيراً من حماية الطرف المتلقي وتحقيق غايته.

المراجع

- د.أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، الطبعة السادسة.
- د. أحمد محرز، العقود التجارية والإفلاس وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد، النسر الذهبى للطباعة، القاهرة، ٢٠٠١.
- م. د.أحمد محمود حسنى:
  - قضاء النقض التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
  - قضاء النقض البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- د.رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، كتاب التحكيم في الشيك، الكتاب الرابع، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٩.
- د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
- م.سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في المواد التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- د.سميحة القليوبي:
  - الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.
  - الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.
- د. عاطف الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
- د.عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- د.علي باشا خليفة، عقد النقل البحري في إطار القانون الدولي الخاص، الإسراء للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٥.

- د. فتحي والي:
  - التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠١٤.
  - قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦.
- د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون سنة نشر.
- د.محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠١١.
- د. محمود مختار بريري:
  - التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، طبعة ٢٠١٤.
  - قانون المعاملات التجارية الالتزامات والعقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨
- د.مصطفى الجمال، د.عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، الجزء الأول، ١٩٩٨.
- د.نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥.
- د.هاني سَريّ الدين، عقد نقل التكنولوجيا في ظل أحكام قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- د. هشام صادق: عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

المواقع الإلكترونية:

- موقع بوابة محكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg

The principle of the power of will in arbitration of technology transfer contract disputes and departures from it in accordance with Egyptian trade law

Dr. Aser Mohamed Abou Deif Amin*

Abstract:

Research Title: The principle of the power of will in arbitration of technology transfer contract disputes and departures from it in accordance with Egyptian trade law. **Research objectives**: Related to the research problem of the exception provided by the Egyptian legislator to arbitration in the technology transfer contract as an international commercial contract, and restricting the power of will in it. Method: The descriptive and analytical method. **Results Summary**: 1- In international trade disputes, permanent arbitration centers and are often resorted to. 2- Arbitration is the basis for technology transfer contracts of an international nature. 3- The parties of the contract don't have any discretion in choosing the applicable law, or the place in which the arbitration will take place, in accordance with what the Egyptian legislator provides in the Trade Law 4- What is meant by the applicable law is Egyptian law in the general, and not merely articles of the technology transfer contract. **Conclusion**: The research concluded that the strictness of the Egyptian legislative approach by interfering with a peremptory rule; Restricting the power of will to arbitrate in a technology transfer contract may not help the recipient in whose interest the intervention originally occurred when harm occurs to him. And those who conclude technology transfer contracts must take into account adding articles in a way that achieves the greatest degree of guarantee for their contracts.

Keywords: Technology Transfer Contract, Authority of Will, Applicable Law, International Trade, Commercial Arbitration.

* Commercial, Maritime & Aviation Assistant Professor - Faculty Of Law King Faisl University - Kingdom Of Saudi Arabia - Email: amamin@kfu.edu.sa

- Submitted: 3/11/2019, Accepted: 4/3/2020.

All Rights Reserved-Academic Publication Council-Kuwait University.

To Cite P.370

د.آســر أبوضيف، دكتوراة قسم القانون التجاري والبحري كلية الحقوق جامعة القاهرة، أستاذ مساعد بكلية الحقوق جامعة الملك فيصل، أول من أسس اتجاهاً تشريعياً لعمليات الترحيل للبضائع فى النقل البحري الدولي، ولوجستيات النقل البحري الدولى، عقداً، ومسئولية فى مصر والعالم العربي، وله أبحاث بالقانون التجاري والبحري بالعديد من الجامعات العربية، عمل كمدرس للقانون التجاري والبحري بالجامعات المصرية باللغتين العربية، والإنجليزية، عمل بالعديد من مؤسسات المحاماة الدولية، وشغل وظيفة رئيس للشئون القانونية بالخطوط الملاحية الدولية، عمل محامياً مستقلاً بالقضاء العالى، ومستشاراً تحكيمياً.

البريد الإلكتروني: amamin@kfu.edu.sa

للاستشهاد:

أمين، آسر. (٢٠٢٤). مبدأ سلطان الإرادة في تحكيم منازعات عقد نقل التكنولوجيا والخروج عنه وفقاً لقانون التجارة المصري- دراسة وصفية تحليلية. *مجلة الحقوق*، ٤٨ (٢)، ٣٣٣-٣٧٠.

To Cite:

Amin, Aser. (2024). The principle of the power of will in arbitration of technology transfer contract disputes and departures from it in accordance with Egyptian trade law. *Journal of Law*, *48*(2), 333-370.

JOURNAL OF LAW

A Refereed Academic Quarterly, Published by the Academic Publication Council - University of Kuwait

The principle of the power of will in arbitration of technology transfer contract disputes and departures from it in accordance with Egyptian trade law.

Dr. Aser Mohamed Abou Deif Amin

جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

P-ISSN: 1029 - 6069

E-ISSN: 2960 - 2742

No. 2 - Vol. 48

ThulHijjah 1445 - June 2024