مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الأول / السنة الثانية عشر ٢٠٢٠

ملخص البحث

إن إطراف العقد الدولي قد تكون لهم الرغبة في حسم النزاع الذي ينشا بموجب هذا العقد بعيدا عن القضاء خصوصا في الأحوال التي يبحثون فيها عن السرعة في الحل ، فضلا عن البحث عن الحل الذي يجعل الأطراف في علاقة ودية مع الاستمرار في العلاقة العقدية ، لذا فان الأطراف يلجؤون إلى تخويل المحكم سلطة الفصل بالنزاع مفوضا بالصلح ، إي الفصل بالنزاع عن طريق استبعاد القوانين الوطنية ، والبحث عن الحل الأكثر عدالة سواء كان ذلك في القوانين الوضعية أو في قواعد العدالة والإنصاف ، وتؤسس هذه السلطة على ارادة الاطراف كما وان لهذه السلطة نطاق محدد اذ يكون التحكيم وفق العدالة والانصاف او وفق القواعد الموضوعية ، هذا من جهة ، ومن جهة اخرى فرغم أهمية هذه السلطة والتي تتمثل في امكانية استبعاد المحكم للقوانين الوطنية ، إلا إنها سلطة ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بعدة قيود منها ضرورة احترامه للنظام العام الدولي واحترام القواعد الإمرة (ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس) ، واحترام أسس التقاضي ضمانا للعدالة الإجرائية ، و إرادة الأطراف والتي تعد الأساس الشرعي لممارسة المحكم مهمته، وهذه المحاور هي التي سيتم بحثها ، اذ عالجنا الموضوع في مبحثين ، المبحث الاول يضمن اساس سلطة المحكم المفوض بالصلح ونطاقها ، اما المبحث الثاني فسيتضمن القيود التي ترد على سلطة المحكم المفوض بالصلح .

المقدمة

إن المحكم المفوض بالصلح بالرغم من انه يملك السلطة في تطبيق قواعد العدالة والإنصاف واستبعاد القوانين الوطنية ، إلا إن هذا لا يمنع المحكم من اللجوء إلى القواعد القانونية إذا وجد إن في تطبيقها ما يحقق العدالة والإنصاف ، إذ إنه إذا اقتضت العدالة إن يطبق المحكم نصوص القانون الواجب التطبيق ففي هذه الحالة لا يوجد ما يمنع من تطبيقيها كون إن القانون في الأصل أحكامه عادلة وحسب ما يراها المشرع ، ويستطيع المحكم تطبيق قواعد العدالة والإنصاف وانجاز مهمته والحكم بالدعوى بين الطرفين ، وكذلك يمكن له إن يطبق القواعد القانونية الموضوعية والتي قد يجدها في الاتفاقيات الدولية أو في عادات وأعراف التجارة الدولية أو في السوابق التحكيمية المتمثلة في قرارات المحكمين السابقة ، إلا إن تفويض المحكم بالصلح ومنحه السلطة في استبعاد القوانين الوطنية لا يجعل منه مطلق الحرية في ذلك ، إذ إن هناك قيود على سلطة المحكم تتمثل بوجوب احترام المحكم النظام العام الدولي والقواعد الآمرة ذات التطبيق الضروري فضلا عن احترامه للمبادئ الأساسية في التقاضي انطلاقا من الطبيعة القضائية للمهمة التي يقوم بها المحكم والقيد الأخير وهو إرادة الأطراف التي تعد أساس سلطة المحكم .

يعالج البحث مشكلة على درجة كبيره من الأهمية تتمثل بتحديد مدى السلطة المفوضة للمحكم في التحكيم بالصلح ، بناءا على أتفاق اللجوء إلى المحكم ودوافعه وغاياته ، إذ أن وضع المحددات الواضحة او الاطار القانوني لسلطة المحكم المفوض بالصلح ضرورة لا غنى عنها لضمان فاعلية وعدالة التحكيم بالصلح كوسيلة لحل النزاعات في إطار العلاقات الخاصة الدولية من خلال اعتماد معايير موضوعية تحول دون التحكم الشخصي بموضوع النزاع والحكم الصادر بشأنه لاسيما وأن المحكم يملك صلاحية الخروج على القواعد القانونية التشريعية منها والاتفاقية مما يستوجب تعيين الأسس الحاكمة لسلطته وضوابطها الموضوعية و الإجرائية .

وبخصوص اهمية الموضوع فأنها تبرز في قدرة المحكم المفوض بالصلح في تكوين قانون متكامل يتضمن مجموعة من القواعد المستقات من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية والأعراف والعادات وهذا ما يجعله بمثابة مصدر من مصادر القانون في إطار التحكيم كما وان منح الأطراف السلطة للمحكم للفصل بالنزاع دون التقيد بإحكام القانون ، يعني إن على المحكم البحث عن الحل الأكثر عدالة لموضوع النزاع المطروح إمامه دون إن يلتزم بتطبيق القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية ، إن المحكم

المفوض بالصلح وان كان يتمتع بسلطة في حسم النزاع دون التقيد بإحكام القانون من ناحيتي الإجراءات والموضوع فان هذه السلطة مقيده وليست سلطة مطلقة .

وسيتبع الباحث في هذا البحث المنهج التحليلي والمقارن ، من خلال المقارنة بين النصوص القانونية الواردة في التشريع العراقي والمصري والفرنسي المتعلقة بسلطة المحكم بالصلح و من ثم مقارنتها بالاتفاقيات الدولية المختصة بمجال التحكيم وتسوية منازعات العقود الدولية من اجل التوصل إلى أفضل النتائج والخروج بأهم التوصيات ، وكل ذلك يجري تحليله والوقوف على أفضل الحلول وأصلحها للأطراف .

ولغرض الوصول الى اهداف هذا البحث سيتم تقسيمه على مبحثين الأول نتناول فيه اساس سلطة المحكم ونطاقها والمبحث الثاني القيود التي ترد على سلطة المحكم :

المبحث الاول : اساس سلطة المحكم المفوض بالصلح ونطاقها

المطلب الأول : اساس سلطة المحكم

المطلب الثاني : نطاق سلطة المحكم

المبحث الثاني / قيود سلطة المحكم المفوض بالصلح

المطلب الأول : النظام العام

المطلب الثاني : ضمانات التقاضي

المطلب الثالث: ارادة الاطراف

المبحث الاول

اساس سلطة المحكم المفوض بالصلح ونطاقها

أن اطراف النزاع هم اصحاب الحق في اختيار طرق فض النزاع الذي يحصل بينهم ومن هذه الطرق تفويض المحكم سلطة الفصل في النزاع الصلح ، والذي يهدف الى خلق حلول ذاتية تتلاءم مع النزاع وان ادى ذلك الى عدم الالتزام بحرفية القانون الواجب التطبيق ، لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول اساس سلطة المحكم في التحكيم بالصلح وفي المطلب الثاني نبين نطاق سلطة المحكم بالصلح .

المطلب الاول

أساس سلطة المحكم

إن المحكم يتمتع بسلطة اختيار قواعد العدل والإنصاف كونه مفوض بالصلح ، ولا يكون ملزما بإعمال 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 بالصلح يستمد منها الحق في إن يمتنع عن تطبيق إحكام القانون الإجرائية والموضوعية والتي لا تتعلق منها بالنظام العام إذا كان تطبيقه لهذه الإحكام يؤدي إلى نتيجة غير عادلة [١].

وإن إطراف النزاع يخولوا المحكم سلطة الفصل في بالنزاع وفقا لما يراه محققا للعدالة ، حيث أن المحكم وبموجب السلطة المخولة له من قبل إطراف النزاع يملك تنحية إحكام القانون إذا ما قدر أنها تؤدي إلى نتائج مجافية للعدالة في النزاع المطروح [٢] ، أي انه بموجب هذا التخويل يتحرر المحكم بموجب اتفاق إطراف من تطبيق نصوص القانون ويجوز له إن يفصل بموجب العدالة والإنصاف[٣].

حيث إن ما يدفع إطراف 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 فيكون دور العدالة والإنصاف دورا احتياطيا وتكميليا[٤] ، إي أنها تكمل عمل القواعد القانونية إي تؤدي دورا تكميلي ، 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[٥]، وإنما تحتاج إلى وسيلة فيه تبرر 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[٦] ، وهذه القواعد هي قواعد تكميلية فلا تطبيق على العقود الدولية إلا أذا قرر الأطراف تطبيقها بإرادتهم[٧].

ويتضح 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 ألتي تتأسس عليها سلطة المحكم المفوض بالصلح يجب إن تكون إرادة صريحة فلا تكفي الإرادة الضمنية[٨] ، ولهذا لا يجوز إن يفصل المحكم بالنزاع وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف على أساس انه محكم مفوض بالصلح إلا في حال أجاز الطرفين ذلك بصراحة[٩].

وقد ثار جدل فقهي بخصوص أساس سلطة المحكم المفوض بالصلح وكفاية اتفاق الأطراف وحده لان يكون أساس لسلطة المحكم في عدم التقيد بإحكام القانون الواجب التطبيق ، هناك انقسم الفقه إلى رأيين ، الرأي الأول ذهب إلى إن سلطة المحكم المفوض بالصلح لا تضفى عليها الشرعية باتفاق إرادة الطرفين فقط وإنما يجب إن تتوافق مع الاعتراف بها من قبل القانون الوطني لدولة ما[١٠] ، إلا إن ما يؤاخذ على هذا الرأي إنه لم يحدد القانون الذي يتم بموجبة الاعتراف بصحة الشرط الذي يتمكن المحكم بواسطة الفصل بالنزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف هل قانون مقر التحكيم ، أم القانون الذي يختاره الأطراف لحكم التحكيم ، فضلا عن انه يصطدم بفكرة استقلالية قضاء التحكيم وصحة هذا الشرط المعترف به فقها وقضاءا على نحو مستقل عن خضوع العقد لأي قانون وطني[١١] ، بل ويذهب رأي في الفقه والذي نؤيده إلى انه يجب الاعتداد بهذا الشرط ـــــــــــ شرط إجازة القانون الواجب التطبيق ـــــــــــ وان كان بغير نص ؛ لأنه ما الحكمة من التحكيم بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف والنتيجة المترتبة علية عدم إمكانية الاعتراف بالحكم أو تنفيذه , وقد تبنى هذا الاتجاه الاتفاقية الأوربية

للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف سنة ١٩٦١ قد تضمنت في المادة (٢/٧) [١٢] ، وكذلك نصت قواعد التحكيم التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة اليونسترال لسنة ١٩٧٦ في المادة (٣٣) [١٣] ، ويتضح من النصوص أعلاه إن الأساس لسلطة المحكم المفوض بالصلح هو وجوب اقتران اتفاق الأطراف بإجازة القانون لهذا النوع من التحكيم .

ويذهب رأي أخر إلى إن إرادة الأطراف كافية لان تكون أساس لسلطة المحكم المفوض بالصلح دون اشتراط الحصول على اعتراف من أي قانون ، وهذا الاتجاه تبنته العديد من الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم الدولي ، فعلى صعيد الاتفاقيات الدولية ، أكدته اتفاقية واشنطن الخاصة بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في واشنطن عام ١٩٦٥ عندما نصت في المادة (٣/٤٢) على امكانية المحكم الفصل بالعدل والإنصاف وهذا في حال موافقة الطرفين[١٤].

إما فيما يتعلق بالتشريعات الوطنية فقد تضمن قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤ في المادة (٤/٣٩) النص على تفويض المحكم بالصلح الفصل بالنزاع وفقا لقواعد العدالة والانصاف[١٥] 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 [١٦].

وقد أشار المشرع الفرنسي في النصوص المتعلقة بالتحكيم الدولي في قانون المرافعات الجديد[١٧] الصادر بالمرسوم رقم (٥٠٠/٨١) لسنة ١٩٨١ المعدل بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١ في المادة (١٥١٢) بان للأطراف تخويل الهيئة التحكيمية الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف[١٨] .

إما في العراق[١٩] فقد تضمن قانون المرافعات العراقي في المادة (٢/٢٦٥) 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 ، ويرى بعض الفقه[٢٠] إن المحكمون المفوضون بالصلح , وفق النص أعلاه معفون من التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون الموضوعية ، فمثلا لهم

رفض تطبيق قاعدة قانونية وان يحكم وفق قواعد العدالة , وبذلك يتمكنوا من رفض الدفع بمرور الزمان أو رفض الحكم بالمقاصة أو بالفوائد في الأحوال التي ينص عليها القانون .

ونلاحظ إن مشروع قانون التحكيم في المادة (٣٩ / رابعًا) اعتمد النص صراحة على تفويض هيئة التحكيم المفوضة بالصلح إن تفصل بموضوع النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون[٢١].

وبخصوص موقف القضاء فبين فان أساس سلطة المحكم المفوض بالصلح بالاعتماد على (إرادة الأطراف) ، إذ إن المحكم إذا كان مفوض بالصلح يكون معفى تماما من تطبيق إي قانون على النزاع ، فهو يملك استبعاد كافة القواعد القانونية عدا ما يتعلق بالنظام العام ، وله إن يقضي وفقا لقواعد العدل والإنصاف إذا خوله إطراف النزاع هذه السلطة[٢٢] .

ونستنتج من خلال ما ورد في اغلب الاتفاقيات والتشريعات الوطنية بأنه المبدأ العام هو إمكانية إطراف النزاع الاتفاق صراحة على منح المحكم (سواء كان محكم واحد أو هيئه) سلطة الفصل بالنزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بإحكام القانون ودون إن يكون هناك اعتراف من قبل قانون ما ، أي إن إرادة الأطراف كافية كأساس لهذه السلطة ، والتي يكون المحكم فيها مطلقا من القيد بأي نصوص تشريعية أو إي قواعد قانونية مهما اختلفت مصادرها ، إلا إن عدم التقيد بقانون معين لا يعني انه يبتعد عن احترام المبادئ الأساسية للتقاضي أو المتعلقة بالنظام العام ، حيث يجري نوع من التسوية الودية للنزاع المعروض مستلهما ما يراه محققا للعدالة.

المطلب الثاني

نطاق سلطة المحكم المفوض بالصلح

إن المحكم عندما يفوض من قبل إطراف النزاع بمهمة الفصل في الخصومة التحكيمية بالصلح ، فانه يكون قد خول سلطات واسعة ، كون يستطيع ان يطبق قواعد العدالة والإنصاف (Justice principles) او يطبق القواعد الموضوعية دون ان يتقيد بالقوانين الوطنية إلا ما يتعلق منها بالنظام العام.

ولغرض عرض نطاق سلطة المحكم يتوجب علينا البحث في التحكيم وفق قواعد العدالة والإنصاف والتحكيم وفق القواعد الموضوعية :

أولا : التحكيم وفق العدالة والانصاف

إن المحكم المفوض بالصلح يستطيع استبعاد القوانين الوطنية (القانون الواجب التطبيق) ، إذا لم تكن هذه القوانين تؤدي إلى حسم النزاع وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف بين الأطراف ، إي لا تؤدي إلى حل عادل ومنصف .

إذ تعني العدالة " تحقيق التوازن لنتائج النشاط الإنساني ، أو في نفس الوقت التطلع نحو هذا التوازن والبحث عنه وهي بذلك تختلف عن القانون الذي لا يهتم إلا بنتائج هذا التطبيق "[٢٣] ، وتعرف كذلك " تحقيق العدل في حالة خاصة وذلك بتطبيقه على واقعة معينة أو حالة فردية ليكون الحكم المستمد منها مطابقا لظروفها الخاصة "[٢٤] .

ويرى بعض الفقه إن العدالة تعني " إحساس أخلاقي موجود في الضمير الاجتماعي ، وظيفته المواءمة بين القاعدة القانونية وعلاقة معينة ابتغاء تنظيم هذه العلاقة أو هي شعور أخلاقي يستلهمه القاضي في إثناء محاولته تخفيف حكم قاعدة قانونية في تطبيقها على حالة معينة حينما يأذن له القانون بنص استثنائي صريح "[٢٥] .

وبهذا الإطار يجب الإشارة إلى مصطلح أخر تتصف به القواعد هو مصطلح الإنصاف ، فلا فرق بين صفة العدالة والإنصاف كون لا توجد قواعد عادلة وأخرى منصفة [٢٦] , إلا إن من صعوبة وضع تعريف لقواعد العدالة والإنصاف يمكن استخدامه كأداة للتطبيق العملي ، ومع ذلك يمكن وضع مفهوم العدالة والإنصاف في اعتبارين جوهريين هما ، الأول إن المقصود بالحكم على مقتضى العدالة والإنصاف هو الاعتداد بالظروف والملابسات الخاصة بالمواقف والحالات الفردية المطلوب الفصل فيها ، وإما الاعتبار الثاني فهو إن القانون لا يعنى بتحقيق العدل وحده وإنما يعنى إلى جانبه بتحقيق الاستقرار[27] .

وتعني قواعد العدالة والإنصاف " مجموعة من القواعد القانونية يجمعها ضابط واحد هو عدالتها لحل المنازعات التجارية ، والتي تتمتع بقوتها الملزمة في ذاتها دون الحاجة إلى إرادة تشريعية تمنحها هذه القوة التي قد يطلب الخصوم صراحة تطبيقها كإطار قانوني لحل النزاع فيما بينهم أو قد يختار المحكم تطبيقها على النزاع في ظل اعتراض الخصوم " [٢٨] .

إما في ميدان العقود الدولية فتعني العدالة مجموعة الأفكار التي تسود لدى للأوساط التجارية وتستقر في ضمائر إفرادها عما هو حق أو عدل[٢٩] .

وان التحكيم وفقا لقواعد العدالة والإنصاف يعني عدم تقيد المحكم المفوض بالصلح بإحكام القانون وهذا ينصرف إلى النصوص التشريعية كونها تصاغ في نصوص عامة مجردة لا تأخذ اختلاف الظروف بعين الاعتبار وتقدم عليها اعتبارات الاستقرار في كثير الأحيان ، إمام مصادر القانون الأخرى كالعرف والعادة والتي اعتاد عليها الناس في معاملاتهم وتكون معبرة عن شعورهم بالعدالة ، وكالمبادئ العامة في للقانون والتي هي قيم ذات مضمون معبر عن العدالة [٣٠].

وإذا كان المحكم المفوض بالصلح مطالب بتحقيق مهمته وفقا لقواعد العدالة والإنصاف ، وطالما إن الهدف النهائي الذي يعمل على تحقيقه هو حل عادل بين إطراف النزاع ، لذا تكون العدالة وسيلة وليست غاية ، فان المحكم يتمتع بحرية في اختيار الوسائل التي تقوده إلى تحقيق هذه الغاية ، ويبحث المحكم المفوض بالصلح بطريقة تجريبية تفترض وجود مصادر متعدد ، فقد يجد المحكم هذه القواعد بالعادات والأعراف التجارية وقد يجدها في فكرة التوازن العقدي أو في الرغبة في تحقيق أعلى مراتب العدل حيث يجد سنده في ذلك باتفاق الأطراف[٣١].

ويجب الإشارة هنا إلى إن العدالة ـــــــــــــــــــــ التي يستطيع بموجبها المحكم المفوض بالصلح إخراج العقد الدولي من سلطان القوانين الوطنية ـــــــــــــــــــ كفكرة تبدو غامضة ، ولكن الفقه يرى إن الرجوع إلى العدالة يعني في جانب كبير منه الرجوع إلى عادات التجارة الدولية وسائر القواعد التي تشكل القانون المادي للتجارة الدولية [٣٢] رغم إنها اي (قواعد وعادات التجارة) لم ترقى بعد إلى حد العرف الملزم وان كان من المتصور إن تصبح كذلك نتيجة لاضطرارهم إلى تطبيقها [٣٣].

وان المحكم بالصلح لا يمكنه الفصل بالنزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف إيانه يكون غير مقيد بقواعد القانون ، إلا في حالة أجاز الأطراف ذلك صراحة وبخلافه إي في حال ثار شك في هذه الإجازة يجري المحكم التحكيم طبقا للقانون [٣٤].

وتضمنت الأنظمة القانونية على جواز قيام المحكم المفوض بالصلح تطبيق هذه القواعد للفصل بالنزاع ، فنجد من الاتفاقيات الدولية اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول

ورعايا الدول الأخرى في واشنطن عام ١٩٦٥ عندما تضمنت في المادة ٤٢ / ٣ بأن يمكن لمحكمة التحكيم ان تفصل طبقا لقواعد العدالة والأنصاف [٣٥].

وذهبت الفقرة الثالثة من المادة (٢٨) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لسنة ١٩٨٥ إلى انه يمكن ان تجري محكمة التحكيم تسوية وفقا للعدالة والإنصاف بشرط ان يأذن لها الأطراف بذلك صراحة[٣٦]، والى ذلك ذهبت قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس في المادة (١٧/ ٣) [٣٧].

إما عن التشريعات الوطنية كذلك نصت على جواز الفصل بالنزاع وفقا لقواعد العدالة كما هو الحال في الفقرة الرابعة من المادة ٣٩ من قانون التحكيم المصري ، وكذلك ورد في مشروع قانون التحكيم العراقي في المادة (٣٩ / رابعا) النص على قواعد العدالة والإنصاف .

ونستنتج من ذلك أن تطبيق هذه القواعد يكون بمحض ارادة المحكم أي إنه يطبقها باختياره كونه مفوض بالصلح ، كما وأن التحكيم بالصلح هو الأداة التي توضع بموجبها قواعد العدالة والانصاف موضع التطبيق العملي .

ثانيا : التحكيم وفق القواعد الموضوعية

لم تعد قواعد التنازع التقليدية تتماشى مع متطلبات التجارة الدولية الحديثة نتيجة للتطورات التي اتسمت بها المعاملات الدولية الخاصة في منتصف القرن الماضي ، اذ استوعبت أنماط العقود الدولية وأسبابها لظروف التجارة الدولية والتي أظهرت اتجاهات تدعوا إلى تحرير العقود من سلطان القوانين الداخلية وخضوعها إلى قواعد موضوعية تشكلت خارج الإطار الوطني والتي تضمنها القانون التجاري الدولي [٣٨]، إي إن المحكم وبموجب السلطة المخولة له من قبل الأطراف يستطيع استبعاد منهج التنازع والاعتماد مباشرة على القواعد الموضوعية الدولية [٣٩].

وتعرف القواعد الموضوعية الدولية (substantive rules) بأنها قواعد تتميز عن قواعد الإسناد في التشريع الداخلي من أنها تضع حلولا موضوعية مباشرة لمشاكل عقود التجارة الدولية [٤٠] ، كما ينظر إلى هذه القواعد في إطار القانون الدولي الخاص باعتبارها " مجموعة من القواعد القانونية الدولية والعادات والأعراف التجارية التي درج رجال الإعمال والتجار على استخدامها واللجوء إليها " [٤١] .

والمحكم المفوض بالصلح قد يجد إن العدالة تتحقق عند تطبيق القواعد القانونية الموضوعية ذات الطابع الدولي كأن يجد العدالة في ضوء قواعد من خلق عادات وأعراف التجارة الدولية أو في المبادئ العامة للقانون أو انه يجدها في الاتفاقيات الدولية أو يجدها في قرارات هيئات التحكيم الدولية[٤٢] .

وعليه فان هذه القواعد تتميز بأنها قواعد ذات مصادر متنوعة وتقدم حلول مباشرة للنزاع المطروح إمام المحكم [٤٣] وان المحكم المفوض بالصلح إذا ما وجد إن القانون الواجب التطبيق على النزاع لا يحقق العدالة فان له إن يستعين بهذه القواعد باعتبارها الأكثر تحقيقا للعدالة [٤٤] اذ ان المحكم يبحث عن العدالة من وجهة نظره والتي تقدم انسب الحلول وتتوافق مع مصالح الاطراف وتحقق التوازن في العلاقة بين الاطراف ، إلا إن إعمال هذه القواعد من قبل المحكم في منازعات التجارة الدولية هو ما يثير الخلاف بين الفقه فبعض الفقه يذهب إلى إعمال القواعد الموضوعية الدولية ، من قبل المحكم المفوض بالصلح كلما تمت الإحالة إليها من قبل الأطراف ومن ضمن المؤشرات على ذلك تفويض المحكم الفصل بالنزاع وفق قواعد العدالة والإنصاف إذ إن المحكم يستطيع الفصل بالنزاع على أساس هذه القواعد في حال تفويضه بالصلح ، إي يتعين الإيعاز إلى المحكم المفوض بالصلح بتطبيق القواعد الموضوعية في منازعات التجارة الدولية[٤٥] اذ إن هذه القواعد تحتاج إلى ضابط إسناد لغرض تطبيقها وهذا الضابط هو إرادة الأطراف إمام المحكم [٤٦].

بينما يذهب اتجاه أخر من الفقه [٤٧] والذي نؤيده إلى إن القواعد الموضوعية تطبق مباشرة على العقود الدولية دون إي حاجة إلى ضابط إسناد حيث إن هذه القواعد تسري مباشرة بقوتها الذاتية وتكون واجبة التطبيق بمجرد تعلق الأمر بعقد من عقود التجارة الدولية ، ويعلل ذلك بان اختيار الأطراف للمحكم الدولي دليل على أنهم قد اختاروا قانونه ليكون واجب التطبيق وهذا القانون يتمثل بالقواعد الموضوعية الدولية[٤٨] , وتتمثل مصادر هذه القواعد في الاتفاقيات الدولية والأعراف والعادات التجارية الدولية فضلا عن القواعد التي يقرها التحكيم الدولي .

أولا : الاتفاقيات الدولية : (International Conventions)

إن الدول تلجأ إلى إبرام الاتفاقيات أو المعاهدات والتي تهدف من خلالها وضع قواعد مادية لتحكم الروابط العقدية ذات الطابع الدولي بحيث يكون نطاق هذه القواعد فقط العلاقات الخاصة الدولية دون العلاقات الداخلية وتعد هذه المعاهدات مصدرا للقواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص ، والتي

يمكن للمحكم إن يطبقها بغض النظر عن توفر شروط سريانها ، وذلك بوصفها تعبير عن قانون التجارة الدولية ، ويملك المحكم القدرة على تطبيق إحكام الاتفاقيات مباشره دون حاجة إلى قواعد تنازع بوصفها جزء من النظام القانوني الذي ينتمي إليه [٤٩] ، إذ إن المحكم يطبق المعاهدة باعتبارها مصدر دولي للقواعد ألموضوعية سواء كانت الدولة التي ينتمي إليها الأطراف قد صادقت على هذه المعاهدة من عدمه ، والمحكم يطبقها لا بوصفها قانون وإنما يتم تطبيقها بوصفها أداة لتقنين العادات والأعراف التجارية الدولية [٥٠] ، ومن الاتفاقيات الدولية التي أنشئت قواعد موضوعية هي اتفاقية فينا لعام ١٩٨٠ وهي اتفاقية متعلقة بشان عقد البيع الدولي للبضائع ، حيث وضعت هذه الاتفاقية قواعد موضوعية دولية تخص إحكام عقد البيع الدولي وتطبق علية بصورة مباشرة ، ولقد تبنت هذه الاتفاقية العديد من المبادئ منها ضمان احترام مبدأ حسن النية في التجارة الدولية ، ومبدأ المعقولية ، وتعيين الوقت الذي يعتد به للقبول في التعاقد بين الغائبين [٥١] حيث إن من خلال هذه القواعد يستطيع المحكم إن يفصل بالنزاع كون أنها تؤدي بان يكون الحكم عادلا بين الأطراف .

ثانيا : **العادات والأعراف** : (Customs and norms)

وتعد هذه العادات والأعراف من المصادر المهمة للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية ، وان للأعراف والعادات أهمية كبيرة ؛ كونها ذات قدرة كبيرة على المرونة والتطور عند الاحتياج المباشر لها من قبل المحكم في مقابل النقص القانوني في العديد من فروع التجارة بالإضافة إلى أنها تتسم بمضمون عام ومجرد دفع العديد من المؤسسات المهنية إلى تقنين العديد منها هذا بالإضافة إلى انفصالها عن أي نظام قانوني وطني محدد[٥٢] .

وقد اختلف الفقه بخصوص الصفة القانونية التي تتمتع بها هذه العادات حيث ذهب بعض الفقه إلى إن هذه العادات لا تشكل قواعد قانونية وإنما هي مجرد عادات ذات نشأة اتفاقية أو تعاقدية ، فهذه العادات لا يمكن إن تكون قاعدة قانونية ألا إذا تحولت إلى أعراف، وهي لا تكون أعراف ألا بعد إن تتوفر فيها صفة الإلزام ، وذلك فان هذه الأعراف لا يمكن إن توصف بصفة العموم كون أنها تختلف من عقد لأخر داخل الحرفة أو المهنة الواحدة وان إلزامية هذه العادات عندما تصاغ عقودا نموذجية أو شروط يأتي من كونها جزء من العقد وإنها تتمتع بالقوة الملزمة كباقي بنوده [٥٣].

بينما ذهب الرأي الأخر إلى إن هذه العادات تتمتع بالصفة القانونية وذلك لان تواتر العمل بالعادات التجارية الدولية في مجتمع التجار قد أدى مع مرور الوقت إلى تحويلها من عادات اتفاقية إلى أعراف ملزمة ذات مضمون عام ومجرد [٥٤] ، ويرى بعض الفقه إن المحكم يستطيع تطبيق العادات التجارية من تلقاء نفسه إذا كانت تحقق العدالة وذلك لان الأطراف عند هجرهم للقوانين الوطنية واتجاههم للتحكيم الدولي دليل على قبولهم تطبيقها [٥٥] .

إما العرف الدولي هو مجموعة من القواعد غير الوطنية تهدف إلى تنظيم الروابط العقدية في التجارة الدولية والتي تنطوي على قواعد موضوعية تستجيب إلى أهداف التجارة الدولية ومتطلباتها[٥٦] ، وهذه الأعراف لا يتوقف تطبيقها من قبل المحكم على إرادة الأطراف وإنما يمكن له إن يطبقها إذا تبين له إن في تطبيقها تحقيقا للعدالة والإنصاف .

ونجد إن الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية قد إشارة إلى الأعراف التجارية ومدى وجوب تطبيقها من قبل المحكم المفوض بالصلح ، فقد تضمنت الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي (جنيف) لعام ١٩٦١ إلى تطبيق الأعراف التجارية وذلك وفقا لنص المادة (١/٧) من الاتفاقية والتي تضمنت حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يطبق على موضوع النزاع ، فان على المحكم التقيد بشروط بالعادات التجارية سواء كان اختار القانون المطبق من قبل الأطـــــــــــراف أو من قبل المحكم حيث نصـــــــــــــــــــــت على انه : " .... فان المحكمين يأخذون بعين الاعتبار إحكام العقد والأعراف التجارية " إي أن المحكم المفوض بالصلح يتوجب عليه أن يراعي الاعراف والعادات أن كانت في اتباعها تؤدي الى تحقيق العدالة والأنصاف ، اما أذا تبين أن في مراعاتها تجافي العدالة فللمحكم استبعادها والبحث عن العدالة في مصدر اخر[٥٧] . وكذلك تضمنه نظام غرفة التجارة الدولية لعام ١٩٨٨ [٥٨] في المادة (٥/١٣) .

إما مشروع قانون التحكيم العراقي فقد تضمن في المادة (٣٩/ ثالثا) على إن المحكم يجب إن يراعي عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ في الاعتبار الأعراف التجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما يجرى عليه التعامل بين الطرفين[٥٩] .

ثالثا : قضاء التحكيم :

لا يقتصر مصدر القواعد الموضوعية الدولية على ما ينبثق من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية أو من الأعراف والعادات التجارية من قواعد وإنما هناك مصدر أخر يتمثل في قضاء التحكيم وذلك من خلال الإحكام التي يصدرها والتي بدورها تؤدي إلى خلق قواعد موضوعية ، حيث إن قضاء التحكيم يلعب دورا بارزا في خلق هذه القواعد ، حيث استطاع إن يفسر العادات والأعراف التجارية في مجتمع التجار العابر للحدود وبما يكفل ذاتيتها واستقلالها عن الأنظمة الداخلية والذي استطاع زيادة الإحساس لدى مجتمع التجار بضرورة الالتزام بالقواعد الموضوعية ذات النشأة التلقائية [٦٠] ، كما إن هذا القضاء يؤدي دورا خطيرا وذلك في استخلاص المبادئ القانونية المشركة بوصفها من مكونات القانون التجاري الدولي خاصة وان هذه المسائل لم تستقر شئنها عادات وأعراف معينة ولكن مع قضاء التحكيم أصبح لها قضاء التحكيم طابعا مميزا يتفق مع مجتمع التجار[٦١] ، وكذلك فان دور قضاء التحكيم 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 إفراد المجتمع التجاري يستخدم فيها المحكم جميع الوسائل التي تمكنه من استنباط القواعد القانونية التي تعد انسب الحلول العملية لحركة التجارة الدولية [٦٢] .

وان 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 [٦٣] .

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 الإحكام الموضوعية لقانون التجارة الدولي نظرا لان المتعاقدين لا يشيرون في مثل هذه الحالة إلى القانون الواجب التطبيق على عقدهم عملا بقاعدة تنازع القوانين المستقرة في هذا المجال ، مما يخول للمحكمين فرصة الإفلات من تطبيق القوانين الداخلية والتصدي مباشرة للفصل في النزاع وفقا للمبادئ

في مجتمع التجارة والإعمال العابر للحدود " [٦٤] ، ومن الامثلة على القواعد الموضوعية التي يكون مصدرها قضاء التحكيم هي تحديد مفهوم نزع الملكية ، اذ اصدر مركز اكسيد للتحكيم حكما في دعوى اقيمت من قبل شركة يونانية ضد جمهورية مصر العربية وكانت نتيجة الحكم ان نزع الملكية المعني بإجراءات أحد اطرافه ، يكفي أن يحرم المستثمر من منافع الاستثمار ، وان كان المستثمر يحتفظ بالملكية الاسمية لحقوقه الاستثمارية [٦٥] .

المبحث الثاني

قيود سلطة المحكم المفوض بالصلح

إن سلطة المحكم المفوض بالصلح والتي تمنح له بموجب اتفاق التحكيم والذي يتضمن عدم الالتزام بحرفية القواعد القانونية والبحث عن الحل العادل والمنصف للمنازعة المعروضة امامه عندما يصدر حكمة التحكيمي ، إلا إن هذه السلطة لا تكون مطلقة ، وتجعل من المحكم إن يتصرف بالخصومة وفق هواه وإنما قيدت كافة الأنظمة القانونية هذه السلطة بقيود منها ما يتعلق بالنظام العام وأساسيات المجتمع ، أو ما يتعلق بأصول التقاضي من حق دفاع ومبدأ المواجهة أو المساواة بين الأطراف أو التقيد بإرادة الأطراف ، لذا سنقسم هذا المبحث على ثلاث مطالب نتناول في المطلب الأول النظام العام ، وفي المطلب الثاني مراعاة ضمانات التقاضي ، وفي المطلب الثالث إرادة الأطراف .

المطلب الأول

النـــــــظام العـــــــــــام

(public order)

إذا كان القانون الوطني قد سمح للإفراد باللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتهم ، فانه كذلك وضع حدود لشرعية ممارسة التحكيم ، وذلك ضمانا لفاعليته الإحكام التي تصدر عنه ولعل من أهم هذه الضمانات هي احترام النظام العام [٦٦] .

لاشك في إن من المسائل المهمة التي يجب على المحكم المفوض بالصلح إن يأخذها بنظر الاعتبار خلال الفصل في النزاع المعروض عليه هي مسألة النظام العام [٦٧] , وذلك لما لها من تأثير

على مرحلة الاعتراف بحكم التحكيم النهائي وتنفيذه ، إذ إن من واجب المحكم إن يزود الأطراف بحكم تحكيم يكون قابل للتنفيذ ، وهو ما يتطلب منه احترام كافة القواعد الآمرة في قوانين الدول التي لها ارتباط بالنزاع [٦٨] .

يعرف النظام العام الدولي (International Public Order)" مجموعة القواعد المعيارية والتي تعتبر بمثابة الحد الأدنى أو القياسي التي يفرضها واقع المجتمع الدولي لحماية حقوق الإنسان" [٦٩] ، وبذلك فان ما يتطلبه النظام العام الداخلي نسبي يختلف من بلد إلى أخر ، إما النظام العام الدولي فهو نظام مشترك بين اغلب الدول ، وعليه فان هناك نوعين من النظام العام إمام المحكم المفوض بالصلح نظام عام داخلي لا يبطل حكمة إذا خالفه ، ونظام عام دولي يبطل حكم المحكم إذا خالفه [٧٠] .

وقد حرصت أغلب الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم الدولي والتشريعات الوطنية على دور النظام العام في إبطال أو عدم تنفيذ حكم التحكيم الدولي ، فقد تضمنت اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ في المادة (٢/٥/ثانيا) على الأثر المترتب على مخالفة المحكم للنظام العام عند إصدار الحكم التحكيمي وهو رفض الاعتراف أو تنفيذ الحكم[٧١] .

وتضمن التشريعات المقارنة النص على ضرورة إن يكون الحكم التحكيمي غير مخالف للنظام العام ، فقد تضمن قانون التحكيم المصري في المادة (٢/٥٣) على ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية [٧٢] .

إما قانون الإجراءات المدنية الفرنسي فقد نصت المادة (٥/١٥٢٠) فنجد أنها تعد مخالفة النظام العام الدولي سبب لإبطال الحكم في التحكيم الدولي في فرنسا ، وهذا يعني إن القانون الفرنسي تبنى مفهوم النظام العام الدولي فيما يتعلق بإحكام التحكيم الدولي[٧٣] ، في حين ان قانون المرافعات العراقي في المادة (٢/٢٦٥) قيد سلطة المحكم المفوض بالصلح سواء كان من ناحية تطبيق القواعد الإجرائية أو من ناحية تطبيق القواعد الموضوعية ، حيث يعفي المحكم المفوض بالصلح من إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات إلا ما يتعلق منها بالنظام العام فان المحكم يتقيد بإتباعها وعدم مخالفتها[٧٤] , وبخصوص مشروع قانون التحكيم العراقي كذلك تضمن النص في المادة (٥٣/ثانيا) على إن القرار الصادر من المحكم يجب إن لا يخالف النظام العام في جمهورية العراق [٧٥] .

والنظام العام في مجال التحكيم يمثل قيدا على الأطراف من جهة والمحكم من جهة أخرى فمن ناحية كونه قيدا على إرادة الأطراف وإذ إن المبدأ هو حرية إطراف النزاع في تحديد القواعد التي تحكم الإجراءات والموضوع إلا إن النظام العام يمثل قيد على حرية الأطراف عند اختيارهم للقانون الواجب التطبيق ، إي إن حرية الأطراف ليست مطلقة وإنما هي حرية مقيدة بتحقيق الأهداف من وراء تنظيم التحكيم كوسيلة قضاء خاص لحل المنازعات وان يحظى القرار الصادر من المحكم بالاحترام على المستويين الداخلي والدولي[٧٦]،

وبهذا فان النظام العام له تأثير على إرادة الأطراف فمن جانب يكون قيد كذلك على حرية إطراف عند اختيار قانون العقد (القانون الواجب التطبيق على الإجراءات) إذ إن من الالتزامات الواجب على إطراف النزاع إن يراعوا في بنود العقد عدم مخالف النظام العام الدولي[٧٧] ، ويذهب رأي في الفقه إلى إن " مبدأ حرية الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق ليس مبدأ مطلقا ، ففي الأحوال التي يكون اختيار الأطراف لقانون معين لرغبتهم المشتركة تجنب تطبيق القواعد الآمرة التي هي واجبة التطبيق أصلا ، هنا يعد اتفاق الأطراف باطلا وذلك على أساس وجود محاولة لمخالفة القانون " [٧٨] وهنا يكون دور المحكم الدولي في الالتفات عن القواعد الإجرائية التي تتعارض مع النظام العام بمفهومة الدولي إي استبعاد الحكم المخالف وإحلال مقتضى النظام العام محلة ، هذا هو الدور الايجابي للنظام العام في مرحلة الإجراءات إلا هذا الدور يختفي ليظهر الدور السلبي للنظام العام في مرحلة ما بعد صدور الحكم حيث يترتب على عدم استبعاد القواعد المخالفة للنظام العام بطلان الحكم [٧٩] . ومن جانب أخر يكون للنظام العام تأثير فعال على اتفاق التحكيم كما هو الحال عند اتفاق الأطراف على إحالة النزاع إلى التحكيم ويكون موضوع العقد المبرم مخالف للنظام العام كالاتفاق على تجارة المخدرات أو تجارة النفوذ ويترتب على هذه المخالفة فعقد التحكيم في هذه الحالة يكون باطل بطلانا مطلقا لمخالفته النظام العام [٨٠].

إما من ناحية المحكم الدولي وبالنظر لصعوبة تحديد جوهر فكرة النظام العام الدولي وذلك لأنها فكرة مرنه قابلة للتغيير والتطور باختلاف الزمان والمكان [٨١] والذي بموجبة على المحكم الدولي الالتزام به عند إصدار حكمه فأي نظام عام ينبغي على المحكم احترامه اختلف الفقه في ذلك ، فرأي يذهب إلى إن على المحكم الدولي المفوض بالصلح إن يحترم قواعد النظام العام الداخلي في القانون

الواجب التطبيق على موضوع النزاع [٨٢]، ورأي ثان يعتبر إن النظام العام في جميع القوانين ذات الصلة بموضوع النزاع يجب إن يحترم من قبل المحكم [٨٣]، وفي رأي ثالث بأن على المحكم الدولي المفوضً بالصلح احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام الدولي الحقيقي [٨٤] ، وأخيرًا يذهب جانب من الفقه ويمثل الأغلبية هو إن على المحكم احترام النظام العام للدولة التي يجري على إقليمها التحكيم وكذلك النظام العام للدولة التي ينفذ قراره على إقليمها [٨٥] ، والباحث يؤيد الاتجاه الأخير وذلك كون إن حكم المحكم في الأخير يحتاج إلى قانون لغرض الاعتراف به من جهة ومن جهة أخرى يحتاج إلى قانون لكي يتم تنفيذه فمخالفة النظام العام في هذه القانونين يؤدي إلى تعطيل فعالية الحكم التحكيمي ، وهذا لا ينسجم وجدوى اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاع بين الخصوم .

والنظام العام في إطار العلاقات الدولية يكون على نوعين نظام عام دولي ونظام عام داخلي وهذا ما قاد إلى خلاف بين الفقهاء فذهب بعض الفقه [٨٦] إلى عدم إقرار التفرقة بين النظام العام الدولي والداخلي وان فكرة النظام العام ذات اثر عام في التطبيق سواء كان نظاما عاما داخلياً أو دولياً وهي ملزمه للمحكم في جميع الحالات باعتبارها قواعد ذات تطبيق مباشر وتحدد بذاتها مجال تطبيقها بل إن بعض الفقه ينتقد مصطلح (نظام عام دولي) كونه يرى بأنه يوحي إلى وجود نظام عام مشترك بين الدول [٨٧] وبذلك فان ما يتطلبه النظام العام الداخلي نسبي يختلف من بلد إلى أخر، إما النظام العام الدولي فهو نظام مشترك بين اغلب الدول ، وبالمقابل ذهب اتجاه أخر من الفقه[٨٨] إلى التفريق بين النظام العام الدولي والداخلي إذ من وجهة نظر هذا الرأي ليس كل حكم يتعلق بالنظام العام في التطبيق الداخلي للنصوص هو بالضرورة كذلك على الصعيد الدولي وذلك نظراً ، إلى طبيعة الاختلاف بين النظم القانونية والاقتصادية للدول، ويترتب على ذلك القول بعدم تطابق فكرة النظام العام الداخلي في كل الحالات مع فكرة النظام العام الدولي ولا سيما في مجال التحكيم التجاري بوصفه قضاءً خاصاً للتجارة الدولية والذي يحررها من الخضوع للنظم والتشريعات الوطنية والتي تنطلق من معطيات نظام اقتصادي أو اجتماعي معين وقد لا يستوعب بالضرورة معطيات التبادل التجاري على الصعيد الدولي ، والباحث يذهب مع الرأي الذي يؤيد وجود نظام عام دولي وداخلي وهذا ما تأييد من خلال القرارات التحكيمية الصادرة من قضاء التحكيم .

وبالنظر للسلطة الممنوحة للمحكم المفوض بالصلح المتمثلة بإمكانية الخروج على القانون الذي يحكم النزاع إذا كان في تطبيقه يؤدي إلى حكم غير عادل ، فانه من باب اولى يمتنع في هذه الحالة عن تطبيق هذه القواعد سواء كانت عقد أو نصوص قانونية إذا وجد أنها تخالف النظام العام ، وبهذا يعمل دائما على إن يحمي حكمه من إن يقضى بإلغائه أو بطلانه أو عدم تنفيذه إذا وجد انه مخالف للنظام العام [٨٩] ، وحيث إن قواعد القانون تتكون من قواعد آمرة وقواعد مكملة فإن حرية المحكم المفوض بالصلح تكون حرية كأمله في نطاق القواعد المكملة ويكون غير ملزم بتطبيقها من لحظة توقيع اتفاق أو مشارطه التحكيم [٩٠] ، وان خروج المحكم على القواعد المكملة لا يعد فيه أي مساس أو إهدار لنصوص القانون ، كون إن هذه القواعد تستمد الزاميتها من عدم وجود اتفاق بين الأطراف على استبعادها [٩١] ، إما في حال منح المحكم سلطة الفصل بالنزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف فان ذلك مؤشر على موافقة الأطراف استبعاد القواعد المكملة.

إما القواعد الآمرة [٩٢] لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وهي على نوعين : قواعد نظام عام حمائي خاص بحماية المصالح الخاصة للإفراد والتي يملك المحكم السلطة في استبعادها أما النظام العام التوجيهي المقررة لحماية المصلحة العامة فلا يجوز مخلفتها مطلقا من قبل المحكم [٩٣] , ومن القواعد الآمرة التي يجب على المحكم المفوض بالصلح الالتزام بها هي (قواعد التطبيق الضروري أو قوانين البوليس) فلا يجوز للمحكم استبعادها أو المساس بها كون إن هذه القوانين مرتبطة بتنظيم الدول [٩٤] , والمحكم يطبق هذه القواعد لغرض الموائمة لضمان الاعتراف وتنفيذ حكمه دون عائق من القوانين الداخلية [٩٥] ، إذ من واجب على المحكم تطبيقها وان قام الأطراف باستبعادها فان المحكم يبقى ملتزم بها إذا كان في استبعادها ضرر بالمصلحة المشروعة للدولة التي شرعتها، ، رغم إن الأساس القانوني للتحكيم هو اتفاق الأطراف والذي يفرض على المحكم إلا يفاجئ الأطراف بما لم يتوقعوه إلا انه لا يمكن إن يبقى المحكم مذعنا دائما إلى هذه الإرادة والتي بدورها مقيدة أيضا بإرادة المشرع لهذه القوانين والذي يعلو على إرادة الأطراف [٩٦] ، يؤدي إن عدم احترام هذه القواعد إلى عدم فعالية حكم التحكيم ، إلا انه يمكن للمحكم عدم تطبيقها عندما تكون هذه القواعد مخالفة للنظام العام الدولي [٩٧] ، وتعد جميع القواعد (ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس) إمام المحكمين قوانين أجنبية وذلك لعدم وجود قانون اختصاص للمحكم وفي حال حصول تنازع ايجابي بين هذه القوانين فان الرأي الراجح هو إن

على المحكمين إلا يتبعوا حلول تخالف توقعات الأطراف[٩٨] ، وبذلك تعد قواعد البوليس والقواعد ذات التطبيق الضروري قيد على سلطة المحكم المفوض بالصلح كون إن من واجبات المحكم إن يصدر قرار قابلا للتنفيذ.

كما إن دور النظام العام في حكم التحكيم الدولي يؤدي دورا سلبيا يختلف عن الدور الذي يؤديه في مجال التنازع ، إذ يتمثل هذا الدور في استبعاد القانون الواجب التطبيق المخالف للنظام العام ، وايجابي هو قيام قانون القاضي محل القانون المستبعد ، إما 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 القاضي المعني [٩٩] .

وفكرة النظام العام الدولي هي فكرة أكثر مرونة من النظام العام الداخلي ؛ كونها تأخذ بفكرة النظام العام المخفف هذه الفكرة تتمثل بأنه لا ينبغي الأخذ بالمعيار الصارم للنظام العام على النحو الذي يؤدي بالابتعاد عن الهدف من التحكيم ويذهب بفاعليته ، وهذا الأثر المخفف يجد مجاله في مرحلة تنفيذ الحكم عندما يقدم إمام القاضي للحصول على أمر بتنفيذه ، إذ لا يعمل إحكام النظام العام على المراكز القانونية التي نشأت في الخارج ولا يتصدى لأثارها إلا إذا كانت مخالفة للنظام العام في دولته[١٠٠] ، وما يؤيد ذلك إن كثير من إحكام القضاء التي يعرض عليها أمر تنفيذ قرارات التحكيم تضمنت التخفيف من اعتبارات نظامها العام ، ومن ذلك تسبيب الإحكام الخاصة بمنازعات التحكيم التجاري على اعتبار إن ذكر أسباب القرار وان كانت في العلاقات القانون الداخلي يشكل احد الضمانات الجوهرية للدفاع فان عدم التسبيب على المستوى الدولي لا يمثل إخلالا بالنظام العام بمفهومة الدولي ، ومن ذلك ما قضت بة محكمة النقض الفرنسية حيث إجازة شرط الدفع بالذهب في المعاملات الدولية وذلك بهدف توقي مخاطر سعر الصرف ، إذا كانت هذه الشروط مدرجة في عقد وصف بأنه عقد دولي رغم إن هذا الشرط يعد باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام وارد في عقد داخلي [١٠١] ، وكذلك ما ذهبت إليه بعض الاجتهادات القضائية إلى إن فحص القاضي المختص بالاعتراف بالحكم التحكيمي أو تنفيذه فيما يتعلق بالنظام العام الدولي يجب إن يكون في ضوء ملائمة الحل الذي توصل إليه للنظام العام ويكون عند حدود الطابع الظاهر والفاضح والفعلي وملموس لمخالفة المدعى بها إي إن هذه المخالف يجب إن تكون ذات طابع فاضح ، فعال ، حقيقي ، واقعي وحتى يتمكن المحكم من إبطال القرار[١٠٢] .

ونستنتج مما سبق إن على المحكم المفوض بالصلح احترام النظام العام في الدول التي يطلب من محاكمها الاعتراف بحكم التحكيم أو يطلب اصدر الأمر بتنفيذ هذا الحكم ، خصوصا عندما يكون احد إطراف النزاع غير راض عن الحكم الذي أصدره المحكم ، كما انه يكون ملتزم إن يبذل كل ما بوسعه لغرض احترام القواعد الإمرة (ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس) ، كما وانه لا يجوز للمحكم المفوض بالصلح عند تطبيق قواعد العدالة والإنصاف استبعاد نصوص النظام العام فهذه النصوص لا يجوز المساس بها أو الاتفاق على ما يخالفها ، وبخلافة فان الأثر المترتب على عدم احترام النظام العام هو بطلان الحكم التحكيمي أو عدم تنفيذه .

المطلب الثاني

ضمانات التقاضي

إن التحكيم مع التفويض بالصلح وان كان يمنح المحكم سلطة تمكنه من التحرر من القواعد القانونية سواء كانت إجرائية أو موضوعية فان المحكم المفوض بالصلح يجب إن يحترم المبادئ الأساسية للتقاضي من احترام حق الدفاع واحترام مبدأ المواجهة والمساواة بين الأطراف [١٠٣] إذ إن هذه الضمانات لازمة لتحقيق قضاء عادل ، وتكون هذه الضمانات واجبة الاحترام في خصومة التحكيم وهي ضرورية على المحكم إن يطبقها ، وان لم يرد نص عليها ، ومن الملاحظ أن هذه الضمانات تراعى سواء كان التحكيم مؤسسي أو حر ، اذ أن في التحكيم المؤسسي يلتزم أطراف الخصومة التحكيمية بتطبيق لوائح وأنظمة المركز المشرف على عملية التحكيم [١٠٤]، اما التحكيم الحر هو التحكيم الذي يحدد اطراف الخصومة التحكيمية الاجراءات التي تحكمها ، الا ان ارادة الاطراف تتقلص في أطار التحكيم المؤسسي الى حد كبير في اختيار القواعد الاجرائية التي يطبقها المحكم المفوض بالصلح ، الا انه يجب ان تراعى الانظمة المؤسسية الضمانات للتقاضي[١٠٥] ، وهذه الضمانات هي ، حق الدفاع ، مبدأ المواجهة ، المساواة بين الخصوم .

أولا : احترام حق الدفاع : (Respect for the right of defense)

إن من الأسس الجوهرية التي تبنى عليها الخصومة التحكيمية هي صيانة وكفالة حقوق الدفاع ؛ وان كان المحكم مفوضا بالصلح ، ويعني حق الدفاع إتاحة الفرصة بصورة كاملة لكل من الخصمين في المثول إمام المحكم لشرح طلباته وتفنيد ما يزعم به خصمه ، إضافة إلى تمكينه من إن يثبت دعواه مع

التزام المحكم بعدم غض النظر عن إي مستند أو أدله التي من شئنها إن تغير في الحكم[١٠٦] ، كما وان حق الدفاع يلزم المحكم المفوض بالصلح تمكين الخصم الإدلاء بما له من طلبات ودفوع قبل صدور القرار بالدعوى التحكيمية [١٠٧] .

ولا يكفي لأعمال هذا الحق مجرد تمكين الخصم عرض وجهة نظرة ، بل يجب تمكين الخصم من مناقشة ما قدمه خصمه الأخر من وسائل دفاع وحجج بغية تفنيدها[١٠٨] .

إذ لا يعد إخلالا بحق الدفاع إذا قام المحكم بالسماح لأحد الخصوم الاستعانة بمحام حتى في حال اتفق الأطراف على عدم توكيل محامي إذا وجد المحكم إن هناك مبررات لطلبة بشرط إلا ترفض طلب مماثل للخصم الأخر[١٠٩] .

وحقوق الدفاع يصعب من الناحية العملية حصرها إلا إن يمكن تقسيمها إلى حقوق دفاع أساسية وهي حق الخصم في الدفاع والإثبات والمرافعة ، وحقوق دفاع مساعدة وهي حقوق تهدف إلى حسن إعداد الخصوم لدفاعهم منها حق العلم الإجراءات التي يتخذها المحكم وحقه بتكليف محام[١١٠] .

وحقوق الدفاع والتي من الواجب الالتزام بها من قبل المحكم في المنازعة المطروحة على التحكيم وبالنظر إلى طبيعة هذا النظام فإنها لا ترتبط بقانون معين[١١١] ، وان الأثر المترتب على الإخلال بحق الدفاع هو بطلان الحكم التحكيمي أذ إن البطلان يشكل إخلالا بالنظام العام الإجرائي[١١٢] .

ولأهمية مبدأ حقوق الدفاع فقد نصت معظم الاتفاقيات والتشريعات الوطنية المتخصصة بالتحكيم عليه ، تضمنت اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ في المادة (٥ فقرة ب/ج) الى احترام حقوق الدفاع والتي أعطت جواز إبطال حكم المحكم وعدم تنفيذه إذا استحال على الخصم إن يقدم دفاعه [١١٣] ، كما تضمنت قواعد التحكيم الصادرة عن الأمم المتحدة لعام ١٩٧٦ ذلك في المادة (١/١٥)[١١٤] .

وفي مصر فقد أشار قانون التحكيم لهذا المبدأ في المادة (٢٦) منه[١١٥] كما تضمنت المادة (١/٥٣/ج) من ذات القانون على إن حكم التحكيم يبطل في حالة ما إذا تعذر على احد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب أخر خارج عن إرادته[١١٦] .

إما القانون الفرنسي فقد تضمن في المادة (١٥١٠) منه المتعلقة بالتحكيم الدولي والتي اكدت على ضرورة احترام حقوق الدفاع .

وعن موقف القانون العراقي فنصت المادة (٢٦٥) التي توجب على المحكمين إتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات و لا يمكن للمحكم إن يمس أسس التقاضي المهمة كحق الدفاع وحتى لو ورد إعفاء من السير بتلك القواعد ، وبخصوص مشروع قانون التحكيم العراقي فأشار إلى إن يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه أو دفاعه [١١٧].

ثانيا : مبدأ المواجهة : (The principle of confrontation)

يقصد بمبدأ المواجهة ضرورة إن يراعي المحكم مواجهة الخصوم بعضهم بعضا بادعاءاتهم ودفاعهم فلا يجوز للمحكم سماع طرف إلا في مواجهة خصمه[١١٨] .

وإن هذا المبدأ يشكل محل اتفاق بين كافة القوانين الإجرائية وتأكيد العمل به إمام المحكمين الدوليين ؛ كونه يعد مبدأ أساسيا[١١٩] ، وفي التحكيم بالصلح يعد تطبيق مبدأ المواجهة واجبا على المحكم بوصفه من المبادئ الأساسية للتقاضي[١٢٠] وان مضمون هذا المبدأ يكمن في إن لكل من الخصوم الحق في إن يعلم أو يمكن إن يعلم بما لدى الآخرين من وسائل وحجج في وقت كافي يمكنه الرد على هذه الحجج [١٢١] إي هو تمكين كل طرف من الأطراف الاطلاع والعلم بما يقدم في الخصومة من أوراق ومسندات ومذكرات وما تحتويه من مزاعم وطلبات وأدلت إثبات [١٢٢] .

ولا يجوز للمحكم المفوض بالصلح الحكم على الخصم دون إن يسمع دفاعه ووجهة نظرة أو على الأقل دعوة الخصم لان يدافع عن نفسه فيما يتوجه إليه من طلبات وبهذا يوصف مبدأ المواجه بأنه التطبيق العملي لكفالة حقوق الدفاع [١٢٣] فضلا عن إن هذا المبدأ يعطي لكل طرف من إطراف الخصومة التحكيمية الحرية في عرض حججه ودفاعه إمام المحكم المفوض بالصلح وله الحرية في إن يعترض على الوثائق التي يبرزها خصمه ، حيث أن إي إخلال بهذا يترتب علية بطلان الحكم التحكيمي[١٢٤] .

والغاية الأساسية من مبدأ المواجهة هو الالتزام بالحد الأدنى من الأمانة وعدم مفاجئة الخصوم في كافة الإعمال والتصرفات التي تتم في إطار القضية[١٢٥] ، فمبدأ المواجهة لا يعد غاية في ذاته إنما هو وسيلة لتحقيق حماية حق الدفاع بمعناه الواسع ، ويترتب على ذلك عدم إبطال الحكم بمخالفته لهذا المبدأ إلا إذا ترتب عليه إخلال بحق الدفاع [١٢٦] .

ومبدأ المواجهة يدور تنظيمه حول ثلاثة مبادئ أساسية فمن جهة حق لكل طرف من الأطراف في إن يسمعه المحكم المفوض بالصلح ومن جهة أخرى حق كل خصم في مناقشة حجج خصمه فضلا عن حقه في العلم بعناصر الواقع والقانون التي جمعها المحكم ، إذ لا يجوز الحكم على إي خصم في الدعوى دون إن يسمع المحكم دفاعه أو على الأقل ودعوته للدفاع عن نفسه فيما لديه من الطلبات ، وبهذا يكون مبدأ المواجهة أهم المبادئ المميزة للخصومة[١٢٧] ، إن من حق الخصم الاطلاع على كافة المستندات والمذكرات المقدمة من قبل خصمه ، وهنا يكون واجب على المحكم المفوض بالصلح إن لا يبني حكمه على مستندات مقدمة من احد الخصوم دون اطلاع الخصم الأخر عليها [١٢٨] ، وبهذا يجوز إن يصدر المحكم المفوض بالصلح حكمة معتمدا على ادعاءات أو مزاعم ومستندات مقدمة في الدعوى مالم تكن قد خصصت إثناء الخصومة لمناقشة الخصمين على مواجهة الطرف الأخر[١٢٩] .

وقد أكدت مختلف تشريعات التحكيم الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم والقضاء على ضرورة احترام مبدأ المواجه بين الخصوم ، فاتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ تشترط للاعتراف بإحكام المحكمين وتنفيذها بان تكون قد روعيت المبادئ الأساسية لمبدأ المواجهة بين الخصوم حيث إجازة في المادة (١/٥/ب) لسلطة الوطنية في حال قدم إليها الطرف الذي يحتج عليه بالحكم الدليل على انه لم يعلن إعلانا صحيحا بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه إن يقدم دفاعه لسبب أخر[١٣٠] .

وتبنت كذلك قواعد اليونسترال [١٣١] مبدأ مواجهة الخصوم في الدعوى التحكيمية في المادة (١/٢٤) منه ، وتضمنت قواعد غرفة التجارة الدولية[١٣٢] في باريس التأكيد على مبدأ المواجهة اذ نصت في المادة (٢/٢٠) .

وفي التشريعات الوطنية نجد القانون المصري فقد نظم مبدأ المواجهة في قانون التحكيم اذ نصت المادة (١/٣٣) منه على ذلك ، إما قانون الإجراءات الفرنسي فبرغم من إن إجراءات التحكيم هي إجراءات تتم وفق اتفاق الأطراف إلا إن المشرع الفرنسي في مجال التحكيم الدولي ألزم المحكم بالمساواة بين الأطراف واحترام مبدأ المواجهة وذلك في المادة (١٥١٠) منه المتعلقة بالتحكيم الدولي والتي أوجبت ضمان هيئة التحكيم للمساواة بين الأطراف وتحترم مبدأ المواجهة بغض النظر عن الإجراءات المختارة من الأطراف[١٣٣].

وفي العراق فقد تضمن قانون المرافعات العراقي المعدل في المادة (٢/٢٦٥) إعفاء المحكم المفوض بالصلح من التقيد بقواعد المرافعات إلا إن هذا الإعفاء لا يمس أسس التقاضي المهمة كحق الدفاع ومبدأ المواجهة والمساواة بين الطرفين عند نظر النزاع حيث يلزم المحكم إتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات [١٣٤] ، وقد تضمن قانون المرافعات العراقي على مبدأ المواجهة وذلك في المادة (٦٠) منه ، وتضمن مشروع قانون التحكيم العراقي نفس النصوص الواردة بالقانون المصري المتعلقة بتنظيم مبدأ المواجهة بين الخصوم[١٣٥] .

وبخصوص موقف القضاء فقد قضت محكمة النقض الفرنسية ببطلان حكم تحكيم على أساس أنه احد المحكمين أجرى اتصالات مع احد الطرفين لإجراء تحريات عن مسائل مشتركة تتصل بالقضية دون علم الطرف الأخر باعتبار أن ما أجراه المحكم يعتبر إخلالا بمبدأ المواجهة [١٣٦] .

وان مبدأ المواجهة لا يتطلب شكل معين لغرض القيام بإخطار الطرف الأخر وإنما ما يتطلّبه فقط هو قيام المحكم المفوض بالصلح بإعلام الخصم بالمستندات المقدمة [١٣٧] وإن المحكم المفوض بالصلح وان كان غير مقيد بالقواعد الإجرائية لكن عليه التزام بتحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم في الدعوى المعروضة إمامه ، إي إن المحكم المفوض بالصلح لا يملك السلطة في عدم تحقيق مبدأ الموجهة بين الخصوم ، وبذلك فان مبدأ المواجهة وكونه تطبيق عملي لكفالة حق الدفاع يشكل في ذاته إخلالا بالنظام العام الإجرائي ومن ثم يستطيع إي من الخصوم الاستناد إلى هذا السبب للطعن بالبطلان [١٣٨] ، اذ يرى بعض الفقه[١٣٩] " إن احترام مبدأ المواجهة هو القيد الوحيد الذي يرد على الحرية التي يتمتع بها الأطراف ومن بعدهم المحكم عند تحديد إجراءات التحكيم ".

كما وان وجوب احترام المحكم المفوض بالصلح لمبدأ الموجهة بوصفة ضمانه من ضمانات التقاضي يجب إن لا ينظر إليه بمعناه الضيق الذي يتطلب حضور الأطراف ومقارعة الحجة بالحجة كل في مواجهه الأخر ، وإما يجب إن ينظر له بمعناه الواسع الذي يشمل المرافعات المكتوبة وليس فقط الشفوية منها ، ويمكن إن تكتفي بتمكين المحكم بالصلح من العلم بالإجراءات دون إن تلزم الخصوم بالحضور إلى المرافعة لكن إذا لم يحترم هذا المبدأ بهذا المعنى فان القرار يعترض للبطلان [١٤٠] .

ثالثا- المساواة بين الخصوم : (Equality between litigants)

تعد قاعدة المساواة بين الخصوم من أصول التقاضي الأساسية فهي واجبة الإتباع من قبل المحكم المفوض بالصلح وان لم ينص عليها القانون ، ويندرج تحت ذلك حق كل طرف على قدم المساواة في عرض و جهة نظرة وتقدم دفوعه ومستنداته [١٤١] ، ويقصد بهذا المبدأ منح الخصوم فرصا متساوية لإبداء دفوعهم وطلباته[١٤٢] إي إن على المحكم إن يعطي الخصوم فرص متساوية لعرض وجهه نظرهم وإقناعه بها [١٤٣] ، وان تحقيق هذه المساواة تكون في المراكز الإجرائية إمام قضاء التحكيم [١٤٤] .

وان إخلال المحكم المفوض بالصلح بمبدأ المساواة بين الخصوم يترتب علية بطلان الحكم [١٤٥] ، إذ إن المساواة بين طرفي التحكيم وتهيئة الفرصة المتكافئة تعد من القواعد الأساسية في دعوى التحكيم[١٤٦] ، لاسيما في التحكيم مع التفويض بالصلح حيث إن إطراف النزاع قد وثقوا بالمحكمين والإجراءات التي سوف يتبعونها كون إن الهدف منها تحقق العدالة ، وان مبدأ المساواة بين الخصوم وكونه حق من حقوق الدفاع يمثل (معطى عالمي) ولا يرتبط بقانون معين ، جوهرة إن يعامل الخصوم على قدم المساواة [١٤٧] .

وقد تضمنت الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية النص على مبدأ المساواة بين الخصوم باعتباره من المبادئ الأساسية في لحقوق الدفاع ، فقد نصت قواعد اليونسترال لعام ١٩٧٦ في المادة (١٥) على ضرورة تهيئة الفرص للأطراف لعرض دعواهم على قدم المساواة[١٤٨] .

وكذلك تضمن القانون النموذجي المعد من قبل لجنة الأمم المتحدة هذا المبدأ في المادة (١٨) ، إما التشريعات فنجد إن القانون التحكيم المصري فقد نص في المادة (٢٦) على وجوب تحقيق المساواة.

وفي فرنسا فان قانون الإجراءات ألزم المحكم بضرورة المساواة بين الأطراف وذلك في المادة (١٥١٠) منه المتعلقة بالتحكيم الدولي والتي تنص على انه " مهما كانت الإجراءات المختارة ، تضمن الهيئة التحكيمية المساواة بين الأطراف وتحترم مبدأ المواجهة " [١٤٩] .

إما مشروع قانون التحكيم العراقي فقد نص صراحة على إن يعامل طرفي التحكيم على قدم المساواة [١٥٠] ، لذا ندعو المشرع العراقي إلى النص صراحة على إلزام المحكم صراحة بمعاملة الطرفين على قدم المساواة .

ويرى بعض الفقه إن تمسك المحكم المفوض بالصلح بحرفية اتفاق الأطراف الذي ينص على عدم توكيل محامين فان المحكم يعتبر مخلا بمبدأ المساواة ، إذا كان احد الخصمين طليق اللسان والأخر

ثقيل النطق إي ثقيل النطق وعاجز عن التعبير ، لان ذلك يؤدي إلى الإخلال بتكافؤ الفرص في الدفاع وشرح الدعوى[١٥١] ، وكذلك اختيار المحكم المفوض بالصلح لغة احد الخصوم ليجري التحكيم بموجبها في غياب اتفاق الأطراف يعتبر إخلالا بمبدأ المساواة بين الأطراف [١٥٢] ، كذلك يعد إخلالا السماح لأحد الخصوم بالمرافعة الشفوية ومنع هذا الحق عن الطرف الأخر[١٥٣] .

ويجد الباحث إن المساواة بين الخصوم من قبل المحكم المفوض بالصلح واجبا في التحكيم ذات الطابع الدولي حيث إن هدف المحكم هو تحقيق العدالة إجرائية بين الأطراف حيث إن هذه المسائلة تعد من الضمانات الجوهرية بحقوق الدفاع .

ونستنتج بان على المحكم عند ممارسته سلطة التحكيم باحترام المبادئ الأساسية للتقاضي كمبدأ احترام حق الدفاع ، ومبدأ المواجهة , ومبدأ المساواة وأي إخلال في هذه المبادئ يؤدي إلى إخلال بالعدالة الإجرائية .

المطلب الثالث

إرادة الأطراف

تعد الإرادة أساس التصرف القانوني، فهي التي تنشئه وهى التي تحدد آثاره، وهو ما يطلق عليه الفقه بمبدأ سلطان الإرادة ، ويقضي مبدأ سلطان الإرادة بأن الأطراف أحرار في إبرام ما يشاءون من العقود ، وهم أحرار أيضاً في تحديد مضمون هذه العقود وفى اختيار الشروط التي تلائمهم، ولهم الحق في تحديد الالتزامات والحقوق المترتبة على عقدهم [١٥٤] ، فأن إرادة الإنسان حرة بطبيعتها، ولا يمكن أن يتقيد الإنسان إلا بإرادته[١٥٥] .

إن النشأة الاتفاقية للتحكيم توجب على المحكم المفوض بالصلح احترام إرادة إطراف النزاع باعتبارها السند الشرعي في ممارسة مهامه[١٥٦] ، فان المحكم وان كان مفوضا بالصلح فليس له إن يفصل في النزاع بموجب قواعد لم يتفق عليها إطراف النزاع وذلك لان سلطة المحكم هي سلطة مكملة لإرادة الأطراف بالإضافة لذلك ليس له مخالفة ما ورد في اتفاق الأطراف إلا في حال مخالفة النظام العام [١٥٧] .

ونلاحظ اغلب التشريعات والاتفاقيات الدولية التي تنظم التحكيم بوصفة طريقا استثنائيا لفض المنازعات ، أعطت لإرادة الأطراف حرية في تنظيم التحكيم من حيث الإجراءات ومن حيث الموضوع

كون إن التحكيم يعتمد في جوهرة على إرادة الخصوم ، اذ نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي على أن الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه المحكمون على موضوع النزاع، وفى حالة انعدام الاتفاق على تحديد هذا القانون، يطبق المحكمون القانون الذي تعينه قاعدة الإسناد التي يقدرون ملائمتها للنزاع. وفى الحالتين السابقتين، يراعى المحكمون شروط العقد وعادات التجارة .

فقد نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي اعد من قبل لجنة الأمم المتحدة (uncitral) لسنة 1985 والذي يتضمن ان قرار المحكم يجب ان يكون متناولا للنزاع الذي اتفق علية الاطراف ، كما وان المشرع العراقي رتب البطلان على القرار الصادر عن المحكم في حال خالف إرادة الأطراف[١٥٨] ، ومن هذا النص يتبين بأنه لا يمكن للمحكم إن يخرج على اتفاق التحكيم وان ما يترتب على هذا الخروج هو إبطال قرار التحكيم .

كما إن إرادة الأطراف تقيد المحكم المفوض بالصلح من جوانب متعدد منها باحترام موضوع النزاع حيث التفويض بالصلح يخول المحكم في إطار الطلبات الحرية الأوسع في البحث عن عناصر الواقع المطروحة للمناقشة أو القانون عن الحل الأكثر عدالة [١٥٩] ، لذا ستتعرض للبطلان إحكام المحكمين والتي تتصدى لموضوعات لم يتناولها اتفاق التحكيم[١٦٠] ، لان المحكم يستمد ولايته من هذا الاتفاق ويكون مقيد بنطاقه[١٦١] ، ورغم السلطات الواسعة التي يتمتع بها المحكم المفوض بالصلح إلا إن سلطته هذه مرتبطة بموضوع النزاع ، إي إن موضوع النزاع والمهمة التحكيمية الواردة في اتفاق التحكيم النابع من إرادة الأطراف هو الذي يقيد المحكم من الخروج عن موضوع النزاع ويؤدي بالحكم إلى الإبطال ،مع ملاحظة إن هذا الالتزام لا ينصرف إلى الأسباب القانونية للنزاع ولا بالصفة التي منحها إطراف النزاع للعقد وكذلك غير مقيد بالأسس القانونية التي اعتمدها الأطراف ، إذ يمكنه اللجوء إلى أسس قانونية أخرى تختلف عن الأسس المطروحة في اتفاق الأطراف[١٦٢] .

ومن جانب أخر وفي التحكيم بالصلح فان إرادة الأطراف تختلف في اختيار القواعد الإجرائية لخصومة التحكيم عنه في اختيار القانون الواجب التطبيق على الموضوع ، حيث إن المحتكمين يختاروا الإجراءات التي يتبعها المحكم لسير الخصومة التحكيمية فلهم إن يختاروا إي الإجراءات في قانون وطني أو إي قانون في منظمة أو مركز تحكيم وبخلافه فيعقد الاختصاص للمحكم[١٦٣] .

وعليه إذا اختار الأطراف قانونا واجبا للتطبيق على الإجراءات فيكون المحكم المفوض بالصلح ملزم بإعمال هذا القانون على الدعوى التحكيمية ، إلا انه في حال إن القانون المختار من قبل الأطراف لا يصلح للتطبيق على النزاع ففي هذه الحالة على المحكم تنبيه الخصوم نيته تطبيق قاعدة لم يتمسك بها إي منهما أو مخالفة النص الذي تمسكوا به وذلك احترام لحق الدفاع[١٦٤]، وكذلك الحال في مخالفة القانون الواجب التطبيق المختار من قبل الأطراف للنظام العام في دولة المقر أو دولة تنفيذ الحكم ، ففي هذه الحالة على المحكم تنبيه الأطراف بذلك أو إجراء مشاورة بينهم لتصحيح هذه القواعد وفي حال عدم إجابة الأطراف لتنبيه المحكم توجب علية استبعاد القواعد[١٦٥] .

إما من ناحية الجانب الموضوعي فان الأطراف يتفقوا صراحة على إعفاء المحكم من الالتزام بالقانون الوضعي وسلطة المحكم تكون هي البحث عن إعمال قواعد العدالة والإنصاف لتطبيقها على النزاع لغرض الوصول إلى حل عادل بين الأطراف ، وفي هذه الحالة يمكن رجوع المحكم المفوض بالصلح إلى إحكام القانون الوضعي ولا يعد لإرادة الأطراف ولا يسمح بممارسة دعوى البطلان ، وذلك كون إن السلطة الممنوحة للمحكم المفوض بالصلح في استبعاد القانون الواجب التطبيق هي رخصة ، وبذلك يكون له تطبيق قواعد القانون المناسب إذا وجد إن العدالة تقضي بذلك بشرط إن يبرر المحكم ذلك في حكمه[١٦٦] .

ويجد جانب من الفقه[١٦٧] ، إن من الصعوبة ملاحظة تجاوز حدود المهمة للمفوض بالصلح فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .

كما وان المحكم المفوض بالصلح مقيد باتفاق التحكيم إلا إن السلطة المخولة له من الأطراف تعطيه المرونة في إعمالها ، وبذلك تسمح له هذه السلطة الخروج على اتفاق التحكيم بحدود ولا تخل بالميزان العقدي للعلاقة [١٦٨] .

ونستنتج إن إرادة هي الأساس القانوني لممارسة المحكم مهمته الفصل بالمنازعات لذلك يقتضي على المحكم احترام إرادة إطراف أنزاع ، وتعد هذه الارادة قيد على ممارسة المحكم لمهمته .

الخاتمة

في ختام هذا البحث سيتم بيان اهم النتائج التي تم التوصل اليها بصدد (الاطار القانوني لسلطة المحكم المفوض بالصلح) بالإضافة الى تقديم بعض التوصيات وذلك في الفقرتين التاليتين:

أولاً : النتائج :-

١. إن السلطة التي تمنح للمحكم لها أهمية خاصة كون إن المحكم بموجب هذه السلطة يستطيع استبعاد القوانين الوطنية وتطبيق القواعد الأصلح للأطراف ، عدا ما يتعلق منها بالنظام العام بهدف تحقيق التوازن في العلاقة العقدية وذلك عندما يتعلق الأمر بمشكلة تغير الظروف التي تؤدي إلى إخلال التوازن العقدي .

٢. إن السلطة الممنوحة للمحكم تمكنه من جهة استبعاد القوانين الوطنية باسم العدالة ، ومن جهة أخرى تطبيق القواعد الموضوعية الدولية ، إي اعتماد قانونية تحقق التوازن وحماية افضل للمقصود بالحماية .

٣. إن سلطة إطراف النزاع هي سلطة أصلية إما السلطة الممنوحة للمحكم المفوض بالصلح هي سلطة احتياطية يكون دورها الفصل بالنزاع المعروض على المحكم بإيجاد الحل العادل والمنصف بالاعتماد على العدالة والإنصاف .

٤. إن السلطة التي تمنح للمحكم لها أهمية خاصة كون إن المحكم بموجب هذه السلطة يستطيع استبعاد القوانين الوطنية إذا كانت لا تعطي الحل للمشاكل التي تمر بها العلاقات الدولية وخصوصا التجارية منها ، فضلا عن تحقيق الوئام بين إطراف النزاع عن طريق إعادة التوازن العقدي الذي يؤدي إلى الاستمرار بالعلاقة العقدية بينهم.

٥. إن السلطة المخولة للمحكم في استبعاد القانون الواجب التطبيق هي رخصة وبذلك يكون للمحكم تطبيق قواعد القانون المناسب إذا وجد أنها تحقق العدالة .

٦. إن على المحكم المفوض بالصلح احترام النظام العام في الدول التي يطلب من محاكمها الاعتراف بحكم التحكيم أو يطلب اصدر الأمر بتنفيذ هذا الحكم خصوصا ، كما انه يكون ملتزم باحترام القواعد الإمرة (ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس) .

٧. إن السلطة الممنوحة للمحكم تمكنه من عدم الانصياع لإرادة إطراف النزاع عندما تكون إرادتهم مخالفة للنظام العام الدولي أو قواعد البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري .

٨. إن السلطة التي تمنح للمحكم في التحكيم بالصلح لا تجرده من طابعة القضائي وان المحكم فيه يمارس عملا قضائيا ويترتب عليه الالتزام بمراعاة ضمانات التقاضي من (حق الدفاع ، مبدأ المواجهة ، المساواة بين الخصوم) وهذه المبادئ معترف بها دوليا .

التوصيات :-

١. وضع إحكام قانونية تنظم قواعد التحكيم الدولي والمتعلقة بالإجراءات المدنية والتجارية مساير لكافة التطورات على الصعيد الدولي .

٢. نقترح إن يكون نص المادة (٣٩/رابعا) من مشروع قانون التحكيم العراقي : (يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح إن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون مع مراعاة القواعد المتعلقة بالنظام العام) ، بدلا من " رابعاً: يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح إن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون ".

الهوامش

(1) د . أيمن عبد الملاك , التفويض بالصلح والتحكيم التجاري الدولي في الفقه والقضاء والمعاهدات الدولية , دار النهضة العربية ، القاهرة , ٢٠١٣ ، ص١٢٠ .

(2) د . مصطفى محمد الجمال ، د عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، ١٩٩٨ ، ص ١٠٠ .

(3) ينظر د . محمد نصر محمد ، حجية أحكام التحكيم ، ط٢ ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، ٣٠١٣ ، ص ٥٣ .

(4) ينظر خليل حسين عطية ، تنازع القوانين في موضوع النزاع المحال على التحكيم في التشريع الأردني ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط ، ٢٠١٣ ، ص ١٠٥ .

(5) د . أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية , دار النهضة العربية , القاهرة , بدون سنة طبع ، ص ٤١٨ .

(6) ينظر د . محمود محمد ياقوت ، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠١٢ ، ص ٧٢ .

(7) ينظر د . احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، مصدر سابق ، ص ٤٢٤ .

(8) رشا علي الدين , سلطة المحكم في أعادة التوازن المالي للعقد , دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة , بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر لكلية الحقوق - جامعة المنصورة , ٢٠٠٩ . ، ص ٦٠ .

(9) د . منير عبد المجيد , قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية , دار المطبوعات الجامعية , الإسكندرية ,٢٠١٠ ، ص ٢٢٣ .

(10) ينظر في ذلك :

(Les arbitve), Les pouvoirs desarbitves internationanx ، La lumière de l'évolution récente du droit de L'arbitrage international , J.D.I,1983,p.318

مشار إلية لدى د . نرمين الصبح ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية , أطروحة دكتوراه ، جامعة عين شمس , كلية الحقوق , ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ ، ص ١٨٣ .

(11) لتفصيل أكثر ينظر استأذنا د .فراس كريم شيعان البيضاني , حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقاً للعدالة ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد(٢) ، العدد (١) ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠١٠ .

، ص ٦٦ .

(12) نصت الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف سنة ١٩٦١ في المادة (٢/٧) على أن : " يصدر المحكمون قراراتهم كمفوضين بالصلح أذا كانت تلك إرادة الفرقاء وكان القانون الذي يحكم التحكيم يجيز هذا النوع من التحكيم " هذه الاتفاقية منشورة على الموقع الالكتروني

٦١٧٣&pubid=٧http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/service_showrest.aspx?fid= تاريخ أخر زيارة ٢٠١٨/٩/٨ .

(13) ونصت المادة (٣٣) من قواعد التحكيم التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري اليونسترال لسنة ١٩٧٦ على انه :

" ٢- لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل بالنزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف أو كحكم غير مقيد بإحكام القانون إلا إذا أجازها الطرفان في ذلك صراحة ، وكان القانون الواجب التطبيق يجيز هذا النمط من التحكيم "

(14) نصت المادة (٣/٤٢) اتفاقية واشنطن الخاصة بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في واشنطن عام ١٩٦٥ بأنه : " لا تمس نصوص الفقرات السابقة (١ ، ٢) قدرة المحكم على الفصل بالعدل والإنصاف وهذا في حال موافقة الطرفين.

(15) نصت المادة (٤/٣٩) من قانون التحكيم المصري على انه : " يجوز لهيئة التحكيم أذا اتفق طرفا التحكيم صراحةً على تفويضهما بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون"

(16) ياسر عبد السلام منصور ، دراسة نقدية لقانون التحكيم المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ٨٨.

(17) ينظر قانون التحكيم الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم (٥٠٠/٨١) لسنة ١٩٨١ المعدل بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١ ، مترجم إلى اللغة العربية ، المنشور في مجلة التحكيم العالمية ، العدد العاشر ، نيسان (ابريل) ٢٠١١ ، إما متن القانون باللغة الفرنسية منشور على الموقع الالكتروني https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode تاريخ اخر زيارة ٢٠١٨ /٩/١

(18) L'article(١٥١٢) du code de procédure civile français stipule que:" Le tribunal arbitral statue en amiable composition si les parties lui ont confié cette mission.

(19) لقد انقسم الفقه في العراق بخصوص مدى شمول التحكيم الدولي بالإحكام الواردة في قانون المرافعات المدنية بالإضافة إلى التحكيم الداخلي إلى رأيين فذهب رأي إلى إن سكوت المشرع عن عدم إيراد التحكيم الدولي يعني انه لا يجيز الأخذ به وتنفيذه في العراق ، وذهب رأي أخر إلى إن القانون العراقي لم يفرق بين التحكيم الدولي والداخلي هذا من جهة ومن جهة أخرى إن تنفيذ القرارات باختلاف أنواعها تحتاج إلى مصادقة المحاكم العراقية حتى يتم تنفيذها في العراق ، ولا فرق إن كان التحكيم في العراق أو خارجة . للتفصيل أكثر ينظر ، د. ظاهر مجيد قادر ، الاختصاص التشريعي والقضائي في عقود النفط ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ،٢٠١٣ ، ص ٣٧٣ ، وينظر د. د . أكرم فاضل قصير ، المعين في دراسة قواعد اللجوء إلى التحكيم التجاري بموجب إحكام القانون العراقي ، ط١ ، بدون ناشر ، ٢٠١٥ ، ص٢٣٧ .

(20) د ٠ عباس العبودي ، شرح إحكام قانون المرافعات المدنية ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، بدون سنة نشر ، ص ٤٠٤.

(21) ينظر نص المادة (٣٩ /٤) من مشروع قانون التحكيم العراقي .

(22) قضى قرار محكمة النقض المصرية ، طعن ، رقم (٦٤٦٩) لسنه ٦٥ ق جلسة ٢٢ /٦/ ٢٠٠٢ ، بانه : " يجوز لهيئة التحكيم ، إذا اتفق طرفا النزاع صراحة على تفويضها بالصلح إن تفصل بالنزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بإحكام القانون " مذكور لدى إبراهيم سيد احمد ، شريف احمد الطباخ ، موسوعة التحكيم ، ط١ ، شركة ناس للطباعة ، القاهرة، ٢٠١٥ ، ص ٤٧.

([23]) ينظر د . محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص٦٦ .

([24]) ينظر د٠ سليمان مرقص ، المدخل للعلوم القانونية ، ط٤ ،١٩٦١ ، فقرة ١٩٦٨ ، مشار إليه لدى د٠ نيرمين الصبح ، مصدر سابق ، ص ٥٠١ .

([25]) ينظر د . احمد عبد الحميد عشوش ، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة ،١٩٩٢ ،ص ٣٧ .

([26]) د . رشا احمد حسين إبراهيم ، التحكيم بالصلح ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠١٠ . ، ص ٢٦٠

([27]) د . مصطفى محمد الجمال ، مصدر سابق ، ص٧٥٦ وما بعدها .

([28]) ينظر د .رشا احمد حسين إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ٢٦٠ .

([29]) د . مصطفى محمد الجمال ، د عكاشة محمد عبد العال مصدر سابق ، ص٧٥٦ وما بعدها .

([30]) د . أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية , مصدر سابق , ص ٢٩٠ .

([31]) ينظر د. مصطفى محمد الجمال ، د ٠ عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ، ٧٥٦ وما بعدها .

([32]) ينظر د . حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٦ ، ص ٤١٨ .

([33]) ينظر د ٠ أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق ، مصدر سابق , ص ٢٤٨

([34]) ينظر د٠ منير عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٤ .

([35]) نصت اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في واشنطن عام ١٩٦٥ في المادة ٤٢ / ٣ بأن "يجوز لمحكمة التحكيم أن تفصل في النزاع طبقا لقواعد العدالة والأنصاف اذا ما اتفق الاطراف على ذلك " . ينظر اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ منشورة على الموقع الالكتروني http://www.lcica.org/ar/download ، تاريخ أخر زيارة ٩/١ /٢٠١٨ ، وقد انضم العراق إلى هذه الاتفاقية بموجب القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٢ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٢٨٣ في ٢٠١٣/٧/٢٩ .

([36]) نصت المادة (٣/٢٨) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لسنة ١٩٨٥ إلى انه " تجري محكمة التحكيم تسوية وفقا للعدالة والإنصاف أو بصفتها منشئة لمواءمة ودية فقط إذن لها الأطراف بذلك صراحة ."

([37]) نصت المادة (٣/١٧) من قواعد غرفة التجارة الدولية قد أكدت على أن " تتولى هيئة التحكيم سلطات التحكيم بالصلح , أو تقرر وفقًا لقواعد العدل والإنصاف ويكون ذلك فقط في حالة اتفاق الأطراف على منحها تلك السلطات".

([38]) ينظر د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص ١٦ .

([39]) ينظر د . احمد عبد الحميد عشوش ، تناع منهاج تنازع القوانين ، مؤسسه شباب الجامعة ، الإسكندرية ، ١٩٨٩ ، ص ٣١ .

([40]) ينظر د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، مصدر سابق ، ص٣٤٦ .

([41]) ينظر د . صادق زغير محيسن ، الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية ، بحث منشور في مجلة جامعة ذي قار ، مجلد ١٠ ، عدد ٣ ، ٢٠١٥ ، ص ١٢ .

([42]) ينظر أسامة أحمد الحواري , القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الأردن , ٢٠٠٩ ، ص١٤٣ .

([43]) د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، مصدر سابق ، ص ٣٥٣ .

([44]) د . أيمن عبد الملاك , مصدر سابق ، ص ١٤٩ .

([45]) د . جمال محمود الكردي , القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم , ط ٢ , بدون دار نشر , ٢٠٠٥، ص١٥٢.

([46]) د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص١١١ .

([47]) د . هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , ط ٢ , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠٠١ ، ص ٢٠١ .

([48]) د . احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، مصدر سابق ، ص٤١١ .

([49]) ينظر د . هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص٥٦٢ .

([50]) ينظر د . منير عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص ٤٤ .

([51]) للمزيد ينظر ، سلام هادي جاسم ، فكرة العقد الدولي الطليق وتأثرها بالقواعد الموضوعية الدولية , رسالة ماجستير ، معهد البحوث والدراسات العربية , القاهرة , ٢٠١١ ، ص ١٣٧ .

([52]) ينظر د . محمد أحمد إبراهيم محمود , دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية , ط ١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠١٣ ، ص٤٩ .

([53]) ينظر د . نرمين محمد محمود صبح , مصدر سابق . ، ص ١٧٦ .

([54]) راجع في ذلك GOLDMAN (B.):La lex mercatoria Dans les contrats et lrbitrage internationaux:realit et perspectives,G.D.L.,1979,P. 480

مشار إلية لدى د .محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص٥٦ .

([55]) د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، مصدر سابق ، ص ٢٧٩ .

([56]) د . هشام على صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص ٥٩٣ .

([57]) د . حسني المصري ، مصدر سابق ، ص٤٢٦.

([58]) نصت المادة (٥/١٣) من نظام غرفة التجارة الدولية على انه : " يراعي المحكم في كل الأحوال إحكام العقد والعادات التجارية "

([59]) ينظر نص المادة (٣٩/ ثالثا) مشروع قانون التحكيم العراقي .

([60]) ينظر د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص ١٠٨ .

([61]) ينظر د . هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص١٩٦.

([62]) ينظر د. محمد احمد إبراهيم محمود ، مصدر سابق ، ص ١٨١ .

([63]) ينظر د. مصطفى الجمال ، د. عكاشة عبد العال ، مصدر سابق ، ص٧٥٢ .

([64]) ينظر د . هشام على صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مصدر سابق ، ص١٩٧ .

([65]) ينظر د. محمد احمد إبراهيم محمود ، مصدر سابق ، ص ٢٤٩ .

([66]) ينظر د . بليغ حمدي محمود ، الدعوى ببطلان إحكام التحكيم الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ص ٤٦٤ ، وينظر د. محمد احمد إبراهيم محمود ، مصدر سابق ، ص٢٠٥ .

([67]) لم تضع اغلب التشريعات تعريف محدد للنظام العام ، ومنها القانون العراقي الذي التزم السكوت في تعريف النظام العام الدولي في إيراده لقواعد الإسناد واكتفى بالنص في المادة (٣٢) من القانون المدني بإيراد مفهوم عام حيث نصت على انه : " لا يجوز تطبيق إحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الإحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في العراق " ، ينظر د . سلطان عبد الله حمود ، الدفع بالنظام العام وأثره ، مجلة الرافدين ، العدد ٤٣ ، مجلد ١٢ ، سنه ٢٠١٠ ، ص ٩٠ .

([68]) ينظر د. حسام التلهوني ، مدى التزام المحكم بمراعاة النظام العام في منازعات التجارة الدولية ، مجلة التحكيم العالمية ،العدد الثالث ، سنه ٢٠٠٩ ، ص ٢٠٣ .

([69]) ينظر د . أبو زيد رضوان , الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي , دار الفكر العربي , القاهرة , ١٩٨١ ، ص ١٢٠ ، ويعرف كذلك" هو الأصول والمبادئ العامة التي يفرضها التعايش المشترك بين المجتمعات " ينظر د. مصطفى الجمال ، د .عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص ٢٨٨

([70]). ينظر د . عبد الحميد الأحدب ، إجراءات التحكيم ، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، كلية القانون ، ص ٥٤٧ ، وينظر د . محمد نصر محمد ، مصدر سابق ، ص ٨٩ .

([71]) نصت اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ في المادة (٢/٥/ثانيا) على انه : " يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين إن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها إن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد" .

([72]) نصت المادة (٢/٥٣) من قانون التحكيم المصري على انه : " على المحكمة التي تنظر دعوى البطلان إن تحكم من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية "ذهب بعض الفقه إلى إن هناك صعوبة في حصر المسائل التي تتعلق بالنظام العام بمفهومة الدولي في الجانب الإجرائي ، وهذا حسب اعتقاد الرأي السبب وراء قيام بالمشرع المصري النص في قانون التحكيم بصورة مستقلة على إبطال إحكام التحكيم عند مخالفتها النظام العام الدولي من الناحية الإجرائية في المادة (٢/٥٣) رغم إن المشرع المصري أورد المخالفات الإجرائية التي تؤدي إلى بطلان قرار التحكيم في المادة (١/٥٣) .ينظر د . بليغ حمدي محمود ، مصدر سابق ، ص ٣٧٦ .

([73]) (L'article (1520/5) du code de procédure civile français stipule que:" Le recours en annulation n'est ouvert que si :

5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international

([74]) نصت المادة (٢/٢٥٦) قانون المرافعات المدنية العراقي على انه : " اذا كان المحكمون مفوضين بالصلح يعفون من التقيد باجراءات المرافعات وقواعد القانون الا ما تعلق منها بالنظام العام " .

([75]) نصت المادة (٥٣/ثانيا) من مشروع قانون التحكيم العراقي والتي نصت على انه : " على المحكمة التي تنظر دعوى البطلان إن تحكم من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية العراق".

([76]) د. عاشور مبروك ، التحكيم ، دار الفكر والقانون ، ٢٠١٤ . مصدر سابق ، ص٨٧ .

([77]) ينظر سلام هادي جاسم ، مصدر سابق ، ص١٢٢ .

([78]) ينظر د . حسام التلهوني ، مصدر سابق ، ٢١٣ .

([79]) ينظر د . بليغ حمدي محمود ، مصدر سابق ، ص ٣٧٦ .

([80]) ينظر . اشرف عبد العليم ، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٣٣ ، وينظر د . فوزي محمد سامي ،التحكيم التجاري الدولي ، ط١ ، بيت الحكمة بغداد ،١٩٩٤ ، ص ١٧٥ .

٥٧- ينظر أستاذنا د. عبد الرسول الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٧ ، ص٣٥٥ .

([81]) ينظر د ٠ سلامة فارس عرب , وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية , العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية , أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة , ١٩٩٨ ، ص ٧٣٢ .

([82]) للتفصيل أكثر ينظر: د ٠ أياد محمود بردان , التحكيم والنظام العام , ط ١ , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , ٢٠٠٤ ٠ ، ص ٦٠٧ - ٦٠٨ ٠

([83]) د ٠ مصطفى محمد الجمال , د ٠ عكاشة محمد عبد العال , مصدر سابق , ص ٢٨٧ ٠

([84]) د . جورج حزبون ، النظام القانوني للتحكيم الأجنبي في القانون الداخلي ، بحث منشور في مجلة الحقوق , العدد الرابع ، السنة الحادية عشرة ، ١٩٨٧ ، ص١٧٢ ، وينظر د . جمال محمود الكردي ، مصدر سابق ، ص ٤٥، وينظر د. عبد الحميد الأحدب ، التحكيم المطلق والإنصاف والعدل والتحكيم بالقانون ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الخامس عشر ٢٠١٢ ، ، ص ٢٠٧ ، وينظر فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ،ص ١٧٥، وينظر د ٠ أشرف عبد العليم الرفاعي , التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية , دراسة في قضاء التحكيم , دار الكتب القانونية , مصر , ٢٠٠٦ , ص ٢٤ .

([85]) د . هدى محمد مجدي عبد الرحمن ، دور المحكم في خصومة التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص ٢٩٣ .

([86]) عرف النظام العام الداخلي " مجموعة من القيم والعادات والتقاليد والتي تشكل النظام الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للدولة ويعد من الأصول التي يتركز عليها المجتمع " ، ينظر بدر الدين عبد المنعم شوقي ، العلاقات الخاصة الدولية ، مطبعة العشري ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٩٥ .

([87]) د. حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، المبادئ العامة في تنازع القوانين ،منشورات الحلبي الحقوقية بدون سنه نشر ، ص٣٠٢ .

([88]) د. أبو زيد رضوان ، مصدر سابق ، ص ١١٩ .

([89]) د . أيمن عبد الملاك ، مصدر سابق ، ص ٢٨٣ .

([90]) د . نرمين محمود الصبح ، مصدر سابق ، ص ١٥٣ .

([91]) د . أيمن عبد الملاك ، مصدر سابق ، ص٢٧٣ .

([92]) لقواعد القانونية الآمرة تأخذ عدة تسميات في إطار القانون الدولي الخاص منها (القواعد ذات التطبيق المباشر، والقواعد ذات التطبيق الضروري) وتعتبر هذه القواعد قواعد مباشرة إي تطبق بصورة مباشرة دون اللجوء إلى قواعد الإسناد ، وهذه القواعد بالأصل هي قواعد وطنية داخلية يكون نطاق تطبيقها على التصرفات والوقائع في إقليم الدولة التي أصدرتها ، إلا إن هذه القواعد يتوسع نطاقها لتشمل الوقائع والتصرفات التي تقع خارج نطاق هذا الإقليم وهكذا فإنها تكتسب الصفة الآمرة بالمعنى الدولي وتسمى حسب فقه القانون الدولي الخاص (قواعد البوليس أو قواعد ذات التطبيق الضروري) ، للتفصيل أكثر ينظر د ٠ عوني محمد الفخري , إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية , دراسة مقارنة , ط ١ , منشورات زين الحقوقية والأدبية , بيروت , لبنان , ٢٠١٢ , ص ٢٣٢ .

([93]) ينظر استأذنا د. فراس كريم شيحان ، مصدر سابق ، ص ٧٥ ، ينظر د . نرمين محمود الصبح ، مصدر سابق ، ص ١٩٦ .

([94]) د. منير عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص ٢٢٩ .

([95]) د . نادر محمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ٦٢ .

([96]) د .هشام علي صادق ، مدى سلطة المحكمين في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، مجلد ٥٠ ، سنه ١٩٩٤ ، ص ١١٧ .

([97]) د. نرمين محمود الصبح ، مصدر سابق ، ص ٢٤٥ .

([98]) ينظر د ٠ عوني محمد الفخري ، مصدر سابق ، ص ٢٧٢ ، وينظر د .هشام علي صادق ، مدى سلطة المحكمين في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري ، مصدر سابق ، ص ١١٣ .

([99]) ينظر د . بليغ حمدي محمود ، مصدر سابق ، ص ٤١٣ .

([100]) ينظر د . هدى محمد مجدي عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص ٢٩٥ .

([101]) ينظر د . إبراهيم احمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ،دار النهضة العربية ، بدون سنه نشر ، ص ٣٢٨.

([102]) ٧٩- قرار محكم النقض الفرنسية ، الغرفة المدنية الأولى ، ٤ ، يوليو ، ٢٠٠٨ ، قرار منشور في مجلة التحكيم العالمية العدد الثاني ، ٢٠٠٩ ، ص ٧٧٣ .

([103]) د . حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٣ ٠ ص ١٠٠ .

([104]) د . جمال محمود الكردي ، مصدر سابق ، ص ٢٥١ .

([105]) ينظر د. رشا احمد حسين إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ٢٤٣ .

([106]) د. احمد السيد الصاوي ، الوجيز في التحكيم ، ط٤ ، بدون ناشر ، ٢٠١٣، ص ٢٠٢ .

([107]) د . سحر عبد الستار إمام يوسف ، المركز القانوني للمحكم ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٦ ، ص ١٣٣ .

([108]) د . عاشور مبروك ، مصدر سابق ، ص ٦٣ .

([109]) ينظر د. احمد السيد الصاوي ، الوجيز في التحكيم ، مصدر سابق ، ص ٢٠٥ .

([110]) نظر د . اشرف عبد العليم الرفاعي ، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ٨٠ ، وينظر د . بليغ حمدي ، مصدر سابق ، ص ٤٠٢ .

([111]) ينظر د . أبو زيد رضوان ، مصدر سابق ، ص ١١٧ .

([112]) ينظر د . بليغ حمدي ، مصدر سابق ، ص ٤٠٨ .

([113]) ينظر نص المادة (٥ /ب/ج) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨.

([114]) نصت المادة (١/١٥) قواعد التحكيم الصادرة عن الأمم المتحدة لعام ١٩٧٦ على انه : " ١- مع مراعاة إحكام هذه القواعد ، لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة شريطة إن تعامل الطرفين على قدم المساواة وان تهيئ لكل منهما في جميع مراحل الإجراءات فرصة كاملة لعرض قضيته "

([115]) نصت المادة (٢٦) قانون التحكيم على انه : "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه " .

([116]) ينظر نص المادة (١/٥٣/ج) قانون التحكيم المصري .

([117]) ينظر نص المادة (٢٦) من مشروع قانون التحكيم العراقي .

([118]) ينظر د. أبو العلا علي أبو العلا النمر ، د احمد قسمت الجداوي ، المحكمون، دراسة تحليلية- إعداد المحكم، دار أبو المجد، القاهرة ،٢٠٠٢ ، ص ١٠٥ .

([119]) ينظر د . علي كاظم الرفيعي ، سلطات المحكم التجاري الدولي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، عدد ١ ، مجلد ٢٥ ، ص ٧٠ .

([120]) ينظر د٠ حمزة حداد ،التحكيم في القوانين العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٧ ، ص٢٨٦.

([121]) ينظر د. بليغ حمدي محمود ، مصدر سابق ، ص٤٠٥ .

([122]) ينظر د . احمد عبد الكريم سلامة ، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٥١٩ .

([123]) ينظر د. بليغ حمدي محمود ، مصدر سابق ، ص٤٠٤ .

([124]) ينظر د . فتحي والى ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ط١ ، منشاة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٧. ، ص ٣٠٤ .

([125]) ينظر د اشرف عبد العليم الرفاعي ، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، مصدر سابق ، ص٨٩ .

([126]) ينظر د . نجم رياض نجم الربضي ، ضمانات إطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، أطروحة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ، ٢٠٠٣ ، ص١٨١ .

([127]) ينظر د اشرف عبد العليم الرفاعي ، المصدر سابق ، ص٨٩ .

([128]) ينظر د ٠ فتحي والي ، مصدر سابق ، ٣٠٥ ، وينظر د اشرف عبد العليم الرفاعي ، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، مصدر سابق ، ص٨٩ .

([129]) ينظر د . حسني المصري ، مصدر سابق ، ص ٢٦١ .

([130]) ينظر نص المادة (١/٥/ب) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ .

([131]) نصت المادة (١/٢٤) من قواعد اليونسترال على انه : " يقع على كل من الطرفين عبء إثبات الوقائع التي يستند إليه في تأييد دعواه أو دفاعه " وإعطاء الحق لكلا الطرفين في إبداء أقوالهما المتعلقة بإثبات الدعوى ، وكذلك ما قررته المادة (٢/٢٤) في إن يقدم الخصم المستندات التي يرد بها على ادعاءات الخصم والتي نصت على انه : " لهيئة التحكيم إن تطلب ـــــــ إذا استصوبت ذلك ـــــــ من احد الطرفين إن يقدم أليها والى الطرف الأخر ، خلال المدة التي تحددها ، ملخصا للوثائق وأدلة الإثبات الأخرى " ، إضافة إلى المادة (١/٢٥) فرضت على المحكمة التحكمية إن تبلغ الأطراف بموعد المرافعات قبل وقت مناسب والتي نصت على انه : " في حال المرافعة الشفوية ، تبلغ هيئة التحكيم الطرفين قبل جلسة المرافعة بوقت كاف بتاريخ انعقاد الجلسة وموعدها ومكانها " ، وتضمنت المادة (٢/٢٥) وجوب إبلاغ المحكم أو الأطراف الأخر في حال رغبته بتقديم شهود إذ نصت على انه : " إذا تقرر سماع الشهود ، يقوم كل طرف بإبلاغ هيئة التحكيم والطرف الأخر ، قبل انعقاد جلسة أداء الشهادة بخمسة عشر يوما على الأقل ..... " ، وتنظم المادة (٢٧) إجراءات الخبير وتجعل وجوب إن تكون هذه المسائل في مواجهة الطرفين[١٣١] نصت على انه : " يجور لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير كتابي إليها بشان مسائل معينة تحددها . وترسل إلى الطرفين صورة من التفويض الذي اسند إلى الخبير كما حددته هيئة التحكيم " .

([132]) نصت قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس في المادة (٢/٢٠) على انه : "... تسمع محكمة التحكيم للأطراف بحضورهم إذا طلب أيهم ذلك ... " وفي الفقرة الثالثة من المادة نفسها والتي نصت : " يجوز لمحكمة التحكيم سماع الشهود والخبراء المعينين من قبل الأطراف أو إي شخص أخر بحضور الأطراف أو بغيابهم ، على إن يتم استدعائهم حسب الأصول "

([133]) (L'article(1510) du code de procédure civile français stipule que: " Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction. "

([134]) ينظر عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ ، ط٢ ، العاتك لصناعة الكتب ، ج٢ ، ٢٠٠٨ ، ص٤٦٢-٤٦٣.

([135]) ينظر نص المادة (٣٣) من مشروع قانون التحكيم العراقي .

([136]) نقض مدني فرنسي جلسة ١٩٩٨/١١/١٠ مشار إلية لدى د ٠ نجم رياض نجم الربضي ، مصدر سابق ، ص١٩١.

([137]) ينظر د اشرف عبد العليم الرفاعي ، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، مصدر سابق ، ص٩٩ ٠

([138]) ينظر د . احمد عبد الكريم سلامة ،التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية ، مصدر سابق ، ص ٥٢٢ ، وينظر د . بليغ حمدي محمود ، مصدر سابق ، ص ٤٠١ .

([139]) ينظر د . إبراهيم احمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص ١٦٣ .

([140]) ينظر د . حسني المصري ، مصدر سابق ، ص ٢٦٣ .

([141]) ينظر د. علي حسن عوض ، التحكيم الإجباري والاختياري في المنازعات المدنية والتجارية ، ط١، دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ، ٢٠٠١، ص١٤٢ .

([142]) ينظر د . فتحي والي ، مصدر سابق ، ٣٠٣ .

([143]) ينظر د .حسني المصري ، مصدر سابق ، ص ٣٦٠ .

([144]) ينظر د . عاشور مبروك ، مصدر سابق ، ص٦٥ ، وينظر د . فتحي والي ، المصدر سابق ، ص ٣٠٤ .

([145]) ينظر د . فتحي والي ، المصدر سابق ، ص ٣٠٤ .

([146]) علي صباح الجنابي ، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ، رسالة ماجستير ، كلية القانون، جامعة بابل ، ٢٠١٣ ، ص ١٢٦ .

([147]) ينظر د. أبو زيد رضوان ، مصدر سابق ، ص ١١٧ .

([148]) ينظر نص المادة (١٥) من قواعد اليونسترال .

([149]) ينظر علي صباح الجنابي ، مصدر سابق ، ص ١٢٧ ٠

([150]) ينظر نص المادة (٢٦) من مشروع قانون التحكيم العراقي .

([151]) ينظر د. محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ١٥٩ ٠

([152]) ينظر د. ، رشا احمد حسين إبراهيم ، مصدر سابق ص ٢٨٢.

([153]) ينظر د . فتحي والى ، مصدر سابق ، ص ٣٠٤ .

([154]) ينظر د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة ومعمقة، بدون ناشر، القاهرة، ١٩٨٤، ص٤١.

([155]) ينظر د. نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨، ص٥٥١ .

([156]) ينظر د . بليغ حمدي محمود ، مصدر سابق ، ص٣٩٩ .

([157]) ينظر د. رشا احمد حسين إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ٣٢١ .

([158]) نصت المادة (٢٧٣ /١) من قانون المرافعات العراقي على انه : " يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة إن يتمسكوا ببطلانه وللمحكمة من تلقاء نفسها إن تبطله في الأحوال الآتية :

١ - إذا كان قد صدر بغير بينة تحريرية أو بناء على اتفاق باطل أو إذا كان القرار قد خرج عن حدود الاتفاق "

([159]) ينظر د . محمد نور عبد الهادي شحاتة ، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص٣٢٠ ، وينظر د. عاشور مبروك ، مصدر سابق ، ص٧٩ .

([160]) في رأي مخالف ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في حكم لها إلى إجازة تجاوز الحدود المبنية لموضوع النزاع وما جاء بالحكم " المحكم المفوض بالصلح المكلف بحل الخلاف بحسابات الخصوم يمكنه إن يجري تجديدا ويلزم احد الخصوم بدفع رصيد يضع نهاية للاتفاقات المترتبة عليها هذه الحسابات في غيبة كل طرف بالوفاء " مشار إلية لدى د . محمد نور عبد الهادي شحاتة ، مصدر سابق ، ص ٣١٩ .

([161]) ينظر د. عاشور مبروك ، المصدر سابق ، ص٧٥ .

([162]) ينظر د. عبد الحميد الأحدب ، التحكيم في القوانين العربية ، بيروت ، ص ١٩٥ .

([163]) ينظر د. سحر عبد الستار إمام يوسف ، مصدر سابق ، ص ١٤٢ .

([164]) ينظر د. هدى مجدي عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص٢٨٧ .

([165]) ينظر د . بليغ حمدي محمود ، مصدر سابق ، ص٤٠٠ .

([166]) ينظر د. عبد الحميد الأحدب ، التحكيم في القوانين العربية ، مصدر سابق ، ص ١٩٧ ، ينظر د. هدى مجدي عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص٢٨٧ ، وينظر د. محمد نور شحاتة ، مصدر سابق ، ص٣٢٢ ، وينظر د . محمد نصر محمد ، مصدر سابق ، ص٥٣ .

([167]) ينظر د . بليغ حمدي محمود ، مصدر سابق ، ص٤٤٣ .

([168]) ينظر د . أيمن عبد الملاك ، مصدر سابق ، ص ١٢٧ .

المصادر

أولا - الكتب:

١. د . إبراهيم احمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنه نشر .

٢. إبراهيم سيد احمد ، شريف احمد الطباخ ، موسوعة التحكيم ، ط١ ، شركة ناس للطباعة ، القاهرة، ٢٠١٥

٣. د . أبو العلا علي أبو العلا النمر ، د احمد قسمت الجداوي ، المحكمون، دراسة تحليلية- إعداد المحكم، دار أبو المجد، القاهرة ،٢٠٠٢ .

٤. د . أبو زيد رضوان , الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي , دار الفكر العربي , القاهرة , ١٩٨١ .

٥. د . أحمد السيد الصاوي ، الوجيز في التحكيم ، ط٤ ، بدون ناشر ، ٢٠١٣ .

٦. د . أحمد عبد الحميد عشوش ، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة ،١٩٩٢.

٧. د . أحمد عبد الحميد عشوش ، تناع منهاج تنازع القوانين ، مؤسسه شباب الجامعة ، الإسكندرية ، ١٩٨٩ .

٨. د . أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية , دار النهضة العربية , القاهرة , بدون سنة طبع .

٩. د . احمد عبد الكريم سلامة ، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .

١٠. أسامة أحمد الحواري , القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الأردن , ٢٠٠٩ .

١١. د . اشرف عبد العليم ، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ .

١٢. د . أشرف عبد العليم الرفاعي , التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية , دراسة في قضاء التحكيم , دار الكتب القانونية , مصر , ٢٠٠٦ .

١٣. د . اشرف عبد العليم الرفاعي ، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، دار الفكر الجامعي ، ط١ ، ٢٠٠٣ .

١٤. د . أكرم فاضل قصير ، المعين في دراسة قواعد اللجوء إلى التحكيم التجاري بموجب إحكام القانون العراقي ، ط١ ، بدون ناشر ، ٢٠١٥ .

١٥. د . إياد محمود بردان , التحكيم والنظام العام , ط ١ , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , لبنان , ٢٠٠٤ .

١٦. د . أيمن عبد الملاك , التفويض بالصلح والتحكيم التجاري الدولي في الفقه والقضاء والمعاهدات الدولية , دار النهضة العربية ، القاهرة , ٢٠١٣ .

١٧. د . بدر الدين عبد المنعم شوقي ، العلاقات الخاصة الدولية ، مطبعة العشري ، ٢٠٠٥ .

١٨. د . بليغ حمدي محمود ، الدعوى ببطلان إحكام التحكيم الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية .

١٩. د . جمال محمود الكردي , القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم , ط ٢ , بدون دار نشر , ٢٠٠٥ .

٢٠. د . حسني المصري , التحكيم التجاري الدولي , دراسة مقارنة , دار الكتب القانـــونية , مصر , ٢٠٠٦ .

٢١. د . حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، المبادئ العامة في تنازع القوانين ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥ .

٢٢. د .حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت ، ٢٠٠٣ .

٢٣. د . حمزة احمد حداد ، التحكيم في القوانين العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١ ، بيروت ، ٢٠٠٧ .

٢٤. د . سحر عبد الستار إمام يوسف ، المركز القانوني للمحكم ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٦ .

٢٥. د . عاشور مبروك ، التحكيم ، دار الفكر والقانون ، بدون ناشر ، ٢٠١٣-٢٠١٤ .

٢٦. د ٠ عباس العبودي ، شرح إحكام قانون المرافعات المدنية ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، بدون سنة نشر

٢٧. د . عبد الحميد الأحدب ، التحكيم في القوانين العربية ، بيروت بدون سنة طبع .

٢٨. د . عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، ط٢ ، العاتك لصناعة الكتب ، ج٢ ، ٢٠٠٨ .

٢٩. د . عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة ومعمقة، بدون ناشر، القاهرة ، ١٩٨٤.

٣٠. د. عبد الرسول الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٧ .

٣١. د . علي حسن عوض ، التحكيم الإجباري والاختياري في المنازعات المدنية والتجارية ،ط١، دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ، ٢٠٠١ .

٣٢. د . عوني محمد الفخري , إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية , دراسة مقارنة , ط ١ , منشورات زين الحقوقية والأدبية , بيروت , ٢٠١٢ .

٣٣. د . فتحي والى ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ط١ ، منشاة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٧.

٣٤. د . فوزي محمد سامي , التحكيم التجاري الدولي ، ط١ ، بيت الحكمة بغداد ،١٩٩٤ .

٣٥. د. ظاهر مجيد قادر ، الاختصاص التشريعي والقضائي في عقود النفط ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ،٢٠١٣

٣٦. د . محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

٣٧. د . محمد أحمد إبراهيم محمود , دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية , ط ١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠١٣ .

٣٨. د . محمد نور عبد الهادي شحاتة ، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر .

٣٩. د . محمد نصر محمد ، حجية أحكام التحكيم ، ط٢ ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، ٣٠١٣ .

٤٠. د . محمود محمد ياقوت , نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠١٢ .

٤١. د. محمود مختار بريري , التحكيم التجاري الدولي , ط ٣ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٤.

٤٢. د . مصطفى محمد الجمال ، د عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، ١٩٩٨ .

٤٣. د . منير عبد المجيد , قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية , دار المطبوعات الجامعية , الإسكندرية ,٢٠١٠ .

٤٤. د . نادر محمد إبراهيم , مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي , دار الفكر الجامعي , ٢٠٠٢ .

٤٥. د . نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٨.

٤٦. د . هدى محمد مجدي عبد الرحمن ، دور المحكم في خصومة التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .

٤٧. د . هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , ط ٢ , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠٠١ .

ثانيا- الاطاريح والرسائل :

١. د . رشا احمد حسين إبراهيم ، التحكيم بالصلح ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠١٠ .

٢. خليل حسين عطية ، تنازع القوانين في موضوع النزاع المحال على التحكيم في التشريع الأردني ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط ، ٢٠١٣ .

٣. د . نجم رياض نجم الربضي ، ضمانات إطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، أطروحة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ، ٢٠٠٣ .

٤. سلام هادي جاسم , فكرة العقد الدولي الطليق وتأثرها بالقواعد الموضوعية الدولية , رسالة ماجستير في القانون مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية , القاهرة , ٢٠١١ .

٥. علي صباح خضير الجنابي ، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ، رسالة ماجستير كلية القانون، جامعة بابل ، ٢٠١٣ .

٦. د .سلامة فارس عرب , وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية , ٠العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية , أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة , ١٩٩٨

٧. د . نرمين محمد محمود صبح , مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية , أطروحة دكتوراه ، جامعة عين شمس , كلية الحقوق , ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ .

ثالثا – البحوث:

١. د . جورج حزبون ، النظام القانوني للتحكيم الأجنبي في القانون الداخلي ، بحث منشور في مجلة الحقوق , العدد الرابع ، السنة الحادية عشرة ، ١٩٨٧.

٢. د . حسام التلهوني ، مدى التزام المحكم بمراعاة النظام العام في منازعات التجارة الدولية ، مجلة التحكيم العالمية ،العدد الثالث ، سنه ٢٠٠٩ .

٣. د . سلطان عبد الله محمود ، الدفع بالنظام العام وأثره ، بحث منشور في مجلة المحقق الرافدين للحقوق ، المجلد(١٢) ، العدد (٤٣) ، ٢٠١٠ .

٤. د . صادق زغير محيسن ، الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية ، بحث منشور في مجلة جامعة ذي قار ، مجلد ١٠ ، عدد ٣ ، ٢٠١٥ .

٥. د . عبد الحميد الأحدب ، إجراءات التحكيم ، بحث مقدم للمؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، كلية القانون .

٦. د. عبد الحميد الأحدب ، التحكيم المطلق بالصلح والإنصاف والعدل والتحكيم بالقانون ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الخامس عشر ٢٠١٢ .

٧. د . علي كاظم الرفيعي ، سلطات المحكم التجاري الدولي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، عدد ١ ، مجلد ٢٥ .

٨. رشا علي الدين , سلطة المحكم في أعادة التوازن المالي للعقد , دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة , بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر لكلية الحقوق - جامعة المنصورة , ٢٠٠٩ .

٩. د .فراس كريم شيعان البيضاني , حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقاً للعدالة ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد(٢) ، العدد (١) ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠١٠ .

١٠. د .هشام علي صادق ، مدى سلطة المحكمين في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، مجلد ٥٠ ، سنه ١٩٩٤ .

رابعا القوانين :

١. قانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ٢٠١٠ .
٢. القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لسنة ١٩٨٥ .
٣. مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي لسنة ٢٠١١ .
٤. قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .
٥. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١ .
٦. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

٧. قانون المرافعات المدنية الفرنسي الصادر بالمرسوم (٨١ / ٥٠٠) في ١٢ مايو ١٩٨١ ، والمعدل بالمرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ .

سادساً – الاتفاقيات :

١. اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨.
٢. الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف سنة ١٩٦١
٣. اتفاقية واشنطن بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام ١٩٦٥.
٤. قواعد اليونسترال لسنة ١٩٧٦.
٥. قواعد غرفة التجارة الدوليـــة لعام ٢٠١٢.

سابعا - المجلات:

١. مجلة التحكيم العالمية العدد الثاني ، سنه ٢٠٠٩ .

ثامنا - المواقع الالكترونية :

- https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.
- https://www.uncitral.org/pdf/…/arbitration/ml .
- https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/icc-rules-of-arbitration-2012.
- http://www.lcica.org/ar/download
- http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/service_showrest.aspx?fid=7&pubid=617

Abstract

Parties of international contract may desire to resolve the dispute that may arise under this contract apart from the jurisdiction, especially in cases for which they urgently search for a resolution, as well as the search for the resolution that make the parties have an amicable relationship along with ongoing contractual relationship. Therefore, the parties resort to empower the arbitrator to have the authority to settle disputes through conciliation, which means to settle disputes through excluding the national laws and searching for a resolution that is more equitable whether in positive laws or Principles of Justice and Fairness. Such authority shall be established upon the parties' will. On one hand, this authority shall have limited scope whereas arbitration shall be done in accordance with the justice and fairness principles or substantive rules. On the other hand, despite the importance of such authority, which is represented in the possibility of arbitrator's exclusion of national laws, it is not absolute power; however, it is bound by several restrictions including respect for the international public order, jus cogens (with necessary application or police rules), litigations foundations to ensure the procedural justice, and the parties' will that is considered as the legal basis for the arbitrator to exercise his job. These are the main areas to be examined. We addressed this topic through two points of views, the first viewpoint contains the basis and scope of the arbitrator's authority to settle disputes, and the other one includes the restrictions that would be imposed on the arbitrator who is authorized to settle disputes.

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الأول / السنة الثانية عشر ٢٠٢٠

The legal framework of the authority of the arbitrator authorized to settle

Dr. Abdul Rasool A.Al – Asadi

Maitham Adel Ibrahim