

الارتباط التكاملي بين قضاء التحكيم وقواعد تنازع القوانين في نطاق التجارة الدولية  
"دراسة تحليلية مقارنة"

*The universal connection between the tribunal and the ordinary court with the conflicting rules in the scope of the international trade.*

بحث مقدم من قبل

الاستاذ المساعد الدكتور صالح مهدي كحيط

معهد العلمين للدراسات العليا

### الخلاصة

عمدت العديد من الدراسات القانونية الى ايجاد منهج للربط التكاملي الخاص بالعلاقة بين قضاء التحكيم من جهة، وقواعد تنازع القوانين من جهة أخرى، نتيجة للأهمية الكبيرة التي يؤديها قضاء التحكيم في ميدان تطوير تلك القواعد، ومحاولة الموائمة بينها وبين ما يشهده العصر الحاضر من تحولات على مستوى التجارة الدولية، فقواعد التنازع هي ترجمة لحالة التنسيق الذي يمكن أن يحصل بين النظم القانونية لإيجاد أنسب الحلول وأقدرها في تحقيق اليقين القانوني بالنسبة لأطراف العلاقة المشوبة بعنصر اجنبي، وكذلك تحقيق الامان القانوني لمجتمع التجارة العابرة للحدود، ويتحقق هذا الهدف من خلال استعراض التطبيق المنهجي لقواعد الاسناد الذاتية والموضوعية وفق منهج تكاملي يضمن التفاعل الذاتي مع الحاجة الواقعية لمصالح الدول، وهذا ما يضمن تقديم رؤية واقعية موضوعية عن عناصر القوة والضعف من خلال أعمال قواعد الاسناد، بالمستوى الذي يمكن للمشرع الوطني من خلالها إعادة النظر في القواعد القانونية التي لم تعد تنسجم مع الانظمة الاقتصادية، كل هذه المسائل وغيرها ستكون محط اهتمام هذه الدراسة لفحص قدرة المنظومة التشريعية العراقية على الاستجابة لاستحقاقات التحول الجديد الخاص باقتصاد السوق، بالمقارنة مع التجارب القريبة والبعيدة للتشريعات محل المقارنة، وفق مبحثين نتناول تفاصيلهما في متن هذا البحث.

**الكلمات المفتاحية:** الارتباط التكاملي ، قضاء التحكيم ، قواعد تنازع القوانين ، التجارة الدولية.

### Abstract.

The legal studies tends towards establishing universal approach especially in the relation between the court and the tribunal with the international law rules; from the another side for the great importance of the tribunals in the field of development of these rules; and the compromising between them and what done from the transformational on the international trade. The conflict rules are considered a translation for the harmonizing that may accrue between the legal systems; to find the best solution to achieve the legal certainty .As well as the legal security by the explanation of the subjective and o objective rules according to universal approach with states needs this will g guaranteed presentation of the factual vision about the strongest and weakness elements by the operation the rules of private international law in national level by the review of the study o f the legal rules which are not agreement with economic systems . all these matters will be in the center of our research .

**Key words:** *The universal connection ، the tribunal ، the ordinary court ، the conflicting rules ، the international trade.*

## المقدمة.

## أولاً/ التعريف بموضوع البحث.

إن زيادة حجم التجارة الدولية واتساع مجالها يتوقف على فعالية النظام القانوني الذي ينظم العقود والمبادلات التجارية ومدى استجابته لمصالح الأطراف المتعاقدة بما يتفق مع توقعاتهم المشروعة، تحقيقاً للأمان واليقين القانونيين، ونظراً لما تتمتع به المعاملات التجارية من سرعة انسيابيتها عبر الحدود، فإن ذلك ينعكس بالمثل على المنازعات التي تثار بشأنها، مما يتطلب ذلك جهداً مضاعفاً واستثنائياً لمواجهة ذلك بالنظر لتزايد حجم هذه المنازعات واتساع تأثيرها إيجابياً وعمودياً، فهي تؤثر في ازدهار التجارة بين الدول والافراد سلباً إذا ما واجهتها الدول بوسيلة وحيدة تتمثل بقضائها الرسمي، في حين يمكن ان تحمل تلك المنازعات تأثير إيجابي إذا ما اشركت الدول الى جانب الوسيلة المتقدمة وسيلة اخرى تتمثل بالتحكيم بوصفه قضاء يصنعه اطراف النزاع فيأخذ الطابع الاتفاقي، وهو ما يمنحه مكانة كأهم وسيلة لحسم النزاع، وأضحى من الناحية الواقعية لا يمكن تصور خلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط اللجوء الى التحكيم عند حدوث النزاع، نتيجة للمرونة التي يتمتع بها هذا النوع من الوسائل في فض المنازعات، بالمستوى الذي يخلق توازن بين الجمود والمرونة الخاصة بتعيين القانون الواجب التطبيق، وبما ينسجم مع حاجة التجارة الدولية.

## ثانياً/ أهمية موضوع البحث.

إن التحول الذي شهدته التجارة الدولية ادى الى تزايد اللجوء الى التحكيم الدولي بدل القضاء الوطني لان الاخير يمتاز ببطء وتعقد الاجراءات فضلاً عن تطبيق قواعد داخلية على المنازعات الدولية، والتي لا تأخذ بعين الاعتبار مقتضيات التجارة الدولية ولا تبعث بنفس الاطراف الشعور بالأمن والعدالة المطلوبة، وهذا البناء الجديد في التعامل مع الاختصاص القضائي أضفى على الفلسفة التشريعية في هذا الاطار رؤية جديدة رائدها حجم التعاطي مع المفاهيم التقليدية في تقرير قواعد هذا النوع من الاختصاص، فلم تعد مفاهيم الاقليمية والسيادة وغيرها هي الحاكمة في تنظيم اختصاص الجهة التي تحسم النزاع، بل دخلت المصلحة الوطنية وتوقعات الاطراف واليقين القانوني كمعطيات جديدة في حسم الاختصاص القضائي الدولي، وأصبح التحكيم وسيلة تلبى نوق المشرعين في هذا الاطار؛ للتناغم الذي يتحقق في الاستجابة الى الفلسفة التي يعتمدها المشرع في عملية التحول التشريعي، فلا توجد قطيعة بين الاختصاصين التشريعي والقضائي، فقضاء التحكيم يمكن أن يستجيب لهذه الحاجة مع ضمان التعامل بنسبية مع قواعد التنازع وفق المنهج التقليدي، من هنا تظهر أهمية الوقوف على الدور التكاملي الذي ينشأ بين قضاء التحكيم من جهة ومنهج تنازع القوانين من جهة أخرى.

## ثالثاً/ اشكالية البحث.

على الرغم من أن قواعد التنازع تشترك مع قواعد القانون الاخرى في العناصر الخارجية لبنائها الفني الذاتي (الهيكلي) غير ان هذه القواعد تنفرد عن قواعد القانون الاخرى بعناصر داخلية لازمة لها تمكنها من اداء وظيفتها على نحو يختلف عن غيرها، بالنظر لخصوصية وطبيعة العلاقات ذات البعد الدولي التي تحكمها، وفي إطار الفقه كان هناك اختلاف حول وظيفتها، فذهب اتجاه الى ان وظيفتها تعد سياسية بينما وجد البعض الاخر ان وظيفتها ذات طابع قانوني، ولها اعتبار اخر متمثل بالعدالة واليقين القانوني، هذه الاعتبارات وغيرها ظهرت امام التحكيم الدولي لإعادة لمحاولة خلق نوع من التكامل بين قضاء التحكيم من جهة وقواعد التنازع من جهة اخرى من أجل تطوير هذه النوع من القواعد، كما ان الطابع المرن الذي يمتاز به قضاء التحكيم بالتكيف يعد أحد الاسباب التي يسعى من خلاله التحكيم لتطوير هذه القواعد والحال ينسحب بالمثل على اجراءاته فتكون للتحكيم مرونة اجرائية فضلاً عن المرونة الموضوعية، هذه الخصوصية جعلت من الاهتمام بالدور التكاملي الذي يمكن أن يضفيه قضاء التحكيم على قواعد التنازع إشكالية تقتضي التصدي لبيانها بالبحث والتحليل والتدقيق والرصد، في ضوء التحولات الحديثة في اطار التجارة الدولية، بالاعتماد على الاعتبارات الحديثة مثل العدالة المادية واليقين القانوني وحالة التنسيق بين النظم القانونية المختلفة.

**رابعاً/ منهجية البحث.**

إن الوقوف على المضامين الخاصة بموضوع البحث يقتضي استعراض التجارب الناجحة في العالم والتي أعطت التحكيم دور في سد الثغرات التشريعية الخاصة بالولاية التشريعية في اطار العلاقات الخاصة الدولية، وانتقاء تجرية في طور النجاح لمعرفة العوامل التي ساهمت بذلك، وبعدها الوقوف على المعالجة التشريعية للمشرع العراقي، لذا سنعمد ما يمكن الاعتماد عليه من التشريعات الاجنبية والقانون المصري مقارنة بموقف النظام القانوني العراقي، معتمدين على منهج التحليل في الوصول الى النتائج المرجوة من الخوض في هذا الموضوع.

**خامساً/ هيكلية البحث.**

ولغرض البحث سنتناول هذه الدراسة في مبحثين نبيين في الأول الطابع الذاتي لقواعد التنازع، أما المبحث الثاني فسنخصصه لمبحث الطابع الموضوعي لقواعد التنازع، مستلهمين ما يمكن أن يضيفه قضاء التحكيم من عملية تكامل موضوعي لهذا النوع من القواعد.

**المبحث الاول/ علاقة قضاء التحكيم بالطابع الذاتي لقواعد تنازع القوانين.**

إن قواعد التنازع لها الخصائص العامة للقواعد القانونية كما لها خصائص ذاتية من حيث انها قواعد حل غير مباشرة، بمعنى انها لا تحل التنازع، انما وظيفتها تنحصر بتكييف العلاقة ومن ثم اسنادها لقانون دولة ما، فهي لا تطبق على النزاع انما تقوم بنقل النزاع المتعلق بالعلاقة لحساب قانون ما، بحيث تنتهي مهمتها لتبدأ مهمة القواعد الموضوعية في القانون الاخير لحكم العلاقة وهنا تتجلى الوظيفة الموضوعية لقواعد النزاع، كما انها قواعد مزدوجة الجانب على راي الغالبية فهي قد تعطي الاختصاص في الحكم والحسم للقانون الوطني ويمكن ان يكون ذلك لحساب قانون اجنبي، وفي إطار قضاء التحكيم فان دوره يظهر بشكل واضح في إطار تطوير قواعد التنازع، إذا ما تعلق النزاع بموضوع محكوم بقاعدة غير أمرة، ويتضح مما تقدم انها قواعد لا تقرر ابتداء لأي قانون يكون الاختصاص. فضلا عن ذلك تعد قواعد وطنية المصدر أي يستأثر المشرع الوطني في كل دولة بوضعها وتراعى فيها الخصوصيات الوطنية في كل دولة مع مراعاة القواعد والمعايير الدولية وبذلك تختلف عن القواعد الموضوعية حيث ان الاخيرة ممكن ان تكون ذات مصدر وطني (التشريع) او دولي (معاهدات او قرارات القضاء الدولي). ولغرض البحث سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في الأول علاقة قضاء التحكيم بالبناء الذاتي لقواعد التنازع أما الثاني فنخصصه لمبحث وظيفة قواعد التنازع.

**المطلب الاول/ علاقة قضاء التحكيم بالبناء الذاتي لقواعد التنازع.**

تعد قواعد التنازع الوسيلة الفضلى التي يضعها المشرع الوطني لاختيار القانون الذي يحكم العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي، وهذه القواعد هي قواعد قانونية لها طبيعة فنية ووظيفة خاصة تتمثل في اصطفاء أكثر القوانين المتزاحمة ملاءمة لحكم العلاقة وأكثرها إيفاءً بمقتضيات العدالة، وعملية اختيار القانون الواجب التطبيق تكمن في الصياغة الإسنادية التي تتميز بها قواعد الإسناد والتي كانت علة وجود هذه القواعد كمظهر لسماح المشرع بتطبيق قانون اجنبي أمام القضاء الوطني بصفة استثنائية<sup>(1)</sup>، وهذا الاستثناء الهام الذي سمح بتطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني هو الذي أخرج قواعد الإسناد إلى الساحة القانونية كقواعد فريدة في طبيعتها وبنياتها، وهو ما جعل هذه القواعد، بما لها من خصائص ذاتية مميزة، أداة استثنائية لحل النزاعات الخاصة الدولية ونظر لاختلاف طبيعة المنازعات وجد باثر ذلك تنوع في القواعد الحاكم لها وهو ما يعطي مرونة للقاضي والمحكم في اختيار ما هو ملائم منها للنزاع، وهي ليس على مستوى واحد من حيث درجة ارتباطها بالنظام العام والقواعد الامرة والمصلحة العامة مما طرح ذلك اختلاف وتفاوت استجابتها للتطور بتأثر قضاء التحكيم من قاعدة الى أخرى ولغرض البحث سنبيين ذلك في فرعين: سنخصص الأول لمبحث فاعلية قضاء التحكيم في التركيب البنائي لقواعد التنازع، أما الثاني فسنبين فيه دور قانون الإرادة في تطوير قواعد التنازع.

**الفرع الأول/ فاعلية قضاء التحكيم في التركيب البنائي لقواعد التنازع.**

تقوم هيكلية قواعد التنازع على مقومات بناء خارجية واخرى داخلية وهي على النحو الاتي:

أولاً-العناصر الخارجية لقواعد التنازع (قواعد الإسناد): إن قواعد الإسناد تشترك مع سائر قواعد القانون في العناصر التي لا يمكن لأية قاعدة قانونية أن تقوم من دونها، وهذه العناصر هي:

1- عنصر الفرض: من الثابت ان القاعدة القانونية تتصف بكونها قاعدة عامة مجردة، فهي من حيث نشأتها قاعدة مجردة، أي انها في صياغتها تخاطب الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم، وكذلك عند تحديدها للأشياء والوقائع. أما في تطبيقها فان القاعدة القانونية تكون قاعدة عامة، بمعنى انها لا توضع لتحكم شخصاً أو شيئاً معيناً أو واقعة معينة، أو بعبارة أدق انها لا تأتي لتحكم حالة معينة متوقعة ومحددة مسبقاً بحيث تزول بعد تطبيقها على تلك الحال، بل إن القاعدة القانونية تبقى بعد التطبيق للمستقل تواجه احتماليات تكرر موضوع تطبيقها على جميع الحالات المماثلة ما لم يرد بشأنها استثناء يخصص من عمومها<sup>(2)</sup>، وهنا يمكن ان يجد المحكم مساحة من الحرية لتطويرها استحداثاً أو تكيفاً أو تطويماً حسب طبيعة كل حالة وظروفها كما سنلاحظ.

وينحسب ما تقدم على قواعد الإسناد، بوصفها قواعد قانونية، فإنها توصف بكل ما توصف به القواعد المتقدمة من العموم والتجريد، ولكن بما يتناسب مع وظيفة قواعد الإسناد في النظام القانوني الذي تنتمي إليه، فحيث ان الهدف من قاعدة الإسناد هو اختيار القانون الملائم لحكم العلاقة الخاصة ذات العنصر الأجنبي من بين القوانين المتراحمة لحكمها، فإن صفتي العموم والتجريد تظهران في صورة معينة قوامها أن القوانين المتراحمة تتساوى أمام مشرع قاعدة الإسناد وهو في مرحلة سنه لهذه القاعدة، بحيث ان المشرع لا يهتم سوى بالوصول إلى القانون الأقرب صلة بالعلاقة، ومن أجل التعرف على القانون ذات الصلة الأوثق بالعلاقة محل النزاع، يقوم بتصنيف علاقات الأفراد التي يتوقع أن يثار بشأنها نزاع ذات طابع دولي إلى طوائف مختلفة تضم كل طائفة منها مجموعة من العلاقات المتشابهة، وهذه الطوائف هي التي تجسد عنصر الفرض في قواعد الإسناد، فتكون قواعد الإسناد بذلك قواعد فرضية، بمعنى آخر ان مشرع قاعدة الإسناد يفترض قيام نزاع مستقبلي بشأن العلاقات التي تشكل موضوع هذه القاعدة، وهي علاقات مرتبطة بقوانين متعددة لدول مختلفة، فيرتب المشرع على هذا النزاع حكماً معيناً<sup>(3)</sup>، وهذا ما يضع امام المحكم فرضيات متنوعة وما عليه ان يساعد الاطراف في الاختيار أو هو يقوم بالاختيار في ظل انعدامه لكي يجعل القواعد اكثر استجابة للمنازعات فالمحكم يمكن ان يجتهد في توصيف الفرض من خلال تقنية التكيف لان الاخيرة تنصب على فكرة الاسناد أي عنصر الفرض وان التكيف والتطوير في هذا الاطار ينسحب ضمناً على الحكم الذي سيصل اليه المحكم بالنتيجة .

2-عنصر الحكم: إن القانون يفترض حدوث الواقعة المثارة في الذهن عن طريق طرح الفرضية ومن ثم يضع لها حكمها المناسب. ولذلك فان الحكم أو الأثر القانوني هو عبارة عن الحل الذي يقرره القانون أو تقرره القاعدة القانونية لمواجهة الوضع الواقعي عند تحققه في العمل، أما ما يتعلق بقواعد الإسناد، فهي وإن كانت منطوية على عنصر الحكم حالها حال القواعد القانونية الأخرى، إلا أنها تضيف على هذا العنصر في إطارها مفهوماً خاصاً يتلاءم مع الوظيفة التي أناطها بها المشرع لتمارسها في ميدان العلاقات الخاصة الدولية، والتي قوامها عدم إعطاء الحل النهائي في المسألة موضوع النزاع وإسناد هذه المسألة إلى قانون معين ليقوم ذلك القانون بتنظيمها. ولذلك فان عنصر الحكم في قواعد الإسناد ليس إعطاء الحكم الموضوعي للمسألة المعروضة، وإنما هو تعيين القانون المختص بحكم هذه المسألة، أو الإرشاد إلى القانون الذي يحكم المسألة محل النزاع. وهذا ما يظهر في النصوص القانونية المتضمنة قواعد الإسناد، ومنها على سبيل المثال ذلك النص الذي يقرر أن (الأهلية "عنصر الفرض" يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته "عنصر الحكم")، أو ذلك النص الذي يقرر سريان (... قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج "عنصر الحكم" على الآثار التي يربتها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال "عنصر الفرض")<sup>(4)</sup>.

وعنصر الحكم في قواعد الإسناد ينطوي في الواقع على أمرين هامين، الأمر الأول هو الإلزام الموجه للمحكم بتطبيق القانون الذي ترشد إليه هذه القاعدة وتختاره لحكم العلاقة محل النزاع، وهو إلزام ينبع من الصفة الملزمة لقاعدة الإسناد ذاتها. ولا يخفى ان المخاطب بقاعدة الإسناد هو، بصفة مباشرة وأصلية، سلطات الدولة الصادرة عنها هذه القاعدة وبالدرجة الأولى محاكم تلك الدولة، ومع ذلك يمكن القول بأن

أطراف العلاقة ذات العنصر الأجنبي هم المخاطبين غير مباشرة بقاعدة الإسناد، ويكون ذلك عادةً عندما تسمح قاعدة الإسناد لهم أو للمحكم بتحديد القانون الواجب التطبيق، أو عندما يتمسكون بتطبيق قانون معين أمام المحكم أو غيره من الجهات التنفيذية الأخرى.

وهذا يعني ان عنصر الحكم يستجيب للتطور عندما يكون للمحكم حرية اختيار عنصر الفرض، ما دام هذا العنصر لا يتعلق بقواعد أمرة او بقواعد البوليس<sup>(5)</sup>، فحرية المحكم تتسع في ظل ارتباط النزاع بمصالح الأطراف الشخصية وعدم تقاطعها مع النظام العام في دولة مقر التحكيم او الدولة المطلوب تنفيذ حكم التحكيم فيها او مخالفة القانون المختار من قبل الأطراف او المحكم للقواعد الامرة في الدولة الاولى، ويعبر عن العنصر الثاني الذي يتضمنه عنصر الحكم في قواعد الإسناد بالضابط الذي يحدد بطريقة مجردة القانون الواجب التطبيق، ويسمى بضابط الإسناد، والذي من دونه تعجز تلك القواعد عن النهوض بوظيفتها في اختيار القانون الملائم لحكم النزاع. وضابط الإسناد هذا هو المميز الأصيل لقواعد الإسناد، وهو الذي يُظهر في ذات الوقت العناصر الذاتية لهذه القواعد. كما انه يمثل مركز ثقل العلاقة فيما إذا كان في الأشخاص ام في الاموال ام في السبب وهنا يستطيع المحكم ان يستنتج القانون الواجب التطبيق من مركز ثقل العلاقة.

ان عنصر الفرض وعنصر الحكم يظهر بشكل جلي في إطار القواعد الموضوعية ولكن يمكن ان توصف تلك العناصر بأوصاف اخرى لها تسميات معنية في إطار قواعد الاسناد، فهي في إطار القواعد الموضوعية لها وصف واحد تعد مقوماتها الداخلية وفي نفس الوقت مقوماتها الخارجية في حين تعد تلك العناصر المقومات الخارجية لقواعد الاسناد وتأخذ المقومات الداخلية مضامين اخرى، والاختلاف بين نوعي القواعد اعلاه يظهر في ان عناصر القواعد الموضوعية فرص تقديرها من قبل المحكم والتصرف بها وتطويرها أكثر مما نجده في إطار عناصر قواعد الاسناد.

**ثانياً-العناصر الداخلية لقواعد التنازع:** لو قمنا بتحليل أية قاعدة من قواعد الإسناد الواردة في التشريعات المختلفة لوجدناها تحتوي على ثلاثة عناصر داخلية، وهذه العناصر هي الفكرة المسندة وضابط الإسناد والقانون الواجب التطبيق. وهذا ما نراه واضحا فيما اشار اليه المشرع العراقي في أن المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الاخرى وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها، يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقار<sup>(6)</sup>، فتحليل هذا النص يُظهر بجلاء تلك العناصر الداخلية التي تحتويها قاعدة الإسناد، إذ يمثل عنصر الفكرة المسندة المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الاخرى...، وعنصر ضابط الإسناد بموقع المال في حين يتجسد عنصر القانون المسند اليه بقانون موقع العقار، وفيما يلي توضيح للعناصر الداخلية في قواعد الإسناد:

1- الفكرة المسندة وهي موضوع الإسناد، أو مجموعة العلاقات التي تعنى قاعدة الإسناد بتحديد القانون المختص بحكمها، إذ ان قاعدة الإسناد لا تحكم علاقة واحدة معينة ومحددة، بل هي تحكم جملة من العلاقات ذات العنصر الأجنبي يجمعها المشرع في فكرة واحدة. فالعلاقات التي يمكن ان تقوم بين الأفراد على صعيد المجتمع الدولي لا يمكن أن تدخل تحت حصر، ومن الصعب تخصيص كل واحدة منها بقاعدة إسناد منفردة أو بقانون معين، وإزاء ذلك فقد لجأ المشرع في مختلف الأنظمة القانونية إلى تصنيف هذه العلاقات إلى فئات أو طوائف مختلفة تتضمن كل طائفة منها مجموعة من العلاقات المتقاربة أو المتشابهة، وكل فئة من العلاقات المتجانسة على هذا النحو يضع لها المشرع ضابطاً خاصاً يسندها إلى قانون معين، وهذه الطوائف أو الفئات هي التي تسمى الأفكار المسندة. ومثال ذلك أن يجمع المشرع مختلف الأوضاع التي تتعلق بصحة الزواج من حيث الموضوع في فكرة واحدة، فيصوغ قاعدة إسناد خاصة بشروط صحة الزواج من حيث الموضوع ويسندها مثلاً إلى قانون دولة كل من الزوجين، أو يجمع الأوضاع المترتبة على رابطة الزوجية في فكرة واحدة فيصوغ قاعدة إسناد خاصة بآثار الزواج ويسند هذه الفكرة مثلاً إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج<sup>(7)</sup>.

وكذلك شأن الأوضاع المتعلقة بكسب الحقوق العينية وانتقالها وانقضاءها، والحيازة والآثار المترتبة عليها، حيث يُدخلها المشرع في فكرة واحدة هي فكرة الأموال وينص مثلاً على ان مركز المال يخضع لقانون

موقعه، ويقال مثل هذا أيضا بالنسبة للأوضاع المتعلقة بانتقال الأموال بطريق الإرث، وبالنسبة للأوضاع المرتبطة بالفعل الضار أو النافع وبشكل التصرفات القانونية أو موضوعها، إلى غير ذلك. ومما تقدم يظهر ان الفكرة المسندة لا تستجيب للتطور إذا تعلق بالانظام العام والقواعد الامرة في حين تكون أكثر مرونة على الاستجابة إذا كانت حرة من قيد النظام العام والقواعد الامرة. وتطبيقاً لذلك لا يتسنى للمحكم أن يعين القانون الواجب التطبيق إلا إذا تبين له أولاً تحت أية فكرة مسندة تندرج العلاقة محل النزاع. فإذا طرح أمامه نزاع يتعلق بمسألة معينة تتضمن عنصراً أجنبياً، فإن عليه أن يعطي وصفاً محدداً لهذه المسألة لتحديد طبيعتها تمهيداً لإدراجها ضمن الفكرة المسندة الملائمة التي تتضمنها، وهو ما درج الفقه على تسميته بالتكييف. فإذا ما تم ذلك للمحكم تيسر له أن يكشف عن القانون الواجب التطبيق على المسألة محل النزاع، ويكون ذلك عن طريق ضابط الإسناد الذي حدده المشرع للفكرة المسندة التي تتضمن تلك المسألة.

2- ضابط الإسناد أو ما يسمى ضابط الاختيار، أو عامل أو ظرف أو نقطة الإسناد. وهذا الضابط يكون دور المحكم في تطويره ضعيف لأنه يحدد القانون الواجب التطبيق بطريقة مجردة، فهو المعيار الذي يُظهر إرادة المشرع في تفضيله لقانون معين أو إرضاه عن باقي القوانين التي تُعرض حلولها الموضوعية لتنظيم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، فهو يشخص أفضل القوانين لحكم الفكرة المسندة موضوع قاعدة الإسناد، وبحسب تعبير بعض الفقهاء فإن ضابط الإسناد هو (الواسطة التي تربط ما بين الفكرة المسندة وقانون دولة معينة).

3- القانون الواجب التطبيق أو ما يسمى القانون المسند إليه في حكم العلاقة محل النزاع: وهذا القانون قد يكون هو قانون المحكم وقد يكون قانوناً أجنبياً آخر، والأصل انه لا فرق بين الحالتين. حيث ان قاعدة الإسناد بصفتها قاعدة مزدوجة، كما سيظهر لنا فيما بعد، فإنها تنطبق سواء أشارت إلى قانون المحكم أو إلى قانون أجنبي (8).

وفي إطار هذا العنصر يكون دور قضاء التحكيم متفاوت في تطوير قواعد التنازع ففي مسائل الالتزامات التعاقدية يكون هناك دور للمحكم في تطوير قواعد الإسناد لأنه اما ان يصح اختيار الأطراف او انه يقوم مقامهم في الاختيار او انه يكيف او يطوع ما هو كائن من قوانين لحكم العلاقة ، على ان يختار المحكم بالمحصلة قانون الدولة التي يراه اكثر تعبيراً عن مصالح الأطراف المشتركة (9)، وبالمقابل لا مجال لتطوير قواعد الإسناد فيما إذا كان النزاع متعلق بمسائل الاموال لأنه من المسائل المتعلقة بقواعد الامن المدني والنظام العام (10) فلا مجال لتطوير قواعد التنازع في هذا الوضع إذا كان التصرف محل النزاع متعلق بحق عيني وارد على عقار لأنه يخضع لقانون موقعه، أما إذا تعلق النزاع بحق شخصي وارد على عقار فعندئذ يخضع الى قانون الارادة او قانون الموطن او محل ابرام العقد على النحو المتقدم ذكره، وبالتالي سيكون لقضاء التحكيم دور في تطوير قواعد التنازع بهذا الصدد.

بينما يكون دور المحكم محدود وضيق في تطوير قواعد الإسناد في مسائل الالتزامات غير العقدية كما لو تعلق النزاع بفعل ضار ناتج عن المسؤولية التقصيرية، فالمحكم في الغالب يلزم بتطبيق قانون محل حدوث الضرر فالمسائل الفرعية التي تدخل في نطاق هذا القانون اغلبها تمس النظام العام لدولة محل حدوث الفعل الضار ومنها: عناصر الفعل الضار (الخطأ، الضرر، العلاقة السببية)، وأهلية فاعل الضرر لأن هذه الاهلية تعد أهلية وجوب، واسباب تحقق المسؤولية واسباب دفعها، و اسباب اقامة دعوى المسؤولية، وتقدم الدعوى ومواعيدها؛ وهنا سيكون دور الأطراف والمحكم مقيدة بقواعد امرة لا سبيل لتطويرها وبالمقابل كل ما يخرج عن تلك القواعد سيكون قابل للتطوير ويكون للمحكم دور مستحدث فيها ومنها ما يترتب على الفعل الضار من حقوق شخصية تكون من قبيل الديون يمكن ان تحسب على مسائل الالتزامات العقدية وحيث ان الديون تكون محكومة بقواعد مفسرة فهنا ستكون قواعد الاسناد في هذا الجزء مستجيب لعمل المحكم في تطويرها وجعلها اكثر استجابة للمتغيرات (11). ومن خلال كل ما تقدم يتضح ان قضاء التحكيم ينشط في تطوير الافكار المسندة، بينما يكاد ينعدم دوره في تطوير ضابط الاسناد ويضعف في إطار عنصر القانون المسند اليه.

## الفرع الثاني/ الإرادة والتكامل الطبيعي لقاعدة التنازع.

فيما يتعلق بالعقود الدولية فقد يضع المحكّمون تنظيمًا خاصًا لقواعد تحكم ما قد ينشأ من منازعات هم الاقدر على وضع ما يلائمها من حلول لا تجد مصدرها في قانون معين، وهذا يعني ان إرادة المتعاقدين لها دورا في حل تنازع القوانين في مجال القانون الدولي الخاص، من خلال نزع الرابطة العقدية من حكم قانون ما او من خلال اخضاع العلاقة العقدية لسلطانه وهي بذلك تعد ضابط الاسناد في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية، وبالتالي يخضع التحكيم لمبدأ قانون الإرادة تطبيقا لحرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك باعتبار قانون الإرادة قاعدة مسلم بها فقها وقضاء، وفي غالبية التشريعات الوطنية والدولية<sup>(12)</sup>.

ولأهمية مبدأ سلطان الارادة والذي نشأ عنه قاعدة قانون الارادة على صعيد التنازع في القانون الدولي الخاص، فقد اخذت به معظم التشريعات الوطنية والدولية بهذه القاعدة مشهورة عالميا، ومن هذه القوانين قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل في المادة (14) (13)، وقانون الاجراءات المدنية التونسي الصادر عام 1981 في المادة (1496) (14)، وكذلك المشرع المصري في المادة (1/39) من قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994.

ومن التشريعات الدولية نص المادة (28) قانون الأونسترال النموذجي بصيغته المعتمدة في 21/أب/1985 المعدلة المذكورة آنفا، وكذلك نص المادة (1/21) من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري لعام 1987 الموقع عليها من قبل العراق (15)، واخذت به ايضا اتفاقية واشنطن 1965 إذ نصت المادة (1/42) على (تحكم المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان...)، كما جاء في دورة مجمع القانون الدولي المنعقدة في اثينا عام 1979 (العقود بين دولة وشخص خاص اجنبي تخضع لقواعد القانون المختار بواسطة الاطراف)، وتطبيقا لما تقدم فقد حكمت هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية ICC في 22 مايو 1985 في النزاع الذي ثار بين الشركة الفنلندية والعراق بشأن انشاء قصر المؤتمرات في بغداد وفقا للقانون البلجيكي الذي اختاره الطرفان صراحة.

وتجدر الإشارة الى ان الإرادة قد تظهر بشكل صريح من خلال الإشارة الى قانون وطني او مجموعة قواعد جرى العرف التجاري الدولي على تبنيها وعندها يلتزم المحكم او هيئة التحكيم بما اتفق عليه الاطراف، اما في حالة السكوت فهناك عدة آراء منها من يرى ان يتم الرجوع فيها الى 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<sup>(16)</sup>.

غير أن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد فبالإضافة إلى أنه يحمل إرادة الطرفين في النزاع تفسيراً أكثر مما يجب، ذلك لأن الطرفين عندما يختاران قانون بلد معين لتطبيقه في التحكيم على النزاع لا يعني ذلك انصراف إرادتهم أيضا إلى تطبيق قواعد تنازع القوانين لذلك البلد، يضاف إلى ذلك أن الأطراف قد لا يختارون قانونا معيناً إنما ينصب اختيارهم على تطبيق قواعد من قوانين مختلفة، أو قواعد أخرى خاصة بالتعامل التجاري<sup>(17)</sup>.

وهناك اتجاه يرى أنه في حالة غياب اختيار الأطراف في المنازعة اختياراً صريحاً أو ضمناً، للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فليس أمام المحكم إلا أن يعمل بقواعد تنازع القوانين 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 بالنسبة للمحكم الدولي، ليس فقط بالنسبة لإجراءات سير المنازعة، بل وأيضا بالنسبة لقواعد تنازع القوانين التي يتحدد على هديها القانون الذي يحكم موضوع النزاع. بالنسبة 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 أعمال قواعد الإسناد فيه، فكما أن القاضي يلتزم بأعمال قواعد الإسناد في قانونه، فإن ذلك ينسحب على أعمال المحكم لقواعد الإسناد في البلد الذي يجري فيه التحكيم

باعتبار هذا القانون هو قانونه، وينتقد الاتجاه اعلاه على اساس ان المحكم لا يستمد ولايته من قانون دولة المقر، إنما من إرادة طرفي النزاع المدرجة في اتفاق التحكيم، وبالتالي فلا يوجد ما يببر إلزامه بإعمال قواعد إسناد قانون دولة المقر، ما لم تكن هي إرادة الطرفين الصريحة او الضمنية او الاصلح للأطراف، 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 الشخصي له، فضلاً على أن هذا الاختيار قد لا يكون له أدنى صلة بالنزاع المطروح على التحكيم<sup>(18)</sup>. كذلك فإن النزاع في التحكيم الدولي ليس كالنزاع الداخلي بالرغم من أن القانون الخاص بالإجراءات يطبق على إجراءات التحكيم 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 ألا يرغم على تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص للبلد الذي يجري فيه التحكيم<sup>(19)</sup>.

ونؤيد ما يذهب اليه البعض من أن المحكم يتمتع بسلطة تقديرية واسعة لتكوين رأيه، وبما لا يخالف القواعد الامرة وبهذا تكون سلطة المحكم اوسع من سلطة القاضي الوطني الذي يكون مقيد باتباع قواعد الاسناد التي ينص عليها قانونه الوطني<sup>(20)</sup>، وهذا يعني ان سلطة المحكم التقديرية تقف عند ضرورة استظهاره لمؤشرات موضوعية ومعقولة لهذه الإرادة الضمنية في كل حالة منفردة ووفقاً للظروف المحيطة، وباستقراء بعض النصوص التي عالجت حالة غياب الإرادة الصريحة نجد انها تتبنى فكرة (الملائمة) أي الارتباط بموضوع النزاع، فمثلاً نصت المادة (37) من قانون التحكيم العماني لسنة 1997 على انه (....2. إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد القانونية التي ترى انها الأكثر اتصالاً بالنزاع). وهنا يمكن ان نفسر هذا النص على اعطاء دور ايجابي للمحكم في اختيار ما يراه ملائم من خلال قيامه بعملية التطويق او التكييف او التوظيف لما هو كائن من قواعد اصيلة او بديلة او مستحدثة من قبله بخلق حل من قوانين متنوعة. ويؤيد الاتجاه المتقدم الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية في غالبيتها الى اعطاء الحرية للمحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند انعدام الإرادة دون التقيد بقانون معين ومنها ما جاء بالاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 التي صادق عليها العراق بقانون تصديق اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري رقم (86) لسنة (1988) حيث نصت المادة (1/21) من الاتفاقية على انه ( تفصل الهيئة وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين، واحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة او ضمناً ان وجد، والا فوفق احكام القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع على ان تراعي قواعد الاعراف التجارية الدولية المستقرة )<sup>(21)</sup>.

ما تقدم كان من شأنه أن يطور في قواعد التنازع دون التقيد بقاعدة الاسناد التي حددها قانون جنسية المحكم او موطنه، لأن المحكم يخرج في الغالب عن مفاهيم ومنطلقات القوانين الوطنية نتيجة لاختلافاتها الجذرية، التي قد تعيق التجارة الدولية بالذات أو نتيجة لانطوائها على اعتبارات داخلية لا تعطي حلاً مقبولاً لمعاملات التجارة الدولية ولذلك يلجأ المحكم في كثير من الأحيان إلى حل النزاع وفقاً لقواعد أنشأتها العادات والأعراف السائدة في ميدان التجارة الدولية، حين يراها أكثر ملائمة أو ارتباطاً بالعقد من أي من القوانين الوطنية، وأمام هذا الوضع أصبح أمراً مألوفاً أن يلجأ المحكمون إلى عادات وأعراف التجارة الدولية عند عدم وجود قانون وطني مناسب، باعتبارها قواعد مادية وضعت خصيصاً لتنظيم العلاقات القائمة في المجتمع الدولي للتجارة والأعمال، مما يسمح لهم باستبعاد القوانين الداخلية التي يقدرون نقصها وعدم ملائمتها، وتقضيل الاحتكام لهذه القواعد العرفية التي يعرفونها مسبقاً ويأمنون للعمل بمقتضاها ويجدوا فيها الأمان القانوني الذي ينشدونه، وبذلك يكون للمحكم دور انشائي للقواعد المادية لأنه ينشأ القانون عن طريق تبنيه لأحدى القواعد المعيارية، او المبادئ العامة في اكثر من قرار حتى يصبح عرفاً<sup>(22)</sup>، وبخصوص تكييف نوع الحقوق فيما إذا كانت عقار ام منقول على وفق المادة (17) مدني فيخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها هذا الشيء<sup>(23)</sup> وعمل المحكم في مجال التكييف ينصب على الفكرة المسندة أو الفرض في قواعد التنازع.

وقد خرج المشرع المصري عن حكم المادة (1/39)، في مجال عقد نقل التكنولوجيا، حيث اشترط تطبيق حكم القانون المصري، سواء كان النزاع معروض امام المحاكم الوطنية او هيئات التحكيم بموجب نص المادة (87) من القانون التجاري المصري رقم (17) لسنة 1999، ونعتقد ان هذه المسألة المخرجة من إطار التحكيم تتعلق بقواعد أمرة. وفي ضوء ما تقدم يتبين أن على المحكم ان يراعي وجود صلة بين القانون المختار من قبله والنزاع المعروض، بصرف النظر عن نوعها، سواء كانت صفة واقعية، أو صفة فنية، وهو ما يطلق عليه الاختيار المقيد، ويرون ان الاختيار المطلق غير جائز، في حين يرى آخرون ان هذا الرأي غير مقبول لدى قضاء التحكيم ويجب اسقاطه وخاصة في المعاملات التجارية.

### المطلب الثاني/ ارتباط قضاء التحكيم بتنازع القوانين في ضوء الوظيفة.

يحدد المشرع وظيفة قواعد الإسناد لكل دولة من أجل تحديد القانون واجب التطبيق في العلاقات الخاصة الدولية مراعاة للعدالة وحماية توقعات الأطراف (24)، وضمان استقرار حقوق الأفراد ومراكزهم، وهي إنما تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق الاستعانة بضوابط حددها المشرع في قاعدة الإسناد الهدف منها الحفاظ على الحقوق المكتسبة الناجمة عن علاقة الأفراد ذات الطابع دولي وتحقيق التناظر في الحلول واستقرار حقوق الأفراد الدولية، وبذلك تتجلى وظيفة قاعدة الإسناد بوصفها قواعد ارشاد واسناد للقانون لا بوصفها قواعد حل للنزاع، ومن أجل ذلك أتاحت قواعد التنازع للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق لحكم العلاقة العقدية، ونتيجة لتطور أحكام التجارة الدولية فقد ظهرت القواعد الموضوعية ذات التطبيق المباشر والتي سمحت لأطراف العلاقة العقدية باختيار هذه القواعد أمام المحكم الدولي، لأنها أكثر ملاءمة لحكم العلاقة العقدية بوصفها قواعد نابعة من التعامل التجاري الدولي، والتي تقتضي هذه القواعد بالحل المباشر والفوري للتنازع وهنا تظهر وظيفة القواعد الموضوعية في حل النزاع بشكل مباشر، ولعل السؤال الأكثر أهمية هو مدى إمكانية المحكم الدولي في تطوير قواعد التنازع عن طريق الإسناد الشخصي و الموضوعي، وتتفاوت استجابة قواعد التنازع للتطوير حسب الضوابط التي تبنى عليها فيما اذا كانت ضوابط إسناد مرنة أو جامدة، وعليه تظهر وظيفة قواعد التنازع عن طريق هذا الاختيار الذي يكون اما بارادة المحكم أو الاطراف ومما كل ذلك سنتتبع مدى إمكانية المحكم في تطوير قواعد التنازع عن طريق وعليه سنتناول هذا المطلب في فرعين الفرع الأول الإسناد الشخصي للقواعد الموضوعية.

### الفرع الأول/ الإسناد الشخصي للقواعد الموضوعية.

منحت أغلب النظم القانونية للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم إذ تمارس الإرادة وفقاً لذلك من خلال وظيفة قاعدة الإسناد المتخصصة، إلا أن التعرف على إسناد إرادة المتعاقدين للقواعد الموضوعية قد يكون بصورة صريحة، عندما يحدد المتعاقدان بعبارة صريحة في العقد القانون الذي يحكمه<sup>(25)</sup>، وقد تكون ضمنية يستنتجها المحكم من الإرادة الضمنية، فالاختيار الضمني هو اختيار حقيقي ولكنه غير معلن يستخلصه المحكم من ظروف الحال<sup>(26)</sup>، وعليه يجب توضيح كيفية اختيار القانون الواجب التطبيق ومن ثم تحديد أثر هذا الاختيار في موقع القواعد الموضوعية من حكم العلاقة العقدية. إن هذا الاختيار للقانون على العقد قد يرد في سياق العقد الدولي فيدرج كبنود من بنوده أو يأتي في إتفاق لاحق على العقد الأصلي أو معاصر له، وفي الأحوال جميعها يعد إتفاقاً مستقلاً عن العقد الأصلي، ويسمى (عقد الاختيار)<sup>(27)</sup>، ويخضع بعض الفقهاء عقد الاختيار للقانون نفسه الذي يخضع له العقد الأصلي<sup>(28)</sup>، وعلى هذا النحو سارت المادة 3/2 من إتفاقية لاهاي 15 يونيو 1955، والمادة 4/3 من إتفاقية لاهاي 22 ديسمبر 1986 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع، وأخضعت المادة 4/3 من إتفاقية روما لسنة 1980 وللائحة روما الثانية لعام 2008 بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية عقد الاختيار من حيث الموضوع للقانون الذي يخضع له العقد الأصلي، فيخضع عقد الاختيار لقانون الإرادة الصحيحة أو الضمنية، أما في غياب هذه الإرادة فلا يمكن الحديث عن عقد الاختيار؛ لأنه من غير التصور أن نكون أمام غياب للإرادة إذا كنا بصدد عقد اختيار يستلزم إتفاق إرادة الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق<sup>(29)</sup>.

أما البحث عن الإرادة الضمنية فقد أكدت أغلب التشريعات الداخلية على ضرورة البحث عنها، فقد أشارت المادة (1/19) من القانون المدني المصري والمادة (25) من القانون المدني العراقي إلى أنه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدوا موطناً، فإن اختلف موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيه العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه. وهو ما أكدته محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية في قرار لها إذ قضت أن يطبق القانون الكندي بوصفه القانون الذي اتفق عليه أطراف العقد بموجب الفقرة (12) من العقد المبرم بينهما<sup>(30)</sup>.

ويرى معظم الفقه المصري أن المادة (1/19) تعطي حرية للأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ويستوي أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو ضمناً<sup>(31)</sup>، إذ يتضح أن المشرع سمح لإرادة الأطراف الضمنية في اختيار القانون وهذا يُلمس من عبارة (أو يتبين من الظروف ان قانون اخر يراد تطبيقه) الواردة في المادة (25 و19) من القانون المدني العراقي والمصري ونرى أن الإرادة الضمنية تعطي مساحه مرنة للمحكم او القاضي في اختيار القانون الذي سيحكم النزاع اذ سوف يسمح للمحكم استخدام عنصر الملائمة والعدالة للوصول الى التكامل المقترض بين الارادة الضمنية وقانون النزاع، وسيكون ذلك مدعاة لتطور القواعد الموضوعية الحاكمة لحل النزاع باعتبارها القاعدة الملائمة والعدالة التي اتجهت لها الإرادة ضمناً لاختياره وتكامل دور المحكم في ابرازها.

إن الدور الضمني للإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق أكدته المادة (4) من لائحة روما 2 لعام 2008 ايضاً إذ نصت " يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو مستمداً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد"، وإتفاقية لاهاي لعام 1986 التي تضمنت في المادة (3/ أولاً) على أنه " في حالة عدم إختيار الأطراف للقانون الذي سيحكم العقد، فإن البيع يكون محكوماً بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للبايع وقت تسلمه الطلب. ومع ذلك إذا كان تسليم الطلب بواسطة منشأة البايع، فإن البيع يكون محكوماً بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها مقر تلك المنشأة ".

وعليه يمكن للأطراف إخضاع العقد للقواعد الموضوعية بصورة صريحة بتحديد هذه القواعد عن طريق قواعد الإسناد، كما أن الإسناد الشخصي للقواعد الموضوعية يتحقق كذلك في حالة الاختيار الضمني لهذه القواعد، إذ لا يمكن إهمال إرادة الأطراف إذا لم توجد الإرادة الصريحة، فإذا أهمل أطراف العقد في إدراج شرط خضوع عقدهم لقانون معين، أي إنعدام واضح وصريح لقانون العقد، فإن ذلك لا يعني إنتهاء إرادة الأطراف، إذ إن بجانب الإرادة الصريحة توجد الإرادة الضمنية وهي إرادة يجب إحترامها وعدم تجاهلها؛ لأنها إرادة حقيقية<sup>(32)</sup> وهذه الإرادة لا يتم استنباطها من قبل المحكم بناءً على سلطته التقديرية المطلقة بل لابد من وجود مؤشرات يستدل بها القاضي على اتجاه الإرادة الضمنية كالاتجاه الى قانون لغة العقد او قانون مكان التحكيم او القانون الاقرب لموضوع العقد باعتباره قانون ذو شيوع عالمي بتنظيم هذا الموضوع، إلا أن هذا الإسناد الصريح أو الضمني للقواعد الموضوعية يقابله إختلاف في مدى عد هذه القواعد قانوناً ليتمكن للأطراف إختيارها، ويثير تساؤلاً في نطاق شمول القواعد الموضوعية للقوانين والاتفاقيات الحاكمة لموضوع النزاع، ففقه القانون الدولي الخاص قد اختلف في مدى إختيار القواعد الموضوعية بوصفها قانوناً إلى إتجاهين.

**الاتجاه الأول :-** يقصر هذا الاتجاه وصف القانون الواجب التطبيق على القوانين الوطنية الصادرة عن دولة معينة تتمتع بهذا الوصف وفقاً لأحكام القانون الدولي العام، وعليه فإذا إختار أطراف العقد قانوناً لينظم عقدهم، فإنه يتعين أن ينصب هذا الاختيار على القانون الداخلي لدولة معينة، إذ يضيق هذا الاتجاه من نطاق هذا القانون، واستند في ذلك إلى الفقرة الأولى من المادة (19) من القانون المدني المصري التي نصت على أن " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة..."، والمادة الثانية من إتفاقية لاهاي 1955 في شأن البيوع ذات الطابع الدولي للمنقولات المادية والتي نصت على أن " البيع يكون منظماً عن طريق قانون الدولة المعين بواسطة الأطراف المتعاقدة"، وهو ما نصت عليه قواعد الأونسترال للتجارة الدولية " إن الأطراف لهم حرية إختيار القانون الواجب التطبيق، فيمكنهم الاتفاق على تطبيق قانون أي دولة " .

**الاتجاه الثاني** :- يرى هذا الاتجاه أنَّ الأطراف لهم حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية بموجب قاعدة الإسناد واحترامًا لتوقعاته، فهذا الحل يقيم نوعًا من التوازن بين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وإسناد هذه الحرية على أسس مشروعية<sup>(33)</sup>، ويؤكد هذا الاتجاه على الحرية الكاملة للمتعاقدین في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم وتبعًا لذلك فقد توسع في مفهوم إسناد العلاقة العقدية، بحيث لا تقف عند حدود القانون الداخلي لدولة معينة، ويرى أنَّه يمكن إسناد العلاقة العقدية للقواعد الموضوعية الدولية كالاتفاقيات الدولية والقواعد العرفية التي نشأت واستقرت بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الدولية<sup>(34)</sup>، وعليه يؤكد هذا الاتجاه أنَّه يحق للمتعاقدین اختيار قواعد لا تنتمي إلى نظام وطني معين .

ويعزز هذا الاتجاه رأيه استعمال المشرع المصري لاصطلاح "قواعد" بدلاً من اصطلاح "قانون" بموجب الفقرة (1) من المادة (39) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والمادة (6) من القانون نفسه، إذ سمحت للأطراف بإخضاع عقدهما لأحكام عقد نموذجي أو إتفاقية دولية، فنصت على أنَّه " إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو إتفاقية دولية أو أي وثيقة دولية وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم"، ويرى هذا الاتجاه أنَّ نص المادة (19) من القانون المدني المصري والمادة (25) من القانون المدني العراقي، والتي تضمنت أنَّه " ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أنَّ قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه"، لذلك منحت هذه النصوص حرية اختيار الأطراف في اختيار " قانون آخر" دون تقييده أو تخصيصه بكونه قانون دولة معينة مما يعني أنَّ هذا القانون قد يكون قانوناً وطنياً وقد يكون غير ذلك فضلاً عن امكانية عد الإتفاقية قانوناً اذا تم المصادقة عليها ونشر قانون التصديق في الجريدة الرسمية .

وقد اكدت العديد من الإتفاقيات الدولية على المنهج الواسع لفكرة قانون الإرادة، إذ نصت في الفقرة الأولى من المادة الثانية من إتفاقية لاهاي الخاصة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية الموقعة عام 1955 على أنَّ البيع يكون منظماً بواسطة القانون الذي يختاره الأطراف المتعاقدة، وقد نصت المادة (7) من إتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي عام 1961 على أنَّ "الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على النزاع"، ونصت المادة (1/28) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 على أنَّ " تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع..."، والمادة (1/33) من قواعد التحكيم لدى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 1976 التي نصت على أنَّ "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان..." .

ويبدو من ذلك أنَّ المحكم يكون محكوم بإرادة الأطراف، ولا يمكن الخروج عن هذا الاختيار الا بداعي تصحيح الاختيار وتقويمه وبما يحقق المصالح المشتركة للأطراف، فلا يلغى دور المحكم في ظل وجود الإرادة الصريحة فله استبعاد هذه الإرادة عندما تخالف النظام العام او ان القانون المختار يبطل اتفاقهم الاصيلي او لا يلبي ما قصدوا من مصالح، وفي هذه الحالة سوف يطبق المحكم القانون الاقرب لضمان سلامة تنفيذ الحكم في المستقبل ، الا ان التطور قد ينتقل من نطاق قاعدة الاسناد الى القواعد الموضوعية ويتمثل ذلك في ان اختيار الاطراف صراحة او ضمنا القانون الذي يطبق على النزاع يعد دلاله على ان الاطراف لهم دراية بأن هذه القانون هو القانون الافضل لحكم العلاقة لكونه قانون ذو شيوع عالمي كما في القوانين التي تحكم العقود النموذجية ، وهو ما يساهم بصوره غير مباشره في شيوعه وتطوره نتيجة استخدامه المتكرر حتى تصبح احكامه من القوانين الاكثر شيوعا لحكم الحالات المتشابهة وبالمقابل نجد أن قواعد الاسناد هي التي تكون بحاجة الى التطوير اكثر من القواعد الموضوعية على اعتبار الأخيرة تتسم بالمرونة وقابليتها للتطوير اكثر من قواعد التنازع مما قد يثار ذلك تساؤل حول هل ان قواعد الاسناد قابله للتطوير من قبل المحكم وكيف ذلك .

#### الفرع الثاني/ الإسناد الموضوعي للقواعد الموضوعية.

قد لا يتفق الأطراف صراحة على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، ويتعذر استخلاص إرادتهم الضمنية في هذا الشأن، فيتعين على المحكم أن يجتهد حتى يصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على

العقد بالنظر إلى ما كان يقصده المتعاقدان إذ لا يسوغ للمحكم أن يتمتع عن أداء واجبه في الفصل في القضايا المعروضة عليه، ولا يجوز أيضاً له أن يغفل عن القوانين التي تنزاحم لحكم الرابطة العقدية محل النزاع ويطبق مباشرة قانونه الوطني<sup>(35)</sup>. وتظهر مهمة المحكم الدولي في تحديد القانون المطبق عند عدم الاختيار، إذ يتم اللجوء إلى ضوابط الإسناد المحددة سلفاً وبصورة جامدة فيما لو رفع النزاع أمام المحكم إذ يقرر الأخذ بضوابط جامدة التي يحددها القانون الواجب التطبيق، فالمحكم في هذه الحالة لا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، بل يفرض عليهما إرادة غير موجودة فعلاً وقيمتها على قرائن مستمدة من الرابطة العقدية ذاتها أو من ظروف وملابسات الحال، فإرادة المحكم ليست إرادة المتعاقدين التي تتولى تعيين قانون العقد، من خلال اللجوء إلى مؤشرات أو عوامل إرتباط موضوعية تشير إلى القانون الذي يرتبط بالعقد إرتباطاً وثيقاً<sup>(36)</sup>. ويتولى المشرع تحديد ضوابط إسناد تلزم المحكم بتطبيق قانون محدد مسبقاً على العقد متى سكتت الإرادة عن تحديد هذا القانون بما يصون توقعات الأطراف ويجنبهم ما قد يثيره سكوت العقد عن تحديد القانون من مشكلات، ومما يمارسه المحكم من سلطة تقديرية في هذا التحديد قد تطيح بتوقعات الأطراف، ولكن مما يؤخذ على هذا التحديد أنه لا يأخذ في الحسبان الظروف الخاصة بكل نوع من أنواع العقود، خلافاً للاتجاه المرن الذي يمنح المحكم صلاحية تحديد القانون في ضوء ظروف الحالة المعروضة ثم يختار المحكم القانون الأكثر صلة بها<sup>(37)</sup>. ومن الجدير بالإشارة أن هذا الإسناد لا يمكن تحققه في حالتين: الحالة الأولى وهي حالة لو وجدت إتفاقية دولية تقرر قواعد تنازع خاصة تحدد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على علاقة عقدية معينة كما هو الحال في عقد البيع الدولي للبضائع<sup>(38)</sup>، إذ تحكم القواعد الموضوعية هذه العلاقة بصورة مباشرة، ففي الفرض الذي تعرض فيه منازعات أبرمت بشأنها إتفاقيات فإن تطبيق القواعد الموضوعية التي تضمنتها تلك الإتفاقيات يتم بصورة مباشرة متى ما تحققت الشروط التي تقررها تلك المصادر من وجوب تركيز العلاقة المعنية في الدولة المتعاهدة أو مساسها بالنظام القانوني لتلك الدولة<sup>(39)</sup>. أما الحالة الثانية فتظهر في أن المشرع الداخلي قد يضع قواعد موضوعية لتحكم روابط القانون الدولي الخاص بطريق مباشر، وهي تختلف عن قواعد الإسناد التي تتضمنها النظم الوطنية في القانون الدولي الخاص<sup>(40)</sup>، وبذلك تظهر أهمية تحديد الإسناد الموضوعي للقواعد الموضوعية وآلية تحديده؛ وذلك لإمكانية القول بالتطبيق غير المباشر لهذه القواعد من قبل المحكم الدولي في غياب الاختيار.

وعليه فإن السؤال الذي يمكن أن يثار بهذا الصدد هو هل يمكن تحقق التطبيق غير المباشر من خلال الإسناد الموضوعي للقواعد الموضوعية من قبل المحكم الدولي؟، وللإجابة عن التساؤل نتطرق إلى ضوابط الإسناد الموضوعي ونحدد تطبيق القواعد الموضوعية بصورة غير مباشرة تبعاً لكل منها، وقد حدد المشرع العراقي في المادة (25) من القانون المدني هذه الضوابط على التوالي، إذ نص على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنها"<sup>(41)</sup>. فإذا لم يقم الأطراف باختيار قانون العقد صراحة أو ضمناً، فلا بد من اللجوء إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية في القانون الواجب التطبيق، وقد ظهر إتجاهان في الفقه لتحديد القانون الواجب التطبيق: الإتجاه الأول هو الإتجاه الجامد يقوم المحكم بتعيين القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية بإسناد تلك الرابطة لضوابط جامدة ومعلومة سلفاً للمتعاقدين كمكان إبرام العقد أو تنفيذها أو الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين<sup>(42)</sup>، وأما الإتجاه الثاني فهو الإتجاه المرن من خلال إسناد العلاقة العقدية لضوابط مرنة تستمد من الطبيعة الذاتية للعقد، ومن أهم تلك الضوابط: ضابط الأداء المميز للعقد<sup>(43)</sup>، وعليه سنتناول هذه الضوابط تبعاً ودورها في الإسناد الموضوعي للقواعد الموضوعية على النحو الآتي:

#### أولاً- قانون الموطن المشترك:-

هذا القانون يعرفه المتعاقدون أكثر من غيرهم، وإعتادوا الخضوع له إذ يكونون أكثر معرفة بمقتضياته أكثر من غيره من القوانين الأخرى<sup>(44)</sup>، ويتعارض هذا الضابط من حيث التطبيق مع مبدأ حسن النية،

فالموطن لحظة إبرام العقد هو غير المكان الحقيقي للمتعاقدين، ومن ثم يمكن لأحد المتعاقدين بأن يصرح بأنه في بلد آخر غير موطنه الأصلي ومن ثم يؤدي إلى عدم التساوي في المركز الاقتصادي لأطراف العقد وقد يؤدي إلى خلل بالتوازن العقدي<sup>(45)</sup>. وعلى الرغم من هذه المثالب إلا أن بعض التشريعات الوطنية ما تزال تطبق قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا ويفضلونه على قانون محل إبرام العقد، ومنها القانون المدني العراقي والمصري إذ منحا لقانون دولة الموطن المشترك الأصل وأن تحديد الموطن يعتمد على الربط بين الشخص والمكان برباط قانوني، ولهذا يعرفه الفقهاء بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص أو يتخذ منه مركزاً لأعماله<sup>(46)</sup>، فالأصل أن الموطن يتحدد بمكان حقيقي للمتعاقدين، وفي ظل وجود الموطن المشترك للمتعاقدين ارادة المحكم في التطوير تكون محدودة ان لم تنعدم .

### ثانياً - قانون محل إبرام العقد: -

عند اختلاف الموطن بين أطراف العقد التجاري الدولي يتم اللجوء إلى محل إبرام العقد بوصفه يمثل الإرادة المفترضة للمتعاقدين، ويرى الفقيه (باتيفول) أن العقد كتصرف قانوني في حد ذاته هو حدث غير مادي فلا يشغل حيزاً مكانياً مما يصعب معه على هذا النحو التركيز المكاني للرابطة العقدية، إلا أنه يحيط بالعقد أحداث مادية خارجية يمكن تركيزها مكانياً، ولهذا فإن تركيز العقد يعني إختيار مقره استناداً لما يحيطه من أحداث خارجية، ثم إختيار أحد هذه الأحداث وترجيحه على باقي الأحداث الأخرى، وعد أن محل وقوع هذا الحدث هو مقر العقد<sup>(47)</sup>. وإسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل تكوين العقد يعبر عن وجود صلة حقيقية وجادة بين القانون والعقد ويكفل للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل أكثر تفصيلاً عن غيره ويكفل للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، ومن ثم يكفل لهم الأمان القانوني المنشود ويصون لهم توقعاتهم ويضمن وحدة الحلول القانونية التي تطبق على الرابطة العقدية<sup>(48)</sup>. وينتقد إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد من عدة نواحي، إذ يرى بعض الفقهاء أن إبرام العقد في بلد ما قد يتم بناءً على ظروف عارضة لا تكفي لقيام رابطة حقيقية وجادة بين العقد وقانون محل إبرامه، حيث يمكن للشخص أن يتعاقد من خلال رسالة صوتية أو عن طريق إتصال بوساطة الهاتف الشخصي وهو ينتقل من دولة إلى أخرى أو يوجد في أماكن لا تخضع لإقليم دولة معينة<sup>(49)</sup>. كما أن إسناد العلاقة العقدية لقانون محل إبرام العقد قد لا يعين على تحديد القانون الواجب التطبيق بسهولة ومن ثم يؤدي إلى الإخلال باليقين القانوني الذي ينشده أطراف العقد، فالاختلاف بين النظم القانونية حول المكان الذي يعتد به محلاً لإبرام العقد يعني عدم التوصل إلى تحديد مكان إبرام العقد ومن ثم لا يمكن تحديد القانون الذي يحكم العقد<sup>(50)</sup>. وامام هذا الضابط الاقليمي الاخر تتراجع ارادة المحكم في تحقيق التطوير المقصود.

ثالثاً- إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة للأطراف :- تبنى هذا الاتجاه بعض التشريعات الوطنية وذلك من خلال إسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة للأطراف إذا اتحدت بشرط سكوت الأطراف عن إختيار قانون الإرادة صراحة أو ضمناً، إلا أن هذه التشريعات قد اختلفت في تحديد موقع الأفضلية لقانون الجنسية المتحدة للأطراف المتعاقدة، إذ منحت المادة (25) من القانون المدني الإيطالي والمادة (5/10) من القانون المدني الإسباني الأفضلية لقانون الجنسية المشتركة وأعطتها الموقع الأول في الترتيب وفضلتها على قانون الموطن المشترك وقانون دولة محل إبرام العقد<sup>(51)</sup>، لا أن هذا الإسناد قد واجه انتقاداً حاداً من بعض الفقهاء؛ لأنه إسناد يصعب التعويل عليه في مجال عقود التجارة الدولية لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقاً لهذا الأساس والعقد، كما أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصراً مؤثراً في عقود التجارة الدولية، ولا تصلح وحدها أساساً لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود ويؤخذ عليه أنه يتطلب لحظة إبرام العقد التحقق من هوية الأطراف وتحديد مكان وجودهم<sup>(52)</sup>، ولذلك فقد عزفت أغلب التشريعات عن الأخذ به ومنها التشريع العراقي والمصري، ويتضح مما تقدم أن هذا الإسناد لا يكون له فائدة في التطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية إذ إن قانون الجنسية إنما يمثل قانون دولة ما وهو ما تفنقر إليه القواعد الموضوعية.

رابعاً - محل تنفيذ العقد: - يعد الفقيه الألماني (SAVINY) أول من نبه إلى أهمية إسناد العقود الدولية لقانون دولة محل تنفيذ العقد بصفة أن الرابطة العقدية ترتب آثارها في هذه الدولة، وقد كان من شأن ذلك التقليل من أهمية محل إبرام العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق<sup>(53)</sup>.

يقوم هذا الضابط على أساس أن محل تنفيذ العقد يمثل المكان الذي تنجسد فيه الالتزامات التعاقدية، كما أنه يحقق مصالح المتعاقدين وذلك لأن تنفيذ العقد هو غاية المتعاقدين والهدف الذي يسعيان إلى تحقيقه فضلاً عن أن محل التنفيذ لا يكون عرضياً ويرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعقد وهو ما يؤدي إلى النهوض بالتوازن العقدي<sup>(54)</sup>.

#### خامساً: الإسناد لقانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد:

يعد ضابط الأداء المميز أحد أهم المبادئ الرئيسية التي يقوم عليها قانون التجارة الدولية، والتي نصت عليها العديد من الاتفاقيات الدولية كاتفاقية (لاهاي) لعام 1955 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية التي أخذت بمحل الإقامة العادية للبائع أو مقر منشأته عند التعاقد بوصفه الأداء المميز للعقد<sup>(55)</sup>، لتحديد قانون العقد<sup>(56)</sup>. كما أخذت لائحة روما لعام 2008 النافذة بهذا المعيار، إذ عدت ارتباط العقد بالدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بأنه قرينة على الأداء المميز للعقد فنصت المادة (4) من الاتفاقية على أنه " عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، يسري على هذا الأخير قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثقلاً. 2- وتعد تلك الروابط موجودة في الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز وقت إبرام العقد، فإذا كان هذا الطرف شخصاً معنوياً وكان قد أبرم العقد أثناء ممارسته لنشاطه المهني فإن قانون الدولة التي بها المنشأة الرئيسة لهذا الشخص يكون هو الواجب التطبيق على العقد، وإذا كان الأداء المميز للعقد سيتم عن طريق شركة أخرى بخلاف الشركة الرئيسية فإن قانون الدولة التي يوجد بها مقر تلك الشركة هو الذي يحكم العقد"<sup>(57)</sup>. إذ يقوم هذا الضابط على فكرة مفادها تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقاً للالتزام الأساسي فيه، وعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد، إلا أن أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره، ومن ثم يجب الاعتماد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد في جملته<sup>(58)</sup>. فالأداء المميز قد يتحقق في التزام البائع بتسليم المبيع أو التزامه بنقل الملكية للمشتري، والتزام المورد بتوريد الخدمة في عقود المقاوله وعقود الوكالة، على أساس أن هذه الأداءات تعبر عن مركز الثقل الاقتصادي في الرابطة العقدية.

وقد أيد العديد من فقهاء التجارة الدولية هذا الضابط، ومنهم الفقيه الفرنسي (BATIFFOL) إذ تلتقي مع نظرية التوطين أو التركيز الموضوعي وفقاً لظروف التعاقد وملابساته التي يعتنقها القضاء الفرنسي من حيث إنه لا يلجأ إليها إلا عند سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد، ويرى الفقيه (Mayer) أن الأداء المميز هو الذي يميز أحد العقود عن غيره من العقود على الرغم من صعوبة تحديد الأداء الذي يميز بعض عقود المبادلات الواردة على السلع والخدمات، ويؤكد الفقيه (Mayer) أن هذه المعيار يجمع بين المعيار (الجامد والمرن) في الإسناد، فيفترض أن العقد يكون أوثق ارتباطاً بالبلد الذي يقيم فيه الطرف ويقوم بالأداء المميز إقامة اعتيادية عند انعقاد العقد، وفي حالة الشركة أو الجمعية يكون مركز إدارتها الرئيس، إذ يرى الفقيه (Lagarde) أنه الأداء الذي من أجله يتم الدفع، فالأداء المميز قد يكون تسليم البضائع، تشييد منزل، تأدية خدمة- كالنقل والتأمين والأعمال المصرفية، أو هو ببساطة، الالتزام الذي يعطي للعقد اسمه، فما يميز عقد البيع هو التزام البائع، وما يميز عقد النقل هو التزام الناقل، وما يميز عقد التأمين هو التزام المؤمن (شركة التأمين)<sup>(59)</sup>.

ويعد الأداء المميز أحد أهم المبادئ الرئيسية لقانون التجارة الدولية كما أنها من المبادئ الرئيسية التي قامت على أساسها اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو 1955 والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية حيث أفردت لها المادة الثالثة، وقد اعتدت هذه المادة بمحل الإقامة العادية للبائع أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط إسناد رئيس لتعيين القانون الذي يحكم العقد، على أساس أن التزام البائع هو الأداء المميز للعقد. فقد نصت تلك المادة في فقرتها الأولى على أن " في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذي سيحكم العقد فإن البيع يكون محكوماً بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها محل الإقامة

المعتادة للبائع وقت تسلمه الطلب، ومع ذلك إذا كان تسليم الطلب بواسطة منشأة البائع فإن البيع يكون محكوماً بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها مقر تلك المنشأة".

ولا يحول خضوع عقد البيع على هذا النحو لقانون محل إقامة البائع، بوصفه المدين بالأداء المميز دون الخروج على هذا القانون حماية للمشتري بوصفه الطرف الضعيف في العقد، فالمادة (2/3) من اتفاقية لاهاي لعام 1955، بعد أن أقرت محل الإقامة المعتادة للبائع أو منشأته كضابط إسناد لتعيين قانون العقد - تقضي بأن "البيع يكون محكوماً بواسطة القانون الداخلي للدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للمشتري أو التي يوجد بها مقر منشأته، إذا كان هذا الأخير قد تسلم طلب البائع أو نائبه أو وكيله في منشأته أو محل إقامته". ويقوم الأداء المميز على أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد حسب أهمية الالتزام الأساس فيه، واختيار الالتزام الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره من بين الالتزامات في العقد لتحديد القانون الواجب التطبيق، ويقوم هذا الضابط بناءً على تحليل اقتصادي وقانوني في الوقت ذاته، ويسمح التحليل القانوني للأداء المميز بمعرفة جوهر العقد ومعرفة المتعاقدين دائناً ومدين<sup>(60)</sup>.

ويقوم هذا الضابط بالتركيز الموضوعي للعقد حيث يرتبط العقد بالقانون الأوثق صلة به ويتحدد هذا المبدأ بمعيار الأداء المميز إذ إن لكل عقد أداء يميزه ويحدد خصائصه، وأن موطن الطرف المدين بالأداء المميز يكون هو ضابط الإسناد المعتمد في تحديد القانون الواجب التطبيق<sup>(61)</sup>.

وبناء على ما تقدم يجب على المحكم أولاً تحديد الأداء المميز في العقد من خلال تحليل العقد محل النزاع المعروض عليه للوقوف على الأداء المعتبر فيه أداءً مميزاً ومن ثم تحديد موطن أو محل إقامة المدين بذلك الأداء، لهذا لا يخل هذا الاتجاه بتوقعات الأطراف حول القانون الواجب التطبيق فهو إسناداً مسبقاً الغاية منه الحفاظ على توقعات الأطراف في العقود الدولية؛ لأنه يتحدد وقت إبرام العقد، فهو ليس إسناداً ففاضلاً أو غير محدد، وإنما هو إسناد مقيد يقوم على افتراض مسبق وهو أن محل تنفيذ الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء، وهو ما يكفل لأطراف الرابطة العقدية الأمان القانوني الذي يبتغيه الأطراف ويحقق لهم توقعاتهم المشروعة<sup>(62)</sup>.

وتختلف القوانين الوطنية في تحديد العنصر الأهم من بين عناصر الإسناد الذي يعول عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة، إذ تقضي قواعد التنازع في بعض الدول بإسناد العقد إلى قانون الدولة التي يجري التنفيذ فيها، فتقضي قواعد التنازع التي نصت عليها المادة (25) من القانون المدني العراقي، والمادة (19) من القانون المدني المصري إلى إخضاع العقد إلى قانون الدولة التي يبرم العقد على أراضيها، ما لم يكن للمتعاقدين موطن مشترك، إذ يخضع العقد في هذه الحالة لقانون الموطن<sup>(63)</sup>، ويتمثل هذا الاتجاه في ضرورة البحث عن القانون الواجب التطبيق عن طريق إسناد العقد إلى الدولة التي يكون قانونها أوثق صلة به، إذ ينحصر دور المحكم في التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في إطار نظام قانوني معين يرتبط العقد به في ضوء مقتضيات التعاقد وظروفه وملابساته، فإذا ما تم هذا التركيز قام المحكم بتطبيق القانون السائد في المكان الذي يشكل مركز الثقل في الرابطة العقدية ويعبر على هذا النحو عن أوثق الصلات بها<sup>(64)</sup>. والإسناد إلى قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد إذا ما تم في ضوء ظروف التعاقد وملابساته، يعمل على تحقيق العدالة على نحو أفضل من الإسناد الجامد للرابطة العقدية، ولكن خطورته تكمن في تعريض الأمان القانوني للخطر إذ يتعذر على المتعاقدين العلم المسبق بما ستنتهي إليه المحكم بعد تركيز الرابطة العقدية في ضوء ظروف التعاقد وملابساته<sup>(65)</sup>. وهنا يمنح الأداء المميز دور مميز للمحكم في تقييم أفضل للرابطة الأوثق صلة بالعقد من بين القوانين المتعددة وبما يحافظ على توقعات الأطراف ويحقق معاني اليقين القانوني، فالمحكم والأطراف يمكن أن يصنعا بشكل منفرد أو مجتمع قاعدة مستحدثة من خلال معيار الأداء المميز. ولكن المسألة المهمة في التطبيق غير المباشر للقواعد الموضوعية يظهر في حالة تعارض القانون الداخلي الذي يختاره القاضي أو المحكم في حالة الإسناد الموضوعي مع القواعد الموضوعية بوصفها قواعد منظمة للعلاقة العقدية مادام الرجوع للقانون الواجب التطبيق بقاعدة التنازع التي يراها المحكم ملائمة هو رجوع يكمل ما نقص في القواعد الموضوعية، فيفترض بأنه لا يتم إلا عند عدم وجود حل فيها، فيرى بعض الفقهاء تفضيل القانون الوطني المختار على القواعد الموضوعية على أساس أن أحكام القانون المختار تعد بمثابة شروط عقدية يمكنها

مخالفة القواعد الموضوعية ذات الطابع التكميلي أو المفسر<sup>(66)</sup>. ورجوع المحكمين إلى القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد عند سكوت الإرادة عن الاختيار، هو رجوع يهدف في الغالب إلى استكمال النقص في ما يوجد من القواعد الموضوعية، فالتعارض المحتمل بين القانون الواجب التطبيق والقواعد الموضوعية التي تشكل نظاماً عاماً دولياً يوجب على المحكمين الدفاع عن المصالح الأساسية للمجتمع الدولي للتجار، ومن ثم تغليب تلك القواعد على أي قانون وطني<sup>(67)</sup>. ويتفق هذا الاتجاه مع قرار التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية المرقم (3916) في عام (1983) " فقد رفضت المحكمة تطبيق القانون السوري رغم أنه القانون المختار والواجب التطبيق لكونه، برأي المحكمة، يتعارض مع حرية التجارة ومبادئ عدم التمييز التي تتعلق بالنظام العام الدولي وهو ما يجب إعلائه على أي نظام داخلي". و عد هذا الحكم من النظام العام الوطني<sup>(68)</sup>. ومن خلال ضابط الاداء المميز يمكن ان نتوصل الى نتيجة مفادها أن دور التحكيم في الاستحداث يتجسد من خلال امرين: الاول في تطوير قاعده من قواعد الاسناد او الموضوعيه والتوصل الى الى تطبيق قاعده جديده وهذا لا يتم الا اذا كانت القاعده تقيده قابله للتطوير فقاعدة خضوع العقد لقانون الارادة يمكن تطويرها بالاستناد الى ضابط الاداء المميز وقاعدة سريان قانون محل حدوث الفعل الضار لا يمكن تطويرها فيما يخص اثبات الضرر لكونه القانون الاقرب للحدث الا ان الاستحداث في ظل قضاء التحكيم قد ينصب على تطبيق قانون الوسط الاجتماعي وتطبيق قانون جنسية محدث الضرر في سبيل دفع التعويض والمقابل اما الامر الثاني يتجسد في خلق قاعده جديده غير متصله بقاعدة تقليدية مع مراعاة امكانية التكامل مع الارضية القانونية لتطبيقها في قانون دولة التنفيذ. وهذا يتطلب من المحكم ان يبذل جهدا في مسايرة الزمن بجعل القاعدة قابله للتطوير او استبدالها بقاعده اخرى. ويمكن ان نجد ان بعض القواعد القانونية المعنية بحل النزاع الدولي للقوانين سواء اكانت اسنادية ام موضوعية كانت من خلق وصناعة القضاء<sup>(69)</sup>. وعلى غرار هذه الصناعة القضائية يمكن ان تكون لدينا قواعد من صناعة العملية التحكيمية ينتجها واقع الحاجة العملية المساق لسياقات التجارة الدولية، تكون أكثر قابلية في التفاعل وتحقيق التنسيق بين النظم القانونية المتنوعة، كهدف من أهداف القانون نالداوي الخاص.

### المبحث الثاني/ علاقة قضاء التحكيم بالطابع الموضوعي لقواعد النزاع.

تعرف القواعد الموضوعية الدولية بانها قواعد تتميز عن قواعد الاسناد في التشريع الداخلي من انها تضع حولا موضوعية مباشرة لمشاكل عقود التجارة الدولية كما ينظر إلى هذه القواعد في اطار القانون الدولي الخاص باعتبارها "مجموعة من القواعد القانونية الدولية والعادات والاعراف التجارية التي درج رجال الاعمال والتجار على استخدامها واللجوء اليها"، كما ان هناك نوع اخر منها يحمي النظام العام في الدولة فتكون هذه القواعد موضوعية ذات تطبيق فوري ومباشر ولها عدة مسميات منها القواعد الامرة وقواعد البوليس والامن المدني، ومن الثابت ان كلا النوعين يستهدفا تحقيق العدالة المادية في الغالب في حين نجد في الغالب مسايرة قواعد الاسناد قد يحقق العدالة النصية بمفهومها الشكلية فهي عدالة صماء، والمحكم يقتضي عليه ان يساير القواعد التي يتحقق معها فرص اوفر للعدالة سواء وجد ذلك في القواعد الموضوعية ام الاسنادية، وتتسم القواعد الموضوعية بانها ذات مصادر متنوعة وتقدم حلول مباشرة للنزاع المطروح امام المحكم<sup>(70)</sup>، وان المحكم المفوض اذا ما وجد ان القانون الواجب التطبيق على النزاع لا يحقق العدالة فان له ان يستعين بهذه القواعد باعتبارها الاكثر تحقيا للعدالة اذ ان المحكم يبحث عن العدالة بناء على المصلحة المشتركة للأطراف الحالية والمستقبلية، فيها يجد تحقيق افضل للتوازن القانوني والاقتصادي في العلاقة بين الأطراف، ولان البحث عن اعتبارات العدالة هي المهمة الاولى والرئيسة للمحكم فلا بد من الوقوف على خطوات بحث المحكم عنها في ظل تنزع القوانين، ويجب ان تكون هناك معايير واضحة لاعتبارات العدالة من اجل اعمالها وهنا يكمن الدور المستحدث الذي تحققة العملية التحكيمية، وهذا ما سنتناوله تباعا في المطلبين الآتيين.

### المطلب الاول/ اعتبارات العدالة.

عرفت العدالة بتعاريف متعددة لعل ابرزها هي احساس اخلاقي موجود في الضمير الاجتماعي وظيفته الموائمة بين القاعدة القانونية وعلاقة معينة ابتغاء تنظيم هذه العلاقة او هي شعور اخلاقي يستلمه القاضي

في اثناء محاولته تخفيف حكم قاعدة قانونية في تطبيقها على حالة معينة حينما يأذن له القانون في ذلك بنص استثنائي صريح، وكذلك هي القاعدة المتحركة التي تنبع من شعور الانسان التلقائي بقسوة القاعدة القانونية حين تطبيقها في حالة معينة او في ظرف معين وتسعى إلى تلطيفها بدافع الرحمة والعطف<sup>(71)</sup>، كما ان مفهوم العدالة في ضوء تنازع القوانين يمكن ان يتجسد في صورته مبادئ القانون العامة، فتلك الاخيرة يمكن ان تكون مكتوبة او غير مكتوبة، وتلك الاخيرة عرفت بانها عدد من المبادئ التي لا تظهر في نصوص مكتوبة ولكن يعترف بها القضاء باعتبارها واجبة الاتباع وان مخالفتها تمثل انتهاكا للمشروعية، فالمبادئ القانونية غير المكتوبة انما تستقر في ذهن وضمير الجماعة تمليها العدالة المثلى وهي تستند إلى المنطق والعقل والحدس وطبيعة الاشياء وقواعد العدالة والاخلاق لا تحتاج إلى نص يقررها ويمكن ان تستمد منها قواعد قانونية ملزمة يتعين الخضوع لها، ويعمل المحكم على الكشف عنها وتقريرها مستلهما اياها من روح التشريع فيعلنها من خلال احكامه معطيا اياها القوة الالزامية ومن ثم يتعين على الجميع احترامها والالتزام بها ويعد كل تصرف مخالف لها معيبا بعبء مخالفة القانون<sup>(72)</sup>، ومن هذا التعريف نجد ان مفهوم العدالة مفهوم فلسفي يقبل العديد من المفاهيم والتفسير ولكل حالة على حدة وللعدالة في ظل تنازع القوانين اتجاهات معينة والتي تفتح للمحكم ابواب لأعمال سلطته التقديرية وهذا ما سنتناوله في الفرعين التاليين:

### الفرع الاول/ اعتبارات العدالة في ظل تنازع القوانين.

تعطي الطبيعة الاتفاقية للتحكيم الحرية للأطراف في منح المحكم سلطة استبعاد القانون المختار وذلك بإدراجهم في اتفاقات التحكيم تسوية نزاعاتهم عن طريق الصلح والفصل في الموضوع وفقا لاعتبارات العدالة وذلك بشرط موافقة اطراف النزاع على ذلك سواء في التحكيم الاتفاقي او في اطار هيئة تحكيمية متخصصة<sup>(73)</sup>، حيث يلجأ الاطراف إلى استبعاد تطبيق القواعد القانونية اذا تراءت لهم انها غير عادلة وذلك باللجوء إلى تطبيق قواعد نابعة من ارادة المتعاملين في اطار العقود الدولية، حيث يعمل المحكم بقواعد العدالة ويعفى من تطبيق القانون ويتقيد بالنظام العام خاصة في بلد تنفيذ الحكم، وفي هذا الامر فهو لا يختلف عن المحكم بالقانون وسلطته مرتبطة بموضوع النزاع وبالمهمة المحددة من اطراف النزاع ويتصدى للعقد ويصح اثاره<sup>(74)</sup>، وعليه لا بد من تحديد شروط التحكيم وفقا للعدالة ومتى يتم اعفاء المحكم من تطبيق نصوص القانون وتطبيق قواعد العدالة وهذا ما سنتناوله في التفصيل الآتي:

### أولاً: شروط اعمال التحكيم وفقا للعدالة.

ان التحكيم وفقا لقواعد العدالة والانصاف يعني عدم تقيد المحكم المفوض بأحكام القانون وهذا ينصرف إلى النصوص التشريعية كونها تصاغ في نصوص عامة مجردة لا تأخذ اختلاف الظروف بعين الاعتبار وتقدم عليها اعتبارات الاستقرار في كثير من الاحيان امام مصادر القانون الاخرى كالعرف والعادة والتي اعتاد الناس عليها في معاملاتهم وتكون معبرة عن شعورهم بالعدالة وكالمبادئ العامة في القانون والتي هي قيم ذات مضمون معبر عن العدالة<sup>(75)</sup>. ان التحكيم وفقا للعدالة كإجراء قانوني يستوجب شروط معينة وذلك حتى ينشأ صحيح، وهذه الشروط منها ما هو عام يستلزم توافره سواء كان التحكيم بالقانون او بالصلح ومنها ما هو خاص بالتحكيم بالصلح، ولسنا بصدد ايراد الشروط العامة للتحكيم فكل ما يخصنا هو الشروط الخاصة بالعدالة وهي:

1. ان يتم الاتفاق صراحة على ان التحكيم هو تحكيم وفقا للعدالة: اذ يذهب الفقه ان يتم الاتفاق على التحكيم وفقا للعدالة صراحة وذلك لكون هذا النوع من التحكيم هو استثناء من الاصل العام وهو التحكيم وفقا للقانون وان السلطة الممنوحة للمحكم والمتمثلة في اعفاءه من تطبيق احكام القانون تنطوي على نوع من الخطورة<sup>(76)</sup> وقد نص على هذا الشرط قانون التحكيم النموذجي للاونسسترال. الا انه يلاحظ ان الاتفاق يجب ان يتم صراحة على اعفاء المحكم من التقيد بأحكام القانون وتقويضه بحسم النزاع وفقا لمبادئ العدالة وذلك لتجنب ما قد ينشئه الخلاف حول حدود سلطة المحكم وفيما اذا كان محكما وفقا للقانون او وفقا للعدالة من مشاكل متعلقة بالإثبات وما يؤدي ذلك من اطالة امد النزاع وهو امر يتعارض مع الهدف والغاية من اللجوء إلى التحكيم.

2. تسمية المحكم في اتفاق التحكيم: لما كان دور المحكم في هذا النوع من التحكيم يقوم على فكرة ابرام صلح ما بين طرفي النزاع ونظرا لأهمية المهمة الموكلة اليه حيث انه في كثير من الاحيان تكون شخصية المحكم محل اعتبار من قبل الطرفين لتسهيل حسم النزاع والوصول إلى الحكم العادل لذا نجد ان بعض القوانين اشترطت ان يتم تسمية المحكم او اعضاء هيئة التحكيم ضمن اتفاق التحكيم فان كان المحكمون هيئة فيجب ان يتم ذكر اسمائهم جميعا في الاتفاق، وتذهب اغلب التشريعات ومنها المشرع العراقي الى النص على انه إذا انتهت المدة المحددة للتحكيم وتعذر على المحكم اصدار حكمه التحكيمي ولم يتفق الاطراف على تجديد المدة الممنوحة للحكم لإصدار حكمه فان ذلك يترتب عليه انتهاء التحكيم وضرورة العودة إلى القضاء صاحب الولاية العامة لتسوية النزاع وذات الاثر يترتب في حالة ما إذا اعتزل المحكم او رفض القيام بالمهمة الموكلة له (77).

### ثانيا: اعفاء المحكم من تطبيق نصوص القانون وتطبيق العدالة.

تتمثل مهمة المحكم بتطبيق القانون الذي حددته ارادة الطرفين في العقد ويجوز لهم اعفاؤه من تطبيق القانون وعدم التقيد بقواعده (78) وهذا هو الإطار التشريعي للمهمة التحكيم في هذا الإطار (79)، وتوظيف قواعد العدالة والانصاف للوصول إلى حل وسط وعادل ومنصف، ويحقق هذا الحل امانا لأطراف النزاع بوصفهم من محترفي التجارة او المهنة التي ثار بشأنها النزاع ويصون لهم توقعاتهم المشروعة دون تطبيق القانون ونصوصه وترك الحرية لتطبيق العدالة بعودته للضمير ولا يمنعه ذلك من تطبيق القانون إذا وجد فيه العدالة الذي يبحث عنها، اذ ان المحكم بالصلح يملك سلطة اوسع من المحكم بالقانون في استبعاد القانون الواجب التطبيق واعمال قواعد العدالة والانصاف في حين يتقيد المحكم بالقانون بأعمال القانون الواجب التطبيق، ولكن المحكم يلتزم بإرادة الطرفين وحريةهم ويعفى من تطبيق القانون غير ان الاتجاه الغالب في الفقه يرفض هذا، ويرى ان المحكم يمكنه تطبيق العدالة وتطبيق القانون ونصوصه اذا وجد فيه العدالة التي يبحث عنها فيطبق القانون حتى وان كان غير ملزم به، واذا رأى ان قانون اكثر عدالة اذا طُبّق على النزاع فالغاية من التحكيم بالصلح تحقيق العدل بغض النظر عن طبيعة القواعد المطبقة على موضوع النزاع. وعليه تتأسس سلطة المحكم بالعدالة على ارادة الاطراف فلا بد من وجود اتفاق صريح فلا تكفي الارادة الضمنية فاذا خول الاطراف هيئة التحكيم التحرر من التحكيم بالقانون فهذا لا يعني اعفاؤه من البحث عن القانون الواجب التطبيق على النزاع ان كان يتيح لهم البحث عن اكثر الحلول عدالة لموضوع النزاع المعروض عليهم دون التقيد بأحكام القانون الواجب التطبيق وبنود العقد الذي يربط الخصوم (80)، الا ان الهيئة التحكيمية المفوضة بالصلح لا تكون معفية من التقيد بأحكام القانون المتعلقة بالنظام العام وبصفة خاصة في الدولة التي سينفذ فيها قراره فتظل الحاجة قائمة لتحديد القانون الواجب التطبيق اصلا لمعرفة القواعد الموضوعية المتعلقة بالنظام العام واعمالها وقد يحدث للمحكم اثناء بحثه عن القانون الواجب ان يجد ان هذا القانون الاكثر ارتباطا بالنزاع لا يجيز التحكيم بالصلح او فكرة القوة القاهرة او الظروف الطارئة كالقانون الانجليزي ولكن هذا التفويض يظل صحيحا، والواقع ان العدالة هي ليست وسيلة لحل النزاع وانما هي غاية يسعى اليها المحكم وصولا لحكم عادل فتحويل الطرفين للمحكم مهمة التحكيم دون التقيد بقواعد القانون وهذا ما يضيف مستوى اضافي لدور المحكم المستحدث في هذا المجال. فلا يمكن ان يفسر تفويض الاطراف على انه تعطيل لتطبيق قواعد القانون بل يجب ان يفسر على انه رخصة للمحكم تمنحه فرصة البحث عن الحل العادل للنزاع ولو لم يكن مستمدا من نصوص القانون وهو في رأينا يؤدي إلى ايجاد نوع من التكامل بين العدالة والقانون، الا ان اغلب القرارات التحكيمية تبنت الراي القاضي بضرورة تقييد المحكم المفوض بالتحكيم وفقا للعدالة عندما يريد ان يطبق نصوص القانون بقيد الملائمة اي ملائمة تلك النصوص القانونية لاعتبارات العدالة بحيث انها تعطي حلا عادلا للنزاع لذلك تعتبر العدالة هي الاساس الضابط في الحكم وفقا لاعتبارات العدالة، فالمحكم في هذا النوع من التحكيم هو محكم مفوض بمهمة وليس متمتعا بسلطة لذلك فاذا عاد إلى نصوص القانون وحدها فانه يكون قد خرج عن حدود مهمته وغير امينا عليها الا اذا كان هذا الرجوع تقضي اليه مقتضيات العدالة، ومن ناحية اخرى فان النصوص القانونية المنظمة لموضوع التحكيم وفقا للعدالة تخول الطرفين مكنة لا يمكن التوسع في تفسير نطاقها بحيث تفسر على انها تعني انصراف ارادة الطرفين إلى

التخلي عن الضمانات المستمدة من تطبيق القانون والبحث عن عدالة أخرى غير تلك التي تحقق من تطبيق القانون .

### الفرع الثاني/ الدور المستحدث للمحكم في تطبيق العدالة والإنصاف.

لا يقتصر مصدر القواعد الموضوعية الدولية على ما ينبثق من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية أو من الأعراف والعادات التجارية من قواعد وإنما هناك مصدر آخر يتمثل في قضاء التحكيم وذلك من خلال الأحكام التي يصدرها والتي بدورها تؤدي إلى خلق قواعد موضوعية، حيث إن قضاء التحكيم يلعب دورا بارزا في خلق هذه القواعد تعد العدالة من أهم وسائل التطوير في القانون حيث يلزم المحكم بإصدار حكما في أي نزاع يعرض عليه حتى ولو لم يجد له نص في القانون وإلا عد منكرا للعدالة بنص المادة (30) من قانون المرافعات المدنية العراقي، وقد حث المشرع العراقي وكذلك فعل المشرع المصري والفرنسي القاضي على اعمال العدالة وذلك بان الزمه بان يبحث في جوهر القانون على حكم لأي نزاع يعرض امامه وهذا يعني اعطاء المحكم السلطة التقديرية في النزاع المعروض امامه بما يحقق العدالة وفقا للطرفين كون العدالة معيار اخلاقي موجود في الضمير الاجتماعي يستلهمه المحكم في اثناء محاولته تخفيف حكم قاعدة قانونية في تطبيقها على حالة معينة حينما يأذن له القانون في ذلك بنص استثنائي صريح ذلك ان القانون يضع قاعدة مجردة وعامة لمجموعة غير محددة من الوقائع وقد يحصل ان قواعد عامة اذ تطبق على حالة معينة تصبح ظالمة وتؤدي الى ضرر او التزام لا مسوغ له حينئذ يتدخل المحكم لتحقيق العدالة لإزالة هذا التعارض بين القاعدة العامة والحالة الخاصة فتعدل من القاعدة بان تخفف من شدتها او لا تطبقها كلها او بعضها وتصوغ منها قاعدة جديدة توائم الحالة الخاصة. وهذا يعني وجوب ان يكون هناك مساحة كافية للسلطة التقديرية للمحكم وذلك من اجل موازنة النزاع المعروض امامه مع ما يحدث من تغيرات وتطورات جديدة بحيث يوازن جميع الملبسات والحقائق ذات الصلة بالقضية المصروحة امامه (81). اذ تبرز في قدرة المحكم في تكوين قانون متكامل يتضمن مجموعة من القواعد المستقاة من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية والأعراف والعادات، وهذا ما يجعله بمثابة مصدر من مصادر القانون في إطار التحكيم كما وان منح الأطراف للسلطة للمحكم للفصل بالنزاع دون التقيد بإحكام القانون، يعني إن على المحكم البحث عن الحل الأكثر عدالة لموضوع النزاع المطروح امامه دون إن يلتزم بتطبيق القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية (82)، فالمحكم وان كان يتمتع بسلطة في حسم النزاع دون التقيد بإحكام القانون من ناحيتي الإجراءات والموضوع، فان هذه السلطة مقيدة وليست سلطة مطلقة، وبالتالي فان السلطة الممنوحة للمحكم تمكنه من عدم الانصياع لإرادة أطراف النزاع عندما تكون إرادتهم مخالفة للنظام العام الدولي أو قواعد البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري.

ففي قرار التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية المرقم 3916 في عام 1983 رفضت محكمة تطبيق القانون السوري رغم انه القانون المختار والواجب التطبيق لكونه، برأي المحكمة يتعارض مع حرية التجارة ومبادئ عدم التمييز التي تتعلق بالنظام العام الدولي وهو ما يجب اعلاؤه على أي نظام داخلي وهذا يعني ان الحكم هذا من النظام العام الوطني (83). إن المحكم يتمتع بسلطة اختيار قواعد العدالة والإنصاف كونه مفوض باختيار القانون الواجب التطبيق في حالة النزاع المعروض امامه، ولا يكون ملزما باعمال حكم القانون الواجب التطبيق على المنازعة المختص بالفصل فيها ، فهو يكون في حل من تطبيق أي قانون ، ويسعى إلى حل وسط عادل ومنصف ، إذ يملك سلطة تتمثل في إنشاء حل ملائم للنزاع معتمدا على العدالة ، وان هذه السلطة الممنوحة للمحكم المفوض بالصلاح يستمد منها الحق في إن يتمتع عن تطبيق أحكام القانون الإجرائية والموضوعية والتي لا تتعلق منها بالنظام العام إذا كان تطبيقه لهذه الأحكام يؤدي إلى نتيجة غير عادلة. وإن أطراف النزاع يخولوا المحكم سلطة الفصل في النزاع وفقا لما يراه محققا للعدالة ، حيث أن المحكم وبموجب السلطة المخولة له من قبل أطراف النزاع يملك تنحية أحكام القانون إذا ما قدر أنها تؤدي إلى نتائج مجافية للعدالة في النزاع المطروح ، أي انه بموجب هذا التحويل يتحرر المحكم بموجب اتفاق أطراف من تطبيق نصوص القانون ويجوز له إن يفصل بموجب العدالة والإنصاف ، حيث إن ما يدفع أطراف النزاع على اللجوء إلى منح سلطة للمحكم بتطبيق العدالة والإنصاف ، هي في اغلب الأحيان إن القواعد الواردة في القانون واجب التطبيق قد لا تكفي

لإعطاء حل عادل . وبما إن دور المحكم هو دورا احتياطيا لا يظهر إلا عند عدم تعيين الطرفين للقانون واجب التطبيق، إي أنها تكمل عمل القواعد القانونية إي تؤدي فيكون دور العدالة والإنصاف دورا احتياطيا وتكميليا ، إلا إن المحكم لا يستطيع الفصل بالنزاع المعروض عليه وفقا للقواعد الموضوعية إلا إذا وافقه إرادة الأطراف بذلك، وتكون إرادة الأطراف هي قاعدة الإسناد ، حيث هذه القواعد والتي يجد فيها المحكم العدالة والإنصاف لا يمكن إن يطبقها المحكم من تلقاء نفسه إي لا يوجد قواعد موضوعية ذاتية التطبيق، وإنما تحتاج إلى وسيلة فيه تيرر دخول هذه القواعد إمامة وهذه الوسيلة هي إرادة الأطراف حيث تمنح المحكم سلطة تطبيق قواعد العدالة والأنصاف سواء كانت هذه إرادة صريحة أو ضمنية كما هو الحال بالنسبة للمحكم في التحكيم بالصلح ، إذ إن تفويض المحكم سلطة الفصل بالصلح تجعله غير مقيد بقواعد القانون الوطني وتمنحه الفرصة في خلق قواعد مرتكزة على فكرة العدالة تطبيقها بإرادتهم يتضح من ذلك إن المحكم لا يطبق هذه القواعد إلا إذا وجد إن القانون الواجب التطبيق لا يكفي لإعطاء حل عادل، وقد سمحت له إرادة الأطراف ذلك، وهنا تكون هذه القواعد تمارس دورا احتياطيا تكميليا.

كما وان إرادة طرفي النزاع التي تتأسس عليها سلطة المحكم المفوض بالصلح يجب إن تكون إرادة صريحة فلا تكفي الإرادة الضمنية، ولهذا لا يجوز إن يفصل المحكم بالنزاع وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف على أساس انه محكم مفوض بالصلح إلا في حال أجاز الطرفين ذلك بصراحة. إما فيما يتعلق بالتشريعات الوطنية فقد تضمن قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في المادة 4/39 النص على تفويض المحكم بالصلح الفصل بالنزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف، أي أنها منحت هيئه التحكيم المفوضة بالصلح الخيار بان تفصل في موضوع النزاع بين الأطراف على ما تراه ضروريا دون إن تستند إلى إي قواعد قانونية أو ان تفصل بالنزاع بتطبيق قواعد العدالة والإنصاف.

وقد أشار المشرع الفرنسي في النصوص المتعلقة بالتحكيم الدولي في قانون المرافعات الجديد لصادر بالمرسوم رقم 81/50 لسنة 1981 المعدل بالمرسوم 48 لسنة 2011 في المادة 1012 بان للأطراف تخويل الهيئة التحكيمية الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف<sup>(84)</sup>.

إما في العراق فقد تضمن قانون المرافعات العراقي في المادة 2/265 على إمكانية قيام إطراف النزاع بتفويض المحكمين بالصلح وإعفائهم من التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون ويتضح من نص المادة أعلاه إن المشرع العراقي أعطى إطراف النزاع تفويض المحكم الفصل بالنزاع بالصلح وفق مبادئ العدالة والإنصاف. وكل ذلك كان في إطار التحكيم الداخلي اما بشأن التحكيم الدولي فقد كانت النظرة إليه ذات طابع سلبي لأسباب تاريخية تتعلق بخسارة العراق بعض القضايا التحكيمية مما دفعه إلى اصدار قرارات تمنع التحكيم الدولي<sup>(85)</sup>.

وتتفق مع ما يذهب إليه البعض من الفقه<sup>(86)</sup> في أنه يلاحظ أن دور المحكم ينهض عندما يشوب قانون العقد النقص أو القصور حيث يكون دور المحكم استكمال هذا النقص أو القصور وذلك عن طريق اجتهاده بما يسمح بنشأة قواعد تحكم العلاقات بين الاطراف يستخدم فيها المحكم جميع الوسائل التي تمكنه من استنباط القواعد القانونية التي تعد انطباق الحلول العملية، فالفراغ التشريعي في أحد تفسيراته يكن ان يكون صيغة يراد بها معالجة الوقائع المستجدة من خلال التفسير الواسع او النصوص المصاغة بشكل يسمح البناء والاجتهاد والاستنتاج وذلك من اجل تحقيق العدالة في النزاع المطروح امام المحكم ، وهنا يمكن ان نلمس جهد استثنائي واضح من قبل المحكم في تطوير قواعد التنازع. ان المحكم عند نظر النزاع المعروض عليه يقوم بالبحث عن حكم تحكيم صادر في نزاع مشابه للنزاع المعروض عليه لكي يقدم له نوعا من المساندة وبما يرتاح إليه ضميره وبما يغنيه عن المساندة التي تقدمها القوانين الوطنية في حال اختيارها للتطبيق على النزاع ، وفي حال تكرار هذا الحكم من قبل محكمين آخرين في نفس الاتجاه فان الأمر هنا يعد بمثابة قاعدة مصدرها الحقيقي قضاء التحكيم ، ومن هذا تتضح أهمية قضاء التحكيم في خلق قواعد موضوعية باسم العدالة عندما تكون الأعراف والعادات لا تستطيع إيجاد حل للمسائل المطروحة على المحكم ، وان هذا الدور يبرز عندما يكون التحكيم مع التفويض بالصلح " حيث إن المحكمين المفوضين بالصلح هم الذين يستطيعون بصفة خاصة خلق الأحكام الموضوعية لقانون التجارة الدولي نظرا لان المتعاقدين لا يشيرون في مثل هذه الحالة إلى القانون الواجب التطبيق على عقدهم عملا بقاعدة

تنزع القوانين المستقرة في هذا المجال، مما يخول للمحكمين فرصة الإفلات من تطبيق القوانين الداخلية والتصدي مباشرة للفصل في النزاع (87). وثمة حالات كثيرة في القانون العراقي والمقارن يخصص فيها المشرع للقاضي في أن يأخذ بأسباب العدالة، وفي هذه الأحوال وفي غيرها يحيل القانون القاضي الى ضميره الشخصي والى الاحساس العام بالعدالة ولكن فيما عدا الحالات التي يجيز فيها المشرع للقاضي ان يلجا الى معايير العدالة ويدعوه الى تطبيق القانون على حالات معينة لا يكون للعدالة مجال تطبق فيه مادام النظام القانوني مستقرا ويؤدي وظيفته على وجه منتظم ذلك ان القانون يكفي بذاته لتنظيم العلاقات اما اذا اريد ان يضحى به من اجل العدالة فان ذلك يخل بالمساواة الواجبة بين الافراد وبلاستقرار الواجب للنظام الاجتماعي، وهذا يعني أن العدالة تعتبر وسيلة لعلاج النقص في القانون، وكانت في بادئ الامر الية تشريعية الزم المشرع بها المحكم، إذ ان هناك قيود ترد على سلطة المحكم في تطبيق العدالة بشأن النزاعات التي تثار امامه تتمثل بالنظام العام والآداب العامة واردة الاطراف (88)، فالمحكم لا يملك فيما يتعلق بالنزاع المطروح امامه ان يحل اراءه او عقائده محل اراء طرفي النزاع تحت عنوان تحقيق العدالة والانصاف فلا ينبغي عليه سوى ان ينظر الى الاتجاه السائد في المجتمع والنظام القانوني الذي يحكمه، ولذلك فان تطبيق فكرة النظام العام والآداب العامة رغم مرونتها يعتبر عملا قانونيا يخضع المحكم فيه لحكم القانون، وهذا يعني ان المحكم الدولي وبالنظر لصعوبة تحديد جوهر فكرة النظام العام الدولي وذلك لأنها، فكرة مرنة قابلة للتغيير والتطور باختلاف الزمان والمكان في مجال التحكيم فانه يهدم حكم التحكيم ويكون ذلك إما بإبطاله أو رفض الاعتراف به أو منع تنفيذه دون إن يتجاوز ذلك إلى إيجاد حلول مناسبة أو ملائمة لمقتضاه من قبل المحكم.

#### المطلب الثاني/ اعتبارات اليقين القانوني.

ان اليقين القانوني يتحقق في عدة اوجه منها ان تكون القاعدة المختارة قاعدة موضوعية، كما ويجب ان تكون واضحة ومفهومة، والاهم ان تكون على درجة من الثبات لا تكون خاضعة للتغيير او التعديل المتكرر او غير المتوقع بحيث يطمأن المخاطبون بها من حفظ المراكز والحقوق الناشئة عنها، وعلية سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين سنبيين في الفرع الاول التعريف باليقين القانوني في حين سنخصص الفرع الثاني لبحث دور المحكم في تطبيق مبدأ اليقين القانوني.

#### الفرع الاول/ التعريف باليقين القانوني.

اليقين القانوني أحد العناصر الأساسية في الدولة القانونية ويراد به عدة مظاهر لا غنى عنها منها ما يتعلق بمشروعية سلطة الدولة بإصدار القوانين، ومنها ما يتعلق بخصائص القاعدة القانونية وفق ما يطلق عليه بالجودة التشريعية ومن الجدير بالذكر ان هناك من يستخدم مصطلح الامن القانوني للدلالة على اليقين القانون، على اساس ان كلاهما يحملان المعنى ذاته، فاليقين القانوني لدى البعض ما هو الا صياغة النصوص القانونية بألفاظ وتعبيرات واضحة ال يكتنفها الغموض بالشكل الذي ينسجم وموضوع القانون الذي يريده المشرع مع الفاظ النص القانوني المصاغ، ان اليقين القانوني يعد عنصر من عناصر جودة وتحسين القانون، فتلتزم سلطة التشريع بعدم مفاجأة أو مباغته الافراد أو هدم مراكزهم القانونية التي اكتسبوها استنادا الى نص القانون فيجب ان لا تثير القواعد القانونية أية اشكالات قانونية عند تطبيقها فضلا عن امكانية الاطلاع عليها ومعرفتها من قبل أي فرد وليس فقط ذوي الاختصاص، ومن دون ذلك لا يمكن للسلطة ان تمس حقوق الاشخاص استنادا الى قواعد قانونية لم يتيسر الاطلاع عليها، ومن المهم القول بان سهولة الوصول الى القانون وسهولة فهمه يجد اساسه في مبدأ المساواة، فعندما يأتي المشرع بقانون يصعب على البعض الوصول اليه او فهمه، قد يؤدي الى تطبيق القوانين من قبل القائمين على تنفيذها بصورة انتقائية، وقد تعددت التعاريف التي أعطيت لمفهوم اليقين القانوني، فذهب البعض إلى القول بأن فكرة اليقين القانوني (يقصد بها وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز الناشئة عنها بغرض إشاعة الأمن والطمأنينة بين الأطراف المتعاقدة) (89)، وعرفه البعض الآخر بكونه ذلك المبدأ الذي يكفل للمواطنين سهولة معرفة ما يبيحه وما يمنعه القانون المطبق، وهو ما يتطلب أن تكون القواعد المقررة واضحة مفهومة وألا تتغير بشكل متكرر وغير متوقع (90). ومن خلال هذا المعنى وبمقتضى مبدأ الأمن القانوني، يلزم المشرع بعدم مفاجأة أو مباغته الافراد أو هدم

توقعاتهم المشروعة. وتعتبر فكرة التوقع المشروع من جانب الأفراد من الأفكار الحديثة في القوانين الأوروبية، وترتبط هذه الفكرة ارتباطاً وثيقاً بفكرة الأمن القانوني وتعتبر صورة من صورها. وتعني فكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة أن القواعد العامة المجردة التي تصدر من السلطة التشريعية في صورة قوانين أو تصدر عن السلطة التنفيذية في صورة لوائح إدارية يجب ألا تصدر بطريقة فجائية مباغته تصطم مع التوقعات المشروعة للأفراد والمبنية على أسس موضوعية مستمدة من الأنظمة القائمة على هدى من السياسات الرسمية المعلنة من جانب السلطات العامة والوعود والتأكيدات الصادرة عنها. وهذا الحكم يسري على الأشخاص سواء اكانوا وطنيين ام اجانب في إطار العلاقات الوطنية ام الأجنبية. نتيجة لما تقدم أن اليقين القانوني هو استبعاد خطر عدم الاستقرار وانعكاسات التغيير المفاجئ للقاعدة القانونية، على حماية الفرد، لاسيما متى تعلق الأمر بالحقوق والحريات وعليه فهو ضمانة وحماية ضد اعتباط السلطة ومزاجية الأحكام عبر رسم الحدود بين الممنوع والمسموح، بشكل واضح<sup>(91)</sup>، وهنا يجب ان يراعى هذا المبدأ في العلاقات ذات البعد الدولي من باب اولى نظرا لمجهولية القواعد التي تواجه الافراد في هذه العلاقات، وان ارساء هذا المبدأ ينشط الامان القانوني الذي يفضي بدوره الى ازدهار حركة الاشخاص والاموال عبر الحدود، وبالمقابل يقتضي مراعاته من قبل المحكم نظرا لتمتعه بحرية واسعة في انتقاء افضل القواعد لحكم النزاع بمفرده بتحويل من الاطراف ام بمشاركة الاطراف.

**الفرع الثاني/ دور المحكم في تطبيق مبدأ اليقين القانوني.**

بناءً على ما تقدم يمكن القول باختصار ان اليقين القانوني يتحقق في عدة اوجه منها ان تكون القاعدة المختارة قاعدة موضوعية، كما ويجب ان تكون واضحة ومفهومة والاهم ان تكون على درجة من الثبات لا تكون خاضعة للتغيير او التعديل المتكرر او غير المتوقع بحيث يطمأن المخاطبون بها من حفظ المراكز والحقوق الناشئة عنها وهذا يجب مراعاته من باب اولى في العلاقات التي فيها اطراف اجانب وخاصة اذا كانت تلك العلاقات من نوع العلاقات التجارية الدولية. وفي ضوء ذلك فإن السؤال الذي يثار كيف يمكن للمحكم من اختيار قاعدة يتحقق فيها اليقين القانوني بصورته المذكورة، وفي معرض الإجابة يمكن القول بأنه بداية لا بد من الاشارة الى ان التحكيم وفقاً للمادة (265) من قانون المرافعات العراقي<sup>(92)</sup> ينقسم الى قسمين تحكيم بالقانون او ما يسمى بالقضاء والذي يفيد بأن المحكم وفقاً لهذا النوع من التحكيم يكون مقيداً عند نظر النزاع ان يصدر حكمه وفقاً للقواعد القانونية الموضوعية في القانون الواجب التطبيق، وان يتقيد ايضاً بأتباع الإجراءات والأوضاع التي نص عليها قانون المرافعات فيما يتعلق بإجراءات التحكيم، أما النوع الآخر فهو التحكيم وفقاً للعدالة والذي فيه المحكم يكون له صلاحيات مرخص له بها وعندها لا يتقيد بالقواعد القانونية الموضوعية في اصدار حكمه، وانما يكون له اصدار حكمه وفقاً لقواعد العدالة، كما ان له عدم التقيد بإجراءات المرافعات، كل ذلك بالاستناد إلى تفويض صريح من الأطراف بتحويل المحكم سلطة التحكيم فلا تكفي الارادة الضمنية لذلك ولهذا فلا يجوز للمحكم ان يفصل في النزاع الا اذا اجاز الطرفين ذلك وقدنص على ذلك صراحة قانون الأونسترال النموذجي<sup>(93)</sup>. فالمحكم وفقاً للوضع الاخير يملك حرية واسعة لا تقيدها الا قواعد النظام العام، وفي هذه الحالة فإن القاعدة التي يختارها المحكم او التي يركن اليها لحل النزاع المائل امامه وحتى تكون اقرب لمبادئ العدالة والانصاف يجب ان تكون محققة لمبدأ اليقين القانوني اي لا بد من ان تكون قاعدة موضوعية مستمدة من مصادرها الدولية كالاتفاقيات والعادات والاعراف التجارية الدولية، وقد نصت على ذلك مختلف التشريعات، وأقرت إمكانية تطبيق هذه العادات والاعراف التجارية، وهذا يظهر من خلال نص المادة (3/39) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والتي نصت على إن: "يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع شروط العقد محل النزاع والاعراف التجارية في نوع المعاملة). كذلك المادة (2-1511) من القانون الفرنسي الصادر عام 2016 التي اكدت على ان ( في اي حال من الاحوال يأخذ في الاعتبار استخدام الاعراف التجارية ) ، كما ان الاتفاقيات الدولية قد تبنت ذلك ومنها مثلاً اتفاقية اللجنة الاوربية للأمم المتحدة جنيف عام 1961 ، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي عام 1985 حيث اكدت على ضرورة مراعاة الاعراف التجارية من قبل هيئة التحكيم عند اختيار القانون الواجب التطبيق في حال عدم اختيار الاطراف لذلك القانون<sup>(94)</sup>.

ويرى البعض بضرورة التزام المحكم بالقواعد الآمرة في الدولة التي يحتمل ان يطلب من محاكمها الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه ذلك ان اعطاء الفاعلية للقرار التحكيمي توجب على المحكم ان يصدر قراراً متمتعاً بفعالية التنفيذ وذلك بعدم مخالفة القرار التحكيمي الذي يصدره المحكم للقواعد الآمرة في قانون بلد التنفيذ، وان القول بعكس ذلك يجرد القرار التحكيمي من الفعالية وذلك لامتناع القضاء من تنفيذه لتعارضه مع القواعد الآمرة (95). كما ان من اهم صور اليقين القانوني في القاعدة القانونية المختارة من قبل المحكم للتطبيق على النزاع المعروف هو ان تكون قابلة للتنبؤ، وبما ان المحكم غير ملزم باتباع قاعدة معينة من قواعد تنازع القوانين، فإن حريته في تحديد القانون الواجب التطبيق هي غير محدودة، ان هذه السلطة الواسعة للمحكم في اختيار القانون او القاعدة القانونية المطبقة على النزاع تقلل من امكانية التنبؤ بشكل عام ويقصد بذلك ان يكون الاطراف لديهم توقعات معينة فيما يتعلق بقرار المحكم بشأن القانون الواجب التطبيق وان يكون لدى المحكم ضمان بأن قراره يمكن التنبؤ به. وعليه فإن الهدف هو ان يكون التطبيق المنهجي لقواعد التنازع سواء في القانون الاقليمي للمحكم (مقر التحكيم)، او أي قانون آخر يجب ان تكون واردة في قانون التحكيم والاهم ان يكون الاسهل التنبؤ بها وذلك بأن تكون على الاقل مساوية لاختيار الطرفين او معيار خلق القاعدة من المحكم في ظل غياب الارادة (96).

كذلك ان الفقه قد طرح عدد من الحلول التي يلجأ اليه المحكم لاختيار القانون الواجب التطبيق والتي يكون متوقعة من قبل الاطراف من ذلك مثلاً تطبيق قواعد تنازع القوانين للبلد الذي يجري فيه التحكيم، وهذا الرأي ناتج عن الطبيعة القضائية للتحكيم (97)، في حين ذهب رأي آخر الى تطبيق احكام القانون الدولي الخاص لبلد المحكم اي قواعد تنازع القوانين لذلك البلد على اساس ان الاطراف عند اختيارهم لهيئة التحكيم او المحكم يكونوا قد اختاروا ضمناً قانون بلده (98) فاليقين القانوني لدى الاطراف سيكون متحققاً بالقواعد طالما انه يعلمون مسبقاً بقانون الدولة التي اختاروا قانونها، كذلك تطبيق قانون الجنسية او الموطن المشترك للأطراف في حال اشتراكهما في نفس الجنسية الموطن فيأخذ نفس الحكم بشأن علم الاطراف بالقواعد القانونية التي ستطبق عليه بشكل يقيني (99). ويمكن ان يتحقق اليقين القانوني مع اعتماد منهج القواعد الموضوعية ذات التطبيق المباشر، وقد اتجه المشرع العراقي الى ذلك اذ اعتمد المعيار الاخير في تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل المحكم في حال غياب دور الارادة في ذلك حيث جاء في المادة (3/30) من مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لسنة 2011 الى ان اختيار هيئة التحكيم للقانون الذي ينطبق بشكل مباشر على موضوع النزاع يجب ان يكون هذا القانون هو الأكثر اتصالاً به دون تحديد ضوابط لهذا الاتصال، تاركاً الامر لمطلق تقدير هيئة التحكيم لما يراه من قانون انسب او اكثر اتصالاً بالنزاع (100).

ونخلص من خلال ما تقدم الى ان المحكم وهو في طور اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع المائل امامه في حال عدم اختيار الاطراف لذلك القانون فإن هناك عدة اعتبارات يجب عليه مراعاتها حتى يتحقق مبدأ اليقين في القانون المختار من قبله، ومن تلك الامور اولا ان تكون القاعدة مراعية للأعراف والاتفاقيات الدولية، كذلك ان يكون بمقدور الاطراف التنبؤ بها أي ان يكون بوسع الاطراف توقع القانون المختار من قبل المحكم، ولذا يقع على المحكم ان يختار القانون الأكثر صلة بالنزاع القائم، فإذا ما روعي تطبيق تلك المبادئ، فإن القانون المختار حتماً سيكون واضحاً من قبل الاطراف يسهل عليهم فهم مضمونه اضافة الى اتسامه بالثبات، وعليه فإنه يكون مستغرفاً لمبدأ اليقين القانوني، ويظهر الدور المستحدث للمحكم هنا في المزج بين القاعدة المختارة من قبله، او من قبل الاطراف مع مبدأ اليقين القانوني بحيث يضيف على القاعدة سواء اكانت اسنادية ام موضوعية طبيعة متحركة زمانية والمكانية في وقت نشوء العلاقة الى حين نفاذها دون ان تؤثر فيها المتغيرات التشريعية.

**الخاتمة.**

بعد الانتهاء من بيان الارتباط بين قضاء التحكيم من جهة وقواعد تنازع القوانين من جهة أخرى من حيث المنهج التكاملي، توصلنا الى جملة من النتائج تتبعها جملة من المقترحات نتمنى على المشرع العراقي إعمالها بنصوص قانونية سواء بالإنشاء أو التعديل، تحقيقاً لتطوير هذا النوع من القواعد القانونية بما يخدم حركة التجارة الدولية.

**أولاً/ الاستنتاجات.**

1. إن عمل قضاء التحكيم يتمتع بمرونة أكبر على المستوى الإجرائي والموضوعي، يختلف فيه عن القضاء التقليدي، يتمكن من خلاله الانسجام مع ما تقضيه التجارة الدولية من حاجة للتأقلم مع المتغيرات الواقعية التي يفرضها هذا النوع من التجارة على مستوى حركة السلع والبضائع عبر الحدود.

2. لا يمكن من الناحية الواقعية تصور خلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط اللجوء الى التحكيم عند حدوث النزاع، وهو ما ادى بالنتيجة الى تزايد اللجوء الى التحكيم الدولي بدل القضاء الوطني لان الاخير يمتاز ببطء وتعقد الاجراءات فضلاً عن تطبيق قواعد داخلية على المنازعات الدولية، والتي لا تأخذ بعين الاعتبار مقتضيات التجارة الدولية ولا تبتعث بنفس الاطراف الشعور بالأمن والعدالة المطلوبة، وهذا البناء الجديد في التعامل مع الاختصاص القضائي أضفى على الفلسفة التشريعية في هذا الاطار رؤية جديدة رائدها حجم التعاطي مع المفاهيم التقليدية في تقرير قواعد هذا النوع من الاختصاص، فلم تعد مفاهيم الاقليمية والسيادة وغيرها هي الحاكمة في تنظيم اختصاص الجهة التي تحسم النزاع، بل دخلت المصلحة الوطنية واليقين القانوني كمعطيات جديدة في حسم الاختصاص القضائي الدولي، وأصبح التحكيم وسيلة تلبى ذوق المشرعين في هذا الاطار.

3. حكم المحكم الدولي بإرادة الاطراف لا يمكن الخروج عليه، الا بداعي تصحيح الاختيار وتقويمه، وبما يحقق المصالح المشتركة للأطراف، فلا يلغى دور المحكم في ظل وجود الإرادة الصريحة فله استبعاد هذه الإرادة عندما تخالف النظام العام او ان القانون المختار يبطل اتفاقهم الاصلي او لا يلي ما قصدوا من مصالح، وفي هذه الحالة سوف يطبق المحكم القانون الاقرب لضمان سلامة تنفيذ الحكم في المستقبل، الا ان التطور قد ينتقل من نطاق قاعدة الاسناد الى القواعد الموضوعية.

4. إن امتناع اتفاق أطراف العلاقة على القانون الواجب التطبيق، وتحول مسؤولية على الاختيار الى المحكم، لا يعفي الاخير من أن يكون اختياره مقيد بمراعاة الامان القانوني فضلاً عن اليقين القانوني للأطراف، وهذا ما يسهم في خلق تطور في فهم وظيفة قاعدة الاسناد، ومراعاتها في حكم هذا النوع من العلاقات.

5. على الرغم من التزام المحكم بمراعات العدالة المادية بأحكامه، الا أنه لا يملك فيما يتعلق بالنزاع المطروح امامه ان يحل ارأه او عقائده محل آراء طرفي النزاع تحت عنوان تحقيق العدالة والانصاف، فلا ينبغي عليه سوى ان ينظر الى الاتجاه السائد في المجتمع والنظام القانوني الذي يحكمه، ولذلك فان تطبيق فكرة النظام العام والآداب العامة رغم مرونتها يعتبر عملاً قانونياً يخضع المحكم فيه لحكم القانون.

6. إن المعتاد في الفهم الشائع وجود حالة الاستقلال بين الاختصاص التشريعي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، الا ان هذا الشيوغ لا يدعمه الدليل ولا تقوم عليه الحجة، فالواقع يكشف أن تنفيذ الاحكام الاجنبية مهم في اختيارات المحكم للقانون الواجب التطبيق، فليس من المعقول اعتماد المحكم على قانون وصدور حكم غير قابل للتطبيق مستقبلاً، وهذا من حسنات قضاء التحكيم، ولا ينكر إسهامه في تقديم قراءة جديدة للارتباط التكاملي بين موضوعات هذا الفرع من فروع القانون الخاص.

**ثانياً/ المقترحات.**

1. نقترح على المشرع العراقي تفعيل الدور التكاملي لقضاء التحكيم ليؤدي دوره في عملية الكشف عن وظيفة قاعدة الاسناد، واعتمادها غاية مطلوب تحقيقها في اختيار القانون الواجب التطبيق، باعتبار أن قضاء التحكيم يتمتع بسلطة أكبر على المناورة والبحث عن المتغيرات في نطاق التجارة الدولية، وبالتالي اختيار القانون الانسب لحكم العلاقة محل الخصومة.

2. نوصي المشرع العراقي بالإسراع في تشريع قانون التحكيم الدولي؛ ليكون الغطاء التشريعي لقضاء التحكيم في أداء مهامه الوظيفية الخاصة برصد الاهداف الكلية لقاعدة الاسناد لحظة اختيار القانون الذي يحكم العلاقة بين طرفي النزاع.
3. نقترح على المشرع العراقي الانضمام الى اتفاقية التجارة الدولية؛ ليتمكن قضاء التحكيم الاستناد الى القواعد الموضوعية الواردة فيها، كبديل عن قواعد التنازع الخاصة بتعيين القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الدولية.
4. اعتماد العدالة المادية المتمثلة بالربط الموضوعي بين النتيجة النهائية للدعوى بظروفها ووقائعها، وجعلها محور السلطة التقديرية للمحكم مع حفظ التوازن في المصالح الخاصة والعامّة لأطراف النزاع من جهة، ولمصلحة التجارة الدولية من جهة أخرى.
5. نقترح على المشرع العراقي أن يجعل لإختيار المحكم للقانون الواجب التطبيق في حال عدم اتفاق الاطراف عليه قيود تتمثل بمراعاة الامان القانوني، والتنسيق بين النظم القانونية المختلفة، ضمانا لتنفيذ الحكم من جهة، وتحقيق استقرار في المعاملات من جهة أخرى.
6. إعادة بناء الفلسفة التشريعية لقانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم 30 لعام 1928 ليستوعب القرارات الصادرة عن قضاء التحكيم من جهة، ومن جهة أخرى استيعاب التحول في اثبات الارتباط التكاملي بين تنفيذ تلك الاحكام والقانون الواجب التطبيق، إذ يتأثر أحدهما بالآخر بالمستوى الذي يحقق أفضل القرارات التحكيمية القابلة للتطبيق.

#### الهوامش.

- (1) د. عوض الله شبيه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص (الجنسية، مركز الأجانب، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص332.
- (2) د، منذر الشاوي، فلسفة القانون، المجمع العلمي العراقي، بغداد، 1994، ص234-236،
- (3) د، محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1978، فقرة 245، ص330،
- (4) ينظر المادة (2/19) من القانون المدني العراقي، وتقابلها مادة (1/13) من القانون المدني المصري.
- (5) احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجاً، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996، 50-51.
- (6) ينظر نص المادة (24) من القانون المدني العراقي.
- (7) د، صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا (دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص260.
- (8) عوض الله شبيه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص (الجنسية، مركز الأجانب، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص48.
- (9) د. فراس كريم مشعان /حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقا للعدالة/ بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة صلاح الدين العدد 4 ص114.
- (10) خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة مولود، 2010، ص158-459.
- (11) أشار لذلك بشيء من التصرف عوض الله شبيه الحمد السيد، مصدر سابق، ص49.
- (12) د، مراد محمد المواجهه، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015، ص182-188.
- (13) تنص المادة (14) من تعديل قانون الاستثمار العراقي المعدلة للمادة (27) من هذا القانون على انه ((اولا تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون الى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي، ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء الى التحكيم التجاري (الوطني والدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه اجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق))،
- (14) تنص على انه (يفصل المحكم في النزاع وفق القواعد التي يقدر ملائمتها في حالة عدم اتفاقهم)،
- (15) تنص على انه (تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين، واحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة او ضمنا، ان وجد، ،، )،

<sup>16</sup>. GOLDMAN، B، les conflits des lois dans l'arbitrage international de droit privé، Recueil des cours، de l'académie de droit international، 1963، II، page 362.

(17) د، محمد فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006، ص 190،

(18) د، جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، مصدر سابق، ص 93.

(19) د، محمد فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص 192.

(20) أحمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة (17)، العدد 1251، 1993، ص 195

<sup>21</sup> - علما ان العراق كان سباق في المصادقة على اتفاقيات التحكيم إذا أنظم الى يرتكول جنيف لعام 1923 في عام 1924 بموجب قانون رقم (24) لسنة 1924 كما صادق على اتفاقية تنفيذ الاحكام لجامعة الدول العربية لعام 1952 بموجب قانون رقم 35 لسنة 1956 منشور في الوقائع العراقية العدد 3802 في 6 حزيران 1956،

(22) أشار لذلك بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، ص 150-152.

(23) ينظر نص المادة (2/17) من القانون المدني العراقي.

(24) يذهب بعض الفقهاء (ببيليه وبارتان) الى ان وظيفة قواعد الاسناد هي وظيفة سياسية ويذهب البعض الاخر الى ان وظيفتها قانونية الا ان هذا الامر يخرج من نطاق بحثنا كونه متعلق بمدى امكانية المحكم الدولي بتطوير تنازع القوانين بشكل عام سواء كانت قواعد اسناد او موضوعية ومدى امكانية التكامل بين هذه القواعد لحل النزاعات امام المحكم الدولي، أشار لذلك د. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، مصدر سابق، ص 94.

(25) LOUSSOUARN (Q) et BEDIN (J،D)، Op، Cit، p،666،

(26) د، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي - مفاوضات العقود الدولية - القانون واجب التطبيق وأزمته، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية 2000-2001، ص 83.

(27) د، طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقيات الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 63.

(28) د، هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 300،

(29) د، طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، المصدر السابق، ص 64 وما بعدها،

(30) ينظر: قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية رقم 514، س هـ 2007، 2 بتاريخ 2008، 6، 22، غير منشور،

(31) ينظر في هذا المعنى: د، فؤاد رياض ود، سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية بالقاهرة 1994، ص 324،

(32) د، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص 193-194،

(33) د، هشام علي صادق، د، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين - تنازع الاختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعة، 2015، ص 253.

(34) د، سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقد، مصدر سابق، ص 11، ود، هشام علي صادق، تنازع القوانين "دراسة مقارنة على المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري"، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1993، ص 654، ود، عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ج 2، ط 5، دار النهضة العربية، القاهرة، 1965، ص 429، ود، إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، بدون مكان نشر، 1997، ص 342.

(35) د، أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مصدر سابق، ص 110،

(36) د، عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ج 2، ط 5، دار النهضة العربية، القاهرة، 1965، ص 401 وما بعدها،

(37) د، سلام هادي جاسم، حفظ توقعات الأطراف في العقود الدولية، مطبعة الايمان، القاهرة، 2018، ص 135،

(38) تنص المادة (29) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل على " لا تطبق أحكام المواد السابقة (احكام التنازع) إذا وجد نص على خلافها في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في العراق"،

(39) د، محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، 2000، ص 311.

(40) د، هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 695 وما بعدها، و د، أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مصدر سابق، ص 269،

(41) تقابلها المادة (19) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل،

(42) د، هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 548،

- (43) د، محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق: ص152-153.
- (44) د، عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص210،
- (45) د، نزمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية ، ط1، بدون ناشر ، 2000 ، ص174،
- (46) حددت المادة (19) من التوجيه الأوروبي الصادر في 8 يونيو 2000 بشأن التجارة الإلكترونية حدد مكان إقامة المورد بالممارسة الحقيقية للأعمال من خلال إقامة دائمة ولمدة غير محدودة،
- (47) د، محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص137،
- (48) د، هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص553 وما بعدها،
- (49) د، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص423.
- (50) د، فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص114،
- (51) أشار إليها د، هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص549،
- (52) د، طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، مصدر سابق، ص71.
- (53) د، عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص404،
- (54) د، هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص213.
- (55) نصت المادة (3، أولاً) من اتفاقية لاهاي على أنه " في حالة عدم إختيار الأطراف للقانون الذي سيحكم العقد، فإن البيع يكون محكوماً بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للبائع وقت تسلمه الطلب، ومع ذلك، إذا كان تسليم الطلب بواسطة منشأة البائع، فإن البيع يكون محكوماً بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها مقر تلك المنشأة " ،
- (56) د، أحمد عبد الكريم سلامة ، الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 2000، ص39،
- (57) ينظر المادة (4، 1) من لائحة روما 2 لعام 2008.
- (58) د، أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مصدر سابق، ص1104.
- (59) Lagarde (P) the European Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations; An Apologia, Vir, Jo, Int, L, Vol, 22: I, 1981, P,97،
- (60) د، فؤاد عبد المنعم ، د، سامية راشد ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي والأحكام الأجنبية ، مصدر سابق ، ص24،
- (61) د ، عكاشة محمد عبد العال ، قانون العمليات المصرفية الدولية، مصدر سابق ، ص63.
- (62) د، سلام هادي جاسم، حفظ توقعات الاطراف في العقود الدولية، مصدر سابق، ص315،
- (63) د، أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، 2009، ص149-150 و د، عوني محمد الفخري، إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية الدولية، مصدر سابق، ص151.
- (64) د، محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص137،
- (65) د، سلام هادي جاسم، حفظ توقعات الأطراف في العقود الدولية، مصدر سابق، ص316،
- (66) د، هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص208،
- (67) د، محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي ، مصدر سابق ، ص377،
- (68) د، هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص762.
- 4- كقاعدة المصلحة الوطنية والغش نحو القانون والتكييف والاحالة وغيرها فكانت كل تلك القواعد عبارة عن سوابق قضائية تكونت بفعالها قواعد قانونية نصت عليها اغلب التشريعات،
- (70) د، عبد الرسول عبد الرضا، الإطار القانوني لسلطة المحكم المفوض بالصلح، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، السنة 12، العدد الاول، 2020، ص353)
- (71) د، عبد السلام الترماني، الوسيط في تاريخ القانون، ط1، منشورات جامعة حلب، سوريا، 1996، ص644،
- (72) د، فتحى والي، التحكيم ودوره في المنازعات الوطنية والتجارية والدولية ، المعارف، الاسكندرية ، 2014، ص78)
- (73) د، محمودي مسعود، اساليب وتقنيات ابرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص207)
- (74) محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغداد، الجزائر، 2008، ص207،
- (75) د، عبد الرسول عبد الرضا وميثم عادل ابراهيم، الإطار القانوني لسلطة المحكم المفوض بالصلح، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الاول، السنة 2020، ص12، ص150،
- (76) د، حمزة احمد حداد، التحكيم بالقانون وبالصلح في قوانين الدول العربية، ورقة عمل مقدمة لملتقى التحكيم السعودي من منظور اسلامي ودولي، منشور على الانترنت على الموقع، [www.aiadr.com](http://www.aiadr.com)

- (77) ينظر المادة 273 من قانون المرافعات المدنية العراقي
- (78) ينظر المادة 262 و 263 من قانون المرافعات العراقي وكذلك ذهبت لنفس المعنى المادة 781 من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني
- (79) د، فراس كريم مشعان، مصدر سابق، ص 116.
- (80) د، عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم، ج1، ص 287.
- (81) د اباد مطشر، نظرية الفراغ التشريعي في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية استدلالية في مدى أثر المبادئ الشائعة دولياً في بنية القانون العراقي، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية، المجلد 8، العدد 31، العام 2019، ص 428.
- (82) د عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، الإطار القانوني لسلطة المحكم المفوض بالصلح مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الثانية عشر، ٢٠٢٠، ص 144،
- (83) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014، ص 762.
- (84) د، ياسر عبد السلام منصور، دراسة نقدية لقانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 88،
- 85 - القرار رقم 124 لسنة 1990 منشور في الوقائع العراقية العدد 3326 سنة 1990 وسبقه القرار رقم 930 لسنة 1973
- (86) د اباد مطشر، مصدر سابق، ص 429،
- (87) د، مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط 1 منشورات الحلبي، لبنان 1998، ص 100
- (88) عبد الله محمد، القيود الواردة على نظام التحكيم، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، 2018، ص 58،
- (89) يسرى محمد العصار: الحماية الدستورية للأمن القانوني، مجلة الدستورية، القاهرة، يوليو 2003، ص: 51.
- (90) ابتسام عبروق: الأمن القانوني والقضائي على ضوء تجربة محكمة النقض، بحث نهاية التميرين الفوج 39 من الملحقين القضائيين، السنة القضائية 2015، 2013، ص: 23.
- (91) د، احمد براك، مبدأ الامن القانوني، مقالة منشور على الموقع الالكتروني <http://www.ahmadbarak.ps/Category/Article/Details/104> تاريخ الزيارة 2021\5\22
- (92) حيث نصت المادة المذكورة) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ على انه ((١- يجب على الحكمين اتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات الا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع إجراءات معينة يسير عليه المحكمون،
- (93) د، فراس كريم شيعان، مصدر سابق، ص 60
- 94 . د. رعد عبد الامير مظلوم، القانون الواجب التطبيق من قبل هيئة التحكيم على العقود الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد 28، العدد 10، 2010، ص 78.
- (95) د، محمود السيد، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003، 147
- (96) د، نظام طالب جبار، تطوير قواعد تنازع القوانين التقليدية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد 37، ص 150 وما بعدها
- (97) د، مظفر ناصر حسين، القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئة التحكيم الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، السنة الثالثة، العدد 7، 2010، ص 8
- (98) د. رعد عبد الامير مظلوم، مصدر سابق ص 74
- (99) ينظر في ذلك د، علاء حسين علي، القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة دراسات الكوفة، المجلد 1، العدد 41، 2016، ص 11 وما بعدها
- (100) د. رعد عبد الامير مظلوم، مصدر سابق ص 74.

## المصادر.

## أولا/ الكتب القانونية.

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، بدون مكان نشر، 1997،
  2. احمد عبد الكريم سلامة. علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً. ط1. مكتبة الجلاء الجديدة. المنصورة. 1996.
  3. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي -مفاوضات العقود الدولية- القانون واجب التطبيق وأزمته، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية 2001.
  4. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
  5. سلام هادي جاسم، حفظ توقعات الأطراف في العقود الدولية، مطبعة الايمان، القاهرة، 2018.
  6. صلاح الدين جمال الدين. عقود نقل التكنولوجيا (دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي). دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. 2004.
  7. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقيات الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.
  8. عبد السلام الترماني، الوسيط في تاريخ القانون، ط1، منشورات جامعة حلب، سوريا، 1996، ص 644.
  9. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ج2، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، 1965.
  10. عوض الله شيبه الحمد السيد. الوجيز في القانون الدولي الخاص (الجنسية. مركز الأجانب. تنازع القوانين. الاختصاص القضائي الدولي. تنفيذ الأحكام الأجنبية). ط2. دار النهضة العربية. القاهرة. 1997.
  11. فتحي والي، التحكيم ودوره في المنازعات الوطنية والتجارية والدولية، المعارف، الاسكندرية، 2014.
  12. فؤاد رياض و د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية بالقاهرة 1994.
  13. محمد كمال فهمي. أصول القانون الدولي الخاص. ط2. مؤسسة الثقافة الجامعية. الإسكندرية. 1978.
  14. محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغداد، الجزائر، 2008.
  15. محمود السيد، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003.
  16. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، 2000.
  17. محمودي مسعود، اساليب وتقنيات ابرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص (207)
  18. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط 1 منشورات الحلبي، لبنان 1998.
  19. منذر الشاوي. فلسفة القانون. المجمع العلمي العراقي. بغداد. 1994.
  20. نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، ط1، بدون ناشر، 2000.
  21. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص300.
  22. هشام علي صادق، د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين – تنازع الاختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعة، 2015، ص253.
  23. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014، ص762.
  24. هشام علي صادق، تنازع القوانين "دراسة مقارنة على المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري"، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1993
  25. ياسر عبد السلام منصور، دراسة نقدية لقانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- ثانيا/ الرسائل والأطاريح.**
1. بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد.
  2. خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة مولود، 2010.
  3. عبد الله محمد، القيود الواردة على نظام التحكيم، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، 2018.
- ثالثا/ البحوث والدوريات.**

1. ابتسام عبروق: الأمن القانوني والقضائي على ضوء تجربة محكمة النقض، بحث نهاية التمرين الفوج 39 من الملحقين القضائيين، السنة القضائية 2015، 2013.
2. أحمد عبد الكريم سلامة ، الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 2000.
3. مظفر ناصر حسين، القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئة التحكيم الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، السنة الثالثة، العدد 7، 2010.
4. نظام طالب جبار، تطوير قواعد تنازع القوانين التقليدية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد 37، يسرى محمد العصار: الحماية الدستورية للأمن القانوني، مجلة الدستورية، القاهرة، يوليو 2003.
5. احمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة (17)، العدد 1251، 1993.
6. اياد مطشر، نظرية الفراغ التشريعي في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية استدلالية في مدى أثر المبادئ الشائعة دولياً في بنية القانون العراقي، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية، المجلد 8، العدد 31، العام 2019.
7. حمزة احمد حداد، التحكيم بالقانون وبالصلح في قوانين الدول العربية، ورقة عمل مقدمة لملتقى التحكيم السعودي من منظور اسلامي ودولي، منشور على الانترنت على الموقع [www.aiadr.com](http://www.aiadr.com).
8. رغد عبد الأمير مظلوم، القانون الواجب التطبيق من قبل هيئة التحكيم على العقود الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد 28، العدد 10، 2010.
9. عبد الرسول عبد الرضا وميثم عادل ابراهيم، الإطار القانوني لسلطة المحكم المفوض بالصلح، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الاول، السنة، 2020.
10. علاء حسين علي، القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة دراسات الكوفة، المجلد 1، العدد 41، 2016.
11. فراس كريم شيعان، حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقاً للعدالة، بحث منشور في مجلة الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد 1، 2010.

رابعا/ المصادر الاجنبية.

1. Lagarde (P) the European Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations; An Apologia, Vir. Jo. Int. L. Vol. 22: I, 1981.
2. GOLDMAN. B. les conflits des lois dans l'arbitrage international de droit privé, Recueil des cours, de l'académie de droit international, 1963, II.