الأسس القانونية لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه -دراسة في مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لعام ٢٠١١-

م.م حسنين جبار شكير
كلية القانون/ جـــــــــامعة واسط

مقدمة

بسبب تزايد التبادلات التجارية في الميدان الدولي بين الشركات والامم، اصبح التحكيم حاجة ملحة ينظر له باعتباره قضاء اصيلا للمنازعات الناشئة عنها. وقد ادركت الدولة العراقية الدور المتعاظم للتحكيم، وخصوصا بعد التحولات التي شهدها البلد، واهمها انتقاله من السوق الموجه الى السوق الحرة، وما صاحب ذلك من جلب للاستثمارات الاجنبية لغرض تحقيق التنمية الاقتصادية. فكانت تلك الظروف بمثابة المبرر الرئيسي للجوء الى التحكيم وتطوير احكامه في مشروع قانون يتبنى المبادئ السائدة في مجال حسم المنازعات ، ذات الطابع الدولي على وجه الخصوص . ورغم تأثر مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لعام ٢٠١١ بالاتجاهات السائدة بمسائل التحكيم ، الا انه لا زال حرياً بالدراسة والتقويم ، للاستفادة من الملاحظات التي ثبتها العاملون والمهتمون بالتحكيم على قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعدل لعام ٢٠٠٦، ومنها تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحكم فيه.

وتبرز اهمية البحث بالنظر الى تميز القواعد التي كرسها المشروع في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه، عن القواعد التي تحكم تنازع القوانين في مجال العقود ، سواء من حيث ارادة الاطراف في الاختيار او من حيث سلطة المحكم في تحديد قانون النزاع. فما هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحكم فيه؟ وما هو دور ارادة الاطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع في التحكيم التجاري الدولي؟ وهل يلتزم المحكم بما يلتزم به القاضي من قواعد ومبادئ لتحديد القانون الذي يحسم النزاع ؟ وما هو الاثر الذي يترتب على مخالفة المحكم لما تقرره ارادة الاطراف في الاختيار؟ . كل ما تقدم من الاسئلة سنحاول الاجابة عنها على وفق المنهج التحليلي في مبحثين ، نتناول في المبحث الاول تكريس حرية الاطراف في اختيار قانون النزاع ، وفي المبحث الثاني تكريس سلطة المحكم في اختيار قانون النزاع .

المبحث الاول- تكريس حرية الأطراف في اختيار قانون النزاع

يختلف التحكيم عن القضاء بأصله الاتفاقي، وانطلاقا من هذا الاصل يتاح لأطراف التحكيم اختيار القواعد التي تحكم موضوع النزاع. فتكاد لا تخلو لائحة من لوائح التحكيم او معاهدة دولية او قانون وطني متعلق بالتحكيم من نص على تطبيق القانون الذي يتفق عليه الاطراف في شان موضوع النزاع الذي يحل بالتحكيم، ولم يعد هذا الحل مستندا الى مطلق ارادة المتعاقدين بل صار يمثل احد مبادئ القانون الدولي الخاص التي تجيز للأطراف اختيار القواعد التي يرونها مناسبه لحكم علاقاتهم التعاقدية"[١]. وانسجاما مع هذا التوجه، فقد حرصت اللجنة التي وضعت مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لعام ٢٠١١[٢] على تكريس هذا المبدأ، حيث نصت المادة (٣٠) منه على:(تفصل هيئة التحكيم في النزاع المعروض عليها وفقا لما يلي

: اولا_ القواعد التي يتفق عليها الطرفان _ثانيا _ اذا اتفق الطرفان على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بقواعد تنازع القوانين، مالم يتفق على غير ذلك).

وبناء على ما تقدم، سنتعرض في هذا المبحث الى القواعد التي يختارها الاطراف في مطلب اول ولاختيارهم قانون دولة معينة ليحكم النزاع في مطلب ثان .

المطلب الاول – تطبيق المحكم للقواعد القانونية التي اختارها الاطراف

اوجبت المادة (١/٣٠) من المشروع اعمال المحكم للقواعد التي يتفق عليها الطرفان لتطبيقها على موضوع النزاع بهدف حسمه. الا ان نص المادة المذكورة رغم وضوحه في ايلاء الاولوية والاهمية لاختيار الاطراف للقواعد التي تحسم النزاع ، كان نصاً يشوبه الغموض من ناحية تحديد المقصود بالقواعد التي يختارها الاطراف فما هي القواعد التي ينصب عليها اختيار الاطراف لحسم نزاعهم امام المحكم ؟.

في معرض الاجابة عن التساؤل الماثل يمكن مواجهة فرضين ، الاول منهما يتمثل باحتمال اتجاه مقصد المشروع في المادة (١/٣٠) منه نحو القواعد القانونية السارية في دولة معينة . وبداهة نرفض هذا التفسير، لكون الفقرة الثانية من نفس المادة اوجبت على المحكم تطبيق القانون التابع لدولة معينة على موضوع النزاع عندما تتجه ارادة الاطراف الى اختياره ، مقيدا نفسه بالقواعد الموضوعية فيه ، وهو امر يجعل من وجود الفقرة الاولى عبثاً على فرض تفسيرها السابق. اما الفرض الثاني فهو يتمثل باتجاه نية واضعي المشروع الى اتاحة المجال لأطراف التحكيم باختيار قواعد لا تنتمي الى دولة معينة وانما قواعد موضوعية عبر دولية تكون متعددة المصادر. وهذا التفسير هو الاكثر قبولا عند الباحث. فالتطور الذي اتسمت به العلاقات الدولية وما لازم ذلك من الحاجة الى وجود حلول موضوعية تلائم المعطيات الجديدة لهذا التطور وتعمل على تلافي الاختلاف الناجم عن تباين التشريعات الداخلية ، ظهر اتجاه حديث سعى الى خلق بعض الاحكام الموضوعية لتحكم الروابط التعاقدية الدولية مباشرة بما يتمشى مع طبيعة هذه الروابط ويستجيب لأهدافها[٣].

هذه الاحكام الموضوعية كونت ما يعرف اليوم بقانون التجارة الدولية ، وكان هذا الاخير نتاج وجود مجتمع متماسك تقوم بين اعضاءه علاقات ومبادلات لها خصوصيتها وتنظيمها الذاتي[٤]. ذلك للنأي بعقود التجارة عن الاختلافات التشريعية القائمة بين دولة واخرى. وقد جاء في تقرير الامين العام للأمم المتحدة عام ١٩٦٥ تعريفا اجماليا لهذا القانون، حيث عرفه بانه: (مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص والتي تجري بين دولتين او اكثر)[٥]. وبيان ذلك انه من المتصور خاصة في مجال التجارة الدولية ان يضع الاطراف تنظيما خاصا وقواعد منتقاة تواجه على نحو واقعي ما قد ينشأ من منازعات، هم الاقدر على تصورها وعلى وضع ما يلائمها من حلول مبتكرة، ومن امثلة ذلك لجوء اطراف التحكيم الى المزج بين عدة مصادر فينشئون قانون عقدهم من مجموعة من القواعد المستخلصة من تشريعات وطنية او اجنبية[٦]، او اتفاقيات دولية او اعراف وعادات التجارة الدولية.

ان مصادر هذه القواعد ليس معدوماً في الواقع ، فهي تتقرر اما بالنصوص التشريعية ذات الطابع الوطني، ومن ابرز امثلتها القانون التشيكوسلوفاكي الصادر عام ١٩٦٣ والمتعلق بالروابط القانونية في العلاقات التجارية الدولية[٧] ، او في الاتفاقيات الدولية كاتفاقية فينا الخاصة بالبيع الدولي للبضائع لعام١٩٨٠.

كذلك ما تتضمنه العديد من التشريعات الحديثة في الدول النامية من قواعد قانونية متعلقة بمعاملة الاستثمارات الأجنبية . كذلك فان قضاء التجارة الدولية متمثلا بالتحكيم واوساطها المهنية كان له دور كبير في خلق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية. ففي مجال التحكيم يجد المحكم نفسه في كثير من الاحيان و لأسباب مختلفة مضطر الى حل النزاع على ضوء قواعد من خلق عادات واعراف التجارة الدولية ، قواعد تستقل بكيانها ومنابعها عن القوانين الوطنية ، ويترتب على ذلك ان يكون البنيان القانوني لقرار التحكيم منبت الصلة باي من القوانين الوطنية اي يكون طليقا الا من عادات واعراف التجارة الدولية[٨].

اما بالنسبة للممارسة المهنية فقد اوجدت تجمعات مهنية تضم اعداداً من المتعاملين في تجارة معينة عقوداً نموذجية ضخمة قائمة على تخصص نوعي معين من البضائع والمنتجات[٩] ، مثل عقد نقل التكنلوجيا والمساعدة الفنية وبناء المساكن الجاهزة على التسليم او على الانتاج والمشروعات ذات النشاط الاشعاعي وقد زامن ظهور هذا النوع من العقود اهتمام بالغ في البحث عن الظروف التشريعية والقضائية الملائمة لها، لان التشريعات الوطنية لم يعد باستطاعتها مواجهة هذه العقود ، فقواعدها وضعت لتنظيم عقود تقليدية[١٠].

وقد ذهبت محكمة استئناف باريس الى ان عادات التجارة التي استقرت في مجال بيع وشراء البصل، هي قواعد قانونية تطبق، حتى ولو لم يتفق الاطراف على ذلك صراحة ، ولا يمكن قبول الاعتذار بجهلها واذا كان من الممكن الاستناد الى الارادة الضمنية للأطراف في تطبيق تلك العادات –القواعد القانونية- فأساس ذلك هو ان هؤلاء الاطراف من المهنيين ، المفترض علمهم بعادات فرع التجارة التي يمارسونها[١١]. وعرفت قواعد القانون التجاري الدولي تعريفات عديدة منها انه: (ذلك القانون الذي يوضع مباشرة ومستقلاً عن كل قانون داخلي ، لبعض العلاقات القانونية بالنظر الى صفتها الدولية) [١٢]، وعُرف ايضاً بانه (مجموعة من القواعد والمبادئ والعادات المستمدة من الاوساط التجارية الدولية، والتي تتجدد بصفة مستمرة لحكم العلاقات بين المتعاملين فيها) [١٣]، وعرف ايضا بانه (مجموعة من المبادئ العامة والقواعد العرفية التلقائية ، والمشار اليها بدقة في نطاق التجارة الدولية دون الرجوع الى نظام قانوني خاص بدولة ما)[١٤]. وعرف ايضا بانه (قواعد فردية مستقلة بذاتها في بنيان قانوني من خلق مجتمعات التجارة الدولية)[١٥].

ومن مطالعة ما تقدم، يتبين ان ما يسمى بقانون التجارة الدولية يتكون من اعراف وعادات درج عليها المجتمع الدولي للتجارة والاعمال والتي تشكل بمجموعها قواعد تهتم بتنظيم الروابط العقدية في مجال المعاملات الدولية.

وقد ثار جدل في اوساط الفقه حول قانونية هذه القواعد، فهي تبدو من حيث الظاهر سواء بسبب اصل وجودها او كيفية تطبيقها مجرد عادات او تطبيقات تتم تلقائيا في اوساط المهنة، وهي بهذه المثابة لا تستأهل النظر على انها قواعد قانونية مجردة[١٦]، وهي لا تعدو ان تكون مجرد عادات اتفاقية ذات اصل تعاقدي ولا تلزم المتعاقدين بهذه المثابة الا بوصفها شروطا تعاقدية تضمنها العقد وهو ما ينفي عنها صفة العموم والتجريد وهي الصفات المسلمة في القاعدة القانونية[١٧]. كما انها لا تشكل بمجموعها نظاما قانونيا مستقلا بالنظر لافتقادها الجزاء القانوني المستقل عن كل تدخل من جانب الدولة[١٨]. فضلا عن ذلك، ان هذه القواعد التي تشكلت من مجموع اعراف وعادات التجارة الدولية ليست نتاجا لمجتمع يتسم بالقدر اللازم من الوحدة والتناسق ، لأنها تتسم بالغالب بطابع فني متخصص اكثر من اتسامها بالطابع القانوني فتختلف بهذا

الوصف من نوع من العقود الى اخر داخل اطار الحرفة او المهنة الواحدة مما يحد من عمومها[١٩]. على ان الاتجاه المتقدم لم يلق رواجا، لان احكام قواعد قانون التجارة الدولية لم تعد مجرد عادات اتفاقية وانما تحولت مع مرور الوقت الى اعراف ملزمة في كثير من المجالات ، واساس ذلك يكمن في ان تقنين العادات السائدة في الاوساط التجارية والمهنية في الشروط العامة للعقود النموذجية قد ادى الى تكرار اتباعها واستقرار العمل بمقتضاها ، فأصبحت بهذا الوصف ذات مضمون عام ومجرد في الوقت الذي شعر فيه المتعاملون في هذه الاوساط بأهميتها وضرورتها لتنظيم مجتمع التجارة الدولي[٢٠] .

اما من ناحية اكتسائها بصفات القاعدة القانونية، فيرد بعض الشراح على ذلك بان قواعد التجارة الدولية هي قواعد قانونية بالمعنى المتعارف عليه ويجب ان تلقى المعاملة ذاتها التي تلقاها القواعد المذكورة والنظر اليها كنظام قانوني مستقل وقائم في ذاته، وذلك تأسيسا على ان وجود هذه القواعد ما هو الا نتيجة لإرادة الاطراف الفاعلة في مجال المعاملات التجارية الدولية لحاجاتهم المشتركة وما يتطلبه تحقيقها من ضوابط[٢١]. فالتضامن والتعاون بين اعضاء التجارة الدولية اصبح متماسكا ليكون على نحو مواز لشركة او جمعية في دور التكوين، وهو امر يمكن التصور معه امكانية انشاء تلك الجماعة لقانونها الخاص وتطويره هذا من جانب ، ومن جانب اخر ثبت في الواقع وجود اجهزة تسهر في العمل على احترام القواعد السلوكية فيما يتعلق بالقانون الموضوعي للتجارة الدولية متمثلة بهيئات التحكيم التي تساعد على تقوية واستقلال المجتمع الدولي للتجار ورجال الاعمال[٢٢].

اما من حيث الجزاء، فقد رد البعض[٢٣] على ذلك بان الجزاء هو امر خارج عن القاعدة القانونية وليس ركنا فيها، فهناك قواعد قانونية معترف بها لم ينكر احد طبيعتها رغم عدم تمتعها بالجزاء الذي يكفل احترامها مثل قواعد القانون الدستوري ، فالجزاء عنصر اضافي لفعالية القاعدة القانونية وليس عنصرا لوجودها . هذا فضلا عن وجود جزاء ذاتي في نطاق قانون التجارة الدولية يمتاز بالاستقلالية التي تضمن احترام قواعده، وتلك الجزاءات الذاتية متنوعة منها جزاءات نقدية تتمثل بالمبالغ التي يدفعها الطرف المخالف للالتزام التعاقدي ، وجزاءات معنوية كنشر واذاعة عدم تنفيذ حكم التحكيم واسقاط العضوية من المنظمة التجارية التابع لها الفرد[٢٤]. وعلى اساس ما تقدم ، يمكن رد هذه القواعد الى نظام قانوني قائم بذاته ينظم مصالح مشتركة مترابطة ، رغم انه نظام غير وطني مستقل عن الانظمة القانونية الوطنية.

وبهذه المثابة فان المحكم عند تطبيقه لقواعد قانون التجارة الدولية على موضوع النزاع ، فانه لا يمارس تحكيما وديا او يقوم بمهمة الوسيط او الموفق بين الاطراف المتنازعة ، بل يكون تحكيما على مقتضى القانون وهو قانون التجارة الدولية، ذلك لان قواعد واعراف وعادات التجارة الدولية هي قواعد ملزمة لأطراف هذه التجارة، رغم ان مصدر الالزام فيها لا يتخذ ذات الشكل في القواعد القانونية التي تضعها الدولة. وتجدر الاشارة الى ان المشروع لم يضع جزاءً معيناً لمخالفة المحكم لالتزامه، بتطبيق القواعد التي اختارها الاطراف، الامر الذي يترتب عليه امكانية قبول تنفيذ الحكم التحكيمي، رغم استبعاد القواعد واجبة التطبيق، وهو امر يشكل خروجاً عن المبادئ الحاكمة للعلاقات الدولية الخاصة في مجال منازعات العقود.

المطلب الثاني – تطبيق المحكم لقانون دولة معينة اختاره الاطراف

نصت المادة (٢/٣٠) من المشروع على انه :(اذا اتفق الطرفان على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بقواعد تنازع القوانين ، مالم يتفق على غير ذلك). من مطالعة النص المتقدم يتضح ان المشروع يتبنى مبدا سلطان الارادة فيما يتعلق بالقواعد الحاكمة للنزاع ، هذا المبدأ الذي يحمل بين جوانبه حرية الاطراف في الاختيار المشترك بينهم للقانون المطبق على عقدهم[٢٥]، ويسمى (بقانون الارادة) ويعرف بانه "القانون الذي يختاره الطرفان ليحكم علاقتهما العقدية وليكون مصدرا للقواعد التي تحكمها ولو كان قانون اخر هو الواجب التطبيق عند عدم اختيار الطرفين لذلك القانون[٢٦]. ويترتب على الايضاح المتقدم التزام المحكم وتقييده بهذا القانون بكل قواعده وفقا لمصادره وبالترتيب او التسلسل المقرر فيه[٢٧]. ويتم اختيار هذا القانون عن طريق احد نصوص العقد محل النزاع او بمقتضى مشارطة تحكيم مستقلة[٢٨]، ولا يشترط ان يكون هذا القانون وطنيا كما يجوز ان يكون اجنبيا اي ان يكون مغايرا للقانون واجب التطبيق على النزاع في حالة عدم اختيار الاطراف لأي قانون، كما يكون لهم اختيار قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم[٢٩].

وهذا الامر تقره الانظمة القانونية في مجال التحكيم على الصعيدين الداخلي والدولي[٣٠]، وهو يمثل مبدا مخالفا للمبدأ السائد في الفروض التي يطرح فيها النزاع على القاضي الوطني . فالمحكم يكون اكثر تحررا من القاضي في هذا المجال ، ويجد هذا التحرر اساسه في قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص لدى قضاء التحكيم تخول لأطراف الرابطة العقدية حق تنظيمها وفقا لما يجدونه مناسباً من اشتراطات تعاقدية ، بما في ذلك حقهم في اختيار قانون دولة معينة تتولى احكامه تنظيم العلاقة بين المتعاقدين ، فالمحكم رغم ادراكه لوظيفته القضائية الا انه يشعر بحقيقة انه يستمد اختصاصه القضائي من ارادة الخصوم، فان كان موقع القاضي يسمو على العقد الدولي محل النزاع واطرافه مما يسمح له اخضاعه لقواعد تنازع القوانين فان المحكم على العكس يجد مكانه في نظام من صنع الاطراف ويستمد اختصاصه من ارادتهم[٣١] .

وترتيبا على ما تقدم، فان المحكم لا يكون ملزما بتوطين العقد عندما يختار اطراف النزاع قانونا ما لينطبق على العقد على العكس من القاضي تماما . فالقاضي ملزم بان يطبق القانون الذي اختاره الاطراف ، وان كان اطراف النزاع في العقد الدولي ، قد اختاروا قانوناً اجنبياً لينطبق عليه، بشرط ان يكون متصلا بالنزاع بوجود رابطة جدية ما بين العقد وبين القانون المختار[٣٢].

وبالرجوع لنص المادة (٢/٣٠) من المشروع نجدها قد كرست مبدا الحرية الكاملة للأطراف في اختيار اي قانون يرونه مناسبا لحكم علاقتهم العقدية ، فالمشروع لم يشترط لإعمال مقتضى حرية الاطراف وجود رابطة او صلة بين العقد وبين القانون الذي اختاره الاطراف ، فلا هو قانون مكان الانعقاد، ولا هو قانون التنفيذ ، ولا اي قانون اخر على صلة بالنزاع، ذلك ان الاطراف عندما تختار قانونا لبلد ما لا علاقة له بالعقد الذي نشأ عنه النزاع فهي في الغالب تهدف الى اختيار قانون "محايد" او قانون "متطور" في احكامه[٣٣]. ويظهر من صياغة نص المادة (٣٠) ان المشروع يفرق عند تحديد ما يطبقه المحكم على موضوع النزاع بين (القواعد التي يتفق عليها الطرفان) من جهة، وبين اتفاقهما على (تطبيق قانون دولة معينة من جهة اخرى) اذ ان المقصود بالأخيرة هي القواعد الموضوعية السارية في دولة ما والتي يختارها

الاطراف لتنطبق على النزاع بتفضيلها على غيرها من القواعد الوطنية المماثلة في مختلف الدول ، وذلك لميزة تمتاز بها، سواء من حيث حياديتها، او من حيث تطورها بمحاكاة نوع من العلاقات القانونية غير المعروفة في كل الانظمة القانونية.

اكثر من ذلك، يتضح من مطالعة نص الفقرة الثانية من المادة ذاتها من المشروع انه لم يقيد ان تكون القواعد التي يطبقها المحكم والتي تمثل القانون المختار منتمية جميعها لقانون واحد، فبإمكان الاطراف الاتفاق على ان يفصل المحكم في النزاع طبقا لعدة قواعد مستمدة من اكثر من قانون وطني[٣٤]. فبإمكان الاطراف مثلا ان يخضعوا الجوانب المتعلقة بالآثار لقانون اخر، ان هذا الحل ورغم ما يترتب عليه من صعوبات عملية لا اشكال فيه ولا معقب على المحكم في ذلك التطبيق[٣٥] . ولان بعض عقود التجارة الدولية تتصف بطول مدد تنفيذها لما لها من طبيعة خاصة ، فقد تتغير احكام قانون الدولة التي يتوجب على المحكم تطبيقها على النزاع بناء على اختيار الاطراف لها، ذلك اما بإلغائها او بتعديلها، فتنشأ لدى المحكم صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع ، فهل يكون القانون السائد وقت انعقاد العقد هو المختص بحكم العلاقة محل النزاع؟ ام القانون السائد وقت انعقاد هيئة التحكيم هو المختص بحكم العلاقة محل النزاع؟.

وتتوقف الإجابة عن هذا التساؤل، على ما إذا كان الأطراف قد ضمنوا اتفاقهم شرطا يقضي بتجميد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم، فيما يسمى بشرط الثبات التشريعي، أم خلا اتفاقهم من مثل هذا الشرط، فلو أن الأطراف لم يضمنوا اتفاقهم مثل هذا الشرط، فإن على هيئة التحكيم تطبيق القانون الوطني المختار بالحالة التي هو عليها وقت أن دعيت المحكمة لإصدار هذا التحكيم، أما إذا تضمن الاتفاق هذا الشرط فإن القانون الواجب التطبيق، يكون هو ذلك الموجود وقت انعقاد اتفاق الاستثمار[٣٦].

ولعل مما تجدر الاشارة اليه ان اختيار الاطراف لقانون النزاع قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، والاختيار الصريح يأتي في صالح كل الاطراف في خصومة التحكيم ، اذ يسهل مهمة المحكم المخول بالفصل في النزاع ، حيث يكون القانون الذي يحكم جوهر النزاع واضح امامه لا يكلفه عناء البحث والخوض في الارادة الضمنية. بذلك يلتزم المحكم بتطبيق القانون المختار صراحة من قبل كل الاطراف فينسجم تنفيذ المحكم لالتزامه الماثل حينئذ مع صالح اطراف التحكيم ، حيث يتوقع كل منهم القانون المطبق عليه بناء على اختياره الذي تم اثناء التعاقد[٣٧]. فالمتعاقدون يرغبون في التنفيذ الودي لالتزاماتهم المتبادلة ولا مانع في ذلك من ان يعدوا مسبقا القواعد القانونية التي تساعد على حل ما يمكن ان يثور مستقبلا من منازعات حول عقدهم[٣٨].

ولا تثار مشكلة اذا كان الاطراف قد اختاروا قانونا لحكم نزاعهم بشكل صريح، لكن المشكلة الحقيقية التي تواجه المحكم وتقف عقبةً كؤودً في طريق الحل هي عدم اتفاق الاطراف على الاختيار الصريح لقانون معين ، الا ان ذلك لا يعني انتهاء كل دور لهم حيث تكون لهم ارادة ضمنية تتجه نيتهم من خلالها ، ويقع عبء اكتشافها على عاتق المحكم وذلك من خلال القرائن التي تكشف عن الارادة الضمنية للأطراف ومن هذه القرائن اللغة المستعملة في العقد او في التحكيم او المكان الذي اتفق على اجراء التحكيم فيه ، كما ان استخدام اصطلاحات مقررة في قانون معين يدل على اتجاه ارادة المتعاقدين نحو تطبيق هذا القانون على

العقد في مجموعه وكذلك يمكن استخلاص الارادة الضمنية للأطراف من التجائهم الى مركز تحكيم يعتنق لائحة معينة او بارتباط العقد بعقود اخرى تخضع لقانون معين[٣٩].

والتساؤل الذي يبرز في هذا الصدد، ما هو مصير حكم التحكيم حينما يستبعد المحكم قانون الدولة التي اتفق الاطراف على تطبيقه على النزاع؟[٤٠]. الواقع ان جواب السؤال الماثل ، يتوقف بالدرجة الاولى على معرفة ما اذا كان مشروع قانون التحكيم العراقي يعد استبعاد القانون الواجب التطبيق على النزاع سببا لبطلان الحكم التحكيمي او سببا لرفضه؟ . بالرجوع لنص المادة (٣٨) الخاصة بالشروط الموضوعية للطعن ببطلان الحكم التحكيمي والمادة (٤١) الخاصة بالشروط الموضوعية لطلب تنفيذ الحكم التحكيمي ، نجد ان المشروع لم يكرس حكما لفرض مخالفة المحكم للقانون الذي يحكم النزاع . وهذا الموقف يأتي على العكس مما هو معمول به في بعض الانظمة القانونية التحكيمية[٤١].

ان خلو مشروع قانون التحكيم من جزاء يفرض على المخالفة التي يرتكبها المحكم باستبعاد قانون النزاع ، يمثل مشكلة خطيرة . فلا قيمة لإعطاء الاطراف حرية اختيار القانون الذي يرونه مناسبا ، وسلطة المحكم تجاهه مطلقة ، حيث لا معقب عليه في ذلك. ويترتب على ما تقدم ، بقاء امكانية تغيير القانون الواجب التطبيق على النزاع متاحة للمحكم ، وتبعا لذلك يتغير الحكم بنتائجه التي توصل اليها المحكم. وقد يقول قائل، دفاعا عن المشروع في موقفه السابق ، بان بالإمكان ابطال حكم التحكيم الذي بنيت نتائجه على احكام قانون مغايرة للقانون الواجب التطبيق على النزاع، ورفض تنفيذه بمقتضى المادة (٣٨) بدلالة المادة (٤١) حين جعل المشروع اسباب البطلان هي ذاتها اسباب رفض التنفيذ- بناء على الفقرة الرابعة من المادة (٣٨) التي جاء فيها :(لا يجوز الطعن في قرار التحكيم امام المحكمة المختصة الا بطلب ابطال يقدم في احدى الحالات الاتية : رابعا – اذا تناول قرار التحكيم مسائل لم يتضمنها اتفاق التحكيم او جاوز حدود هذا الاتفاق) . يرى الباحث ان الاحتجاج بهذه الفقرة لطلب ابطال حكم تحكيمي استبعد فيه القانون الواجب التطبيق على النزاع ، هي ليست خاصة بهذا السبب بالتحديد . كما انها تفتح الباب لمناقشة النزاع مرة اخرى امام المحكمة المختصة المطلوب منها ابطال الحكم او رفض تنفيذ ، وهي صلاحية لا يتسنى للقاضي المختص ممارستها .

المبحث الثاني- تكريس سلطة المحكم في اختيار قانون النزاع

اذا اتفق الاطراف على قانون يحسم به النزاع فلا تثور مشكلة في الامر، فالقانون محدد سلفا وكل ما على المحكم هو تطبيق ذلك القانون الا ان المشكلة الحقيقية التي تثار عند غياب ارادة الاطراف للقانون الواجب التطبيق على النزاع موضوع التحكيم ، فوفقا لأي قانون يقرر المحكم حسم النزاع ؟ .

لم يترك المشروع هذه المشكلة دون حل ، فقد اوكل للمحكم مهمة حسم النزاع باختياره لقانون دولة معينة شريطة اتصاله بالنزاع ، كما سمح للمحكم حسم النزاع بمقتضى قواعد العدالة والانصاف. فقد نصت المادة (٣٠) من المشروع (ثالثا _ اذا لم يتفق الطرفان على القواعد او القانون الواجب التطبيق طبقت هيئة التحكيم القواعد في القانون الذي ترى انه الاكثر اتصالا بموضوع النزاع رابعا_ يجب ان تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والاعراف التجارية المتبعة في نوع النشاط _خامسا _لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع ، وفقا لقواعد العدالة والانصاف الا اذا اتفق الطرفان على

ذلك كتابة). وعليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نتطرق في الاول الى تطبيق المحكم للقانون الاكثر اتصالا بالنزاع، وفي المطلب الثاني نتعرض لحسم النزاع وفقا لقواعد العدالة والانصاف .

المطلب الاول – تطبيق المحكم للقانون الاكثر اتصالا بالنزاع

نصت المادة (٤/٣٠) من مشروع قانون التحكيم العراقي على: (اذا لم يتفق الطرفان على القواعد او القانون الواجب التطبيق طبقت هيئة التحكيم القواعد في القانون الذي ترى انه الاكثر اتصالا بموضوع النزاع) . من مطالعة النص المتقدم ، يتضح ان المشروع ترك للمحكمين حرية اختيار القواعد القانونية التي تفصل في النزاع ، ولكن هل تكون سلطة المحكم في هذا الاختيار طليقة ام مقيدة ؟ .

تجدر الاشارة قبل الاجابة عن التساؤل السابق اثارته، الى ان الفرض الماثل يلقي على عاتق المحكم الدولي عبء التصدي لحل هذه المشكلة ليمارس دورا خطيرا يجعل من التحكيم باسره نظاما مرهونا بعملية الاختيار ، اذ من المحتمل ان يتعرض الحكم الذي يصدره المحكم للبطلان ولعدم التنفيذ على السواء ، حين مجانبته تطبيق القانون الانسب بكونه القانون الاكثر اتصالا بالنزاع. وفي مقابل هذه المسؤولية، يتسم هذا المنهج بالمرونة قياسا بالمنهج التقليدي المتمثل بحل تنازع القوانين عبر قواعد الاسناد . وتتجسد هذه المرونة في المركز القانوني للمحكم باعتباره قاضي خاص ، فلا يوجد قانون اختصاص (قانون القاضي) بالنسبة له ، فاذا كان القاضي الوطني مقيدا باتباع القواعد القانونية لقانون دولته التي يصدر احكامه باسمها ويتعين عليه اتباع قواعد الاسناد التي يكرسها هذا القانون التي تقوم بوظيفة ارشاده الى القانون الواجب التطبيق على النزاع. فان كان الامر كذلك بالنسبة للقاضي الوطني ، فان هذا الدور لا يستقيم مع مهمة المحكم وبالتالي يكون منتفياً بالنسبة له ، لأنه ليس له قانون اختصاص ولا يصدر قراره باسم هذه الدولة او تلك[٤٢] .

وتأسيساً على ما تقدم، فان المحكم يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في اختيار قانون النزاع ، واذا كان الامر كذلك ، فان هذه السلطة والحرية التي يتمتع بها المحكم هي ليست طليقة ، بل مقيدة باختيار القانون الاكثر ملائمة للنزاع دون الرجوع لقواعد الاسناد في اي دولة من الدول ، ويسمى هذا المنهج بالطريق المباشر[٤٣].

وقد لاحظ جانب من الفقه[٤٤] ان الاعتماد على هذا المنهج ، في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع بطريقة مباشرة ، من شأنه ان يغيب الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على النزاع . لذا فمن الافضل للمحكم ان يكون على حذر في تطبيق الارادة الصريحة ، فان لم توجد ، فعليه التفتيش عن الإرادة الضمنية ، لان اختيار الاطراف هو قطب الرحى بالنسبة للقانون الذي يحسم به النزاع.

ووفقا لما ذكر من معطيات، يبقى التساؤل مطروحا في هذا الصدد: ما هو القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه وفق هذا المنهج؟. قيدت المادة (٣/٣٠) من المشروع اختيار المحكم للقانون الذي ينطبق بشكل مباشر على موضوع النزاع بوجوب ان يكون هذا القانون هو الاكثر اتصالا به دون تحديد ضوابط لهذا الاتصال ، تاركا الامر لمطلق تقدير المحكم لما يراه من قانون انسب او اكثر اتصالا بالنزاع.

الواقع ان القانون الاكثر اتصالا بالنزاع يتميز بالنسبية ، لأنه يختلف باختلاف ظروف النزاع التي تعكس الصلة بين النزاع والقانون الملائم [٤٥]. وفي هذا الصدد يذهب جانب من الفقه [٤٦] الى ان المبادئ التي يستند اليها التحكيم في هذا الفرض والتي من اهمها استقلال المحكم الدولي عن جميع الانظمة القانونية

وحريته في تحديد وتطبيق قانون العقد الدولي ، هذه المبادئ ادت وتؤدي الى نشوء "مخلوق جديد " ينجم عن التطبيق "المجمع" او "الجمعي" لعدد من قواعد القانون الدولي الخاص للعقود وللأسس التي يقوم عليها التحكيم الدولي ، ويطلق على هذا المخلوق الجديد تسمية "العدالة التحكيمية بدون قواعد قانونية " ، لان العدالة - وفقا لهذا الاتجاه- الناتجة عن حكم المحكم هي عدالة شخصية ، حيث يكون بإمكانه ان يحسم النزاع المطروح امامه بدون الاستناد الى قواعد قانونية معيارية بالمعنى الفني الدقيق ، وبذلك يقوم المحكم بمهمة خلق الحل الذي يحسم به النزاع . وتتيح له هذه المكنة اختيار القواعد القانونية التي تحويها الانظمة القانونية المختلفة، وتعد هذه الاخيرة بالنسبة للمحكم بمثابة "موديلات" او "نماذج" يختار من بينها ما يتفق مع ميوله ومعتقداته وفكرته الشخصية عن العدل والعدالة .

ورغم التسليم بحرية المحكم في اختيار حسم النزاع وفقا للقانون الذي يراه على صلة به اكثر من القوانين الاخرى المتزاحمة، الا ان الباحث يرى ان الاتجاه سالف الذكر لا يمكن قبوله على اطلاقه ، لان المحكم لا يملك حسم النزاع وفقا لمعايير العدالة التي يراها هو حسب مقتضيات كل نزاع على حدة مالم يكن مخولا بالصلح من قبل الاطراف، وهذا بالتالي يحتم عليه ان يحسم النزاع وفق قواعد قانونية معينة .

وفي اتجاه ثان يذهب بعض الفقه[٤٧] الى ان المحكم مخير بتطبيق القواعد التي يراها ملائمة للنزاع سواء كانت هذه القواعد هي المبادئ السائدة في القانون الدولي الخاص او يعمد الى تطبيق قواعد تنازع القوانين المتصلة بالنزاع المطروح تطبيقا جمعيا او شاملا، لكنه في جميع الاحوال مقيد باختيار القواعد التي تستجيب بصورة امثل للتوقعات المشروعة للأطراف، لان هذه الاخيرة هي محور ارتكاز المحكم الدولي ومهمته الاساسية حينما يحسم النزاع ، وعلى المحكم وهو في سبيل اختيار قواعد تكرس التوقعات المشروعة للأطراف ان يضع في الاعتبار اعمال قواعد البوليس والقواعد الامرة.

ورغم وجاهة الرأي المتقدم، الا ان الباحث يرى انه ليس من السهل على المحكم الوقوف على القانون الذي يحقق التوقعات المشروعة للأطراف، الذي يؤكد صعوبة هذا الفرض ، ان عدم اختيار اطراف التحكيم لقانون ما – صراحةً او ضمناً – منشؤه صعوبة توقع تحقيق مصالحهم المتنازعة تحت مظلة اي قانون ، تاركين هذا الامر لقرار المحكم في هذا الخصوص. فاذا كان الوضع كذلك بالنسبة للأطراف، فكيف بالنسبة للمحكم الذي انيطت به مهمة الفصل بالنزاع وهو طرف خارج عنه؟ .

وفي رأي اخر يرى جانب من الفقه ان المحكم قد يجد نفسه مخيرا في تطبيق احد الخيارات الاتية:-

اولا:- المبادئ القانونية المشتركة :- ووفقا لهذا الاختيار يطبق المحكم المبادئ القانونية المشتركة بين الامم المتمدينة والمتعلقة بعقود التجارة الدولية ، وبهذا التطبيق يخرج المحكم موضوع النزاع من حكم القوانين الوطنية فيما لو سكتت الاعراف والعادات الدولية عن تقديم حل للنزاع المطروح على المحكم[٤٨]. ويلاحظ الفقه وبحق انه ليس من السهل الوصول الى حل مستخلص من المبادئ المشتركة بين الامم في مجال العلاقات التجارية الدولية ، هذا فضلا عن عدم كفايتها لإعطاء حل في مسائل عديدة الامر الذي يحتم الرجوع لقواعد الاسناد بشأنها مثل الاهلية وعيوب الارادة وتقادم الالتزام والمدة التي يجب اعلان البائع فيها بالعيوب الخفية [٤٩].

ثانيا:- القواعد الموضوعية لقانون وطني:- تتيح المادة (٣/٣٠) من المشروع للمحكم اختيار قانون وطني لأحدى الدول ليطبق على النزاع بشرط ان يكون هو القانون الانسب للنزاع وهو لا يكون كذلك ما لم يكن القانون الاكثر صلة بالنزاع . وامام مرونة نص المادة (٤/٣٠) من المشروع قد يجد المحكم ان القانون الاكثر اتصالا بالنزاع هو قانون مكان تنفيذ العقد او قانون محل ابرامه او قانون بلد المصدر او قانون بلد المستورد او قانون بلد جنسية الطرفين او قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم او الدولة التي يوجد فيها فرع الشركة المرتبطة بالعقد المتضمن شرط التحكيم، وهو الحل المكرس تطبيقا[٥٠] وتنظيرا[٥١]. وفي اتجاه اخر نرجحه، يذهب جانب من الفقه[٥٢] الى ان المحكم في سبيل تحديده للقانون الاكثر اتصالا بالنزاع عليه ان يستند الى تركيز النزاع تركيزا موضوعيا بتحديد طبيعته الذاتية، وذلك من خلال تحديد محل تنفيذ الاداء المميز في الرابطة العقدية اي الالتزام الجوهري مصدر الرابطة العقدية . وهو يتجاوب مع التوقعات المشروعة للأطراف في شأن العلم بالقانون الذي يحكم العقد موضوع النزاع .

وتطبيقا لذلك، اعتبرت هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية في فرنسا ان مجرد توقيع العقد في باريس وان الفرنك الفرنسي هو عملة الدفع في العقد محل النزاع ، ومقر التحكيم في فرنسا ولغة التحكيم هي الفرنسية، وجنسية المدعي هي الجنسية الفرنسية، كل هذه العناصر لا تبرز طابعا مهما بما فيه الكفاية لاستنتاج ان الاطراف اختاروا بشكل ما ولو ضمنا القانون الفرنسي ليحكم عقدهم ، لذا واعمالا لمعيار القانون الاكثر صلة بالنزاع هو القانون الانسب له ، طبقت هيئة التحكيم القانون التركي باعتباره قانون مقر عمل المدعى عليه الذي يقوم بالأداء المميز[٥٣] .

وتجدر الاشارة الى ان المحكم في تحديده للقانون الانسب للنزاع ، يتقيد بما تمليه المادة (٤/٣٠) من المشروع. حيث يتوجب ان يراعي في هذا التحديد شروط العقد التي تواضع عليها الاطراف ، والعرف التجاري السائد وقتئذ. واستنادا لما تقدم ، قضي بأن "يحدد المحكم النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختارها الاطراف، واذا فشل الاطراف في القيام بمثل هذا الخيار، يفصل المحكم في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يراها مناسبة، ويجب على المحكم في هذا الشأن، ان يأخذ في الاعتبار الاعراف التجارية ذات الصلة"[٥٤] .

والسؤال الذي يطرح بعدما تقدم بيانه، هل بالإمكان طلب المحكوم عليه بطلان حكم التحكيم او رفض تنفيذه لاستبعاد المحكم القانون الاكثر اتصالا بالنزاع؟ . لم يكرس المشروع حكما لهذا الفرض، لذا يعتقد الباحث انه لا يمكن الطعن بالبطلان وطلب رفض تنفيذ حكم التحكيم الذي جانب القانون الانسب للنزاع، لان المشروع منحه سلطة تقديرية في هذا الشأن ، ولعدم اعتبار استبعاد هذا القانون سببا مبررا للطعن بالبطلان ولرفض التنفيذ . والتوصل لهذه النتيجة امر متوقع، خصوصا في غياب المعيار الذي يستند اليه المحكم للوصول الى القانون الاكثر اتصالا بالنزاع في مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي .

المطلب الثاني – تطبيق المحكم لقواعد العدالة والانصاف

اتاح نص المادة (٥/٣٠) للمحكم ممارسة سلطته في حسم النزاع وفقا لقواعد العدالة والانصاف اذا ما اتفق الطرفان على تخويل المحكم بتلك السلطة، فيكون حسم النزاع وفقا لقواعد العدالة والانصاف بدون ان تكون هناك ضرورة للرجوع الى قواعد قانونية اخرى. لكن ما المقصود بقواعد العدالة محل التطبيق في هذا الفرض؟.

يعرف البعض قواعد العدالة في مجال التجارة الدولية بانها : (مجموع الافكار والمفاهيم التي تسود لدى الاوساط التجارية ، وتستقر في ضمائر افرادها عما هو حق او عدل)[٥٥] . "فالمقصود بالعدالة التي يستلهم منها المحكم الحل الواجب الاتباع في حالتنا ليس هو العدل المطلق، وانما هو مفهوم العدل كما يعرفه مجتمع التجارة والمال . فالقاضي او المحكم، اذ يستلهم العدل المطلق ليخلق حلا يواجه به النقص في التشريع او القانون بصفة عامة ، فهو يقوم بما كان يقوم به المشرع فيما لو تبين هذا النقص . اي انه يقدم حلا وضعيا مستلهما من القانون الطبيعي ، اي نوعا من العدل المصنوع"[٥٦]. فهو يقوم بعمل "انشائي"[٥٧] خلاق ، حيث يكون مخولا السلطة من الطرفين في ان "يشرع" بنفسه حلا فرديا للنزاع قد يطابق الحلول التي يقدمها القانون للنزاعات المماثلة للنزاع المطروح عليه وقد لا يطابقها ، وهذا لا يتأتى الا من وجود ثقة عالية لدى اطراف النزاع بالمحكم[٥٨]. فيسمى المحكم في هذه الحالة "المحكم الطليق"[٥٩] ، ويسمى التحكيم من هكذا نوع "التحكيم بالصلح"[٦٠] او "التحكيم المطلق"[٦١] .

ويؤيد الباحث ما يذهب اليه البعض[٦٢] من ان اعطاء المحكم سلطة الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والانصاف ، يتضمن صياغة شديدة المرونة، لان ايلاء المحكم هكذا سلطة من قبل اطراف التحكيم الذي اختاروه ينم عن ثقة عالية في شخصه ، ذلك لان مفهوم العدالة مفهوم نسبي ، ويتأثر بالنهاية بثقافة واخلاق وديانة ووسط المحكم الاجتماعي، وهي سلطة من الخطورة بمكان لدرجة ان المشرع اشترط لتحقيق العدالة في الفرض الماثل اقترانه بالإنصاف ، لان تحقيق العدالة قد لا يكون منصفا .

ومطالعة التطبيقات القضائية، تنبئ عن اعتراف القضاء بالحرية الكاملة للمحكم في تقدير الحل للحاسم للنزاع وفق مبتنيات الانصاف بالوسائل التي يرتئيها. فقد قضي "وحيث ان التحكيم هو مطلق ، لذلك يتعين على المحكم المعين ان يحكم بمقتضى الانصاف، ويمكن للمحكم المطلق اضفاء الطابع المنصف على الحل الذي يقرره للنزاع المطروح عليه ، وبالتالي اعتماد المستندات التي تخدم هذا الحل دون سواها من المستندات المبرزة ، ويقتضي رد ما ادلي به خلاف ذلك ... وليس لمحكمة الاستئناف ان تراقب كيفية تفسير القانون من قبل المحكم او كيفية تطبيقه للقاعدة القانونية او كيفية تفسير المستندات او استخراج النتائج التي توصل اليها القرار التحكيمي"[٦٣].

يتضح مما تقدم، ان اعطاء المحكم سلطة الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والانصاف يهدف في الواقع الى تحرير المحكم من التقيد بأية نصوص تشريعية او قواعد قانونية أيا كان مصدرها ، ليقوم بنوع من التسوية العادلة للنزاع، مصدرا حكمه وفق معطيات العدالة ودوافع الضمير[٦٤] .

ويعرف هذا النوع من التحكيم بانه "ذلك التحكيم الذي تخول فيه الاطراف لهيئة التحكيم الفصل في المنازعة لمبادئ العدالة والانصاف دون التقيد بالقواعد القانونية "[٦٥]. ووفقا للوصف المتقدم ، فان البنيان القانوني للقرار الذي يصدره المحكم منبت الصلة باي من القوانين الوطنية ، ويفترض هذا الامر بان اطراف التحكيم يستطيعون تخطي كل امكانية لربط العقد التجاري الدولي بنظام قانوني معين ومن ثم استبعاد اي قانون ليحكم العقد محل النزاع[٦٦] .

ولا يتاح للمحكم حسم النزاع بمقتضى قواعد العدالة والانصاف الا اذا كان مخولا بشكل صريح بذلك من قبل الاطراف[٦٧]. فالإرادة لا تعقد السلطة للمحكم في هذا النوع من التحكيم ، ما لم يكن معبرا عنها بشكل صريح وواضح[٦٨]، حيث لا يكون دور للإرادة الضمنية في هذا الصدد.

ان ما يدفع اطراف التحكيم الى حل نزاعهم بالتحكيم بالصلح عبر تخويل المحكم بتطبيق قواعد العدالة، هو ان قواعد القوانين الوطنية قد تضيق او لا تصلح لإعطاء حل عادل للنزاع بسبب تعقد العلاقات القانونية الناشئة من العقد او مجموعة العقود محل النزاع او تعدد اطرافها او اختلاف مراحل تنفيذها ، وبهذه المثابة فان العدالة في التحكيم بالصلح ليست وسيلة لتفسير نصوص العقد او القوانين ولا هي وسيلة لحل تنازع القوانين او للحكم في النزاع وانما هي غاية يسعى اليها المحكم الطليق[٦٩]. ففي ظل التحكيم بالصلح لا يقصد الطرفان من تخويل المحكم مهمة التحكيم بالصلح تعطيل تطبيق القانون الوطني الذي كان يحكم النزاع اصلا بزعم عجز هذا القانون عن اعطاء حلول عادلة ، بل يقصدان اتاحة الفرصة للمحكم الطليق البحث عن الحل العادل للنزاع المعروض عليه ولو لم يستمده من هذا القانون [٧٠].

ويتجه جانب من الفقه[٧١] الى تأسيس سلطة المحكم بالصلح في تطبيق قواعد العدالة بعيدا عن اي قانون على اساس التنازل عن حق شخصي وهو الحق في الحصول على حماية القانون مع التقيد بالنظام العام. والتنازل بهذه المثابة لا يمكن ان يمتد الى القانون وقواعده لأنه ليس ملكا للأطراف ، والذي يملك التنازل هو المحكم وحده ، فهو "المشرع" الذي باستطاعته النص على تخليه عن قانون معين او الغائه او احلال اخر محله . فالتنازل المقصود بهذا الوصف ليس تنازلا من احد الطرفين للطرف الاخر ، بل هو تنازل مشترك من الطرفين لشخص ثالث هو المحكم[٧٢].

ويؤسس جانب اخر من الفقه[٧٣] عملية التحكيم بالصلح على اساس ان قانون التجارة الدولية لا زال جديدا فيشوبه النقص في بعض جوانبه ، وهذا الامر يدفع المحكم لاستلهام الحلول للمسائل التي لم يتناولها هذا القانون بالتنظيم ، ولا يجد وسيلة لاستكمال هذا النقص كاستناده الى قواعد العدالة والانصاف. وأيا كان الاساس الذي يستند عليه التحكيم بالصلح ، فان المشروع يقر للمحكم هذه السلطة مشروطة بتخويلها له من قبل الاطراف لكن السؤال الذي يتبادر الى الذهن هو : كيف يتحدد مفهوم العدالة التي يؤسس المحكم حكمه بناء على قواعدها ؟.

بداهة يتوجب على المحكم حينما يستوحي مبادئ العدالة ان يصدر قراره عن اعتبارات موضوعية عامة لا من تفكير ذاتي خاص ، ومؤدى ذلك الا يتأثر في حكمه بأفكاره الذاتية .

وترتيبا على ذلك، تتجه اغلبية الفقه[٧٤] الى ان المحكم الدولي وهو يمارس عملية حسم النزاع وفقا لقواعد العدالة عليه ان يستمد هذه الاخيرة من مصادر مختلفة و متنوعة تتباين بين عادات واعراف التجارة الدولية والمبادئ العامة المشتركة في القانون بوصفها تعبيرا عن العدالة التي يعرفها مجتمع التجارة والمال ورجال الاعمال العابر للحدود التي تمثل قانون الاختصاص (قانون القاضي) بالنسبة للمحكم المطروح عليه النزاع. وقد لاحظ البعض[٧٥] ان المحكم بالصلح نادرا ما يؤسس حكمه بناء على اعتبارات بحتة تتعلق بالعدالة، لأنه يفضل الرجوع الى قواعد اكثر دولية والتي يستخلصها بكل حرية من عادات واعراف التجارة الدولية.

وأيا كان الحل الذي يتوصل اليه المحكم في منازعات التجارة الدولية ، حينما يكون مخولا بحسم النزاع بمقتضى قواعد العدالة والانصاف ، فان حكمه لا يخضع لرقابة القضاء في هذا الفرض . لان اتاحة الرقابة القضائية على ما توصل اليه المحكم من حكم حاسم للنزاع، يمثل وجها من وجوه الاستئناف ، الامر الذي لا يكون متاحا للقضاء في ظل مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي . فالقضاء تقتصر سلطته على مراقبة الحكم وتفحصه للتأكد من خلوه احدى اسباب البطلان ، وهو بمناسبة الطعن ببطلان حكم التحكيم او رفض تنفيذه ، لا يملك سوى مراقبة مدى احترام المحكمين للمهمة المخولين بها ، وهي حسم النزاع بالصلح دون التطرق لأساسه . وتطبيقا لما تقدم ، قضي بان المحكمين احترموا سلطاتهم كمحكمين بالصلح ، ولم يتبين ذلك من خلال ذكر مهمتهم صراحة في الحكم فحسب ، بل ايضا بإظهار انهم راعوا اعتبارات الانصاف في الاسباب التي اعطوها[٧٦].

وقضي ايضا بأن المحكمة عند نظرها في اسباب الطعن بطريقة الابطال لقرار تحكيمي صادر عن محكم مطلق لا تراقب سوى وجود هذه الاسباب دون صحتها ، ذلك ان امر صحتها ومناقشته يدخل في باب اسباب الاستئناف اي اسباب مخالفة القانون بوجه عام فلا يجوز لها ان تفحص النزاع مرة اخرى[٧٧]. ولا يقيد المحكم وهو يمارس التحكيم بالصلح وفقا لقواعد العدالة والانصاف سوى القيد الذي جاء في المادة (٤/٣٠) من المشروع الذي يتعلق بضرورة مراعاة شروط العقد محل النزاع والاعراف التجارية المتبعة في نوع النشاط التجاري .

الخاتمة

في سطور ما تقدم تناولنا بالدراسة موضوع القانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه ، وسجلنا في سبيل ذلك طائفة من النتائج ، وبعض التوصيات ، نبينها وحسب التفصيل الآتي :

أولاً : النتائج:

١- عكست صياغة مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي مدى اهتمام الدولة العراقية بنظام التحكيم ، كأسلوب لتسوية العلاقات الخاصة الدولية والداخلية . ويتبين ذلك بوضوح من خلال معرفة ان المشروع محل الدراسة قد تبنى الكثير من المبادئ المعتمدة بعملية التحكيم ، في الانظمة القانونية الوطنية والدولية ، ومنها المبادئ التي تحكم تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه .

٢- اعطى المشروع الاختصاص في حسم النزاع المحكم فيه، للقانون الذي تتفق ارادة اطراف التحكيم على اختياره. فقانون الارادة هو محل ارتكاز عمل المحكم ، وعلى المحكم الا يتقاعس في البحث عن اختيار الاطراف الضمني في حالة غياب الاختيار الصريح .

٣- لا يعني اختيار الاطراف لقانون معين هو قانون دولة بعينه ، بل من المتاح للأطراف ان يختاروا اكثر من قانون دولة واحدة بشكل مجزئ لحسم النزاع . فضلا عن ذلك ، اتاح المشروع للأطراف مكنة اختيار قواعد تحسم النزاع ، ولا يشترط بهذه الاخيرة ان تكون ذات مصدر وطني ، بل يجوز اعتماد قواعد التجارة الدولية المتعددة المصادر لحسم النزاع .

٤- في حالة غياب اتفاق الاطراف الصريح او الضمني فعلى المحكم ان يضطلع بمهمة اختيار القانون الانسب للنزاع ، من خلال اعتماد الصلة والرابطة الاقوى بين ذلك القانون وموضوع النزاع . وهو في سبيل تحديد

ذلك القانون ، قيد المشروع سلطته بمراعاة شروط العقد واعراف التجارة السائدة في نوع النشاط، واعفاه من اعمال منهج تنازع القوانين بتحديد القانون الانسب مباشرة .

٥- للمحكم ممارسة سلطة حسم النزاع وفقا لقواعد العدالة والانصاف ، شريطة اختيار الاطراف لهذا الاسلوب . ويترتب على ذلك اعفاء المحكم من مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع ، ولا رقابة لمحكمة البطلان على حكمه في هذا الاسلوب .

ثانياً : التوصيات

١- تغيير تسمية المشروع من "قانون التحكيم التجاري" واستبدالها بتسمية "قانون التحكيم" او تسمية "قانون التحكيم في المسائل المدنية والتجارية" . وذلك حتى يشمل القانون باختصاصه التحكيمات التي تجري في نطاقي القانون المدني والقانون التجاري من جهة ، والنزاعات الداخلية والدولية من جهة اخرى .

٢- نقترح تعديل نص المادة (٣٨) من المشروع وتضمينها سببا جديدا لأبطال حكم التحكيم ، ويتمثل هذا السبب باستبعاد المحكم للقانون الذي اختاره الاطراف لحسم نزاعاتهم.

٣- ضرورة تفسير كلمة "قواعد القانون" الواردة في المادة (١/٣٠) وكلمة "القانون" الواردة في المادة (٢/٣٠) من المشروع تفسيرا مرنا ، ليتسنى للقائمين عليه ، وللعاملين بأحكامه –اطرافاً ومحكمين وقضاة- ، شمول قواعد قانون التجارة الدولية بالتطبيق ، واعتباره احد القوانين المنافسة لحكم النزاعات التجارية ، من بين القوانين الصالحة للتطبيق عليها في العلاقات الخاصة الدولية .

هوامش البحث

(١) ينظر: د ابراهيم احمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٠، ص١٧٣.

(٢) يرى الباحث ان تسمية المشروع بقانون التحكيم التجاري امر محل نظر ، لان المسائل التي يشملها التحكيم هي ليست قاصرة على الجانب التجاري فقط بل من الممكن ان يشمل المسائل المدنية ايضا ، بدليل ان المادة (٤/١) من المشروع قررت وفق ظروف وشروط معينة كيف يكون التحكيم تجاريا دوليا ولم يخصص المشروع انطباقه على هذه النزاعات فقط مما يفهم منه قبول حسم المنازعات غير التجارية ايضا وفقا لأحكامه . فلذا من الافضل تسمية مشروع القانون بقانون التحكيم او قانون التحكيم في المسائل المدنية والتجارية . ونتفق في هذا الصدد مع جانب كبير من الفقه العراقي في ضرورة ان يكون المشروع للتحكيم المحلي والدولي معا لما سيكون له من دور في ترسيخ ثقافة التحكيم لدى الاوساط التجارية ، وانعكاس ذلك على التنمية الاقتصادية ينظر : د. فوزي محمد سامي ، مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد ١٥، السنة الرابعة ، ٢٠١٢، ص١٠٨ ، وينظر : نص مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لعام ٢٠١١ ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الخامس العشر ، السنة الرابعة ، ٢٠١٢ ، بيروت ، ص٩٥٣ .

(٣) ينظر دمحمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٣١٤.

(٤) ينظر: د.احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩، ص٢٥٩.

(٥) اشار اليه : د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، ٢٠١٠ ، ص٥١ .

(٦) ينظر دمحمود مختار احمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص١٣٠

(٧) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة ، المصدر السابق ، ص٢٧٠ .

(٨) ينظر: د. ابو زيد رضوان ، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، مصر ، ١٩٨١، ص١٦٧ .

(٩) ينظر: د. طالب حسن موسى ، المصدر السابق ، ص٧٦ .

(١٠) ينظر: د. منير عبد المجيد ، الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص٥٠ .

(١١) اشار اليه : د. احمد عبد الكريم سلامة ، المصدر السابق ، ص٣٣٣.

(١٢) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة ، المصدر نفسه ، ص٢٨٢.

(١٣) ينظر: د. احمد مخلوف ، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، مصر، ٢٠٠١ ، ص١٨٥ .

(١٤) john mustill , international arbitration history and background , v6 , 1986 , p88. ، اشار اليه : عمرو محمد ابراهيم خليفة ، سلطة المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، مصر ، غير منشورة ، ١٩٩٧، ص٢٥٠ .

(١٥) ينظر: د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، الطبعة الثالثة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠١، ص١٨٧.

(١٦) ينظر: د. ابو زيد رضوان ، المصدر السابق ، ص ١٦٩.

(١٧) ينظر : د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ١٩٩٨ص٢٥٧، د. هشام علي صادق ، المصدر السابق ، ص١٩٦.

(١٨) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة ، المصدر السابق ، ص ٣١٨.

(١٩) ينظر: د. هشام علي صادق ، المصدر السابق ، ص١٩٧.

(٢٠) ينظر: د. هشام علي صادق ، المصدر نفسه ، ص٢٠٠.

(٢١) ينظر: د. مصطفى الجمال و د.عكاشة عبد العال ، المصدر السابق ، ص٢٥٩.

(٢٢) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة ، المصدر السابق ، ص٣٢٥ – ٣٢٦.

(٢٣) ينظر: د. منير عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص ٦٨.

(٢٤) ينظر: د. عزت محمد علي البحيري ، تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، مصر ، ١٩٩٧، ص١٤٦

(٢٥) ينظر: عمرو محمد ابراهيم خليفة ، المصدر السابق ، ص١١٥.

(٢٦) ينظر: د. حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، بدون سنة نشر ، ص ٣٤١.

(٢٧) ينظر: د. عكاشة عبد العال ، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والاثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم (دراسة في ضوء مشروع القانون الاتحادي لسنة ٢٠٠٦ في شأن التحكيم في المنازعات التجارية) ، بحث مقدم في مؤتمر "أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية"، كلية القانون/جامعة الإمارات العربية، ص٥٨٦. منشور في موقع الجامعة الرسمي على الرابط الالكتروني الآتي:

.http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic-prev-conf2008.aspo

(٢٨) ينظر: د. محمد عبد الله محمد المؤيد ، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي ، رسالة دكتوراه منشورة ، دار النهضة العربية ، مصر ، ١٩٩٨ ، ص٢٦٧ .

(٢٩) ينظر: د. فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص٤١٨.

(٣٠) نصت المادة (١/٢٨) من قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعدل لسنة ٢٠٠٦ على ان:(تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الاطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع . واي اختيار لقانون دولة ما او نظامها القانوني يجب ان يؤخذ على انه اشارة مباشرة الى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس الى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين ، مالم يتفق الطرفان صراحة على ذلك) . ونصت المادة (١/٧) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١ على :(أن الاطراف أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على الحكام تطبيقه بصدد أساس النزاع). ونصت المادة (٨١٣) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ على :(يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الخصوم) . ونصت المادة (١٥١١) من المرسوم الفرنسي رقم (٤٨) لسنة٢٠١١ حول تعديل النصوص المتعلقة بالتحكيم في قانون أصول المحاكمات المدنية على انه :(تفصل الهيئة التحكيمية في النزاع وفقا للقواعد التي اختارها الاطراف)

(٣١) ينظر: د. هشام علي صادق ، المصدر السابق ، ص١٦٣-١٦٥ .

(٣٢) ينظر: د. مصطفى الجمال و د.عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، المصدر السابق ، ص٢٤٩ ، د. سلامة فارس عرب ، العقود الدولية ، بدون دار نشر ، ٢٠١٠ ، ص ٢٩٦-٢٩٧ .

(٣٣) Margaret L. Moses , The Principles and Practice of Anternational Commercial Arbitration , Cambridge University Press , New York , 2008 ,p70.

(٣٤) ينظر: د. عكاشة عبد العال ، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والاثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم (دراسة في ضوء مشروع القانون الاتحادي لسنة ٢٠٠٦ في شأن التحكيم في المنازعات التجارية) ، المصدر السابق ، ص٥٨٨.

(٣٥) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، مصر ، بدون سنة نشر ، ص١٨٨.

(٣٦) ينظر: بقنيش عثمان ، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، مجلة منازعات الاعمال المغرب العربي ، العدد الخامس ، منشور على الرابط الالكتروني التالي :
http://frssiwa.blogspot.com/2015/04/blog-post_2.html#.VuSOUH0rLIV

(٣٧) ينظر: عمرو محمد ابراهيم خليفة ، المصدر السابق ، ص١٢٧ .

(٣٨) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، المصدر السابق ، ص ١٩٠ .

(٣٩) ينظر: د. لا يتعلق هذا التساؤل بالفرض الذي يستبعد فيه المحكم قانون دولة معينة اختاره الاطراف فحسب ، بل يشمل الفرض الذي يتعلق باستبعاد القواعد التي اتفق الاطراف على تطبيقها ، ومنها قواعد التجارة الدولية حسبما نرى .

(٤٠) ينظر: د. منير عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص٢٥٩-٢٦٠.

(٤١) من ذلك مثلا ما نصت عليه المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري من ان :(لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا في الاحوال الاتية : د- اذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الاطراف على تطبيقه على موضوع النزاع).

(٤٢) ينظر: د. ابو زيد رضوان ، المصدر السابق ، ص١٥١ .

(٤٣) fouchard,gaillard,goldman on international commercial arbitration, Published by Kluwer Law International, London, 1999,p876.

(٤٤) fouchard,gaillard,goldman, op.cit, p876.

(٤٥) ينظر: د. هشام علي صادق ، المصدر السابق ، ص٥٦٣

(٤٦) ينظر: د. سلامة فارس عرب ، المصدر السابق ، ص٣٨٠ و ص٤٠٢ .

(٤٧) ينظر: د. اشرف عبد العليم الرفاعي ، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص٣٤ .

(٤٨) ينظر: د. هشام علي صادق ، لمصدر السابق ، ص٢١٨ .

(٤٩) ينظر: د. منير عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص٢٩٣-٢٩٤ ، د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية ، المصدر السابق ، ص٢٩٥-٢٩٦، د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص٢١٨ .

(٥٠) كرس القضاء المصري هذا الحل ينظر : حكم استئناف القاهرة، الدائرة ٦٢ تجاري، الاستئناف رقم (٣٦) لسنة (١٢٧) قضائية، مجلة التحكيم العالمية، العدد الرابع عشر، السنة الرابعة، ٢٠١٢، ص ٤٣٤ .

(٥١) ينظر على سبيل المثال : د. محمود مختار احمد بريري ، المصدر السابق ، ص ١٣٥ ، د. احمد السيد صاوي ، الوجيز في التحكيم ، الطبعة الثالثة ، بدون دار نشر ، ٢٠١٠، ص٣٣٧ ، عمرو محمد ابراهيم خليفة ، المصدر السابق ، ص٢٢٤ .

(٥٢) ينظر في عرض هذا الاتجاه تفصيلا : د. هشام علي صادق ، المصدر السابق ، ص٥٦٢ وما بعدها ، د. نور حمد الحجايا ، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه ، بحث مقدم في مؤتمر "أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية"، كلية القانون/جامعة الإمارات العربية، ص٦٧٥ . منشور في موقع الجامعة الرسمي على الرابط الالكتروني الآتي:
http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic-prev-conf2008.aspo

(٥٣) قرار غرفة التجارة الدولية في باريس ، رقم ٩٦٣٦، سنة ١٩٩٨، مجلة التحكيم ، العدد الثاني ، السنة الاولى ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص٧٠٦ .

(٥٤) قرار غرفة التجارة الدولية في باريس ، رقم ١٢٩٤٩ ، سنة ٢٠٠٤ ، مجلة التحكيم ، العدد الثاني ، السنة الاولى ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص٦٨٨ .

(٥٥) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية ، المصدر السابق ، ص٢٩١.

(٥٦) ينظر: د. هشام علي صادق ، المصدر السابق ، ص٢٣١ .

(٥٧) ينظر: د. محمود مختار احمد بريري ، المصدر السابق ، ص١٤٠ .

(٥٨) ينظر: د. عكاشة عبد العال ، المصدر السابق ، ص١١١ ، د. عبد الحميد الاحدب ، التحكيم المطلق بالصلح والانصاف والعدل والتحكيم بالقانون ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الخامس عشر، السنة الرابعة ، بيروت ، ٢٠١٢، ص١٩٣ .

(٥٩) ينظر: د. حسني المصري ، المصدر السابق ، ص٤٠٠.

(٦٠) ينظر المادة (٤/٤٩) قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والمادة (٢/٢٦٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

(٦١) وردت هذه التسمية في قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني لسنة ١٩٨٣، في المادة (٧٧٧) منه .

(٦٢) ينظر: د. احمد السيد صاوي ، المصدر السابق ، ص٣٤٣ .

(٦٣) استئناف بيروت، الغرفة الاولى، القرار رقم ٢٠١٤/٧٤٤ ، بتاريخ ٢٠١٤/٥/٢١ ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الرابع والعشرون ، السنة السادسة ، بيروت ، ٢٠١٤ ، ص٤٨٦.

(٦٤) ينظر: د. محمود مختار احمد بريري ، المصدر السابق ، ص١٤٠ .

(٦٥) ينظر: د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامّة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص٩٢ .

(٦٦) ينظر: د. ابو زيد رضوان ، المصدر السابق ، ص٧٣-٧٤ .

(٦٧) Margaret op.cit, p74.

L. Moses,

(٦٨) ينظر: د. احمد السيد صاوي ، المصدر السابق ، ص٣٤٢.

(٦٩) ينظر: د. حسني المصري ، المصدر السابق ، ص٤٠٠.

(٧٠) ينظر: د. حسني المصري ، المصدر نفسه ، ص٤٠١.

(٧١) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، المصدر السابق ، ص٢٤٣ .

(٧٢) ينظر: د. عبد الحميد الاحدب ، المصدر السابق ، ١٩٤ .

(٧٣) ينظر: د. منير عبد المجيد ، المصدر السابق ، ص٣١٤ .

(٧٤) ينظر: د. هشام علي صادق ، المصدر السابق ، ص٢٣٦ ، د. حسني المصري ، المصدر السابق، ص٤٢٣ ، احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية ، المصدر السابق، ص٢٤٨ ، د. مصطفى الجمال و د.عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، المصدر السابق ، ص٧٥٨.

(٧٥) ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية ، المصدر السابق ، ص٢٤٩ .

(٧٦) استئناف باريس ، القسم ١ الغرفة الاولى بتاريخ ٥ يناير ٢٠١٢ ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد السادس العاشر، السنة الرابعة، بيروت ، ٢٠١٢ ، ص٧٣٣.

(٧٧) استئناف بيروت، الغرفة التاسعة ، الاستئناف رقم ٧٦٢ /٩٦ ، بتاريخ ١٩٩٧/٧/١١ ، مجلة التحكيم ، العدد الثالث، السنة الاولى، ٢٠٠٩، ص٥١٠.

مصادر البحث

اولا : الكتب

د. ابراهيم احمد ابراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠.

د. ابو زيد رضوان ، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، مصر ، ١٩٨١.

د. احمد السيد صاوي ، الوجيز في التحكيم ، الطبعة الثالثة ، بدون دار نشر ، ٢٠١٠.

د. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، مصر ، بدون سنة نشر .

د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩.

د. احمد مخلوف ، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، مصر، ٢٠٠١.

د. اشرف عبد العليم الرفاعي ، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣.

د. حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، بدون سنة نشر.

د. حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامّة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

د. طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، ٢٠١٠.

د. عزت محمد علي البحيري ، تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، مصر ، ١٩٩٧.

د. فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧.

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

د. محمود مختار احمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧.

د. مصطفى الجمال ودعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ١٩٩٨

د. منير عبد المجيد ، الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ٢٠٠٠.

د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، طبعة ٣، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، ٢٠٠١.

ثانيا : الرسائل و الاطاريح :

عمرو محمد ابراهيم خليفة ، سلطة المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، مصر ، غير منشورة ، ١٩٩٧.

د. محمد عبد الله محمد المؤيد ، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي ، رسالة دكتوراه منشورة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨.

ثالثا: البحوث والدراسات:

د. عبد الحميد الاحدب ، التحكيم المطلق بالصلح والانصاف والعدل والتحكيم بالقانون ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الخامس عشر، السنة الرابعة، بيروت ، ٢٠١٢.

د. فوزي محمد سامي، مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي، مجلة التحكيم العالمية، عدد١٥، السنة الرابعة، بيروت، ٢٠١٢

رابعا : المواقع الالكترونية :

بقنيش عثمان ، القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، مجلة منازعات الاعمال المغرب العربي ، العدد الخامس ، منشور على الرابط الالكتروني التالي :

http://frssiwa.blogspot.com/2015/04/blog-post_2.html#.VuSOUH0rLIV

د. عكاشة عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والاثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم (دراسة في ضوء مشروع القانون الاتحادي لسنة ٢٠٠٦ في شأن التحكيم في المنازعات التجارية) القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه ، بحث مقدم في مؤتمر "أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية"، كلية القانون/جامعة الإمارات العربية. منشور في موقع الجامعة الرسمي على الرابط الالكتروني الآتي:

http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic-prev-conf2008.aspo

د. نور حمد الحجايا، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، بحث مقدم في مؤتمر "أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية"، كلية القانون/جامعة الإمارات العربية، ص٦٧٥ . منشور في موقع الجامعة الرسمي على الرابط الالكتروني الآتي:

http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic-prev-conf2008.aspo

خامسا : القوانين والاتفاقيات الدولية:

اولا : القوانين :

قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعدل لسنة ٢٠٠٦.

المرسوم الفرنسي رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ حول تعديل النصوص المتعلقة بالتحكيم في قانون أصول المحاكمات المدنية.

قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ .

قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

ثانيا : الاتفاقيات الدولية :

الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١.

سادسا: المصادر الاجنبية :

goldman on international commercial arbitration, Published by Kluwer Law gaillard, fouchard, . International, London, 1999

Margaret L. Moses , The Principles and Practice of International Commercial arbitration , Cambridge University Press , New York , 2008.