دور المحكم الدولي في تطبيق قواعد الاسناد

م.د. مهدي نعيم حسن الحلفي م.م. باسم ذهيب الجحيشي
الجامعة المستنصرية/ كلية القانون

المستخلص:

يحتل التحكيم أهمية كبيرة في الحياة الاقتصادية لجميع البلدان، لاسيما الدول المتقدمة لأن المعاملات الدولية أصبحت واسعة وليس هناك بلد ليس لديه معاملات خارج حدوده، ولتحقيق الأمن وطمأنة المستثمرين والتخلص من القيود الموضوعية والإجرائية التي تفرضها القوانين، فضلاً عن الإسراع في حل النزاعات التي تحدث بسبب تنفيذ المعاملات سواء كانت تجارية أو غير تجارية إذ ان النظام القضائي للدولة والإجراءات وأساليب الطعن في الأحكام الصادرة قد يكون عامل تأخير في حل النزاعات، إلى جانب السعي لتحقيق السرية وعدم الكشف عن محتوى الدعوى، لأن المبدأ العام في النظام القضائي للدولة هو علنية الدعوى والاستثناء هو السرية في الحد الذي قد يكون الكشف عن المعلومات مصدرا للحرج الذي يعاني منه الكثير من التجار، أن كل تلك الأسباب كانت الدافع للبحث عن طرق بديلة لحل النزاعات، وبالتالي أصبح

التحكيم في المعاملات أهم طريقة بديلة لحل النزاعات، وسنقسم الدراسة إلى مبحثين، نتناول في الأول منهما التعريف بقواعد الاسناد كتمهيد ضروري للموضوع، وفي الثاني المعايير التي يتبعها المحكم في تحديد القانون الواجب تطبيقه.

الكلمات المفتاحية: قواعد الاسناد – التحكيم الدولي

مقدمة

أولاً: موضوع البحث

يتطلب العيش في الجماعة ان يدخل الأشخاص في علاقات متنوعة فيما بينهم، ومن هذه العلاقات ما يتعلق بالوضع الأسري كالزواج وروابط الأسرة، ومنها ما يتعلق بالجانب المالي. وتتجسد العلاقات الأخيرة بقيام الأشخاص بإبرام عقود مالية ذات صفة مدنية أو تجارية، وقد تكون الدولة ذاتها طرفا في هذه العقود بوصفها من أشخاص القانون الخاص، وقد تكون العقود متعلقة بالتجارة الدولية.

ثانياً: أهمية الموضوع:

تكمن أهمية دراسة هذا الموضوع من أنَّ كل علاقة تجارية تحتمل حدوث نزاع بين طرفيها بشأن عناصر تكوينها او شروط تنفيذها أو طريقة هذا التنفيذ أو غير ذلك. وعندئذ، لا بد من حل هذا النزاع لضمان استقرار المعاملات وعدم تعطيل الأموال. وعندما يتجه أي شخص الى محام أو رجل قانون فان جوابه، وبحسب المرتكز في الأذهان غالباً، سيكون بوجوب اقامة الدعوى أمام المحكمة وما يتطلبه ذلك من تنظيم وكالة وتهيئة المستندات اللازمة، وما يترتب على ذلك من تبليغات وجلسات ودفع رسوم واجراءات قد تأخذ وقتا طويلاً وجهودا مضنية وتكاليف باهضة، فضلا عن الخسارة الناشئة عن تعطيل الأموال والمصالح والتأخير في اتمام الأعمال والمشروعات، لذا تبرز أهمية اللجوء إلى التحكيم كطريق أخر لفض المنازعات،

لغرض تفادي السلبيات المتقدمة توصل الانسان الى طرق بديلة لحل النزاعات دون الخضوع الى متطلبات القضاء والآثار التي تترتب على عرض النزاع أمامه، ومن هذه الآثار الإساءة الى سمعة الأطراف ومراكزهم المالية وفضح أسرارهم التجارية بسبب علنية جلسات المحاكم بحسب الأصل. وسواء اكان النزاع معروضا على محكمة او تم نظره من خلال وسيلة بديلة كالتحكيم فان الجهة التي تفصل في النزاع يجب ان تحترم ارادة الاطراف في تطبيق القانون الذي اختاروه في العقد، أي القانون الواجب التطبيق، وهذا طبقا لمبدأ سلطان الارادة. ونريد في هذا البحث ان نتناول هذه المسألة عندما يعرض النزاع على التحكيم.

كما تظهر أهمية دراسة هذا الموضوع من جهة أن القوانين تختلف في الحدود التي يقف عندها مبدأ سلطان الإرادة، ولذا يجب التحقق من صحة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد، وكذلك التحقق من مدى تطابق هذا الاختيار مع القواعد الملزمة للقانون كقانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذه. كما تجب مراعاة المسائل الأخرى الرئيسة في القانون الدولي الخاص كالتكييف والإحالة. ولكن قد تثور صعوبة عند عدم التعيين الصريح أو الضمني لقواعد تنازع القوانين التي تطبق على النزاع، وخصوصا في منازعات التجارة الدولية، لا سيما وان المحكم الدولي ليس له قانون اختصاص ولا يصدر قراره باسم دولة معينة، ومن ثم فانه لا يخضع لسيادة أية دولة حتى إذا كانت هي أو أحد رعاياها طرفا في المنازعة التي تطرح على التحكيم.

وما يزيد من أهمية دراسة هذا الموضوع ان المحكم الدولي يتمتع بقدر من الحرية أو السلطة التقديرية عند بحثه عن القانون الذي يمكن أن يحكم النزاع من خلال إعمال قواعد التنازع. وقد أكدت بعض الاتفاقيات المتعلقة بالتحكيم الدولي تلك الحرية التي يتمتع بها المحكم الدولي بهذا الخصوص، ومثال ذلك المادة السابعة من

الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي (جنيف ١٩٦١)، والتي تقضي بأنه في حالة غياب اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم موضوع النزاع (يجب على المحكمين تطبيق القانون التي تحدده قاعدة التنازع التي يرونها ملائمة في الحالة المعروضة)، وكذلك المادة (٣/١٣٠) من اللائحة الجديدة لغرفة التجارة الدولية والتي تقضي بأن المحكم يطبق (القانون الذي تحدده قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة بهذا الخصوص) وذلك في حالة غياب قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية.

والسلطة التقديرية التي يتمتع بها المحكم الدولي في شأن تعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع، تضعه أمام خيارات نظرية متعددة، إذ يكون أمام نظم قانونية مختلفة يتعين عليه أن يختار من بينها القواعد الأكثر ملاءمة لطبيعة النزاع المطروح امام التحكيم. وقد تعددت الآراء والمعايير في شأن تعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع باستخدام قواعد تنازع القوانين.

ثالثاً: مشكلة الموضوع

إن مشكلة البحث تكمن في التساؤل عن مدى حرية المحكم في اتباع الصيغ الكفيلة باحترام إرادة المتعاقدين في اتفاق التحكيم، كما تتمثل إشكالية هذا الموضوع في عدم وجود تشريع يُنظم التحكيم التجاري الدولي، ولا تقف المشكلة عند هذا الحدّ بل أن عدم وجود المراكز التحكيمية في العراق والسعي لإيجاد مراكز تحكيم وطنية تنال ثقة الافراد والشركات هو تحدي واقعي ملموس.

رابعاً: منهجية البحث

سوف نتبع في دراستنا لهذا الموضوع منهج الدراسة القانونية التحليلية للقانون العراقي والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بجزئية بحثنا.

خامساً: هيكلية البحث

سنقسم الدراسة على مبحثين، نتناول في الأول منهما التعريف بقواعد الاسناد كتمهيد ضروري للموضوع، وفي الثاني المعايير التي يتبعها المحكم في تعيين القانون الواجب التطبيق.

المبحث الأول: التعريف بقواعد الاسناد

من الثابت القول أن علم القانون ليس علماً مغلقاً أو جامداً ينشأ من ذاته أو من الفراغ، وإنما هو ظاهرة اجتماعية نابعة من المجتمع وملازمة له وجوداً وعدماً. ولمّا كانت قواعد الإسناد إحدى أنواع القواعد القانونية التي يضمها النظام القانوني للدولة، فإن هذه القواعد لا تخرج فيما بينّاه عن عموم القواعد القانونية الأخرى، وذلك أنها لم تنشأ بعيدة عن الوسط الذي تخاطبه أو بمعزل عن معطياته ومكوناته من أشخاص وأشياء ووقائع، كما إنها لم تأتِ من العدم ومن غير أصولٍ نبعت منها وساهمت في ميلادها.

وقد ظهرت قواعد الإسناد ونشأت في ظل ظروف معينة شهدتها مجتمعات القرون الوسطى في أوربا، وتحت ضغط تزايد العلاقات القانونية التي كانت تتم عبر حدود المدن والوحدات السياسية القائمة آنذاك وتفاقم مشكلة تنازع القوانين، وعليه فان هذا النوع من القواعد لم يكن ليوجد بلا أصل أدى إلى ميلاده، بل كانت هناك جملة من الأسباب التي تولدت عنها قواعد الإسناد، زيادة على عدد من المصادر التي نبعت منها هذه القواعد وشكّلت الوعاء الذي احتواها[1].

لذا نقسم هذا المبحث على مطلبين: نتناول في أولهما معنى قواعد الاسناد وشروط اعمالها، وفي الثاني نطاق تطبيق هذه القواعد.

---

[1] ميثم فليح حسن، طبيعة قواعد الإسناد، رسالة ماجستير، كلية القانون ـــــ جامعة بابل، ٢٠٠٩، ص٥.

المطلب الأول: معنى قواعد الاسناد وشروط إعمالها

أنَّ اصطلاح قواعد الإسناد[٢]، يَفضل على الاصطلاحات الأخرى التي أطلقت على هذا النوع من القواعد القانونية، وذلك لكونه الأقرب إلى طبيعتها والأكثر تعبيراً عن وظيفتها في ميدان تنازع القوانين. وسوف نحاول في هذا المطلب أن نبين معنى قواعد الاسناد ضمن الفرع الأول، ونتكلم في الفرع الثاني عن شـــــروط اعمال قواعد الاسناد.

الفرع الأول: معنى قواعد الاسناد

نذكر بداية ان قواعد الاسناد لا تطبق الا اذا تحقق تنازع القوانين، والذي يعرف بانه: "**اتصال علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي بأكثر من قانون واحد، ويكون لكل واحد منها، بحسب الظاهر في الأقل، أن يسري دون غيره على هذه العلاقة**".[٣]، لذا فقد تم تعريف قواعد الاسناد على انها: (قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية، فتصطفي أكثر القوانين مناسَبة وملاءَمة لتنظيم تلك العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها)[٤]، وفي تعريف آخر جاء فيه ان قاعدة الإسناد (هي القاعدة القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر

---

(٢) هذه التسمية لقواعد الإسناد أطلقها الأستاذ الفرنسي أنطوان بيليه، إذ يرى هذا الفقيه ان تطبيق القـــانون الذي تعينه قاعدة الإسناد، بحسب تعبيرنا، لا يأتي عن طريق اختيار ذلك القانون، وإنما عـــن طريـــق عقـــد الاختصاص التشريعي للمشرع الذي سن القانون الواجب التطبيق ... وللمزيد ينظر حول ذلـــك: A.Pillet, Principes de . droit international prive, Grenoble, Paris, 1903, p.50.

(٣) انظر قريبا من هذا المعنى، د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القـــانونين العراقـــي والمقارن، ط١، دار الحرية للطباعة، بغداد،١٩٧٣، ص ٢٤٧.

(٤) د. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً. ط١. مكتبة الجـــلاء الجديدة. المنصورة. ١٩٩٦. فقرة ١٦. ص٢٤.

الأجنبي، وهي قاعدة من صنع المشرع الوطني، وبمقتضاها يختار من بين القوانين المتزاحمة أكثرها ملاءمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية بما يحقق مصالحه الاقتصادية والسياسية والاجتماعية)[٥].

أو بحسب تعبير بعض الباحثين تُعرف قواعد الاسناد بانها (تلك القواعد في القانون الوطني أو في اتفاقية دولية تقوم بتعيين قانون دولة معينة ليكون واجب التطبيق لحكم علاقة قانونية خاصة دولية)[٦].

ومن الفقهاء من عرفها بأنها القواعد التي (تسند العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي إلى قانونٍ ما، قد يكون وطنياً أو أجنبياً، تتكفل قواعده الموضوعية بحكم العلاقة القانونية موضوع النزاع)[٧].

في حين يعرفها البعض بأنها:(القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي)[٨].

أن تعريف قواعد الإسناد بأنها قواعد قانونية وضعية يبين الطبيعة الوضعية لهذه القواعد، وذلك باعتبار أنها غالباً ما تكون قواعد من وضع المشرع الوطني في الدولة أو أن المشرع لا بد من أن يَعترف بها فيما لو لم تكن من وضعه، كما هو شأن القواعد ذات الأصل العرفي أو القضائي، ولهذا تشترك قواعد الإسناد مع سائر القواعد القانونية في جميع ما لتلك القواعد من الصفات العامة كصفة العمومية أو

---

[٥] د. حفيظة السيد الحداد. القانون الدولي الخاص. الكتاب الأول (تنازع القوانين). منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. ٢٠٠٢. فقرة ٣٤. ص٢٣

[٦] عبد الحميد محمود حسن السامرائي. تنازع القوانين في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه. كلية القانون. جامعة بغداد. ١٩٩٠. ص٧-٨.

[٧] د. حسن الهداوي. القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني)، دراسة مقارنة. ط٢. مكتبة دار الثقافة. عمّان - الأردن. ٢٠٠١. ص٤٩.

[٨] د. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي (نشأته. مباحثه. مصادره. طبيعته)، دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص٢٠٧.

التجريد أو الإلزام، مع ان هذا لا يمنع من أن تكون لقواعد الإسناد بعض الصفات الذاتية التي تفردها عن القواعد القانونية الأخرى وتقتضيها وظيفتها في القانون الدولي الخاص[٩].

يتضح مما تقدمَ أن التعريفات التي قيلت بصدد قواعد الاسناد لم تبرز طبيعة القواعد المذكورة على نحوٍ تام، بل نجد انها قد اكتفت بتسليط الضوء على جانب واحد أو اكثر لتلك الطبيعة من دون الجوانب الأخرى. فنرى بعض التعريفات قد أكدت على صفات قواعد الإسناد، إذ منها ما التفت إلى عدم إعطاء هذه القواعد حلاً مباشراً للنزاع وإرشادها فقط إلى القانون الواجب التطبيق، ومنها ما أشار إلى صفة الازدواجية في قواعد الإسناد وما تقود إليه تلك الصفة من تساوي القانون الوطني والقانون الأجنبي أمام القواعد المذكورة، علاوةً على أن بعض التعريفات قد أكد على نطاق تطبيق قواعد الإسناد والذي، بحسب التعريف، لا يتعدى العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي. وهذا بخلاف التعريف الأخير لقواعد الإسناد، إذ كان أوفى من باقي التعريفات الواردة للقواعد محل البحث. فهذا التعريف قد تطرق لما سبق وأنْ أشارت إليه تلك التعريفات وزاد عليها بتأكيده على الطابع الوطني لقواعد الإسناد، زيادة على إبرازه وظيفة هذه القواعد في حكم العلاقات الخاصة الدولية.

ان وجود العلاقة القانونية يتطلب تحديد القانون الذي يحكمها شكلاً وموضوعاً منذ نشأتها، وذلك بغض النظر عن وجود نزاع بشأنها امام القضاء من عدمه. فعقد الزواج مثلاً له قانون يحكمه وقت انعقاده من حيث الموضوع والشكل وذلك بتحديد الشروط اللازمة لانعقاد الزواج وصحته، فلا يجوز للرجل مثلاً ان يتزوج من امرأة محرمة عليه، وهذا الحكم تجب مراعاته عند التفكير بالزواج. وعقد البيع له

[٩] د. عكاشة محمد عبد العال. مصدر سابق. ص١٣-١٦.

قانون يحكمه منذ انعقاده من حيث الاركان والشروط، فلا ينبغي لأحد ان يشتري شيئاً لا يجوز التعامل فيه كالمخدرات مثلاً، وكل هذا يحصل من دون وجود نزاع امام القضاء.

وكذلك الحال اذا توزعت عناصر العلاقة على اكثر من دولة إذ يمكن القول بان كل واحد من هذه القوانين له الحق في ان يسري بشأن العلاقة، ولذا تجب مراعاة هذا القانون منذ البداية. ولكن الحاجة الى الفصل في التنازع وتحديد القانون الذي يسري دون غيره لا يبرز الاّ اذا عرض النزاع على القضاء، ونقصد به بالنسبة الينا القضاء العراقي. فاذا رفعت الدعوى الى القضاء العراقي وكانت العلاقة محل النزاع مشوبة بعنصر اجنبي، فعلى المحكمة العراقية ان تحل التنازع وتعين قانونا يسري على النزاع من بين القوانين المتنازعة. **والنتيجة ان التنازع يبرز بشكل واضح عندما تطرح الدعوى أمام القضاء، وهذا على الرغم من انه يكون قائماً منذ نشأة العلاقة القانونية.**[١٠]

ويحل التنازع من خلال تعيين أحد القوانين وترجيحه على الأخرى المتنازعة معه وذلك من خلال **(قواعد الإسناد)** التي يضعها المشرع الوطني في كل دولة، وقد نظم القانون المدني العراقي قواعد الاسناد في المواد من ١٧-٣٣ منه. وإذا لم يوجد نص في القانون الوطني يصار إلى مصادر القانون الدولي الخاص الأخرى،[١١] وهذا ما نصت عليه المادة ٣٠ مدني عراقي بقولها: **(يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً).**

---

[١٠] **د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط٢، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٧٢، ص ١٠.**

[١١] **د. غالب علي الداوودي، ود. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج٢، ط٤، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١، ص ١٢.**

الفرع الثاني: شـــــروط اعمال قواعد الاسناد

لم تكن قواعد الإسناد المعمول بها في مختلف الأنظمة القانونية المعاصرة وليدة هذا العصر، بل ان هذه القواعد قد مرت بمراحل تاريخية عديدة وبظروف سياسية واجتماعية مختلفة، وقد تناولتها العديد من النظريات والمدارس الفقهية بالدرس والتحليل حتى عملت على نضجها وأوصلتها إلى ما هي عليه.

ومن يتتبع المسيرة التاريخية لحلول تنازع القوانين ينتهي إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات الطابع الدولي قد تم عبر هذه المسيرة بأحد أسلوبين، الأول تَمَثل في وضع مبدأ عام تخضع له تلك العلاقات، وهذا المبدأ قد يكون إقليمية القانون بصفة عامة أو هو امتداد القانون بشكل مطلق. أما الأسلوب الآخر فلا يعتمد في حلول التنازع على مبدأ أو نظام عام تخضع له العلاقات الخاصة الدولية، بل يجري من خلاله استخراج تلك الحلول عن طريق البحث والتحليل في كل علاقة على حدة واختيار القانون الملائم لحكمها[١٢].

تطبق قواعد الاسناد عندما يحقق تنازع القوانين، وهناك شروط ثلاثة لتطبيق قواعد الاسناد هي:-

١- **وجود امتداد في العلاقات والتبادل الدوليين:** أي ان العلاقة القانونية تكون أجنبية بعنصر أو أكثر من عناصرها، وهذه العناصر هي:[١٣]

أ- **السبب المنشئ للعلاقة:** وهو قد يكون تصرفاً قانونياً كالبيع والوصية، وقد يكون واقعة قانونية كالعمل غير المشروع والكسب دون سبب، وقد يكون واقعة طبيعية كالولادة والوفاة، وقد يكون نصاً قانونياً كما في الولاية والوصاية. ومثال ذلك عقد

---

[١٢] د. عكاشة محمد عبد العال. أحكام القانون الدولي الخاص اللبناني، دراسة مقارنة. الجزء الأول (تنـــازع القوانين)، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٨، ص٧-٨.

[١٣] انظر في هذا الشرط: د. حسن الهداوي، مصدر سابق، ص ١١.

البيع مثلا في مصر بين شخصين عراقيين، أو حصول العمل غير المشروع في العراق وكان المضرور ايرانياً.

ب- أطراف العلاقة القانونية: وهم الدائن والمدين، كالبائع والمشتري والموصي والموصى له والمورث والورثة ومرتكب العمل غير المشروع ومن وقع عليه الضرر... الخ. ومثال ذلك كون البائع عراقيا والمشتري فرنسيا، او الموصي عراقيا والموصى له كويتيا، وكذلك فإذا تحدد زمان العلاقة ومكانها أمكن تحديد القانون الذي يحكمها، إذ هو القانون النافذ في مكان نشوئها وزمانه، وهذا ما يعرف بالتنازع الثابت، والذي يتم فضه بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية التي تدخل العلاقة في إطار فكرتها المسندة. ولكن إذا ما تغير زمان العلاقة أو مكانها أو تغير كلاهما في الوقت مابين نشوء العلاقة وبين رفع النزاع بشأنها إلى القضاء، كأن يغير أحد أشخاص العلاقة جنسيته أو موطنه أو يتم نقل المال موضوع العلاقة من مكان إلى مكان، فإن الأمر يكون أكثر تعقيداً، إذ يترتب على هذا التغيير زيادة عدد القوانين التي تتنازع حكم العلاقة، وصعوبة تحديد القانون المختص من بينها، أهو قانون الجنسية أو الموطن أو موقع المال وقت نشوء العلاقة أم وقت رفع الدعوى، وهذا هو التنازع المتغير[١٤].

ج- محل العلاقة القانونية: وهو قد يكون قياماً بعمل أو امتناعاً عنه أو اعطاء شيء. كما لو كان العقد واجب التنفيذ في العراق وكان طرفاه اجنبيان.[١٥]

فإذا كان عنصر أو أكثر من هذه العناصر أجنبياً حصل التنازع، والسبب في تنوع عناصر العلاقة يحصل بفعل امتداد العلاقات وقبول مبدأ التبادل الدولي في

---

[١٤] د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط٢، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٧٨، ص٣٤٠.

[١٥] ينظر في ذلك بالتفصيل: د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠.

مختلف الميادين الحقوقية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية وغيرها. أما اذا كانت العلاقة وطنية بكل عناصرها فلا تثار مسألة تنازع القوانين ويكون القانون الوطني وحده المطبق في هذه الحالة.

٢- أن يتسامح المشرع الوطني ويقبل بتطبيق القانون الأجنبي في حالات معينة .

٣- أن يكون هناك اختلاف في التشريع بين الدول

المطلب الثاني: نطاق تطبيق قواعد الاسناد

ان قواعد الاسناد تطبق في حالة تحقق تنازع القوانين، وهذا التنازع نوعان: داخلي ودولي. والتنازع الذي يهتم به القانون الدولي الخاص هو التنازع الدولي. ونبين المقصود الثاني .

الفرع الأول: تطبيق قواعد الاسناد في التنازع الدولي للقوانين

التنازع الدولي هو الذي يحصل بين قوانين دول مختلفة تتمتع كل واحدة منها بالسيادة، ولا يشترط في هذا التنازع اعتراف الدول التي تتنازع قوانينها بعضها بالبعض الآخر. ولكن يجب أن يكون القانون المراد تطبيقه صادراً من سلطة نظامية في الأقل، إذ لا يعتد بأوامر العصابات وقطاع الطرق، كما لا يعتد بعادات القبائل والجموع غير المنظمة وتقاليدها، فقد حصل وان امتنعت المحاكم الانكليزية عن قبول التنازع بين القانون الانكليزي والعادات المتبعة لدى احدى القبائل المتوطنة في أفريقيا الوسطى.[١٦]

وينقسم القانون تقليدياً الى فرعين: القانون العام والقانون الخاص، والتنازع المقصود يحصل بين القوانين الخاصة لدول مختلفة، كقانون الأحوال الشخصية والقانون المدني والقانون التجاري، أما القوانين العامة كقانون العقوبات والقانون

[١٦] د. ممدوح عبدالكريم حافظ، مصدر سابق، ص ٢٤٩.

الإداري والقوانين المالية فلا يحصل التنازع بينها لأنها تتصل بالمصلحة العامة للدولة ولا يتصور إحلال غيرها محلها، إذ يطبق القاضي الوطني القوانين العامة لدولته دائماً ما دام ذلك ممكناً، وإلاّ فلا يطبق شيئاً ولا يفتش عن قانون عام أجنبي يحكم العلاقة المعروضة عليه.

وإذا كانت القوانين العامة الوطنية، كقانون الضريبة وقانون العقوبات، تسري على أفعال وقعت في الخارج في حالات معينة، فان هذا لا يعني إحلال القانون العام الوطني محل القانون العام الأجنبي، بل هو تحديد لاختصاص هذه القوانين من حيث المكان.[١٧]

ومن ناحية اخرى يجب ان نلاحظ ان تطبيق القانون العام الوطني من قبل المحكمة قد يثير البحث في فروع القانون الخاص، كما ان القوانين العامة الأجنبية قد يؤخذ بها **بصفة تبعية**، فهنا حالتان:

١- **دور تطبيق القانون العام الوطني في إثارة التنازع:** قد يؤدي تطبيق القانون العام في دولة ما إلى إثارة التنازع القوانين في فروع تنتمي الى القانون الخاص . ومثال ذلك الشخص الذي يتزوج من زوجتين في دولة تعد ذلك جريمة معاقباً عليها، فقد تدعي الزوجة الاولى أمام المحكمة الجزائية أن الزواج الثاني باطل وفي هذه الحالة يجب التأكد من ذلك، لان العقوبة تتوقف على صحة هذا الدفع من عدمه، وهذا قد يعتمد قانون محل إبرام العقد أو قانون جنسية المتهم فيحصل التنازع، إذ يمكن أن يعد الزواج باطلاً بمقتضى أحد هذه القوانين وصحيحاً بحسب الآخر.[١٨]، إلا أنَّ الصفة الوطنية لقواعد الإسناد قد يكون لها مخاطرها في عدم الاستقرار في العلاقات الخاصة الدولية[١٩]، كما هو الحال في التنازع المتغير

---

[١٧] د. عز الدين عبدالله، مصدر سابق، ص ٢٣.

[١٨] د. حسن الهداوي، مصدر سابق، ص ٢٢.

[19] E.Tyan, Precis de droit international prive, Beyrouth, 1966, p.121

إذ يذهب رأي في فقه القانون الدولي الخاص، إلى أن التنازع المتغير هو في جوهره مسألة تفسير لقاعدة الإسناد، إذ هو يتعلق بمدلول تلك القاعدة شأنه في ذلك شأن التكييف الأولي والإحالة كمسائل أولية يتعين الفصل فيها مقدماً للتوصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق[٢٠].

ولكن في مقابل هذا الرأي فان هناك اتجاهاً واسعاً في فقه القانون الدولي الخاص يرى إطلاق القول بضرورة الأخذ بقواعد الإسناد في قانون الدولة التي يُراد التمسك فيها بالنفاذ الدولي للحق، وهي دولة القاضي، سواء أدى تطبيق هذه القواعد إلى عقد الاختصاص التشريعي لقانون تلك الدولة أم لقانون دولة أخرى[٢١]، لأنَّ قواعد الإسناد في دولة القاضي هي التي تختص، وفقاً لهذا الاتجاه، بتحديد القانون الذي يحكم العلاقة في نشأتها، كما انها تختص بتحديد القانون الذي صار مختصاً على أثر تغير زمان العلاقة أو مكانها قبل رفع النزاع بشأنها إلى القضاء، ويكون ذلك بالاستعانة بقواعد تنازع القوانين في الزمان المتعارف عليها في القانون الداخلي، بحيث تخضع العلاقة مثار النزاع في خصوص شروط صحتها وآثارها الماضية للقانون القديم، في حين تخضع بشأن آثارها المستقبلة للقانون الجديد اعتباراً من تاريخ نفاذه[٢٢].

٢- الأخذ بالقوانين العامة الأجنبية بصفة تبعية: وأمثلة ذلك

أ- اذا اكتسب شخص جنسية أجنبية باختياره وكان قانون دولته يسقط جنسيته تلقائياً في هذه الحالة، فإذا كان هناك نزاع معروض أمام المحكمة وكانت تريد تطبيق قاعدة إسناد تشير إلى تطبيق قانون الجنسية، فمن الواجب في هذه الحالة

---

(20) P.Mayer, Droit international prive, précis Domat, Paris, 1977, p.203

(5) Holleaux, J.Foyer et G.de la Pradelle, Droit international prive, Masson, Paris, 1987, p. 231.

[٢٢] كريم مزعل شبي، التنازع المتغير وأثره في القانون الواجب التطبيق(دراسة في تنازع القوانين)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد.، ٢٠٠٠، ص١٣١.

التأكد من توافر شروط اكتساب الجنسية الأجنبية على وفق القانون الأجنبي، وهو قانون عام. وبذلك تأخذ المحكمة بقانون عام أجنبي، ولكن بصفة تبعية لا أصلية وذلك بهدف تطبيق القانون الوطني.

ب- إذا قدم أحدهم طلباً الى محكمة البداءة العراقية لتنفيذ حكم قضائي أجنبي في العراق، فان قبول ذلك يتوقف على توافر شروط جميعها: (١) صدور الحكم الأجنبي من محكمة مختصة بحسب قانون دولة المحكمة التي أصدرته، (٢) كون الحكم نهائياً. وهناك شروط اخرى يجب توافرها جميعا وما يحدد ذلك هو قانون الاجراءات (المرافعات) الأجنبي، فعلى فرض التسليم بان قانون المرافعات يدخل في اقسام القانون العام برأي بعضهم، فان إصدار قرار تنفيذ الحكم الأجنبي من قبل محكمة البداءة العراقية يجّر إلى ضرورة بحثها في تحقق هذه الشروط بحسب قانون عام أجنبي.

ج- قد تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي ولكن أحد الخصوم يطعن بعدم دستورية هذا القانون، وهذا يجّر الى ضرورة التأكد من دستورية القانون الواجب التطبيق .

المبحث الثاني: المعايير التي يتبعها المحكم الدولي لتطبيق قواعد الاسناد

ظهرت عدة معايير في هذا الشأن نستعرضها في المطلب الأول، ثم نجري تقييما وتقديراً لهذه المعايير في المطلب الثاني كما يأتي.

المطلب الأول: ماهية المعايير

توجد سبعة معايير في هذا الخصوص نبينها تباعا:-

أولاً- تطبيق المحكم قواعد الاسناد للدولة التي تم اختيار قانونها ليطبق على النزاع: إن تحديد الأطراف للقانون سوف يحترم في جميع الأحوال، ولكن فضلا عن

ذلك وبالنسبة للأمور التي لا تدخل في نطاق القانون المذكور، يتم الرجوع فيها إلى قواعد القانون الدولي الخاص لهذا البلد.

والقانون الذي يطبق على التحكيم يطبق أيضا على المسائل الخاصة بتنازع القوانين، ويجب على المحكمين تطبيق القانون الدولي الخاص للبلد الذي يخضع التحكيم لقانونه، فالأطراف عندما يعينون القانون الواجب التطبيق على التحكيم فإنهم في نفس الوقت يعينون قواعد القانون الدولي الخاص الواجبة التطبيق على نزاعهم.[٢٣]

غير أن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد، فهو يهمل إرادة الطرفين في النزاع ويحمل تفسيرا مبالغا فيه، ذلك لأن الطرفين عندما يختاران قانون بلد معين لتطبيقه في التحكيم على النزاع فان هذا لا يعني انصراف إرادتهم أيضا إلى تطبيق قواعد الاسناد لذلك البلد، كما أن الأطراف قد لا يختارون قانونا معينا بل يقع اختيارهم على تطبيق قواعد من قوانين مختلفة أو قواعد اسناد وطنية مع قواعد أخرى تنظم المسائل التجارية.[٢٤]

ثانياً- تطبيق قواعد الاسناد للبلد الذي يجري فيه التحكيم: هناك اتجاه يقول انه انطلاقا من الطبيعة القضائية لنظام التحكيم التجاري الدولي، فإنه في حالة غياب اختيار الأطراف في المنازعة اختيارا صريحا أو ضمنيا للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فليس أمام المحكم إلا أن يعمل قواعد الاسناد في قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم لكي يحدد القانون الذي يحكم موضوع المنازعة بمعنى آخر أن قانون الدولة التي يجري التحكيم على إقليمها يكون هو بمثابة قانون القاضي

---

[٢٣] د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ١٩٠.

[٢٤] المصدر ذاته.

بالنسبة للمحكم الدولي، ليس فقط بالنسبة لإجراءات سير المنازعة، بل وأيضا بالنسبة لقواعد تنازع القوانين التي يتحدد على هديها القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

وطبقا لهذا الاتجاه فإن اختيار بلد أو آخر لإجراء التحكيم فيه، وإن كان لا يستوجب بالضرورة، ومن الناحية الموضوعية المجردة عن فكرة الاختيار الضمني، إخضاع النزاع للقواعد الموضوعية في هذا القانون، إلا أنه يستوجب إعمال قواعد الإسناد فيه، فكما أن القاضي يلتزم بإعمال قواعد الإسناد في قانونه، فإن المحكم عليه ايضا اعمال قواعد الإسناد المقررة في قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم باعتبار هذا القانون هو قانونه.[٢٥]

ولكن هذا الاتجاه منتقد لان قانون دولة المقر يصبح القانون الواجب التطبيق استنادا إلى أن تطبيق القاضي لقواعد الإسناد في قانونه مناطه أن القاضي يستمد ولايته من هذا القانون، وهو ملزم بإعمال قواعده، بما في ذلك قواعد الإسناد فيه. أما المحكم فإنه لا يستمد ولايته من قانون دولة المقر بل من إرادة طرفي النزاع المدرجة في اتفاق التحكيم، ومن ثم فلا يوجد ما يبرر إلزامه بإعمال قواعد إسناد قانون دولة المقر ما لم تكن إرادة الطرفين هي التي تقتضي ذلك.[٢٦]

كما أن هذا الاتجاه يخضع تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع من قبل المحكم الدولي لنوع من المصادفة، وقد يتعلق بالاختيار الشخصي للمحكم أو حتى بالمزاج السياسي لهذا المحكم فضلا عن أن هذا الاختيار قد لا يكون له أدنى صلة بالنزاع المطروح على التحكيم[٢٧]. كذلك فإن النزاع في التحكيم الدولي ليس كالنزاع الداخلي إذ على الرغم من أن القانون الخاص بالإجراءات يطبق على إجراءات التحكيم

---

[٢٥] د. نادية محمد معوض، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٥٨.

[٢٦] د. نادية محمد معوض، المصدر السابق، ص ١٥٨-١٥٩.

[٢٧] د. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ٩٣.

الدولي، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة لموضوع النزاع حيث نكون أمام علاقة قانونية دولية لها صلة بالاقتصاد أو التجارة الدولية، ولهذا فإن التحكيم هو تحكيم دولي، وعليه فالمحكم يجب أن لا يرغم على تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص للبلد الذي يجري فيه التحكيم.[٢٨]

ثالثاً- تطبيق قواعد الاسناد في بلد المحكم: بموجب هذا الاتجاه على المحكم الدولي أن يلجأ إلى تطبيق قواعد الاسناد في بلده، وتبرير ذلك أن المحكم له معرفة واسعة بتلك القواعد الخاصة في نظامه القانوني، يضاف إلى ذلك إن الأطراف عندما يختارون محكما معينا، يفترض فيهم إنهم قد اختاروا أيضا وبشكل ضمني النظام القانوني لبلد المحكم أي إن أطراف النزاع عندما يتفقون على تعيين المحكم فإنهم في نفس الوقت يعبرون عن موافقتهم بأن يطبق المحكم قواعد الاسناد في بلده.

ولكن هذا الاتجاه قد وجه له نقد يتمثل في أنه ينتقص من كفاءة أغلب المحكمين الدوليين حيث يشكك في قدرتهم على معرفة الأنظمة القانونية الخاصة بقواعد القانون الدولي الخاص غير تلك التي تخص بلدهم، كما انه يشكل التفافا على قواعد الاسناد لكي ينتهي الأمر إلى تطبيق قانون بلد المحكم على موضوع النزاع، أي تطبيق قانون لا علاقة له بموضوع النزاع ولم يخطر تطبيقه في بال أطرافه[٢٩].

رابعاً- تطبيق قواعد التنازع للبلد الذي فيه الإقامة الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للأطراف: بموجب هذا الاتجاه يجب على المحكم في حالة انتفاء الإشارة الصريحة أو الضمنية إلى القانون الواجب التطبيق ان يبحث عن القانون الذي يطبق

---

[٢٨] د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق ، ص ١٩٢.

[٢٩] د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ١٩٩٨، ص ١٥٥-١٥٦.

على النزاع من خلال قواعد الاسناد في البلد الذي فيه الإقامة المشتركة أو الجنسية المشتركة لأطراف النزاع.

وينتقد هذا الاتجاه بسبب صعوبة تطبيقه في التحكيم التجاري الدولي الذي يمثل الوسيلة الفعالة في حسم المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية الدولية، وفي الغالب لا يحمل أطراف النزاع جنسية مشتركة بل تكون لكل منهم جنسية مختلفة عن الأخرى ومن النادر أن يكون لهم محل إقامة مشترك[٣٠].

خامساً- تطبيق قواعد الاسناد لدولة القاضي الذي استبعد بموجب اتفاق التحكيم: اي إن المحكم الدولي يستطيع تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع من خلال اتباعه قواعد الاسناد في قانون المحكمة التي كان من المفروض أن تختص بالفصل في النزاع والتي استبعدت بمقتضى شرط أو اتفاق التحكيم، وبعبارة أخرى أن يطبق المحكم قانون القاضي الذي استبعد اختصاصه بمقتضى شرط التحكيم.

ويرد على هذا الاتجاه صعوبة إمكانية تطبيقه من الناحية العملية ذلك لأنه في المعاملات الدولية ليس من السهل تحديد المحكمة المختصة في النزاع والتي تكون قد استبعدت بموجب شرط أو عقد التحكيم، كما أنه يهدر أساسا الحكمة من قيام نظام التحكيم التجاري الدولي، وهي ابعاد التجارة الدولية من الخضوع لقواعد تنازع القوانين كما تعرفها التشريعات الوطنية وتفرضها على قضاتها في ذات الوقت الذي يحكم في هذه المنازعات على ضوء قانون أو قواعد تكون الأنسب موضوعيا لطبيعة المنازعة ولأطرافها على حد سواء. فالمنهج التقليدي في القانون الدولي الخاص لم يعد مؤهلا في الوقت الحاضر لحل المشاكل التي يطرحها واقع العلاقات القانونية الخاصة في مجال التجارة الدولية[٣١].

---

[٣٠] د. فوزي محمد سامي، المصدر سابق ، ص ١٩٤.

[٣١] د. أبو زيد رضوان، مصدر سابق ، ص ١٥٧-١٥٨.

سادساً- تطبيق قواعد الاسناد في البلد الذي سينفذ فيه حكم التحكيم: بموجب هذا الاتجاه على المحكم الدولي أن يبحث عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع من خلال إعماله لقواعد الاسناد في قانون الدولة التي سيجري فيها تنفيذ القرار الذي يصدره في المنازعة التي طرحت على التحكيم، وهذا ما يعالج القلق الذي يساور المحكم الدولي ويضعه في اعتباره دائما وهو مصير القرار الذي سوف يصدره في الدولة التي يطلب إليها تنفيذه.

فالمادة ١/٥/ب من اتفاقية نيويورك (سنة ١٩٥٨) بشأن الاعتراف وتنفيذ قرارات المحكمين الأجنبية تنص على رفض الاعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه إذا كان مخالفا للنظام العام في هذه الدولة على الأقل بمفهومه الدولي، وتحسبا لذلك يستحسن تطبيق المحكم للقانون الذي تعينه قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص في دولة التنفيذ.

ولكن هذا الاتجاه يثير صعوبات عملية يتعين على المحكم حلها ابتداءً، وهي تتجسد اساساً في ضرورة تحديد الدولة التي سينفذ حكم التحكيم على إقليمها. والسؤال هو: كيف يتسنى للمحكم أن يعرف على وجه الدقة أين سينفذ قرار التحكيم؟ وما هو الحل إذا كان يتعين تنفيذ قرار التحكيم في أكثر من دولة؟ ويبدو أن هذا الاتجاه يخلط بين مسألة تنازع القوانين حول القضايا التي يتعرض لها المحكم في معرفة القانون الواجب التطبيق عند عدم اتفاق أطراف النزاع على تحديده وبين المسائل التي قد تثار فيما بعد أمام القاضي لكي يصدر قراره بتنفيذ حكم التحكيم أو رفضه[٣٢].

سابعاً- تطبيق قواعد الاسناد المناسبة للنزاع : عند غياب الإرادة الصريحة لطرفي النزاع وعدم معرفة إرادتهما الضمنية بشأن القانون الواجب التطبيق أو قواعد القانون الدولي الخاص فإن المحكم الدولي لا يتقيد بإتباع قواعد الاسناد في قانون وطني معين

[٣٢] د. أبو زيد رضوان، المصدر السابق، ص ١٥٩.

أو تطبيق ذلك القانون على موضوع النزاع، ونتيجة لذلك يقع على كاهله البحث عن أي قانون يكون الأنسب موضوعيا لحكم النزاع.

وهذا المعيار، أي القانون الأنسب موضوعيا، أصبح من المبادئ التي رسخت في لوائح هيئات التحكيم أو في قرارات التحكيم التجاري الدولي، ومن ثم فإن المحكم الدولي له الحرية في البحث عن القانون الأنسب بالتطبيق الجمعي للمبادئ المشتركة لقواعد التنازع في القوانين التي يرتبط بها النزاع[٣٣].

المطلب الثاني: تقييم المعايير وتقديرها

نرى ان الاتجاه الذي يحظى بالقبول والتأييد هو الاتجاه الذي يذهب الى أن المحكم يختار القانون الأكثر ملاءمة لموضوع النزاع، آخذا بعين الاعتبار القواعد المتعارف عليها في التعامل التجاري الدولي، فهذا الاتجاه يمثل النتيجة المنطقية والأسلوب العملي في مجال التجارة الدولية ويؤكد حرية المحكم. [٣٤]

أن من المقبول ان يستخدم المحكم الدولي حريته في البحث عن القانون الأنسب من خلال إعمال التطبيق الجمعي للمبادئ المشتركة لقواعد الاسناد في القوانين التي يرتبط بها النزاع، غير أن هذه الحرية لها ضوابط يتحدد بموجبها القانون الأكثر اتصالا بالنزاع مثل قانون العقد، فالأصل هو أننا نجد القانون الواجب التطبيق على العقد مع القانون الواجب التطبيق على النزاع،وكذلك قانون مكان التحكيم حيث يلتزم المحكم

---

[٣٣] د. أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٣٢-٣٣.

[٣٤] ينظر في هذا الاتجاه ايضا: د. أبو زيد رضوان، مصدر سابق ذكره، ص ١٦٥، وأيضا د. فوزي محمد سامي، مصدر سبق ذكره ، ص ١٩٤

دائما بالقواعد الإجرائية الآمرة في قانون محل التحكيم حتى عند اختيار الأفراد لقانون آخر. [٣٥]

ويتعين على المحكم أن يسترشد في تحديد قاعدة التنازع بضوابط موضوعية مستمدة من ظروف التعاقد، ودراسة مختلف عناصر العقد على نحو يضمن ارتباطا حقيقيا بين موضوع النزاع وبين القانون الذي ترشحه قاعدة التنازع لحكم العلاقة، وهذا الأمر يتوقف بالدرجة الأولى على ثقافة المحكم وخبرته القانونية، ويتعين على المحكم الاستعانة بالخبراء لتحديد القانون الواجب التطبيق أو تكليف الأطراف بإثباته ضمانا لصحة تحديده[٣٦].

---

[٣٥] د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٧٣.

[٣٦] المصدر نفسه، ص ٢٧٦. ومن جهة أخرى استقر الفقه والتعامل القضائي على توافر شروط معينة لصحة الاتفاق على منح الاختصاص القضائي لمحكمة دولة معينة، وهذه الشروط هي:

١ـــــ ضرورة توافر رابطة جدية بين المحكمة والنزاع المطروح' حتى يكون اتفاق الخصوم منتجاً لأثره، لا بَّد أن تكون هنالك رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة باعتبارها المحكمة التي اتفق الأطراف على الخضوع لاختصاصها. ووجود هذه الرابطة ضروري لكفالة آثار الحكم الصادر من المحكمة التي اختارها الخصوم للنظر في النزاع. فالحكم الصادر من هذه المحكمة سيكون مجرداً من القوة والفاعلية إذا لم تكن هنالك رابطة جدية بين النزاع وإقليم تلك الدولة، وعلى المحكمة في هذه الحالة أن تحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها. وتتفق كثير من التشريعات المقارنة على توافر هذا الشرط ٢ـــــ أن يكون الغرض من رفع النزاع أمام المحكمة مشروعاً، ويعتبر هذا الشرط الوجه الآخر للشرط الأول((٣٦)). فلا بَّد أن تكون هنالك مصلحة مشروعة دفعت الخصوم للخضوع لولاية المحكمة التي تم الاتفاق عليها، وذلك لسد باب التحايل والغش نحو الاختصاص أمام الأفراد، ومنعهم من الاتفاق على عقد الاختصاص لمحكمة معينة تبعاً لأهوائهم، فقد يعتمد الخصوم التهرب من الخضوع لولاية المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع ويخضعون باختيارهم لاختصاص محاكم دولة أخرى يعلمون مقدماً أن قواعد الإسناد فيها تشير بتطبيق قانون مختلف، لغرض الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق، ويظهر هذا التحايل بصورة واضحة في مواد الأحوال الشخصية... وللمزيد يُنظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٠، ص ١٤٨.

الخاتمة

في خاتمة بحثنا ندرج أهم ما توصلنا اليه من نتائج و توصيات و التي نذكرها تباعاً:-

أولاً- النتائج

١ - ان السبب في ذلك هي الخصائص والميزات التي تتمتع بها الوسائل البديلة لحل النزاعات من قلة التكاليف والحفاظ على السرية وادامة العلاقات المتبادلة وتوافر الخبرة وغيرها، مع ملاحظة ما اورده البحث بشأن التحكيم.

٢- ان وجود الوسائل البديلة لحل النزاعات يخفف من عبء المسؤوليات الملقاة على عاتق القضاء الوطني من جهة، ومن اعباء الاطراف من جهة أخرى.

٣- الأصل ان المحكم يعمل القانون الذي اختاره اطراف العلاقة التجارية الدولية صراحة أو ضمنا، وتستخلص الارادة الضمنية من خلال ظروف القضية وملابساتها.

٤- عند غياب الاتفاق على القانون الواجب التطبيق يقوم المحكم بإعمال قواعد تنازع القوانين الوطنية.

٥- توجد عدة معايير لاختيار قواعد التنازع التي يلجأ اليها المحكم، والراجح منها هو ترك الحرية للمحكم لاختيار القانون الأنسب للنزاع.

ثانياً- التوصيات:

١- حث المشرع العراقي على اصدار تشريع ينظم اللجوء الى الوسائل البديلة لما تتصف به من ميزات، مع بيان الآثار القانونية التي تترتب على اللجوء الى هذه الوسائل.

٢- ان عملية اصدار التشريع المطلوب تقتضي ان تسبقه دراسات شاملة ومعمقة تبين مدى انسجام هذه الوسائل مع الروابط والعلاقات السائدة في مجتمعنا، وكذلك

انسجامها مع النظام القانوني العراقي. وهدف ذلك هو الخروج بصيغة تحقق الانسجام والملائمة بين ما يصدر من تشريعات والمسائل التي تعالجها.

٣- نوصي المشرع العراقي بأن يضمن قانون التحكيم المؤمل الصدور نصاً يقرر العمل بالمعيار الراجح وهو اعمال القانون الأنسب الفض النزاع.

٤- نقترح الاهتمام بالموضوع من خلال الندوات والمؤتمرات العلمية، وتشجيع الباحثين على دراسة المسألة وتعرف مواقف القوانين وأحكام المحاكم وهيئات التحكيم، وذلك بهدف الوصول الى رؤية تامة تفيد المشرع والمحكمين في بلدنا لتبني الموقف الأفضل.

Abstract:

Arbitration is deemed important in the economic life of all countries, specially, the advanced countries, because the international transactions became vast, and there is no country that doesn't has transactions beyond its borders, and in order to achieve security and reassure the contractors to get rid of the restrictions imposed by the Substantive and procedural laws beside the trend to hasten resolving the disputes that occurs because of executing the transactions either they were commercial or non commercial, because the state judiciary system and the procedures and the methods of appeal in the issued rulings may be a delay factor in resolving the disputes , beside seeking confidentiality and not to disclose the content of the lawsuit, because the general principal in the state judiciary system is the publicity of information and the exception is the confidentiality in a limit that achieves the confidentiality of information that disclosing it may be a source of embarrassment that are suffered by a lot of merchants either by disclosing the reality of the financial position or the transactions nature , that all shall be addressed by the research were the motive to search for alternate methods to resolve the disputes , thus the arbitration in the transactions became the most important alternate method to resolve the disputes in the transactions in the mean time.

The study shall be divided into two topics, the first shall address the Substantive laws as an important introduction to the subject , and in the second the standards followed by the arbitrator in determining the law that should be applied.