ملخص البحث

لعل من أحد الأسباب التي دعت إلى تحرير العقود الدولية من ربقة القوانين ذات الطابع الوطني أن لم تكن أهمها , هو تزايد دور قضاء التحكيم التجاري الدولي , بعدما أتضح بأن لأتساع حجم المبادلات الاقتصادية التي يشهدها العالم اليوم , مع تنوع عمليات التجارة عبر الحدود , يقابلها في ذلك قصور وعدم ملائمة التنظيمات القضائية والقوانين الوطنية لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات , سبباً مباشراً لاندفاع الفكر القانوني من أجل البحث عن وسيلة متخصصة تقوم على الفصل في تلك المنازعات بعيداً عن قضاء الدولة وقانونها , مما كان قضاء التحكيم التجاري الدولي خير بديل لقضاء الدولة ٠

وعليه فأن ذلك القضاء الأخير قد أضحى في الوقت الحاضر يشغل مكاناً بارزاً على الصعيد الدولي , باعتباره عدالة اتفاقية بل وظاهرة تتسم بأهمية بالغة في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية , يلجأ أليها أطراف التجارة الدولية بمحض إرادتهم من أجل حسم النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم عن العقد القائم بينهم رغبة من هؤلاء المتعاملين في الأسواق الدولية بالتحرر قدر الإمكان من القيود التي تحتويها النظم القانونية في مختلف الدول وإخراج التجارة الدولية من ربقة القوانين الوطنية بعدما أضحت تلك الأخيرة تتميز بالانطواء بل والانحياز إلى الاعتبارات الداخلية , فضلاً عن رغبتهم في الابتعاد عن مشكلة تنازع القوانين وميل القضاء الوطني عادةً لتطبيق قانونه حتى في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية ٠

وعليه فأن الواقع يؤكد لنا بأنه لا يخلو اليوم عقد من عقود التجارة الدولية من شرط يصار بموجبه من اللجوء إلى قضاء التحكيم عند حدوث نزاع يتعلق بشأن تلك العقود الأخيرة , والنادر الذي لا يحتوي على شرط التحكيم نجد بأن أطرافه يتفقون حينما يثور بشأنه نزاع على اللجوء لقضاء التحكيم كوسيلة لحسمه وهي ما تعرف بمشارطة التحكيم , وعلى ضوء ذلك يمكن الاعتداد بأن التحكيم قد أضحى هو الطريق المعتاد للنظر في المنازعات التجارية الدولية , وهذا ما دفع جانباً من الفقه للقول بأن قدرة قضاء التحكيم التجاري الدولي على خلق وتطبيق قواعد القانون الموضوعي للتجارة الدولية , بل واعتباره القضاء الأمثل لمنازعات ذلك الأخير , لا يمنع من قيامه بخلق قانون خاص دولي ليحل في يوم من الأيام كبديل عن القانون الدولي الخاص الذي أضحى غير قادر على الإحاطة بالمشاكل التي تثيرها عقود التجارة الدولية ٠

وعليه فأن سلطة المحكم التجاري الدولي بنوعيها سواء ما كان تحكيمًا بالقانون , أم إنه تحكيمًا مع حالة التفويض بالصلح تتسع لإخراج العقود الدولية من نطاق القوانين الوطنية مع مراعاة ما تتضمنه تلك الأخيرة من قواعد آمرة , وإخضاعها بدلاً من ذلك لقواعد أكثر استجابة وهي ما تعرف بقواعد القانون الموضوعي للتجارة الدولية كما سيتضح لنا في لاحق البحث ٠

المقدمة

إن الكلام حول سلطة المحكم في تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية قد تأكد بأنه من المواضيع التي وإن سال معها المداد إلا إنها ما تزال توصف بأنها فكرة متشعبة الجوانب ولم تجف بشأنها الصحف بل ولم ترفع عنها الأقلام , فضلًا من إن الكثير من جوانبها ما تزل بعد يعتريها الغموض فهي تحتاج إلى إجلاء وعليه فان مقتضيات البحث العلمي لهذا الموضوع تلزمنا تناول الأمور التالية :-

أولاً :- موضوع البحث

لا ينكر بأن العقد بصفة خاصة قد ساهم بقدر غير محدود على صعيد المبادلات الاقتصادية سواء ما كانت تلك المبادلات الأخيرة هي ذات طابع وطني محض , أم أنها مبادلات ذات طابع دولي صرف باعتباره من أهم الوسائل التي تتم من خلالها مختلف العلاقات الاقتصادية والتجارية , ونظراً لتلك الأهمية البالغة التي تتسم بها العقود لذا نجد أن مختلف الأنظمة القانونية قد وجهت اهتمامها من أجل وضع التنظيم القانوني الخاص به مع اختلاف أنواعه سواء ما كان عقداً ذو طابع داخلي أم أنه عقداً ذات طابع دولي٠

بدايةً أن الدراسات التحليلية لواقع الروابط الدولية من حيث تنظيمها الوضعي قد كشفت عن عجز القوانين المعدة للعلاقات الداخلية في إيفاء متطلبات وحاجات التجارة الدولية وباتت الأهداف المتمثلة في تحقيق الأمن واليقين القانوني واحترام التوقعات المشروعة للعاملين في التجارة الدولية أهدافا عزيزة على فقه القانون الدولي الخاص دون سواه من ميادين القانون في الفروع الأخرى بسبب الطبيعة المميزة لقواعد هذا القانون والأسلوب الفني المتبع في هذا الفرع لتسوية المنازعات الناشئة عنه ٠

فالمشكلة التي تفرد بها فقه القانون الدولي الخاص تكمن في سعي هذا القانون إلى تحقيق أهدافه السابقة ذات الطابع الدولي بوساطة قواعد وطنية المصدر والأهداف هي قواعد التنازع هذا فضلا عما تسند إليه هذه القواعد وهي الأخرى قوانين وطنية وضعت أساسا لتحكم علاقات داخلية في الدولة التي صدرت فيها وفي ظل هذه الظروف شكلت هذه القواعد والقوانين سنداً منيعا أمام تلك الأهداف ٠

ونتيجةً للمدى الشاسع الذي يظهر به الواقع التجاري الدولي عن القوانين الداخلية كان له الأثر البالغ في نفوس المتعاملين في مجال التجارة الدولية نحو اللجوء للعمل بقواعد أوجدتها الظروف والطبيعة المميزة لكل نوع من أنواع النشاط التجاري عبر شروط متقابلة وأعراف وعادات تواتر العمل عليها من قبلهم بما يتلاءم وحاجات العلاقات التجارية العابرة للحدود مما كان نتيجته هو الاندفاع نحو تحرير العقود الدولية من سلطان القوانين الوطنية أمام ما يعرف بقضاء التحكيم التجاري الدولي ٠

ثانياً :- مشكلة البحث

ما كان موضوع البحث ليطرح وما كانت الدراسة محل البحث لتوجد لو أننا تصورنا عالماً قائماً على الفردية والانعزالية , تكون فيه كل دولة من الدول حبيسة حدودها منكفئة , ومعها أفرادها على نفسها , دولة لا تتعامل مع أحد , حركة الأشخاص والأشياء محصورة داخل حدودها , إذ لو تصورنا مثل هذا الوضع لكان من الطبيعي عندئذ أن تكون علاقات الأفراد داخل الدولة التي ينتمون أليها علاقات وطنية خالصة يحكمها في كافة مراحلها من النشأة إلى الانقضاء قانون واحد هو قانونهم الوطني.

غير أن واقع الحال على غير ذلك , فالأشخاص والأموال تنتقل عبر الحدود من دولة لأخرى مما تولد علاقات مشتملة على عنصر أجنبي وإذا كان قانون الإرادة في مرحلة سابقة قد منح الأطراف حق اختيار القانون الذي سيحكم العقد إلا أن للتطور الذي أصاب التجارة الحديثة وما رافقها من ازدهار لم يجعل من قانون الإرادة ليتمشى ومضمون العقود الدولية نظراً لعدم قدرة القوانين الوطنية على حكم تلك العقود الأخيرة التي تعددت أنماطها من جانب أول بل ولعدم استجابة تلك القوانين الوطنية وذاتية تلك العقود من جانب أخر مما كان دافعاً لمناداة الفقه الحديث بتحرير تلك العقود من ربقة القوانين ذات الطابع الوطني والذي كان لقضاء التحكيم الدور البارز في هذا المجال.

لذا تتلخص مشكلة البحث في الاستفسار عن مدى جواز أحقية الأطراف في تحرير عقودهم الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية أمام قضاء التحكيم التجاري الدولي كما أنه أذا كانت المبادئ المستقرة في النظم القانونية لا تقبل وجود عقد بدون قانون يحكمه فهل يحق للأطراف بالمقابل أن يضعوا عقداً بدون قانون وطني ليكون خاضعاً للقواعد التي يتضمنها منهج القانون الموضوعي للتجارة الدولية والتي تجد سندها في التطبيق في مجال قضاء التحكيم التجاري الدولي , وإذا كان من الممكن أن يتحرر العقد الدولي من سلطان القوانين الوطنية فهل أننا سنكون أمام تحرير تام بحيث يستطيع العقد التحرر المطلق من سلطان القانون أم أن ذلك التحرير الأخير ما هو إلا مجرد وهم لا يقتصر أن يكون سوى تحرير جزئي وهذا ما سوف نسلط الضوء عليه لاحقاً.

ثالثاً :- أهمية البحث

تتأصل أهمية البحث من أهمية الموضوع الذي يتناوله ألا وهو ما يتجسد بسلطة المحكم في تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية لكونها فكرة يتطلب الواقع الحديث الخوض في غمارها فالواقع قد أثبت بأن ما يعرف بالعقود الدولية بصفة عامة وعقود التجارة الدولية بصفة خاصة قد باتت بأمس الحاجة للتحرر من مضمون القوانين ذات الطابع الوطني لكون تلك القوانين الأخيرة قد أضحت عاجزة عن ملائمة ما يقتضيه واقع التجارة الدولية وما رافق ذلك الواقع الأخير من حالة نمو وازدهار قد أنعكس على أرض الواقع , لذا تأتي أهمية البحث هنا من أجل رسم فكرة طالما أنها كانت محل جدال مابين أراء الفقه لما سال معها من المداد الغزير والتي لم يتوقف القلم بشأنها إلا وهي تتضمن عبارة

مفادها متى نستطيع القول ببزوغ نجم العقد المتحرر من سلطان القوانين الوطنية , فهل أن تلك الفكرة مازالت من قبيل الأماني والتطلعات المستقبلية التي يعجز الواقع عن تحقيقها , أم أن الواقع قد وضع لها الأسس وما علينا كباحثين إلا تجسيدها على أرض ذلك الواقع.

رابعاً :-منهجية البحث

انتهجت الدراسة أسلوب البحث القانوني التحليلي المقارن إذ تناولت بالتحليل عدداً من التفاصيل المتعلقة بالدراسة من خلال عرض الآراء الفقهية وتحليلها وبيان اتجاهاتها ومناقشتها وترجيح الآراء السديدة منها وتعزيزها بالتطبيقات القضائية إن وجدت , فضلاً عن عرض النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع والتعليق عليها .

وقد اعتمدت الدراسة أيضاً على الأسلوب المقارن من خلال بيان موقف المشرع العراقي مقارنة بموقف كل من المشرع المصري والفرنسي كون تلك التشريعات الأخيرة قد تعرضت لموضوع البحث بتفصيل أكثر من غيرها فضلاً عن بيان موقف الاتفاقيات الدولية وما استجد من نظريات حديثة في هذا المجال .

خامساً :- نطاق البحث

طالما كان بحثنا يتجسد في فكرة مفادها سلطة المحكم في تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية لذا ينبغي الإشارة إلى أنه ليس جميع العقود لها القدرة على أن تكون في حل من الخضوع للقوانين الوطنية وأن عدت بأنها ذات طابع دولي لكون أن هنالك عقود قد تدخل المشرع في تنظيمها عادةً بقواعد خاصة ومثال ذلك العقود المتعلقة بالأحوال الشخصية وأهمها عقود الزواج الذي يجري المشرعون عادةً على تنظيمها تنظيماً آمرًا وهذا ما ينصرف إلى عقود العمل التي لا تختلف عن سابقتها هذا بالإضافة إلى باقي العقود الدولية الأخرى كعقود المستهلكين والعقود المتعلقة بالمعاملات العقارية , يقابل تلك العقود التي أضحت مقيدة بالقواعد الوطنية عقود دولية لها القدرة على التحرر من ربقة القوانين الداخلية للدول بقدر ما أباحت لها تشريعات تلك القوانين الأخيرة وهي ما تعرف بعقود التجارة الدولية التي ستكون محل بحثنا من حيث جانبها الموضوعي فقط دون الإجرائي.

سادساً :-خطة البحث

تم تقسيم موضوع الدراسة على مبحثين حيث تضمن المبحث الأول مفهوم العقود الدولية وقد قسم ذلك المبحث على ثلاث مطالب تناولنا في المطلب الأول مفهوم العقود الدولية وفقاً للمعيار القانوني , بينما خصص المطلب الثاني لمفهومالعقود الدولية وفقاً للمعيار الاقتصادي , في حين أقتصر المطلب الثالث

لمفهوم العقود الدولية وفقاً للمعيار المختلط , بينما خصصنا المبحث الثاني لمدى حرية المحكم في تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية وقد قسم ذلك المبحث على مطلبين حيث تناولنا في المطلب الأول تحرير العقود الدولية بالاستناد إلى سلطة المحكم وفقاً للقانون , بينما كان المطلب الثاني يتضمن تحرير العقود الدولية بالاستناد إلى سلطة المحكم المفوض بالصلح ثم تلتها بعد ذلك خاتمة تضمنت أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا أليها من خلال البحث .

المبحث الأول

مفهوم العقود الدولية

لا ينكر بأن العقود الدولية قد أضحت محل اهتمام من جانب النظام القانوني المعاصر للدول المختلفة , لكونها تمثل حالة النمو والازدهار الذي شهدته المبادلات الاقتصادية عبر الحدود , فهي قد أخذت صوراً متعددة تتجسد على أرض الواقع فمنها ما يعرف بالعقود الدولية العادية كعقد التأمين الدولي وعقد البيع الدولي وعقد التمثيل التجاري الدولي....الخ ومنها ما كان للتطور الحاصل بل ولظهور ما يعرف بقوانين الاستثمار والتنمية في مختلف الدول الأثر البالغ في بزوغها كعقود لها وزنها الاقتصادي والقانوني وهي ما تتمثل بعقود بناء المصانع جاهزة على التسليم , أو جاهزة على الإنتاج وعقود التوريد والتجهيز وعقود الاستشارات والخبرة الفنية والمساعدات التكنولوجية والقروض الدولية فضلاً عن عقود الأشغال والامتيازات واستغلال الثروات الطبيعية , وعليه فإذا ما كان العنصر الاقتصادي هو ما يشكل مركز الثقل وجوهر تلك العقود بما يتضمنه من انتقال لرؤوس الأموال والقيم الاقتصادية عبر الحدود فأن ذلك العنصر الأخير لا يكفي بمفرده لإعطاء العقد صفة الدولية , ويكفي لكي يصبح العقد دولياً أن يتطرق العنصر الأجنبي إلى أحد عناصر العقد المكونة له , كأن يكون أحد أطرافه أو كلاهما أجنبياً , أو يكون المحل الذي يرد عليه كائناً بالخارج أو يكون قد أبرم أو نفذ في الخارج , أي بالنسبة للقاضي الذي ينظر الدعوى[١].

لذا نرى بأن الفقه قد عمد منذ زمن سابق إلى الأخذ بمبدأ التفرقة مابين العلاقات ذات الطابع الدولي التي يطبق بشأنها أحكام القانون الدولي الخاص , ومابين العلاقات الداخلية التي تخضع كقاعدة عامة للقانون الداخلي , مع وضع الضوابط التي تميز ما بينهما , ونظراً لصعوبة وضع تعريف محدد يستطيع أن يغطي جميع أنواع العقود الدولية لما تمتاز به من حالات الاختلاف والتعدد [٢]. مما كان سبباً لاندفاع الفقه والقضاء جاهداً للوصول لمعيار يساهم في تحديد ماهية العقد الدولي , بل وجعل ذلك المعيار الأخير كحدًا فاصلاً مابين العقد الدولي والعقد الداخلي , ونتيجةً لما تقدم ذكره فأن جانباً من الفقه يأخذ بمعيار يتخذ من حالة تطرق الصفة الأجنبية لأحد عناصر العقد هو عاملاً أساسياً في تحديد الصفة الدولية للعقد , وهو ما يعرف بالمعيار القانوني

, بينما يذهب جانب أخر من الفقه إلى اعتبار العقد دولياً متى ما كان هناك حالة انتقال لرؤوس الأموال والثروات عبر الحدود , وهو ما يعرف بالمعيار الاقتصادي , وأخيراً قد ظهر اتجاه معتدل يجمع مابين المعيارين السابقين لكونه يرى بأن تحقق المعيارين السابقين كشرط لإسباغ الصفة الدولية على العلاقة العقدية[٣].

ومن أجل الإلمام بما تقدم ذكره سنقوم بتقسيم ذلك المبحث إلى ثلاث مطالب , نتناول في المطلب الأول مفهوم العقود الدولية وفقاً للمعيار القانوني , بينما نتناول في المطلب الثاني مفهوم العقود الدولية وفقاً للمعيار الاقتصادي , مخصصين المطلب الثالث لمفهوم العقود الدولية وفقاً للمعيار المختلط وكما يلي :-

المطلب الأول

مفهوم العقود الدولية وفقاً للمعيار القانوني

يستند أنصار ذلك الاتجاه عند تعريفهم للعقد الدولي على توافر العنصر الأجنبي فيه , حيث يعرف العقد الدولي وفقًا لذلك ((بأنه العقد الذي يتضمن عنصرًا أجنبيًا سواء كان ذلك العنصر هو عنصر الأشخاص , أم عنصر الموضوع محل العقد , أم عنصر الواقعة المنشئة))[٤].

وعليه فإذا ما تطرقت الصفة الأجنبية لأحد عناصر العلاقة العقدية سوف ينتهي لجعلها علاقة مرتبطة بعدة أنظمة قانونية , أي أنها مرتبطة بأكثر من دولة واحدة مما سيضفي الصفة الدولية أخيراً على العقد ومن ثم الانتقال بعد ذلك للبحث عن القانون الذي سيطبق بشأنه , علمًا إن تلك العناصر التي تتطرق لها الصفة الأجنبية قد تكون عناصر موضوعية متمثلة بمحل أبرام العقد و مكان تنفيذه , أو قد تكون عناصر ذات طابع شخصي كجنسية أطراف العلاقة , محل أقامتهم , أو موطنهم[٥].

لذا فأن العقد الذي يتم إبرامه في بغداد ما بين شخصين أحدهما عراقي مقيم في العراق وأخر أردني مقيم في الأردن فيما يتعلق بخصوص بضاعة كائنة في فرنسا ويشترطً أن يتم تسليمها في ذلك البلد الأخير أيضًا مقابل أن يتم دفع ثمن البضاعة في مصر عقدًا دوليًا نتيجةً لاتصال عناصره بأكثر من دولة واحدة[٦].

إلا أن مع ما تقدم ذكره فنرى بأن الفقه قد أختلف في تحديد مدى أهمية عناصر العلاقة العقدية المطروحة على اتجاهين :-

الاتجاه الأول :- يمثله الفقه التقليدي والذي يرى بأن العنصر الأجنبي أياً كان فأن ارتباطه بالعلاقة العقدية سيؤدي إلى منحها صفة الطابع الدولي دون الكشف عن أهمية ذلك العنصر فكل العناصر على درجة واحدة[٧].

فالعقد يعد دولياً بنظر ذلك الاتجاه الأخير كما لو تمت حالة التعاقد مابين الطرفين خارج حدود الدولة التي يراد تنفيذه فيها , أو في حالة ما أذا كان أطراف العلاقة من جنسيات مختلفة[٨].

إلا أن ذلك المعيار الأخير لم يسلم من النقد الموجه أليه من جانب الفقه الذي يرى بأنه معياراً يتسم بالجمود بل وعدم المرونة لكونه يمنح العقد صفة الدولية لمجرد توافر العنصر الأجنبي في الرابطة العقدية دون أن يأخذ في نظر الاعتبار مدى تأثير ذلك العنصر أو طبيعة تلك الرابطة المطروحة من عدمها[٩].

الاتجاه الثاني :- نتيجةً للانتقادات السابقة ظهر اتجاه أخر مضيق تبناه جانب من الفقه المعاصر حيث أعتمد ذلك الأخير على مبدأ التفرقة مابين عناصر العلاقة العقدية في اكتساب الصفة الدولية إلى عناصر محايدة أو غير فعالة في الرابطة العقدية وأخرى مؤثرة , أو فعالة بحيث يرى أصحاب ذلك الاتجاه بأنه لا يمكن أن يتم إسباغ الصفة الدولية على الرابطة العقدية في حالة ما أذا تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر يعد بأنه غير فعال , أو مؤثر في العقد لذا لا يعقل أن يعتبر العقد دولياً على سبيل المثال لمجرد أنه قد حرر على ورق مصنع في دولة أجنبية بل وأن أصحاب ذلك الاتجاه قد ذهبوا إلى توضيح مضمون العناصر المؤثرة من عدمها فعد اختلاف موطن المتعاقدين وأن اتحدا في الجنسية ومحل تنفيذ العقد من العناصر المؤثرة التي لها القدرة على إضفاء الطابع الدولي على عقود المعاملات المالية والتبادل التجاري بخلاف ما يعرف بعنصر الجنسية الأجنبية للطرف المتعاقد الذي يعد بأنه عنصراً غير مؤثر في العقود التجارية وعقود المعاملات المالية بصفة عامة , فالعقد الذي يباشر بمقتضاه شخص أجنبي متوطناً في مصر بشراء البضائع اللازمة لاستخدامه الشخصي من السوق المحلية لا يثير مشكلة التنازع كون أن العلاقة العقدية مابين البائع المصري والمشتري الأجنبي ستخضع أخيراً للقانون الوطني وهذا التمييز مابين وجود العنصر الفعال من عدمه قد ينصرف إلى محل أبرام العقد باعتباره غير فعال أيضاً على الرغم من أن محل الإبرام يعد معياراً مؤثراً عند إسناد العقود من حيث الشكل مبررين عدم تأثيره لكون أن ذلك العنصر الأخير كثيراً ما يكون محايداً مما لا يسمح لإضفاء الصفة الدولية على الرابطة العقدية كما لو كان محل أبرام العقد في الدولة الأجنبية قد تم بناءً على عامل الصدفة[١٠].

وعليه فإن العبرة وفقاً للرأي السابق ليس بالكم العددي للعناصر الأجنبية التي تتضمنها الرابطة العقدية بل أنما العبرة بجوهرها المؤثر أو الفعال الذي سينتهي بها لإضفاء الصفة الدولية على العلاقة العقدية[١١].

إلا أن ذلك الاتجاه الأخير لم يسلم أيضًا من النقد الموجه أليه والسبب وراء ذلك هو أن تقدير القاضي لمدى فاعلية وتأثير عناصر العقد التي تتطرق أليها الصفة الأجنبية سوف يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة عند تحديده للصفة الدولية الأمر الذي قد يدفع القاضي وفقًا لتلك السلطة الممنوحة له من تطبيق قانونه الوطني في أغلب الأحيان[١٢].

بل أن جانبًا من الفقه قد ذهب إلى أبعد من ذلك من خلال تحديد الكيفية التي يتم بها إخضاع العقد لقانون الإرادة بين ما يعرف بالدولية المطلقة , أو الدولية الموضوعية وما بين ما يطلق عليها بالدولية النسبية أو الدولية الشخصية .

حيث يقصد بتلك الأخيرة هي حالة تركيز عناصر الرابطة العقدية في دولة واحدة مع طرح النزاع المتعلق بها أمام دولة أخرى , أما بالنسبة للدولية المطلقة , أو الدولية الموضوعية للعلاقة العقدية فهي حالة ما إذا كانت

العناصر الذاتية للعلاقة القانونية تتصل بأكثر من نظام قانوني للدول المختلفة ويستوي النظر بشأنها أمام أي قضاء يثار لديه النزاع فهنا الدولية نراها متحققة بصرف النظر عن الدولة المطروح عليها النزاع[١٣].

ووفقًا لما تقدم فإن جانبًا من الفقه يرى بأنه تكفي لدولية العلاقة أن تكون تلك العلاقة شخصية دولية أي بمعنى أنها من جهة قاضي النزاع تتضمن عنصراً أجنبياً وهو رأي الأستاذ Mayer[١٤].

بينما يرى جانبًا أخر من الفقه بأن الدولية النسبية للعلاقة القانونية لا تكفي لإضفاء الطابع الدولي المتطلب للرابطة العقدية التي ستخضع بمقتضاها تلك الرابطة لقانون الإرادة مبررين ذلك بأن العقد الدولي وفقاً لما يعرف بالمعيار القانوني هو ذلك العقد الذي تتصل عناصره بأكثر من نظام قانوني واحد ولا يصدق ذلك الوصف إلا بما أسميناه بالدولية المطلقة خلافاً لما يعرف بالدولية النسبية التي تكون فيها الرابطة العقدية منتمية بكافة عناصرها المؤثرة لدولة واحدة وأن طرح النزاع بشأنها أمام قضاء دولة أخرى فهي لا تكفي لتحريك قاعدة التنازع التي تخضع العقد لقانون الإرادة[١٥].

نخلص مما تقدم من إن حالة الاعتماد على المعيار القانوني بمفرده قد بات مؤكدًا بنظر الفقه بأنه لا يكفي بذاته للوقوف على مدى ارتباط موضوع العقد بالتجارة الدولية مبررين ذلك بأن وجود العنصر الأجنبي في العقد قد يكون أمرًا عارضًا دون أن تكون له علاقة بتلك التجارة الأخيرة مما دعا الفقه لاعتناق معيارًا آخرًا يرى بأن من خلاله تتحقق مصالح التجارة الدولية وهو ما يعرف بالمعيار الاقتصادي[١٦].

المطلب الثاني

مفهوم العقود الدولية وفقاً للمعيار الاقتصادي

لا يخفى بأن المتغيرات التي طرأت على عالمنا اليوم , سواء ما كانت تلك المتغيرات الأخيرة قد تجسدت على واقع الجانب الاقتصادي أم على واقع الجانب الاجتماعي فضلاً عن الجانب السياسي قد قابلها تراجعاً ملحوظاً لبعض المعايير والأفكار التي تم اعتناقها من قبل الفقه لمدة من الزمن في حالة ما أذا تطلب تحديد الصفة الدولية للعقود التجارية[١٧].

كما أن من دواعي ما يعرف بسياسة التحرر الاقتصادي وانعكاس تلك الأخيرة على واقع التجارة الدولية قد جعل من التشريعات الغربية الحديثة تسعى لتبني فكرة ذات مضمون اقتصادي في حالة تحديدها لدولية العقود وهي ما تتجسد في اتصال تلك العقود بمصالح التجارة الدولية , لذا يؤكد جانب من الفقه بأن على الرغم من وجود معيار من نوع أخر في تحديد دولية العقد إلا أن ما يعرف بالمعيار الاقتصادي قد لاقى قبولاً واسعاً من قبل التشريعات الحديثة فضلاً عن موقف الاتفاقيات الدولية تجاه ذلك راجعاً ذلك لاعتبارات هامة منها ما يشير إلى أن ذلك المعيار هو الأقرب لتفسير مدى اتصال الرابطة العقدية بمصالح التجارة الدولية[١٨].

فضلاً من أن اتصال الرابطة العقدية بمصالح التجارة الدولية ممكن أن يؤدي بها لانتزاعها من مجال تنازع القوانين وإخضاعها بدلاً من ذلك لقواعد أكثر استجابة وهي ما تعرف بقواعد القانون الموضوعي للتجارة الدولية[١٩].

كما أن لظهور العديد من العقود الحديثة التي طالما شهدت انتشارا واسعاً في معظم دول العالم منذ بداية النصف الثاني من القرن العشرين كعقود نقل التكنولوجيا وغيرها وتفوقها على ما يعرف بالعقود التقليدية قد رسم أثراً بالغاً لاعتناق ذلك المعيار[٢٠].

لذا نرى بأن القضاء الفرنسي قد درج بالاعتماد على ذلك المعيار الأخير بقصد الوصول إلى إقرار ما يعرف بصحة شرط الذهب وما في حكمه من شروط يستهدف من ورائها توقي مخاطر تغير السعر متى كانت تلك الشروط واردة في عقد وصف بأنه دولي بخلاف ما لو ورد ذلك الشرط في عقد داخلي والذي يعد وفق ذلك الأخير باطلاً لمخالفته للنظام العام وكذلك إقرار صحة شرط التحكيم الوارد في عقد دولي وبطلان مثل ذلك الشرط أذا ورد في عقد داخلي[٢١].

هذا وقد مر المعيار الاقتصادي بثلاث مراحل :-

المرحلة الأولى :- هي ما يطلق عليها بحركة المد والجزر أي بمعنى أن يتضمن العقد حالة ذهاب وإياب للقيم الاقتصادية عبر حدود دولتين أو أكثر[٢٢].

حيث ظهرت تلك الفكرة لأول مرة في القضاء الفرنسي بشأن القضية المطروحة على محكمة النقض الفرنسية في تاريخ ١٧ مايو لسنة ١٩٢٧ فيما يتعلق بعقد أيجار عقار كائن في الجزائر والنزاع يدور بخصوص مشروعية الاتفاق على الوفاء بالأجرة في الجنيه الإسترليني علماً أن المستأجر كان شخصاً فرنسياً والمؤجر انجليزي كما أنَ مكان الوفاء بالأجرة قد تم تحديده على أن يكون في مدينة لندن أو في مدينة الجزائر , إلا أن مع ما تقدم ذكره لم تكتف محكمة النقض الفرنسية بحالة اختلاف مكان الوفاء عن مكان التنفيذ (أي المعيار القانوني التقليدي لدولية العقد) ولا باختلاف جنسية الأطراف من أجل إسباغ الصفة الدولية على العقد وعليه فقد قضت بعدم مشروعية ذلك الشرط معتبرة بأن المنازعة لم تكتسب الصفة الدولية لكون أن استئجار العقار ما هي إلا عملية تتسم بالطابع المحلي بشكل تام ولا يتولد منها دخول بضائع أو نقود إلى فرنسا فوفقاً للحكم الذي أصدرته المحكمة قد رأت أنه يجب أن تكون هنالك تحركات متقابلة للأموال تتمثل بحركة المد والجزر عبر الدول من أجل إسباغ تلك الصفة الدولية على العقد[٢٣].

فالعبرة أذن فيما تقدم ليس بالعناصر الأجنبية بل بالمضمون الاقتصادي للعقد وعليه فأن كل عقد لم يستتبع حالة دخول وخروج أو استيراد للقيم الاقتصادية أو تصديرها فلا يمكن أن يعد عقداً يتسم بالطابع الدولي وهذا ما أخذ به القضاء المصري[٢٤].

إلا إن ذلك الرأي لم يسلم من سهام النقد لكون أن ذلك الأخير لا يؤخذ في الحسبان تنوع طرق الوفاء باعتبار إن ليس لكل ذهاب للبضاعة يقابله إياب يتمثل في مبلغ الوفاء فقد يتمثل الوفاء بطرق أخرى فضلاً عن ذلك أنه معيار لم يثبت قدرته على استيعاب مجمل العلاقات الاقتصادية الدولية مما يكون من الصعب الأخذ بهذا

المعيار في نطاق بعض العقود كعقود الخدمات الدولية كما أنه ولتلك الأسباب التي تقدم ذكرها أضطر القضاء الفرنسي إلى تطوير ذلك المعيار إلى صورة أخرى[٢٥].

الحالة الثانية :- تتضمن تلك المرحلة لمفهوم أخر حيث يعتبر العقد دولياً بمقتضاها في حالة ارتباط ذلك الأخير بمصالح التجارة الدولية , أي أن يكون جوهر العقد هو عملية تجارية وأن كانت تتضمن حركة باتجاه واحد للخدمات والأموال أو بالمدفوعات عبر الحدود وكان أو ظهور لتلك الفكرة بمناسبة شرط التحكيم في العقود الدولية[٢٦].

وعلى ضوء ذلك فأن كل عقد يأخذ في الاعتبار مصالح وحاجات التجارة الدولية يمكن أن يتم الاتفاق بشأنه على إخضاع ما ينشأ عنه من منازعات لقضاء التحكيم الذي سيجعل ذلك العقد في حرية أوسع والتي قد تنتهي به أخيراً للتحرر من ربقة القوانين الوطنية[٢٧].

وهذا ما نراه يتفق مع نص المادة (١٥٠٤) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي , الصادر بالمرسوم رقم (٥٠٠/٨١) في ١٢ مايو ١٩٨١ , والمعدل بالمرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ التي تؤكد على ((أن التحكيم الدولي هو الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية))[٢٨].

الحالة الثالثة :- تشترط تلك الحالة لإسباغ الصفة الدولية على العقد في حالة ما أذا تعدى ذلك الأخير بتبعاته وأثاره الاقتصاد الداخلي للدولة وعلى ضوء ذلك فأن الصفة الدولية للعقد ترتكن على مجمل العناصر التي يجب أن تؤخذ في الاعتبار من أجل تقدير مدى تعدي اقتصاديات العقد لنطاق القانون الداخلي[٢٩].

وعليه فأن مضمون المعيار الاقتصادي يتجسد في فكرة مفادها أن العملية التعاقدية يجب أن تتضمن مصلحة التجارة الدولية , أو بتعبير أخر في حالة ما أذا كانت مصلحة التجارة الدولية محل اعتبار في تلك العملية مما يؤدي ذلك إلى تحقيق المرونة في المعيار الاقتصادي لدولية العقد[٣٠].وهذا ما أرستــــه محكمة النقض الفرنسية[٣١].

فهو معيار يستهدف النظر إلى مدى انطواء تلك العلاقة العقدية على تبادل القيم أو الأموال عبر الحدود كما لو كان هنالك تصدير للبضائع إلى دولة أجنبية , أو في حالة استيرادها من الخارج وعليه فأن مبدأ تبادل الأموال والقيم عبر الحدود , أو مدى تجاوز تلك القيم والأموال للحدود الإقليمية للاقتصاد الداخلي لدولة ما تمثل جوهر ذلك المعيار[٣٢].

لذا يتضح بأن ذلك المعيار لا يقيم وزناً إلى العناصر الأجنبية في العقد أياً كان مصدرها مقابل ما يهتم بفكرة انتقال الأموال عبر الحدود التي ستؤدي أخيراً لإسباغ الصفة الدولية على العقد , فهو معيار يستجيب لفكرة حرية المبادلات في أطار التجارة الدولية أما لو لم تتحقق حركة الأموال مابين الدول فهنا لا يمكن نعت ذلك العقد بالصفة الدولية وأن كان يتضمن عنصراً أجنبياً[٣٣].

وبعد استقراء الأفكار السابقة نجد أن أهم ما يمكن الإشارة إليه هو عدم وجود حالة تعارض مابين المعيارين الاقتصادي والقانوني فالمتتبع لذلك المعيار الأخير يجد بأن العقد يعتبر بمقتضاه دولياً طالما كان محل اتصال بأكثر من نظام قانوني واحد وهو أيضاً ما نراه متحقق في ظل المعيار الاقتصادي في حالة ما أذا كانت الرابطة العقدية قد ترتب عنها انتقال للأموال من دولة لأخرى مع أخذها في الاعتبار مصالح التجارة الدولية فهنا يتضح بأن تلك الرابطة الأخيرة قد تحقق معها المعيارين معاً حيث تحقق معها المعيار القانوني كون أن ذلك الأخير يتطلب اتصال العلاقة العقدية بأكثر من نظام قانوني واحد مع حالة تحقق المعيار الاقتصادي نتيجةً لتعلق تلك الرابطة بمصالح التجارة الدولية[٣٤].

كما يتضح بأن المعيار الاقتصادي قد يلتقي مع معيار من نوع أخر يصلح كأساس لتحديد مضمون عقود التجارة الدولية وهو ما يعرف بمعيار العمل الرأسمالي فإذا كان ذلك المعيار الأخير يعتمد بالدرجة الأولى في حالة تصنيفه للأعمال إلى أعمال ذات طبيعة رأسمالية وأخرى غير رأسمالية مستنداً بذلك على انتقال القيم والأموال ودورانها , فأن المعيار الاقتصادي يتخذ من تلك الحركة المتمثلة بانتقال تلك القيم والأموال من خلال تجاوزها أو انتقالها عبر الحدود كأساس لتحديد دولية العقد أيضاً[٣٥].

ومن تطبيقات المعيار الاقتصادي في القضاء الفرنسي بصورة عامة هو ما قررته محكمة استئناف باريس في تاريخ ٢٦ نيسان ١٩٨٥ من أن الطابع الدولي يتحدد بصفة أساسية بالنظر للعملية الاقتصادية التي يرتبط بها ويكفي أن يترتب على تلك العملية حركة انتقال البضائع والخدمات أو إلى تسوية عبر الحدود وبصرف النظر عن مكان التحكيم أو القانون الذي يحكم إجراءاته أو جنسية الأطراف[٣٦].

إلا أن على الرغم من تلك السمات التي يتميز بها المعيار الاقتصادي في إضفاء الصفة الدولية على العقد لكننا بالمقابل نرى بأنه معياراً لم يسلم من سهام النقد التي وجهها أليه معارضوه حيث يرى الفقه المعارض لذلك المعيار بأن اشتراط اتصال العلاقة العقدية بمصالح التجارة الدولية هو شرط سيؤدي إلى إخراج الكثير من العقود ذات الطابع الدولي من هذا المجال بحجة عدم اتصالها بمصالح التجارة الدولية على الرغم من توافر العنصر الأجنبي فيها كما إن لظهور الأنواع الأخرى من العقود ذات الطابع الحديث كعقود التحويل , وعقود التعاون الصناعي فضلًا عن ما يعرف بعقود نقل التكنولوجيا ودخول تلك العقود في مجال العقود الدولية ليس من شأنه إخراج غيرها من العقود التي تضمنت عنصرًا أجنبيًا من نطاق القانون الدولي الخاص مما يوجب إثارة التنازع مابين القوانين بشأنه لتحديد القانون الواجب التطبيق[٣٧].

وعلى ضوء ما تقدم فأننا نرىبأن على الرغم من تلك السمات التي يتسم بها المعيار الاقتصادي المتمثلة بالسهولة والمرونة من جانب التطبيق العملي فضلاً عن ارتباطه بموضوع بحثنا وهو سلطة المحكم في تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية إلا أن ذلك لا يمكن الاعتداد به في تجاوز موضوع العملية القانونية لحدود الدولة الواحدة دون وجود العنصر القانوني ولعل ذلك هو السبب في الاعتقاد بأن المعيار القانوني هو أوسع نطاقاً من المعيار الاقتصادي لكون أن ذلك الأخير سوف لا يقوم بإضفاء صفة الدولية على العقد إلا في حالة اتصال ذلك الأخير بمصالح التجارة الدولية في حين أن تلك الدولية قد تتحقق للعقد على

الرغم من عدم تعلقه بمصالح التجارة الدولية وذلك في حالة ما لو تم اعتناق المعيار القانوني الموسع الذي يساوي ما بين العناصر المؤثرة في العلاقة وتلك المحايدة ولكننا نرى في النهاية الجمع مابين المعيارين معاً فهما متكاملان لا متناقضان.

المطلب الثالث

مفهوم العقود الدولية وفقاً للمعيار المختلط

نتيجةً للانتقادات الموجهة لكلاً من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي فأن جانب من الفقه يرى ضرورة الجمع ما بينهما لكون أن فكرة التطبيق الموزع لكل معيار من معايير دولية العقد على حدة هي مثاراً للانتقاد فضلاً عن ذلك أن لكل معيار هدفه الخاص به فهو يعد هدفاً موازياً لهدف المعيار الأخر ومكملاً له , فالمتتبع للمعيار الاقتصادي يجد أن الهدف الذي يسعى أليه هو تحقيق حالة من التوازن مابين نوعين من المصالح أولها : يتمثل بمصالح الدولة التي تسعى من أجل الحفاظ على الثقة في عملتها من خلال عدم إقرار شروط نقدية في أطار العلاقات الداخلية من أجل تحقيق المنفعة العامة سواء ما كانت تلك المنفعة متمثلة بالدولة , أم الأفراد نتيجة لانتقال رؤوس الأموال وثانيها : يتمثل بمصالح التجارة الدولية من خلال السماح بأدراج مثل تلك الشروط السابقة وهي ما تعرف بالشروط النقدية في العقود الدولية مستهدفا بذلك أيجاد نوع من التوازن مابين الاداءات المختلفة لطرفي العقد وهو ما لا يحققه المعيار القانوني بمفرده[٣٨].

وهذا ما تبناه القضاء الفرنسي الحديث في حالة تصديه لتحديد مدى دولية العقد فهو يرى بأن تحقق المعيار القانوني بمفرده من خلال اتصال الرابطة العقدية بالعنصر الأجنبي لا يعد كافياً ما لم يكون العقد على اتصال بمصالح التجارة الدولية[٣٩]. فضلًا عما سار عليه القضاء ألتحكيمي أيضًا عندما جمع مابين المعيارين القانوني والاقتصادي من أجل تحديد دولية العقد التجاري[٤٠].

وخير دليل على ما تقدم ذكره هو ما جسده الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس بتاريخ ٩ نوفمبر لعام ١٩٨٤ في قضية (Batylre)التي تتلخص وقائعها بخصوص عقد وكالة قد تم إبرامه في السويد مابين شركتين سويديتين وشخص يحمل الجنسية الفرنسية , موضوع ذلك العقد هو قيام ذلك الأخير بتسويق منتجاتهما إلى فرنسا علماً أن ذلك العقد قد تضمن شرطاً يلزم الأطراف بحل النزاعات المتعلقة بتنفيذ العقد وتفسيره عن طريق التحكيم وعند عرض النزاع على محكمة استئناف باريس انتهت المحكمة في حكمها إلى أن العقد يعد دولياً وأن ما ورد فيه من شرط للتحكيم يعد شرطاً صحيحاً واستندت المحكمة في تحديد صفة الدولية للعقد على معيارين أحدهما قانوني : نتيجة لإبرام العقد في الخارج (السويد) فضلاً من أن أحد أطراف العقد أجنبي الجنسية (الجنسية السويدية للشركتين) والأخر اقتصادي : عندما أكدت المحكمة أن العملية العقدية تهدف إلى تشجيع الاستيراد إلى فرنسا لمنتجات وبضائع تم إنتاجها في الخارج (السويد) وهو ما يدل على أنها أخذت بالمعيارين معاً[٤١].

وهذا ما سار عليه المشرع المصري في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ عندما جمع مابين المعيارين السابقين من أجل تحديد دولية التحكيم دون أن يكتفي بأحدهما[٤٢].

أما على صعيد المشرع العراقي فأن نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي التي تشير الى 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 أخر يراد تطبيقه)).

فهنا نرى بأن تلك المادة الأخيرة وأن بينت القانون الواجب التطبيق من حيث المكان فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية إلا أن بالمقابل لم يوضح المشرع ما المقصود بتلك الالتزامات التعاقدية وهذا ما ولد العديد من الخلافات إلا إن بالرجوع لقانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ نراه قد حدد باباً للبيوع الدولية وبالتحديد نرى نص المادة (٢٩٤) من ذلك القانون الأخير عندما اعتبرت البيع الدولي هو ذلك البيع الذي يكون محله بضاعة منقولة أو معدة للنقل بين دولتين أو أكثر.

الأمر الذي يؤكد على أن المشرع في قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ قد أعتمد على العناصر القانونية في حالة تحديده لعقد البيع الدولي إذ أن البيع الدولي لا يتحقق في عرف هذا القانون إلا أذا كان البيع بين دولتين أو أكثر وبما أن البيع بحد ذاته هو عملية تجارية لما تتضمنه من استيراد وتصدير للبضائع وهذا ما يتفق مع نص الماد ٥ / ٣ من القانون ذاته الذي أعتبر استيراد البضائع أو تصديرها هو أحد الأعمال التجارية فهنا نرى بأن المشرع العراقي في تلك المادة قد أخذ بالمعيارين معاً.

وبالمقارنة مع مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي نرى بأن ذلك القانون الأخير قد أشار في المادة (٤) منه إلى أنه ((يكون التحكيم دوليًا في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعًا يتعلق بالتجارة الدولية))[٤٣].والمتتبع لهذا النص يرى بأن المشرع العراقي ابتداءً قد أخذ بالمعيار الاقتصادي لدولية التحكيم وهي دولية تستمد من دولية الرابطة العقدية محل النزاع مما يفيد بأن المشرع العراقي في مشروع قانون التحكيم قد أعتنق في نهاية الأمر المعيار الاقتصادي كأساس لدولية العقود وهذا ما أخذ به قانون التحكيم التجاري الدولي الفرنسي في المادة (١٥٠٤) عندما أعتبر أن التحكيم الدولي هو التحكيم الذي يرتبط بمصالح التجارة الدولية , ألا أن المشرع العراقي قد عاد وأفصح مرةً أخرى في الفقرة الأولى من المادة ذاتها عندما أشترط بأن يكون التحكيم التجاري دوليًا عندما يكون المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت أبرام أتفاق التحكيم , وهو ما نراه بأنه معيارًا قانونيًا للدولية مما يمكن القول بأن المشرع العراقي في مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي قد سار على ما سار عليه المشرع المصري في قانون التحكيم الذي جاء مشابهًا لموقف المشرع العراقي في مشروع قانون التحكيم مما يتضح بأنه أخذ بالمعيارين معًا.

وبالرجوع لموقف القضاء العراقي نجد أن محكمة التمييز قد أصدرت قرارين أضفت فيهما على العقود محل النزاع الصفة الدولية إلا أن موقفها لم يتجه لمعيار محدد فمرةً تأخذ بالمعيار القانوني عند تحديد دولية العقد

وهذا ما تجسد في قضية سائق عراقي قام بإبرام عقداً مع عامل سوري في سوريا كان الغرض من ذلك العقد الأخير هو القيام بإصلاح السيارة العائدة للعراقي لقاء مبلغ من المال , أمتنع الشخص العراقي عن دفع الأجور التي في ذمته مما دفع الشخص السوري للقيام برفع دعوى ضد السائق أمام محكمة تلعفر مطالباً منحه الحكم له بالمبلغ المستحق في ذمة السائق العراقي , ردت محكمة تلعفر دعواه لعجزه عن الإثبات إلا أن محكمة التمييز قررت نقض حكم المحكمة وقالت في حيثيات الحكم (لما كان الالتزام التعاقدي موضوع الدعوى قد نشأ عن عقد مدني تم إبرامه في سوريا بين عراقي وسوري فتسري والحالة هذه أحكام القانون السوري بوصفه قانون الدولة التي تم فيها أبرام العقد تطبيقاً لنص المادة (٢٥) مدني عراقي[٤٤].

وبذلك يتضح من القرار السابق بأن محكمة التمييز قد أضفت الصفة الدولية على العقد محل النزاع بالاستناد لنص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي بعد اعتمادها على العناصر القانونية لاختلاف جنسية أطراف العلاقة التعاقدية , أما باقي العناصر الأخرى فأنها قد تكون ثانوية لم تكن لها نفس ثقل العنصر الأول , فضلاً عن ذلك بأن العقد كان محل اتصال بعدة أنظمة قانونية.

ومرة أخرى نراه يجمع مابين العناصر القانونية للعقد فضلاً عن العناصر الاقتصادية له ((وهذا ما جسده القرار الصادر عن محكمة التمييز العراقية في قضية تتضمن وقائعها عقداً أبرم ما بين تاجر عراقي وشركة (يو . كي) الانجليزية على أن يحمل لحسابه من إيران إلى لندن كمية من الشاي الإيراني على أن تقوم الشركة ببيع الشاي لحسابه بطريقة القامسيون (لقاء عمولة) ولما لم تستطيع الشركة تصريف الشاي لرداءته طالبت المتعاقد العراقي بالمبلغ الذي أمتنع من جانبه عن دفعه مما دفع الشركة إلى رفع دعوى عليه أمام محكمة بداءة البصرة التي أصدرت قرارها للشركة بالمبلغ المتفق عليه , إلا أن محكمة الاستئناف فسخت قرار محكمة البداءة وردت الدعوى وقد صدقت محكمة التمييز على قرار محكمة الاستئناف قائلةً (لدى التدقيق والمداولة وجدت أن النقاط الواجبة الحل هي أولاً : الاختصاص وثانياً : الخصومة وثالثاً : القانون الواجب التطبيق ورابعاً : تحديد نقاط الخلاف مابين الطرفين فيما يتعلق بالالتزام أما عن القانون الواجب التطبيق فإنه من الواضح أن يكون قانون المحل الذي أبرم فيه العقد هو القانون الواجب التطبيق طبقاً لنص المادة (٢٥) مدني عراقي))[٤٥].

وهنا يتضح بأن ذلك القرار الأخير قد جمع مابين المعيارين القانوني والاقتصادي من خلال إضفاء الصفة الدولية للعقد وهو ما تحقق فيما يلي :-

١- تحري محكمة التمييز عن القانون الواجب التطبيق على ذلك العقد وقيامها أخيراً بتطبيق نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي باعتباره ذلك القانون الذي تم فيه العقد كما أنها لم تتجاهل اختلاف جنسية المتعاقدين بل واختلاف موطنهما فضلاً عن ذلك حالة اتصال العقد بعدة أنظمة قانونية للدول المختلفة.

٢- كما أن تلك المحكمة الأخيرة أخذت في الاعتبار أيضاً تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية وهو حالة تضمن العقد قيم اقتصادية (الشاي) عبر الحدود .

وعليه فعند التدقيق بتلك القرارات الأخيرة التي أصدرتها محكمة التمييز العراقية يظهر بأنها لم ترجح معياراً محدداً يمكن اعتماده من أجل إضفاء الصفة الدولية على العقد , فمرة تأخذ بالعناصر القانونية بمفردها ومرةً أخرى تجمع مابين العناصر الاقتصادية والقانونية مما جعل من الصعوبة على تلك المحكمة الأخيرة إعطاء تعريف للعقد الدولي يمكن من خلاله تحديد عناصر ذلك العقد وسماته[٤٦].

إلا أن حالة الجمع مابين المعيارين السابقين لا يعني على أطلاقه في نظر جانب أخر من الفقه الحديثوالذي نؤيده بل يؤكد على ضرورة الأخذ بالمعيار القانوني المرن (المضيق) الذي لا يعتد إلا بالعناصر المؤثرة دون المحايدة عند تحديد دولية العقد والذي يرى بأن الأخذ بذلك المعيار الأخير سوف يؤدي إلى أدراك الغاية التي يقتضى من خلالها الجمع مابين المعيارين السابقين لكون أن الأخذ بالمعيار القانوني الموسع إلى جانب المعيار الاقتصادي سوف يقودنا بالنهاية إلى عدم الاعتداد بالعنصر الأجنبي الذي ينطوي عليه العقد إلا فيما لو كان مؤثراً وهو ما نراه متحققًا في عقود المعاملات الدولية عندما يتجاوز انتقال رؤوس الأموال أو الخدمات أطار القانون الوطني للدول[٤٧].

وعليه فأننا نرى بأنه أذا كان أتصاف العقد التجاري بالطابع الدولي هو ما يسمح للإرادة في أداء دورها الذي يتمثل في إخضاع الرابطة العقدية لحكم القانون فأن دولية ذلك العقد الأخير هو الشرط الذي يمنحها القدرة بالتحرر من ذلك القانون .

المبحث الثاني

مدى حرية المحكم في تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية[٤٨]

أن من شأن نمو وزيادة معدل التجارة الدولية وما صاحبه من التطور الحاصل في مجال العلاقات ذات الطابع التجاري مابين الشرق والغرب إضافةً إلى تنوع صورها إذ أصبحت حقيقةً ثابتة تخطت عبر الحدود في الوقت الذي ظهر قصور من جانب ما يعرف بالنظم الوطنية وكذلك القضائية في بلوغ حد الكفاية في مواجهة مايعرف بعقود التجارة الدولية من حيث وضع الحلول الكافية بالتصدي لما ينشأ عنها من منازعات كل ذلك ساهم في انتشارالتحكيم التجاري الدولي باعتباره تلك الوسيلة الأكثر جدوى لحل ذلك النوع من المنازعات , فهي منازعات تحكمها في الغالب قواعد موضوعية نشأت بطريقة تلقائية متسمة بالطابع الفني المتخصص والذي كان لقضاء التحكيم الدور الفعال في إرساء قواعدها بعيداً عن سلطان وقضاء المحاكم الوطنية [٤٩].

لذا أحتل التحكيم أهمية خاصة ليس في الوقت الحاضر فحسب بل أن تلك الأهمية قد تنامت منذ العصور الوسطى في مبادلات التجارة الدولية وذلك بسبب رغبة التجار الدوليين من أنشاء قانون خاص ليكون أكثر

انسجام مع طبيعة عقودهم الخاصة بتلك التجارة الأخيرة والذي أطلق عليه بمصطلح قانون التجار فضلاً من اختيار قضاة تلك التجارة من أقرانهم التجار بدلًا من الالتجاء إلى القضاء النظامي لحسم منازعاتهم الناشئة عن تلك العقود الأخيرة(٥٠).

كما أن الدور الذي يؤديه قضاء التحكيم التجاري الدولي لا يقتصر على حسم المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية فحسب , بل أنه قد أصبح الأداة الفعالة في تكوين وصياغة مجموعة من المبادئ والقواعد التي تشكل نظاماً قانونياً عالمياً ينظم ويحكم مسائل التجارة الدولية(٥١).

وتظهر تلك الأهمية لقضاء ذلك التحكيم الأخير نتيجةً لأضطراد العمل به في عقود التجارة الدولية , وهو ما دفع البعض للتعبير عن ذلك بأن عقود التجارة الدولية بمجملها يندر إلا تحتوي على شرط يفيد طرح ما ينشأ من منازعات على قضاء التحكيم والنادر الذي لا يحتوي على شرط التحكيم نجد أطرافه يتفقون حينما يثور بشأنه نزاع على الالتجاء لقضاء التحكيم كوسيلة لحسمه وهي ما تعرف بمشارطة التحكيم , وعلى ضوء ذلك يمكن الاعتداد بأن التحكيم قد أضحى هو الطريق المعتاد للنظر في المنازعات التجارية الدولية(٥٢).

وعليه فأن نظام التحكيم التجاري الدولي نراه ينشئ العديد من الأزدواجيات التي سوف تتولد عنها العديد من المشاكل على أكثر من مستوى ومن بين تلك الأزدواجيات هو ما يعرف بالتحكيم وفقًا لقواعد القانون , أو ما يعرف بالتحكيم بالقانون وتحكيم من نوع أخر وهو ما يطلق عليه مصطلح التحكيم مع التفويض بالصلح , أو ما يعرف بالتحكيم وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف الذي يُعد استثناءً من النوع الأول لكون أن الأصل في التحكيم هو التحكيم بالقانون(٥٣).

فإذا كان الأصل أن يتم الفصل في ما يعرض من نزاع بين الأطراف على قضاء التحكيم التجاري الدولي وفقاً لأحكام القانون ليمارس المحكم سلطة القاضي مع التزامه بالحدود المرسومة لتلك السلطة التي منحها له القانون إلا أن القانون نفسه قد عاد ليسمح للأطراف بتخويل المحكم صلاحية الفصل في منازعاتهم وفقاً لما يراه محققاً للعدالة ودون التقيد بأحكام القانونوصولاً إلى حكم يحفظ ذلك التوازن مابين مصالحهم وأن كان ذلك الحكم يعد مخالفاً لأحكام القانون التي يفترض أن تحكم ذلك النزاع وهذا ما يجد سنده في موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية اللاحق ذكرها والتي أخذت بالتحكيم مع التفويض بالصلح بحيث سمحت للأطراف حق منح المحكم سلطة الفصل وفقاً لقواعد العدل والأنصاف واستبعاد تلك القواعد القانونية بقدر مايتطلب شعورهم بالعدالة (٥٤).

يتضح من خلال ما تقدم ذكره بان الأصل في التحكيم هو التحكيم وفقًا للقانون بحيث لو نص الأطراف في عقدهم , أو في أي وثيقة مستقلة على إحالة منازعاتهم إلى التحكيم دون تحديد أخر فأن هنالك قرينة على أن المراد بالتحكيم هو التحكيم وفقاً للقانون لكون إن التحكيم مع التفويض بالصلح يشترط لانعقاده أن يكون هنالك أتفاق صريح من قبل الأطراف وعلى ضوء ذلك فأن المحكم التجاري الدولي سيسلك أحد الطريقين التاليين عندما يعرض عليه نزاع يراد الفصل به بناءً على أتفاق الأطراف :-

الأول : - هو أن يلتزم المحكم بتقييم الادعاءات بمعيار موضوعي أساسه أحكام القانون مثله مثل القاضي الوطني, وهو ما يعرف بالتحكيم وفقاً للقانون .

الثاني : - أن يلتزم المحكم في تقييمه بمعيار شخصي قوامه التقدير الذاتي لمدى عدالة الادعاءات المطروحة أمامه وهو ما يعرف بالتحكيم مع التفويض بالصلح , أو ما يطلق عليه بالتحكيم وفقاً لقواعد العدالة والأنصاف .

وعلى ضوء ما تقدم ذكره نود التعرف على مدى أمكانية سلطة المحكم التجاري الدولي في تحرير العقود الدولية من هيمنة القوانين الوطنية فهل أن ذلك التحرير مقتصرًا على التحكيم مع التفويض بالصلح أم أن للتحكيم وفقًا للقانون أيضًا تلك الخصوصية وهذا ما سوف نسلط الضوء عليه من خلال لاحق البحث.

لذا سوف نقوم بتقسيم ذلك المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول تحرير العقود الدولية بالاستناد إلى سلطة المحكم وفقًا للقانون بينما نخصص المطلب الثاني لتحرير العقود الدولية بالاستناد إلى سلطة المحكم المفوض بالصلح وكما يلي :-

المطلب الأول

تحرير العقود الدولية بالاستناد إلى سلطة المحكم وفقـاً للقانون

بادئ ذي بدء أن الأصل في كل تحكيم يكون بقانون وهو ما يعني حسم النزاع المعروض على المحكمين من خلال تطبيق قواعد قانون وطني ما , إلا أن الاستثناء من ذلك الأصل هو متى ما نص الأطراف صراحةً على أنهم يفوضون المحكم بالصلح فهنا سيلتجئ المحكم إلى تطبيق مبادئ العدالة والإنصاف دون اللجوء لأي قانون وطني[٥٥].

لذا يقصد بالتحكيم وفقاً للقانون Arbitrage de droit[56] أو ما يعرف بالتحكيم بالقضاء[٥٧]. بأنه ذلك النوع من التحكيم الذي يفصل به المحكم بالنزاع المعروض عليه متقيداً بتلك القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق فيمارس سلطة القاضي في تنفيذ أحكام القانون على ذلك النزاع إضافة لالتزام المحكم بالحدود المرسومة لتلك السلطة وتكون مهمة المحكمة في معرفة مدى صحة الادعاءات المتقابلة من خلال التعرف على وقائع النزاع وإنزال حكم القانون عليها بغض النظر عن تقديره لمدى عدالة تلك النتائج التي توصل أليها[٥٨].

ولأهمية ذلك النوع من التحكيم نجد بأن العديد من التشريعات الوطنية قد تضمنته نصوصها بل وأخذت به من جانب أخر العديد من الأعمال الاتفاقية حيث نجد بأن المشرع الفرنسي قد أشار أليه في النصوص المتعلقة بالتحكيم التجاري الدوليفي المادة (١٥١١) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد والتي تنص على :-

((على هيئة التحكيم حسم النزاع على وفق القانون الذي أختاره الأطراف وفي حالة عدم الاتفاق فيكون وفقًا للقانون الذي تراه محكمة التحكيم مناسبًا))[٥٩].

كما أن المادة ٣٩ / ١ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في مصر تنص على أن ((تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان , وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة , أتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك))٠

أما عن موقف المشرع العراقي فأن قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ قد أشار لذلك النوع من التحكيم في المادة ١/٢٦٥ والتي تنص على أنه ((يجب على المحكمين أتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا أذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي أتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون)) ٠وبالمقارنة مع نص المادة (٣٩ / أولًا) من مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي نجد أن تلك المادة السابقة قد أشارت بجلاء إلى أن ((تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة أتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين))[٦٠].

فضلاً عن موقف الاتفاقيات الدولية التي نجد منها مثلاً اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي في مادتها ٢١ / ١ تنص على أن ((تفصل الهيئة في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفقا عليه صراحةً أو ضمناً أن وجد وإلا فوفق أحكام القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع٠٠٠٠٠))[٦١].

وكذلك اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام ١٩٦٥ في مادتها ٤٢ /١ التي تنص على ((يجب على المحكمة الفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون الذي يتفق عليه الطرفان ٠٠٠٠٠٠))[٦٢].

فضلاً عما تضمنته نصوص الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١ في مادتها ٧ / ١ التي تنص على أن ((الفرقاء أحرار في تحديد القانون الذي يقتضى على الحكام تطبيقه٠٠٠٠))[٦٣].

كما أن قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس لم تكن بعيدة عن ذلك المعنى بل أنها تضمنته ذلك المعنى في نص المادة ٢١ / ١ عندما أشارت إلى أن ((يتمتع الأطراف بحرية الاتفاق على القواعد القانونية التي تطبقها هيئة التحكيم على موضوع النزاع وفي غياب مثل هذا الاتفاق تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي تعتبره ملائماً))[٦٤].

هذا وقد أشارت نصوص قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة ٣٥ / ١ منهاعلى أن ((تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يعينها الأطراف باعتبارها منطبقة على موضوع المنازع فأن لم يعين الأطراف تلك القواعد طبقت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسباً))[٦٥].

وعلى ضوء ما تقدم نلاحظ بأنه لا يوجد قانون وطني أو اتفاقية دولية لم تُشر إلى ذلك النوع من التحكيم وهو ما يعرف بالتحكيم وفقًا للقانون لكون أن ذلك الأخير يعد هو الأصل مقارنة بالاستثناء الذي يعرف بالتحكيم مع التفويض بالصلح والذي سيرد ذكره لاحقاً .

إلا أن مع ما تقدم ذكره نود التعرف على التزام المحكم التجاري الدولي تجاه أرادة الأطراف المتعاقدة والقانون المحدد فهل هو التزام مطلق لكون أن السلطة التي يستمدها المحكم راجعة إلى أتفاق الأطراف وأخيرًا فهو ملزم بتطبيق القانون المختار من قبلهم دون أن يكون له حق الرجوع لقواعد أخرى كقواعد القانون الموضوعي للتجارة الدولية إلا في حالة تخلف قانون الإرادة , أو عدم اختصاصه أم أن باستطاعة المحكم واستنادًا لشرط التحكيم القدرة على تطبيق قانون أخر وأن لم يشير الأطراف لتطبيقه مما يمكن معه القول بتحقق فكرة تحرير العقود الدولية من سلطان القوانين الوطنية؟ [٦٦]، [٦٧].

على صعيد الفقه الفرنسي يرى الفقيه جولدمان أن مجرد قيام الأطراف بتضمين عقدهم شرط التحكيم التجاري الدولي فأن ذلك الأخير يعتبر كأداة لتدويل العقد مما يترتب معه الرجوع الضمني إلى ما يعرف بعادات وأعراف التجارة الدولية فضلاً عن المبادئ العامة للقانون وأن كان تطبيق تلك القواعد الأخيرة لم يكن محل أتفاق صريح مابين الأطراف[٦٨].

بل ويؤكد جانب أخر من الفقه بأن مجرد اللجوء إلى قضاء التحكيم التجاري الدولي من قبل الأطراف سيوضع العقد وبصورة ضمنية في دائرة ما يعرف بتلك القواعد والمبادئ الواجبة التطبيق بصورة تلقائية بل وبنحو كامل على مثل ذلك النوع من العلاقات الاقتصادية[٦٩].

لذا يرى جانب من الفقه بأن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقدهم الدولي وأن كان يمثل انتقاصًا لسلطة المحكم الذي يسعى دائماً لتطبيق قواعد مجتمع التجارة الدولية متى ما رأى في تلك القواعد الأخيرة القدرة على حكم وقائع الدعوى إلا أن ذلك لا يعني جعل المحكم مغلول اليدين بصورة مطلقة وذلك للعديد من الاعتبارات التالية :-

أولاً :- منها ما يتضمن أنكاراً للطبيعة القانونية التي تتصف بها العديد من قواعد التجارة الدولية وما أصبحت تتسم به تلك الأخيرة من قوة ألزام ذاتية كقانون بديل للقانون الوطني تلتزم قبلها قرارات التحكيم من حيث إبداء الاحترام الواجب لها مع الإشارة إلى أن الأطراف عندما يحددوا القانون الواجب التطبيق على عقدهم فأن ذلك التحديد الأخير لم يتضمن عادةً اقترانه بشرط يشير إلى عدم جواز تطبيق قانون التجارة الدولية[٧٠].

ثانياً :- أن الحرية الممنوحة للأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم فيما بينهم وأن كانت حرية مطلقة إلا إن تلك الحرية سوف لا تمنع المحكم التجاري الدولي من اجتياز ذلك القانون المحدد من قبل الأطراف واللجوء لقواعد القانون الموضوعي للتجارة الدولية ومرد ذلك اللجوء الأخير هو لاعتبارات عدة منها ما يتعلق بكون أن ذلك القانون المحدد قد لا يتضمن تنظيماً للرابطة العقدية هذا من جانب , ومن جانب أخر فأن ذلك اللجوء قد يكون راجعاً للضرورة أو بحكم طبيعة النزاع كما لو أحال ذلك القانون المختار للأخذ بالمبادئ العامة للقانون , أو بما يجري عليه العمل بعادات التجارة الدولية, فضلاً عن ذلك فقد يتعارض تطبيق

نصوص ذلك القانون المختار من قبل الأطراف مع عادات وأعراف التجارة الدولية السائدة خاصةً أذا كانت تلك العادات أو المبادئ تتفق والنظام العام الدولي[٧١]،[٧٢].

كما ولا يغيب عن البال من أن المحكم التجاري الدولي قد يخرج عن القانون الوطني المحدد من قبل الأطراف مبرراً خروجه من باب أن ذلك القانون الأخير قد يتسم بالنقص بل وغموض قواعده المختارة فضلاً عن حالة تقاعس القوانين الوطنية عن اللحاق بركب التطورات التي تحدث على مسرح التجارة الدولية مما يجد المحكم التجاري الدولي نفسه أمام حالة من النقص أو الفراغ التشريعي الذي يتعين إكماله عن طريق اللجوء إلى قواعد القانون الموضوعي للتجارة الدولية[٧٣].

لذا أن تحديد قانون وطني من قبل الأطراف أمام المحكم التجاري الدولي سوف لا يمنع ذلك الأخير من الخروج عن أطار ذلك القانون المحدد واللجوء بدلاً من ذلك لقواعد أكثر استجابة وهي ما تتجسد بقواعد القانون الموضوعي للتجارة الدولية يقيناً منها أن من الصعوبة مطالبة المحكم بأعمال قاعدة لا تتفق ومنازعات التجارة الدولية مما كان من المتعين الوصول لوسيلة تمكنه من مواجهة تلك الصعوبة[٧٤]،[٧٥].

وهذا ما تؤكده الاتفاقيات الدولية ومنها الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي والسابق الإشارة أليها في الشطر الثاني من المادة ٧ / ١ التي تؤكد على حق المحكم في أن يأخذ في الاعتبار نصوص العقد وعادات التجارة الدولية عند الفصل في النزاع هذا وبصرف النظر عما أذا كان المتعاقدون قد تم اختيارهم لقانون دولة معينة من اجل حكم الرابطة العقدية أو سكتوا عن هذا الاختيار وهو ما يتجسد أيضاً في نص المادة ٢١ / ١ من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي التي تضمنت التأكيد على هيئة التحكيم من الأخذ بالاعتبار قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة فضلاً عن باقي الاتفاقيات الأخرى بل أن ذلك التأكيد قد تضمنته نصوص قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس في المادة ٢١ / ٢ عندما نصت على أن ((تأخذ هيئة التحكيم بعين الاعتبار أحكام العقد المبرم بين الطرفين أن وجد كما تأخذ بعين الاعتبار أي أعراف تجارية ذات صلة))[٧٦].

فضلاً عما تضمنه قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٩٤ عندما نصت في المادة ٣٥ / ٣ على أن ((تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد أن وجد وبمراعاة الأعراف التجارية السارية على المعاملة))[٧٧].

وعلى ضوء ما تقدم نرى إن سلطة المحكم وفقاً للقانون في المجال الدولي لم تكن مقيدة في تطبيق القوانين الوطنية فحسب بل أن لذلك المحكم الأخير الحرية في التخلي عن تطبيق تلك القوانين الوطنية كلما وجد ضرورةً تقتضي ذلك والأبعد من ذلك أن مجرد وجود ما يعرف بشرط التحكيم يعد في نظر الفقه كأداة لتدويل العقد وإخراجه من القوانين الوطنية مما تتجلى في ذلك فكرة تحرير العقود الدولية من سلطان القوانين الوطنية سواء ما كان ذلك في حالة إشارة الأطراف صراحة أم ضمناً للقانون الوطني بل وحتى في غياب ذلك الاختيار .

المطلب الثاني

تحرير العقود الدولية بالاستناد إلى سلطة المحكم المفوض بالصلح

بادئ ذي بدء اختلفت التسميات بشأن هذا النوع من التحكيم فمن الفقه من يطلق عليه مصطلح التحكيم وفقاً لقواعد العدالة والأنصاف[٧٨].

بينما يذهب البعض الأخر من الفقه لتسميته بالتحكيم مع التفويض بالصلح[٧٩]. وأخيراً نرى من يطلق عليه مصطلح التحكيم الطليق[٨٠].ومع اختلاف التسميات إلا إن المضمون لا يختلف لكون أن المحكم في ذلك النوع من التحكيم سوف يستند على ما تقتضيه العدالة مغلباً تلك الأخيرة على أي اعتبار أخر عند الفصل في النزاع المعروض عليه[٨١].

لذا نرى بأن هناك جانب من الفقه يعرفه بأنه نظام قضائي خاص أو نوع من التحكيم يختار فيه الأطراف قضاتهم ويعهدون إليهم بمقتضى أتفاق أو شرط صريح مهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم وفقآ لمبادئ العدالة والأنصاف دون التقيد بقواعد القانون وإصدار قرار قضائي ملزم لهم[٨٢].

بينما يعرفه جانب أخر بأنه تعبير عن أرادة الأطراف في التنازل عن القانون الواجب التطبيق وإعفاء المحكم من تطبيقه والاستعاضة عن ذلك بتطبيق قواعد العدالة والأنصاف وتلك القواعد تعني وجود حل يرضي الطرفين ويضمن استمرار العلاقة بينهما شرط أن لايخالف النظام العام [٨٣].

ومن الفقه من يعرفه بأنه هو ذلك النوع من التحكيم الذي تخول فيه الأطراف لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في النزاع وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف دون التقيد بالقواعد القانونية[٨٤].

وأخيراً نرى من يعرفه بأنه ذلك النوع من التحكيم الذي يكون منبت الصلة بالقوانين الوطنية ليكون حسم النزاع فيه وفقاً لقواعد معيارية لا تستمد من تشريعات وطنية بذاتها بقدر ما تستمد من قواعد القانون الموضوعي للتجارة الدولية[٨٥].

وفي ضوء ما تقدم يتضح بأن ذلك النوع الأخير من التحكيم قد لقي مجالاً في واقع العقود الدولية وهو ما نراه قد تجسد في أحد العقود المبرمة مابين بائع من أحد الدول الأوروبية ومشتري من المغرب عندما تضمن البند (١٢) من العقد شرطاً بأن على محكمة التحكيم أن تقضي كمفوضة بالصلح دون أن تلتزم بتطبيق تشريع دولة المشتري أو تشريع دولة البائع وعقد كهذا من البديهي جداً أنه سيكون في حل عن تطبيق أي من تلك القوانين التي تتصل به[٨٦].

ونظراً للأهمية التي يتسم بها قضاء التحكيم التجاري الدولي عموماً والتحكيم مع التفويض بالصلح بصورة خاصة لذا نرى بأن ذلك النوع الأخير من التحكيم قد نصت عليه جانب من التشريعات وأخذت به من جانب أخر

العديد من الأعمال الاتفاقية فمن جانب التشريعات نجد أن المشرع الفرنسي في النصوص المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي في قانون المرافعات الفرنسي الجديد قد أشار في المادة (١٥١٢) منه إلى أن :-

((لهيئة التحكيم الحكم على وفق قواعد الصلح إن فوضها الأطراف ذلك))([87]) .

وهو ما جاء تأكيدًا لنص المادة (١٤٩٧) من القانون نفسه قبل التعديل التي كانت تنص ((على أن يفصل المحكم في النزاع كمفوض بالصلح إذا منحه اتفاق الأطراف تلك المهمة)).

وكذلك نجد نص المادة ٤/٣٩ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في مصر تنص على أنه((يجوز لهيئة التحكيم أذا أتفق طرفا التحكيم صراحةً على تفويضهما بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والأنصاف دون التقيد بأحكام القانون))[٨٨].

أما على صعيد موقف المشرع العراقي فإنه يلاحظ بأن قانون المرافعات العراقي قد أشار في نص المادة ٢٦٥ منه لذلك النوع من التحكيم بما يلي :-

١- يجب على المحكمين أتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا أذا تضمن الاتفاق علىالتحكيم أو أي أتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين منها صراحةً أو وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمين.

٢- أذا كان المحكمون مفوضين بالصلح فأنهم يُعفون من التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون إلا ماتعلق منها بالنظام العام .

وبالمقارنة مع مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي نجد أن نص المادة (٣٩ / رابعًا) من هذا المشروع تؤكد على أنه ((يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحةً على تفويضهما بالصلح إن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون))[٨٩].

وأما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فنجد مثلا الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف سنة ١٩٦١ والسابق الإشارة لهاقد نصت في المادة ٢/٧ على أن ((يصدر المحكمون قراراتهم كمفوضين بالصلح أذا كانت تلك أرادة الفر قاء وكان القانون الذي يحكم التحكيم يجيز هذا النوع من التحكيم)).

وكذلك اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في ١٤ أبريل عام ١٩٨٧ والسابق ذكرها تنص في المادة ٢/٢١ بأن ((للهيئة أن تفصل في النزاع وفق قواعد العدالة أذا أتفق الطرفان صراحة على ذلك)) .

فضلاً عن ذلك اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموقعة في واشنطن عام ١٩٦٥ والمشار أليها سابقًا تنص في مادتها ٣/٤٢ بأن ((أحكام الفقرات السابقة ١ , ٢ لاتمس رخصة المحكمة أن تقضي وفقآ للعدالة أذا أتفق الأطراف على ذلك)).

هذا ما نراه أيضاً في نصوص قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس في المادة ١٧ / ٣ عندما أكدت على أن ((تتولى هيئة التحكيم سلطات التحكيم بالصلح أو تقرر وفقًا لقواعد العدل والإنصاف ويكون ذلك فقط في حالة أتفاق الأطراف على منحها تلك السلطات))[٩٠].

وفي ضوء ماسبق من كلام ومن الإشارة الواردة في النصوص السابقة نجد بأن الأصل في التحكيم هو ما يعرف بالتحكيم وفقآ للقانون وما التحكيم مع التفويض بالصلح , أو مايعرف بالتحكيم وفقًا لقواعد العدالة والإنصاف إلاستثناءً من ذلك الأصل بحيث أذا ما أشار الأطراف في عقدهم , أو في وثيقة مستقلة على أن تتم إحالة النزاع مابينهم إلى التحكيم ودون أن يكون من قبلهم أي تحديد أخر فتلك تُعد قرينةً على إن المقصود من وراء ذلك هو التحكيم وفقًا للقانون خلافًا للتحكيم مع التفويض بالصلح الذي يتطلب في حالة لجوء الأطراف أليه إن يسبقه اتفاق من قبلهم , أو أن يصرحا به , أو كانت هي تلك أرادتهم المعلنة وهذا مايؤكده الفقه الراجح [٩١]، [٩٢].

لكننا نرى بأن شرط التحكيم مع التفويض بالصلح في مجال التحكيم الدولي كما ينبغي إن يكون بصورة صريحة يجوز إن يكون بصورة ضمنية طالما أنه في حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف صراحةً أو ضمناً سوف يمنح المحكم سلطة اختيار القواعد التي يراها أكثر ملائمة لحكم النزاع .

وبعد ما تقدم ذكره نود التعرف على الطبيعة القانونية لذلك النوع من التحكيم فهل يتعلق الأمر بتنازلًا عن تطبيق القانون أم أنه يعد تنازلًا من نوع أخر ؟

هنا يذهب جانب من الفقه بالقول بأن المتأمل في طبيعة التحكيم مع التفويض بالصلح سيجد بأن الأمر يتعلق بنوع من التنازل عن حق إلا أن ذلك التنازل يحمل بين ثناياه طبيعة خاصة ومزدوجة.

فمن جانب أول:- يمكن القول بأنه تنازل عن ذلك الحق الشخصي الذي طالما نرى بأن القانون قد كفله للشخص عندما وفر الحماية القضائية لحقه , أو مركزه القانوني في حالة ما أذا أراد أن يقاضي أو يفصل في طلبه وفقاً لقواعد القانون الموضوعي لدولة ما وهذا الحق ما لا نلمسه في التحكيم مع التفويض بالصلح ولذلك يمكن القول بأن ذلك التحكيم الأخير يتضمن تنازل عن حق اتفاقي ناشئ بتوافق إرادة الأطراف.

ومن جانب ثاني :- يمكن اعتبار التحكيم مع التفويض بالصلح تنازلاً عن الاستئناف لدى النظم التي تجيز الطعن بأحكام المحكمين بالاستئناف وتبرير ذلك التنازل هو إن الاستئناف سينتهي أخيراً بانعدام أهمية شرط التفويض بالصلح لكون أن محكمة الاستئناف لاتحكم إلا وفقاً للقانون لذلك من المؤكد بأن القرار ألتحكيمي الذي قد صدر وفقاً لقواعد العدالة دون أن يكون صادراً وفق قواعد القانون يمكن أن يلغى أو يتم تعديله ومن خلال ما تقدم يمكن إن نبرر بأن إرادة الأطراف في شان التفويض بالصلح هو ليس تنازل عن الحق الشخصي في حماية القانون فقط بل كذلك عن الحق في استئناف قرار التحكيم لذلك يذهب الفقه الراجح لاعتبار التحكيم مع التفويض بالصلح ما هو إلا نوع من التنازل التبعي[٩٣].

إلا أن هنالك جانب من الفقه والذي نؤيده يرى بأن التنازل عن تطبيق القانون في حالة التحكيم مع التفويض بالصلح لا يعني أطلاقاً بأنه تنازلاً عن الحق في استئناف القرار ألتحكيمي لكون أن مضمون التنازلين لا توجد حالة من الارتباط ما بينهما , إذ أن حالة اختيار الأطراف لحالة التنازل عن الاستئناف من أجل سرعة البت في النزاع لا تعني تنازلاً منهم عن تطبيق القانون , فالمحكم هنا يكون ملتزماً بتطبيق القانون طالما أن الأطراف لم يتفقوا على استبعاده كما أن التنازل عن الاستئناف لا يعني أننا بصدد تحكيم بالصلح وبالتالي فالتنازل عن

تطبيق القانون لا يعني تنازلاً عن الاستئناف والمحكمة الإستئنافية يمكن لها أن تنظر الدعوى وفقاً لقواعد العدالة وليس وفقاً للقانون وعليه فأن أصحاب ذلك الاتجاه يرون بأن مجرد اختيار التحكيم مع التفويض بالصلح لا يستتبع بالضرورة تنازلاً عن الاستئناف طالما لم يتضمن أتفاق التحكيم تنازلاً واضحاً وصريحاً في هذا الشأن(٩٤).

وهنا لا نرى مانع من أن نجري نوعاً من التفرقة ما بين مفهوم التحكيم مع التفويض بالصلح ومصطلح أخر قد يختلط معه وهو ما يعرف بعقد الصلح فمن ناحية التشابه نجد بأن كلاً من التحكيم والصلح هما وسيلة لحسم النزاع بالتراضي بل وأن كل أمر يجوز فيه الصلح يصح فيه التحكيم(٩٥).

أما من ناحية الاختلاف فأن الصلح ما هو إلا وسيلة ذاتية تمارس من قبل أصحاب الشأن أنفسهم نتيجةً لثمرة تفاوض مباشر ما بينهم بل وحتى لو قاموا بتفويض الغير في هذا الصلح وهذا ما يختلف عن التحكيم مع التفويض بالصلح فمن جانب أول أن أرادة الأطراف تقف عند تخويل هيئة التحكيم المختار للفصل في ذلك النزاع الناشئ ومن جانب أخر فأن الصلح وان كان عقداً مابين طرفيه إلا أن عمل الطرفين لا يرتقي إلى مرتبة الحكم القضائي كما أن ذلك العقد سوف لا يكون سنداً تنفيذياً بذاته ما لم يكن ذلك الأخير في صورة عقد رسمي , أو في حالة ما أذا تم أمام القضاء وهذا بخلاف التحكيم الذي يمنح وفقه المحكم دور القاضي في حسم موضوع النزاع المعروض عليه من خلال الحكم ألتحكيمي الذي يصدره والذي يعد سنداً تنفيذياً بل وأنه يتصف بأنه ملزماً للأطراف المحتكمين(٩٦).

فضلاً عن ذلك أن في نظام التحكيم يجهل الأطراف الحل الذي سوف ينتهي إليه النزاع وما يتضمنه من تنازلات لأن الأمر متروك لتقدير هيئة التحكيم إلا أن في نظام الصلح فأن الأطراف هم على علم مسبق بما سوف يتم التنازل عنه(٩٧).

ومن خلال ما تقدم ذكره يتضح بأن الأطراف أذا أحالوا منازعاتهم إلى التحكيم التجاري الدولي مع منح المحكم سلطة التفويض بالصلح فأن ذلك سيجعله في حل من تطبيق أي قانون وضعي ولا يأخذ في الاعتبار إلا ما يعرف بقواعد العدالة والأنصاف التي سيؤدي تطبيقها إلى أخراج العقد الدولي من دائرة القوانين الوطنية وفي واقع الأمر يعني الرجوع لقواعد العدالة والأنصاف وفي جانب كبير منه هو الرجوع إلى باقي قواعد القانون الموضوعي للتجارة الدولية المتمثلة بالعادات والأعراف فضلاً عن ذلك ما يعرف بالمبادئ العامة للقانون لكون أن المحكم المفوض بالصلح نادراً ما يستند إلى فكرة العدالة بمفردها كمبرر لتأسيس قضائه باعتبار أن العدالة نفسها تعد من الأفكار التي مازال يشوبها عدم الوضوح بل وتنقصها الدقة .

وأخيرًانود الوقوف على حقيقة تلك السلطة الممنوحة للمحكم في حالة تفويضه بالصلح من حيث قدرته في الخروج على بنود العقد من عدمها بل ومن جانب أخر معرفة حدود سلطته بالنسبة لقواعد القانون وإمكانية استبعادها استنادًا لتلك السلطة الممنوحة اليه.

من الملاحظ في هذا الصدد يجب التفرقة مابين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي محل بحثنا من حيث الوقوف حول مدى تلك السلطة الممنوحة للمحكم .

الحالة الأولى : - تتمثل في مجال التحكيم الداخلي حيث يمنح المحكم سلطة تخوله الخروج على نصوص القانون المقررة فضلاً من أن تلك السلطة نراها تتسع لتمنحه الحق في تفسير بل وتخفيف حدة الشروط العقدية التي أتفق عليه الأطراف على أن تلك السلطة الأخيرة لا تعني الوصول لحد أنشاء علاقة أو عقد لم تتجه أليه أرادتهم فهو يمتلك الحق مثلاً بتفسير شروط عقد البيع مثلاً بل وله القدرة على أن يقوم بالتخفيف من التزامات المشتري وما قد يتضمنه العقد من شروط يراها المحكم بأنها تتسم بالتعسف أو أنها تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي كما أن له التخفيف بالمقابل من التزامات البائع وضماناته إلا أنه وبالمقابل لا يمتلك سلطة تمنحه القيام بتكييف العقد بل والتعامل مع ذلك الأخير بوصفه عقد ترخيص أو عقد أيجار مثلاً[٩٨].

أما لو تعلق الأمر بقواعد آمرة فهنا نرى أن الفقه والقضاء يذهب للتمييز مابين نوعين من القواعد الأولى : وهي ما يطلق عليها بقواعد النظام العام الحمائي حيث تعد تلك الأخيرة من القواعد المقررة لحماية مصلحة خاصة للأفراد يقابلها نوع أخر من القواعد : وهي ما يطلق عليها بقواعد النظام العام التوجيهي والتي تعد من القواعد المقررة لحماية المصلحة العامة وهي ما تتعلق بالأسس الأخلاقية والسياسية والاجتماعية فضلاً عن تلك الأسس الاقتصادية التي يقوم عليها المجتمع[٩٩].

وعليه فأن الفقه يرى بأن المحكم طالما كان مفوضاً بالصلح فله سلطة الخروج على أحكام النظام العام المقررة لصالح الأطراف وهي ما تعرف بقواعد النظام العام الحمائي باعتبار أن المحكم أصبح يملك ما يملكه الأطراف فإذا كان لهؤلاء التنازل عن الحماية المقررة لهم فالمحكم يمتلك تجاهل تلك النصوص التي تخولهم تلك الحماية بل وأن الأطراف وأن كانوا لا يحق لهم مخالفتها مقدماً إلا أنه لا يوجد ما يمنعهم أخيراً من حق التنازل عن تلك الحقوق التي تقررها لهم بعد استحقاقها بالفعل[١٠٠].

أما بالنسبة لتلك القواعد المقررة لمصلحة عامة وهي ما تعرف بقواعد النظام العام التوجيهي فهنا ليس من سلطة المحكم المفوض بالصلح أن يتجاوزها لكون أن سلطة ذلك الأخير مقيدة بتلك الحدود المرسومة للأطراف أنفسهم وعليه فأن الأطراف لا يمتلكون الخروج على تلك القواعد بل والتنازل عن تلك الحقوق التي تقررها لهم[١٠١] .[١٠٢].

الحالة الثانية : - وهو عندما يتعلق الأمر بتحكيم دولي مع تفويض ذلك المحكم بالصلح من قبل الأطراف هنا نرى بأن هنالك خلاف مابين فقهاء وممارسي التحكيم الدولي من حيث سلطة المحكم المفوض بالصلح بالنسبة لبنود العقد حيث يرى جانب من الفقه بأن سلطة المحكم الدولي المفوض بالصلح هي سلطة مرتبطة وملزمة ببنود العقد فضلاً عن تلك الالتزامات والحقوق التي يرتبها ذلك الأخير فلا يحق للمحكم الدولي وأن كان مفوضاً بالصلح من أجراء أي تعديلات وأن كان غرضه من تلك التعديلات هو أعادة التوازن مابين أطراف العقد[١٠٣].

بينما يرى جانباً أخر من الفقه والذي نؤيده بدورنا بأن سلطة المحكم المفوض بالصلح في المجال الدولي تمنحه الحق في التعديل والتلطيف من محتوى حقوق والتزامات الأطراف من خلال أجراء موازنة دقيقة وفعالة وصولاً للحل العادل والمتوازن للنزاع المعروض عليه والمفوض به من قبل الأطراف[١٠٤]،[١٠٥].

أما بالنسبة لحدود سلطة المحكم المفوض بالصلح بالنسبة لقواعد القانون فأن الفقه قد أختلف في مدى تقيد المحكم بتلك القواعد فهو يرى بأن تلك السلطة لا تمنحه الخروج عن تلك القواعد المقررة لمصلحة عامة وبتعبير أخر لا يستطيع الخروج على تلك القواعد التي هدفها حماية التنظيم الاجتماعي والسياسي والاقتصادي للدولة بل وأكثر من ذلك نرى بأن الفقه قد أختلف حتى في تحديد أي من الدول التي يراعي المحكم الدولي في قانونها القواعد المتعلقة بالنظام العام[١٠٦].

حيث يرى اتجاه أول من الفقه : أن على المحكم الدولي في حالة تفويضه بالصلح احترام قواعد النظام العام الداخلي في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع على فرض عدم منح المحكم تلك الصفة بينما ذهب اتجاهًا ثانيا : بأن على المحكم الدولي المفوض بالصلح مراعاة كل ما يعرف بقواعد النظام العام في جميع القوانين ذات الصلة بموضوع النزاع بينما يرى اتجاهًا ثالثاً من الفقه : أن على المحكم الدولي المفوض بالصلح التقيد فقط بمراعاة قواعد النظام العام في تلك الدولة التي يحتمل أن يطلب من محاكمها الاعتراف بحكم التحكيم , أو الأمر بتنفيذه وأخيرًا من يرى : بأن على المحكم الدولي وأن كان مفوضا بالصلح احترام القواعد التي تتعلق بالنظام العام الدولي الحقيقي[١٠٧].

وعليه فأن غالب الفقه يرى بأن على المحكم الدولي المفوض بالصلح مراعاة قواعد النظام العام فضلاً عن التزامه باحترام ما يعرف بقوانين البوليس في قوانين تلك الدول التي يتوقع أن يطلب من محاكمها الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه [١٠٨]،[١٠٩].

وهذا ما أكد عليه المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية بنص المادة ٢٧٣ عندما تضمنت بقولها على أنه (يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة إن يتمسكوا ببطلانه وللمحكمة من تلقاء نفسها إن تبطله في الأحوال الآتية (٢ - إذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب أو قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في هذا القانون) يقابلها نص المادة ٥٨ / ٢ من قانون التحكيم المصري الجديد التي تنص على أنه (لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يلي : ب / (أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية) علماً أن النص المصري الأخير قد جاء بصورة مطلقة دون أن يفرق مابين حكم تحكيم دولي وحكم تحكيم داخلي.

هذا ويرى جانب من الفقه بأن القيد المفروض على المحكم الدولي في حالة تفويضه بالصلح ممكن أن ينطبق على سلطة المحكم الدولي في حالة عدم تحديد الأطراف للقانون الذي يتعين عليه تطبيقه لا صراحةً ولاضمناً وهو ما نؤيده بحق[١١٠].

لكون إن ذلك العقد سيكون أمام المحكم الدولي بمثابة عقد بدون قانون وبالأخير للمحكم سلطة تحديد القانون الذي يراه مناسبًا فإن حدد قانون دولة معينة فهو ملزم باحترام نظامها العام فضلًا عن باقي قواعدها الآمرة وأن حدد قواعد ذات طابع دولي وهي ما تعرف بقواعد القانون الموضوعي للتجارة الدولية فهنا نراه

أيضًا بأنه لا يستطيع التحرر من ذلك القيد طالما إن تنفيذ الحكم الصادر عنه من المحتمل أن ينفذ بصورة إجبارية.

من خلال ما تقدم يتضح بأن فكرة تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية ما هي إلا فكرة ذات طابع نسبي لكون إن حالة الرجوع لتلك القوانين الأخيرة قد بات بأنه حقيقةً لا مفرًا منها سواء أ كان ذلك الرجوع نتيجةً لمراعاة قواعد النظام العام وقواعد البوليس في تلك الدول التي من المحتمل إن حكم التحكيم الدولي سينفذ , أو يطلب الاعتراف به أمام محاكمها , أم من جانب عدم اكتمال منهج القانون الموضوعي للتجارة الدولية الذي قد أضحى بأنه القانون الأكثر ملائمة لحسم المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية وهو الأمر الذي يذهب الفقه الراجح على تأكيده.[١١١].

الخـــاتـــمـــة

بعد إن أتممنا بحثنا وهو ((سلطة المحكم في تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية)) أصبح من الضروري التطرق لأهم النتائج التي تم التوصل إليها ومن ثم طرح بعض التوصيات في ضوئها ٠

أولاً : النتائج

١. أتضح لنا بأنه ليس كل العقود الدولية لها القدرة على التحرر من القوانين الوطنية وإنما ذلك التحرر مقتصر على نوع محدد من تلك العقود وهي ما تعرف بعقود التجارة الدولية دون غيرها لكون إن أغلب العقود الدولية لا تعد من عقود المبادلات التجارية والتي نرى بأن المشرعون يقومون بتنظيمها تنظيماً آمراً كعقود الأحوال الشخصية وأهمها عقود الزواج , وعقود العمل ٠٠٠٠ الخ ٠
٢. توصل الباحث من خلال تلك الدراسة إلى عدم وجود عقد متحرر مطلقاً من سلطان القانون لكون أن ذلك العقد لا بد من أن يخضع للقانون في كل حال سواء من حيث تكوينه أو شروطه أو أثاره ٠
٣. أن مضمون فكرة تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية محل الدراسة لا تعني بأن العقد الدولي سوف يكون في حالة فراغ قانوني تام وإنما يدل على أن العقد الدولي وأن تحرر من القوانين ذات الطابع الوطني وهو ما أثبتناه بأنه تحرر ذات طابع نسبي إلا أنه سوف يكون خاضعاً لقانون من نوع أخر وهو ما يعرف بالقانون الموضوعي للتجارة الدولية ٠
٤. يعد قضاء التحكيم التجاري الدولي الأرض الخصبة لتقبل فكرة تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية وأن كانت ذات أثر نسبي من خلال تطبيقه لمنهج القانون الموضوعي للتجارة الدولية مقارنةً بالقضاء الوطني الذي ما يزال يسند تلك العقود للقوانين الداخلية للدول ٠

التوصيات :-

١. يرى الباحث أن تعريف العقد التجاري الدولي ينبغي أن يكون بالشكل التالي (هو العقد الذي يتضمن عنصرًا أجنبيًا ذات طابع مؤثر في العلاقة العقدية مع ارتباطه بمصالح التجارة الدولية)٠
٢. يقترح الباحث أن على الدول عدم الإسراف في إصدار القواعد المقيدة لإرادة الأطراف وهي ما تتمثل بالقواعد ذات التطبيق الضروري لكون أن تلك الأخيرة تعد قيداً على حرية الأطراف عند ممارسة نشاطاتهم العقدية ذات الطابع التجاري الدولي ٠
٣. يرى الباحث أن من الضروري على المشرع العراقي إعادة النظر بأحكام التحكيم الواردة في قانون المرافعات المدنية وذلك من خلال إصدار قانون خاص بالتحكيم وفقًا لأحدث النظريات بل أن من المستحسن

الاستعانة بنموذج قانون لجنة الأمم المتحدة لعام ١٩٨٥ (اليونيسترال) في مجال التحكيم التجاري الدولي والذي أسترشد به المشرع المصري في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فضلاً عن النصوص الواردة في قانون المرافعات الفرنسي الخاصة في التحكيم التجاري الدولي ٠

٤. يدعو الباحث المشرع العراقي للإسراع بإقرار مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي نظرًا للأهمية البالغة التي سوف يحققها في مجال التجارة الدولية٠

هوامش البحث

1- د ٠ أحمد عبد الكريم سلامة , التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية , دار النهضة العربية , القاهرة , بدون سنة طبع , ص ٣٣٠ ٠

2- د ٠ صالح المنزلاوي , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠٠٨ , ص ٧٣ - ٧٤ ٠

3- د ٠ محمود محمد ياقوت , حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق , مرجع سابق , ص ٤٠ ٠

4- ينظر في ذلك : د ٠ سلطان عبد الله محمود الجواري , القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد ألمستندي , دراسة مقارنة , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , لبنان , ٢٠١٠ , ص ١٧ , وينظر في ذلك أيضاً : د ٠ بشار محمد الأسعد , عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة , ط ١ , منشورات الحلبي الحقوقية , ٢٠٠٦ , ص ٧٨ ٠

5- ينظر في ذلك : د ٠ سامي بديع منصور , و د ٠ عكاشة عبد العال , القانون الدولي الخاص , الدار الجامعة , بيروت , ١٩٩٥ , ص ٣٩٤ , مشار أليه في : سلام هادي جاسم, فكرة العقد الدولي الطليق وتأثرها بالقواعد الموضوعية الدولية , رسالة ماجستير في القانون مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية , القاهرة , ٢٠١١ , ص ١٤ , وينظر أيضاً : د ٠ خالد عبد الفتاح محمد خليل , حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠٠٩ , ص ٥٣ , وينظر أيضاً :
ChatillonStéphane : Le contrat international , 3 èmeédition , Vuibert , Paris , France ,2007 , p 10.,

مشار أليه في : د ٠ عدلي محمد عبد الكريم , النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية , أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان , كلية الحقوق والعلوم السياسية , الجزائر , ٢٠١٠ - ٢٠١١ , ص ٦٠ , وينظر أيضاً : د ٠ أحمد حسان حافظ مطاوع , التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٧ , ص ٧٢ ٠

6- د ٠ أحمد القشيري , الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية , بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي , مجلد (٢١) ١٩٦٥ , ص ٧٥ , مشار أليه في : د ٠ سلطان عبد الله محمود الجواري , القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد ألمستندي , مرجع سابق , ص ١٧ - ١٨ ٠

7- ينظر في ذلك : د ٠ عز الدين عبد الله , القانون الدولي الخاص , ج ٢ , ط ٩ , الهيئة المصرية العامة للكتاب , ١٩٨٦ , ص ٤٤٠ , مشار أليه في : د ٠ سامي مصطفى فرحان , تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية , أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس , كلية الحقوق , ٢٠٠٦ , ص ٤٤ , وينظر أيضاً : د ٠ حنان عبد العزيز مخلوف , العقود الدولية , بدون دار نشر , ٢٠١٠ , ص ٤٢ ٠

8-وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية حين أيدت حكم الاستئناف الذي انتهىإلىاعتبار العقد المبرم بين وطني وأجنبي عقداً دولياً , راجع :

note Oppetit , rev . crit . 1974 - 82 note P . level Cass . 4/7/1972 clunet .

مشار أليه في : د ٠ محمود محمد ياقوت , حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق , مرجع سابق , ص ٤١ , هامش رقم ٢ ٠

9- ينظر في ذلك : د ٠ هشام أحمد محمود عبد العال , عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٠ , ص ٥٩ , وينظر أيضاً : د ٠ بشار محمد الأسعد , عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة, مرجع سابق , ص٧٩ - ٨٠ ٠

10- د ٠ هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , ط ٢ , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠٠١ , ص ٧٥ وما بعدها ٠

11- د ٠ هشام علي صادق , المرجع ذاته , ص ٧٩ ٠

١٢- د ٠ أبو العلا علي أبو العلا النمر ، دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما ، مصدر سابق ، ص٢٤ , مشار أليه في أطروحة : أستاذنا الدكتور ٠ فراس كريم شيعان , أثر اتفاقيات التجارة الدولية في تطوير قواعد تنازع القوانين , أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الموصل , كلية القانون , ٢٠٠٧ , ص ١٣ ٠

13 -Pierre Mayer, Droit international prive, 4eme Ed, Montchrestien, Paris ,1991, p 11.

مشار أليه في : محمد بلاق , قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية , رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان , كلية الحقوق والعلوم السياسية , الجزائر , ٢٠١٠ - ٢٠١١ , ص ١٥ ٠

14- د ٠ منير عبد المجيد , تنازع القوانين في منازعات العمل الفردية , منشأة المعارف , الإسكندرية , ١٩٩١ , ص ٢٣ , مشار أليه في : سلام هادي جاسم , فكرة العقد الدولي الطليق وتأثرها بالقواعد الموضوعية الدولية , مرجع سابق , ص ١٦ ٠

15- د ٠ هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , مرجع سابق , ص ٩٠ - ٩١ ٠

16- د ٠ محمد وليد المصري , الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص , دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي , ط ٢ , مكتب دار الثقافة للتصميم والإنتاج , عمان , ٢٠١١ , ص ١٧٨ ٠

17- د ٠ محمد إبراهيم موسى , انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠٠٧ , ص٥٠ ٠

18- د ٠ محمد إبراهيم موسى , المرجع ذاته , ص ٥٤ ٠

19- د ٠ منير عبد المجيد , الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي , منشأة المعارف , الإسكندرية , ٢٠٠٠ , ص ٢٨ , مشار أليه في : محمد بلاق , قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية , مرجع سابق , ص ١٦ - ١٧ ٠

20- د ٠ إبراهيم أحمد إبراهيم , القانون الدولي الخاص , تنازع القوانين , المرجع السابق , ص ٣٤٨ , مشار أليه في : د ٠ سامي مصطفى فرحان , تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية , مرجع سابق , ص ٤٩ - ٥٠ ٠

21 - E . Gaillard , j . Savage , Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration , B . 66 .

مشار أليه في : د ٠ صفاء فتوح جمعة فتوح , آليات فض منازعات عقود التجارة الإلكترونية , أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة المنصورة , كلية الحقوق , بدون سنة , ص ٤١ ٠

22- ينظر في ذلك : د ٠ عوني محمد الفخري , أرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية , دراسة مقارنة , ط ١ , منشورات زين الحقوقية والأدبية , لبنان , ٢٠١٢ , ص ٥٥ , وينظر أيضاً : د ٠ محمود محمد ياقوت , حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي , مرجع سابق , ٥٢ , هامش رقم ٢ ٠

23- د ٠ بشار محمد الأسعد , عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة , مرجع سابق , ص ٨٢ - ٨٣ ٠

24- راجع حكم محكمة القاهرة المختلطة في ٢٥ مارس ١٩٣٥ في قضية موريس فرحات ليفي ضد البنك الزراعي المصري , منشور في جريدة المحاكم المختلطة , عدد ٢ , ٣ , أبريل , ١٩٣٥ , مشار أليه في : د ٠ احمد عبد الكريم سلامة , القانون الدولي الخاص النوعي , ط ١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٠ , ص ١٥٦ , وقريب من ذلك المعنى أنظر : د ٠ عوني محمد الفخري , أرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية , مرجع سابق , ص ٥٥ ٠

25- د ٠ بشار محمد الأسعد , عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة , مرجع سابق , ص ٨٢ ٠

26- ينظر في ذلك : د ٠ عوني محمد الفخري , أرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية , مرجع سابق , ص ٥٥ , وينظر أيضاً : د ٠ بشار محمد الأسعد , عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة , مرجع سابق , ص ٨٢ ٠

27- د ٠ أحمد عبد الكريم سلامة , القانون الدولي الخاص النوعي , مرجع سابق , ص ١٥٦ ٠

28- يقابل ذلك المضمون نص المادة ٤٨ / ١ فقرة (د) من قانون التحكيم الدولي التونسي لسنة ١٩٩٣ , وكذلك نص المادة (٨٠٩) من قانون أصول المحاكمات اللبنانية رقم ٤٤٠ لسنة ٢٠٠٢ في قسمه الثاني الخاص بالتحكيم الدولي ٠

29- ينظر في ذلك : محمد عبد المجيد إسماعيل , عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها , منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان , ٢٠٠٣ , ص ٣٥ , مشار أليه في : د ٠ عدلي محمد عبد الكريم , النظام القانوني للعقود

المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية , مرجع سابق , ص ٦٥ - ٦٦ , وينظر أيضاً : د ٠ عوني محمد الفخري , إرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية , مرجع سابق , ص ٥٥ ٠

30 - J . MJACQUET : Le contract international , Paris . Dalloz .1999 , p . 12 .

مشار أليه في : د ٠ خالد عبد الفتاح محمد خليل , حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص , مرجع سابق , ص ٥٠ , وينظر أيضاً : د ٠ حنان عبد العزيز مخلوف , العقود الدولية , مرجع سابق , ص ٤٣ ٠

31 - Cass . civ . 15 juin , 1983 , J . C , p , 1984 . November . p . 2013 , note levy .

مشار أليه في : د ٠ صالح المنزلاوي , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية , مرجع سابق , ص ٧٨ ٠

32- د ٠ محمد إبراهيم موسى , انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية , مرجع سابق , ص ٥٤ - ٥٥ ٠

33- د ٠ منير عبد المجيد , تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية , مرجع سابق , ص ٢٤ وما بعدها , مشار أليه في : سلام هادي جاسم , فكرة العقد الدولي الطليق وتأثرها بالقواعد الموضوعية الدولية , مرجع سابق , ص ١٩ ٠

34- ينظر في ذلك : د ٠ هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , مرجع سابق , ص ١٠٦ - ١٠٧ ٠ وينظر أيضاً : د ٠ سامي سركيس , العقد الخارجي , بحث منشور في مجلة المحامون السورية , العدد السادس , حزيران , ١٩٨٤ , ص ٦٠٤ , مشار أليه في : د ٠ سلطان عبد الله محمود الجواري , القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد ألمستندي , مرجع سابق , ص ٢٠ -٢١ ٠

35- د ٠ محمد إبراهيم موسى , انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية , مرجع سابق , ص ٥٧ ٠

36 - د ٠ سلطان عبد الله محمود الجواري , القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد ألمستندي , مرجع سابق , ص ٢١ ٠

37- د ٠ سلطان عبد الله محمود الجواري,المرجع ذاته , نفس الصفحة٠

38- وهذا ما انتهت إليه أيضا الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جينيف عام ١٩٦١ عندما جمعت مابين المعيار القانوني المستمد من اختلاف محل أقامة الطرفين والمعيار الاقتصادي المتعلق بارتباط العقد بمصالح التجارة الدولية , ينظر في ذلك : د ٠ هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , مرجع سابق , ص ٨ ولمزيد من التفاصيل ينظر في ذلك : د ٠ محمود محمد ياقوت , حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي , مرجع سابق , ص ٥٩ ٠

39- د ٠ هشام علي صادق , المرجع ذاته, ص ١١٦ ٠

40- ينظر في ذلك : بلاق محمد , قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية , مرجع سابق , ص ١٤٧ ٠

41- ينظر في ذلك : د ٠ حسن علي كاظم , تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي , أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الجزائر , كلية القانون بن عنكون , ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥ , ص ٣٧ - ٣٨ , وينظر في ذلك أيضاً : أستاذنا الدكتور ٠ ميثاق طالب حمادي , شرط أعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية , ط ١ , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠١٦ - ٢٠١٧ , ص ٩٤ - ٩٥ ٠

42- حيث نصت المادة الثالثة من قانون التحكيم المصري على أنه : يكون التحكيم دولياً في حكم ذلك القانون إذا كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال التالية :

أولاً: أذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت أبرام أتفاق التحكيم , فإذا كان لأحد الأطراف عدة مراكز فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطا بموضوع اتفاق التحكيم وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل أقامته المعتادة٠

ثانياً : أذا أتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها٠

ثالثاً : أذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة٠

رابعاً : أذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة :

(أ)- مكان أجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة٠

(ب) - مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين٠

(ج) - المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع٠

43- أنظر نص المادة (٤) من مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي لسنة ٢٠١١ ٠

44-أنظر في ذلك : قرار محكمة تمييز العراق رقم ٦٧٧ في ١٩٧٧/١٠/١٨ , مجلة الأحكام العراقية , العدد الثالث والرابع , السنة الثامنة , ص ٥٤ , مشار أليه في : د ٠ سلطان عبد الله محمود الجواري , القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد ألمستندي , مرجع سابق , ص ٢٦ - ٢٧ ٠

45- أنظر في ذلك : أحكام القضاء العراقي , ج ٢ , بغداد , ١٩٦٢ , ص ٣٥ , مسار أليه في : د ٠ سلطان عبد الله محمود الجواري , القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتماد ألمستندي, مرجع سابق , ص ٢٧ - ٢٨ ٠

46- د ٠ سلطان عبد الله محمود الجواري , المرجع ذاته, ص ٢٨ ٠

47- ينظر في ذلك : د ٠ هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , مرجع سابق , ص ١١٦ - ١١٧ , وينظر أيضاً : د ٠ محمود محمد ياقوت , حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي , مرجع سابق , ص ٦٣ ٠

48- هنا تقتصر دراستنا على التحكيم التجاري بمعناه الدولي دون الداخلي لكونه القضاء الأصيل في منازعات عقود التجارة الدولية فضلاً عن ذلك أن أهم ما يبرر اختيارنا لموضوع التحكيم التجاري الدولي وليس الداخلي هو أن للأطراف أمام المحكم الدولي الحرية الواسعة في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم سواء ما كان ذلك من الجانب الإجرائي أم ما تعلق بالجانب الموضوعي للعقد وهذا الأخير هو ما سيقتصر عليه بحثنا علماً أن هنالك من يرى بأن التحكيم الحر سوف يمنح الإطراف والمحكم حرية واسعة لا يحققها التحكيم المؤسساتي لكون أن ذلك الأخير قد عد بأنه مقارب للقضاء الوطني ومحدد بقيود سواء ما تعلق الأمر بالجانب الإجرائي : وهو ما سيؤدي إلى تطبيق القواعد الإجرائية المعمول بها في تلك الهيئة , أو المركز كقاعدة عامة وهذا ما جسدته المادة (١٩) من قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس عندما نصت على أنه ((تخضع الإجراءات أمام هيئة التحكيم لهذه القواعد ٠٠٠)) , فضلاً عن حالة مراقبة القرار ألتحكيمي من قبل هيئة التحكيم قبل صدوره وهو ما يجعل من حكم التحكيم يخضع لرقابة سابقة أم ما تعلق بالجانب الموضوعي : المتمثل في انتشار العقود النموذجية وما رافقها من تعسف نظراً لأنها موكولة إلى أخصائيين وفنيين يراعون في تحريرها مصلحة المؤسسة أو المشروع , أو الهيئة التي كلفتهم بذلك إلا أن النظرة الحديثة للتحكيم المؤسساتي لم تعد تستند إلى تلك الفكرة المقيدة بل أن المحكم والأطراف قد أصبحا يمتلكان حرية واسعة سواء ما تعلق بالجانب الإجرائي أم ما يخص الجانب الموضوعي للعقد فمن حيث الجانب الإجرائي : نجد إن غالب النصوص قد منحت الأطراف الحق في اختيار القواعد التي يتفقا عليها وأن كان ذلك في حالة انعدام نص المؤسسة , أو المركز وهذا ما جسده الشطر الثاني من المادة (١٩) من قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس السابق ذكرها عندما تضمنت بأنه ((إذا خلت القواعد من الحكم المطلوب فأنها ستخضع للقواعد التي يتفق عليها الأطراف , أو التي تقررها هيئة التحكيم في حالة غياب أتفاق الأطراف)) فضلاً عن باقي القواعد الأخرى وهو ما يمثل خطوة متطورة نحو إزالة الجمود في ذلك النوع من التحكيم , أما بالنسبة للجانب الموضوعي : الذي يحكم العقد فأن حق الأطراف والمحكم لم يعد حقاً مقيداً بل أنه أخذ مجالاً واسعاً والسند القانوني تجاه ذلك هو ما تمثل في قدرة المحكم من اختيار القانون الذي يراه ملائماً لحكم النزاع سواء ما كان ذلك القانون هو قانون وطني معين , أم قانون التجارة الدولية , أم قيامه بالمزج ما بينهما هذا من جانب أول , ومن جانب ثاني فقد أصبح للمحكم الحق بتعديل العقد عند حدوث ظروف طارئة فضلاً عن حالة اختيار قاعدة التنازع التي يراها مناسبة في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون وطني ما هذا بالإضافة إلى باقي الحالات الأخرى وهذا أن دل على شيء فهو سيدل على أن الطابع التقليدي للتحكيم المؤسساتي قد أتخذ مساراً أخر ينسجم بصورة أكثر مع الحرية التي يسعى أليها الأطراف في عقود التجارة الدولية وهو ما يعاكس الرأي الذي يصفه بالجمود وعدم منح الحرية للأطراف والمحكم هذا بخلاف ما أذا كان العقد أمام المحكم الداخلي الذي يتضح بأن الأطراف ليس لهم القدرة باختيار قانون أخر بخلاف قانون الدولة التي ينتمي أليها العقد بجميع عناصره سواء ما تعلق ذلك الأمر بالجانب الإجرائي أم ما كان منه مرتبطاً بالجانب الموضوعي باستثناء بعض الحالات التي يسمح من خلالها المشرع الوطني للأطراف في العقد الداخلي بمكنة اختيار بعض قواعد

القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بالإجراءات أمام المحكم في التحكيم الداخلي , أو قد يترك فيها للمحكم ذاته تحديد بعض تلك القواعد وهذا ما يجسده نص المادة (١٤٦٤) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد في نصوصه المتعلقة بالتحكيم الداخلي عندما نصت على أنه ((ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك فلهيئة التحكيم أن تحدد إجراءاتها من دون الالتزام بالإجراءات المتبعة أمام المحاكم الوطنية)) وهو ما يقابل نص المادة ١٤٦٠ من القانون ذاته قبل التعديل مما يتضح لنا بأن التحكيم التجاري الدولي يمنح الأطراف أكثر حرية في سبيل تحقيق موضوع بحثنا المتمثل في فكرة تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية ٠

49- د ٠ صفاء فتوح جمعة فتوح , منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم , آليات فض المنازعات , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠١٣ , ص ٢٨٩ ٠

50- د ٠ صفاء فتوح جمعة فتوح , المرجع ذاته , ص ٢٩٠ ٠

51- د ٠ أبو زيد رضوان , الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي , دار الفكر العربي , القاهرة , ١٩٨١ , ص ٧ ٠

52- ينظر في ذلك : د ٠ ثروت حبيب , دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية , دار الاتحاد العربي , القاهرة , ١٩٧٥ , ص ١٠٠ , وينظر أيضاً : د ٠ أبو زيد رضوان , الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي , مرجع سابق , ص ٢٠ ٠

53- ينظر في ذلك : د ٠ عمر سعد الله , قانون التجارة الدولية , النظرية المعاصرة , مرجع سابق , ص ٢٧٩ , وينظر أيضاً : د ٠ محمود محمد ياقوت , نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠١٢ , ص ٨٩ , هامش رقم ١ , وينظر أيضا : د ٠ أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق , مرجع سابق , ص ٢٠٥ , وينظر في ذلك أيضاً : د ٠ سلامة فارس عرب , وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية , أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة , ١٩٩٨, ص ٧٢٣ , وفي تأييد ذلك : ينظر بحث أستاذنا الدكتور ٠ فراس كريم شيعان البيضاني , حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقاً للعدالة , بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة بابل , كلية القانون , المجلد (٢) ، العدد (١) ، ٢٠١٠ , ص ٥٨ ٠

54- أستاذنا الدكتور : فراس كريم شيعان البيضاني , المرجع ذاته , نفس الصفحة ٠

55- ينظر في ذلك : بهاء علي الدين هلال دسوقي , قانون التجار الدولي الجديد , رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة القاهرة , كلية الحقوق , ١٩٩٣ , ص ٩٢ , وينظر أيضاً : د ٠ الياس ناصيف , العقود الدولية , التحكيم الإلكتروني , ط ١ , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , ٢٠١٢ , ص ٢٩ , وينظر أيضاً : د ٠ مصطفى محمد الجمال , د ٠ عكاشة محمد عبد العال , التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية , , ط ١ , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , لبنان , ١٩٩٨, ص ١٢١ ٠

56- ينظر في ذلك : د ٠ محمود محمد ياقوت , نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية , مرجع سابق , ص ٨٩ , هامش رقم ١ , وينظر أيضاً : محسن جميل جريح , التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي , دراسة مقارنة , ط ١ , منشورات زين الحقوقية والأدبية , لبنان , ٢٠١٦ , ص٤٥ ٠

57- د ٠ الياس ناصيف , العقود الدولية , التحكيم الإلكتروني , مرجع سابق , ص ٢٨ ٠

58- ينظر في ذلك : د ٠ مصطفى محمد الجمال , د ٠ عكاشة محمد عبد العال , التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية, ط ١ , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , لبنان , ١٩٩٨ , ص ١٠٨ , وينظر في ذلك أيضاً : د ٠ عمر سعد الله , قانون التجارة الدولية , النظرية المعاصرة , مرجع سابق , ص ٢٧٩ , وينظر أيضاً : جارد محمد , دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي , رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان , كلية الحقوق والعلوم السياسية , الجزائر , ٢٠٠٩ - ٢٠١٠ , ص ٣٨ , هامش رقم ٤ , وينظر أيضاً : د ٠ الياس ناصيف , العقود الدولية , التحكيم الإلكتروني مرجع سابق , ص ٢٨ - ٢٩ ٠

59 - أنظر نص المادة ١٥١١ من ((قانون المرافعات الفرنسي - القسم الثاني الخاص بالتحكيم التجاري الدولي التي تنص على :

((Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou , à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées))

ويقابل ذلك المضمون نص المادة ٢٨ / ١ من قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي البحريني لعام ١٩٨٥ , وكذلك المادة ٧٣ / ١ من قانون التحكيم الدولي التونسي لعام ١٩٩٣ , وكذلك المادة (٨١٣) من قانون أصول المحاكمات اللبنانية رقم ٤٤٠ لسنة ٢٠٠٢ , في قسمه الثاني الخاص بالتحكيم الدولي ٠

60- أنظر نص المادة (٣٩ / أولًا) من مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي٠

61- الاتفاقية منشورة على موقع جامعة الدول العربية على الرابط : http://www.lasportal.org/ar/legalnetwork/Pages/arabcommercialarbitration.aspx

حيث تعتبر اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي من الاتفاقيات النافذة في العراق والمصادق عليها في القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٨٨ المنشور في الوقائع العراقية , العدد ٣٢١٥ , بتاريخ ١٥ / ٨ / ١٩٨٨ ٠

62 - الاتفاقية منشورة على الموقع الالكتروني للاتحاد الدولي العربي للتحكيم الدولي على الرابط : http://www.aifa-eg.com/washington-agreement.html

تعتبر تلك الاتفاقية من الاتفاقيات التي أنضم العراق إليها بالقانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٢ , المنشور في الوقائع العراقية , العدد ٤٢٨٣ بتاريخ ٢٩ / ٧ / ٢٠١٣ ٠

63 - الاتفاقية منشورة على الرابط :

http://capital-law-firm-me.com/pix/document_103.htm تاريخ الزيارة ٢٠١٦/٦/١٤ الساعة ٩:٥٦ مساءً ٠

64- أنظر نص المادة ٢١ / ١ من قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس ٠

65- أنظر نص المادة٣٥ / ١ من نصوص قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ٠

66- ينظر في ذلك : د ٠ محمد أحمد إبراهيم , دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية , مرجع سابق , ص ١٦١, وينظر أيضاً : بهاء هلال علي الدين دسوقي , قانون التجار الدولي الجديد , مرجع سابق , ص ٩٢ ٠

67- هذا مع الأخذ في الاعتبار بأن قواعد التجارة الدولية ممكن أن تحدد من قبل الأطراف ابتداءً كقانون واجب التطبيق الأمر الذي تستقل معه هيئة التحكيم بهذا الاختيار الأخير عندما ترى بأن ذلك الاختيار يتطابق ورغبة الأطراف لتطبيق قواعد مجتمع التجار الدولي التي يتم الكشف عنها بقراراتهم وهذا ما قضت به هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في النزاع رقم ٨٣٦٥ لسنة ١٩٩٦ , ينظر في ذلك : د ٠ محمد أحمد إبراهيم , المرجع ذاته , ص ١٥٩ - ١٦٠ ٠

68 - Goldman : The Applicable Law : General Principles of Law - The Lexmercatoria op . cit . p . 117 .

مشار أليه في : بهاء علي الدين هلال دسوقي , قانون التجار الدولي الجديد , مرجع سابق , ص ٩٣ , وينظر في ذلك أيضاً : د ٠ فؤاد محمد محمد العديني , تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠١٢ , ص ٣٠٧ ٠

69- J . - M . JACQUET : Principe d ,autonomie et contrats internationaux thise, Strasbourg 1980 , ed . Economica , 1983 . p . 129 ,

مشار أليه في : د ٠ محمد أحمد إبراهيم , دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية , مرجع سابق , ص ١٧٢ ٠

70- د ٠ محمد أحمد إبراهيم محمود , المرجع ذاته , ص ١٦١ -١٦٢ ٠

71- د ٠ محمد أحمد إبراهيم محمود , مرجع سابق , ص١٦٢ ٠

72- وهذا ما جسدته قرارات التحكيم التجاري الدولي عند استبعادها للقوانين الوطنية واللجوء بدلاً من ذلك لقواعد التجارة الدولية بحجة مخالفة القوانين الوطنية لقواعد النظام العام بمفهومه الدولي حيث أن أغلب القوانين المالية التي تسنها الدول بما يتعلق بشروط الدفع في معاملات التجارة الدولية قد تتعارض أحياناً مع تنفيذ شروط ضمان تحويل العملة التي تحتويها في الغالب العقود الدولية ذات الشكل النموذجي هذا من جانب , ومن جانب أخر نجد أن أغلب التشريعات الوطنية لا تجيز لجوء الدولة أو أحد هيئاتها العامة إلى قضاء التحكيم وهو ما يخالف ما استقرت عليه قرارات التحكيم التجاري الدولي بل وما تضمنته عادات وأعراف التجارة الدولية فضلاً عن بعض النظم الداخلية من أن ذلك التحريم أن كان له مايبرره في مجال المنازعات الناشئة مابين الأشخاص الخاصة والدولة في مجال التجارة الداخلية إلا أن ذلك الأخير لا يجد له سنداً على صعيد التجارة الدولية وبذلك لا تستطيع الدولة , أو أحد هيئاتها العامة التمسك بمثل تلك القواعد القانونية السائدة في مجال التعامل الداخلي لتطالب مثلاً ببطلان مشارطة التحكيم في منازعاتها المتعلقة بالتجارة الدولية لكون أن التمسك بمثل تلك القواعد سيحمل

ما بين ثناياه مخالفةً لما يتضمنه النظام العام بمفهومه الدولي من مبادئ , ينظر في ذلك : د ٠ أبو زيد رضوان , الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي , مرجع سابق , ص ١٨٧ - ١٨٨ ٠

73- أسامة أحمد الحواري , القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الأردن , ٢٠٠٩ , ص ١٥٠ ٠

74- د ٠ محمد أحمد إبراهيم , دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية , مرجع سابق , ص ١٦٢٠

75- أذا كان اختيار الأطراف لقانون وطني لا يمنع المحكم الدولي من اللجوء لقواعد التجارة الدولية للأسباب المتقدم ذكرها , فأن تلك الحرية سوف تتسع عند عدم تحديد قانون العقد من قبل الأطراف الأمر الذي يدفع المحكم للعديد من الاعتبارات التي تتوارد في ذهنه مراعياً الأسباب التي يعزوها أحجام الأطراف من عدم تحديد قانون العقد صراحةً أو ضمناً والتي قد تدفعه أما لتطبيق قانون وطني ملائم , أو قد تكون قواعد التجارة الدولية هي الواجبة التطبيق بصورة مباشرة في حال تخلف , أو عدم ملائمة ذلك القانون لحكم النزاع ينظر في ذلك : د ٠ محمد أحمد إبراهيم , المرجع ذاته , ص ١٦٦ - ١٦٧ ٠

76- أنظر نص المادة ٢١ / ٢ من قواعد غرفة تجارة باريس ٠

77- أنظر نص المادة ٣٥ / ٣ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ٠

78- ينظر في ذلك : أستاذنا الدكتور ٠ فراس كريم شيعان , حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقاً للعدالة , مرجع سابق , ص ٣ , وينظر أيضاً : محسن جميل جريح , التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي , مرجع سابق , ص ٤٥ ٠

79- ينظر في ذلك : د ٠ محمود سمير الشرقاوي , التحكيم التجاري الدولي , مرجع سابق , ص ٤١٥ , وينظر أيضاً : د ٠ شريف محمد غنام , أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية , ط ١ , مطبعة الفجيرة الوطنية , دبي , ٢٠٠٩ -٢٠١٠ , ص ٤٣٦ ٠

80- د ٠ أبو زيد رضوان , الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي , مرجع سابق , ص ٧٣ ٠

81- مع أن هنالك جانباً من الفقه يطلق على هذا النوع من التحكيم بالتحكيم بالصلح , ينظر في ذلك : د ٠ مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري , المحكم التجاري الدولي , دراسة مقارنة , المكتب الجامعي الحديث , بدون بلد نشر , ٢٠١٣ , ص ٤٦ ٠

82- د ٠ أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق , مرجع سابق , ص٢٣٥ وما بعدها ٠

83- ينظر في ذلك : د ٠ صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي , المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية , مكتبة الملك فهد الوطنية , الرياض , بدون سنة طبع , ص ٣٦٥ - ٣٦٦ , وينظر أيضاً : د ٠ مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري , المحكم التجاري الدولي , مرجع سابق , ص ٤٦ ٠

84- ينظر في ذلك : د ٠ حفيظة السيد الحداد , الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ص٩٢, مشار أليه في : سعد الدين محمد , العقد الدولي بين التوطين والتدويل , رسالة ماجستير في القانون العام , مقدمة إلى جامعة حسيبة بن بوعلي- الشلف , كلية العلوم القانونية والإدارية , الجزائر , ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨ , ص ١٢٤ , وينظر في ذلك أيضاً : د ٠ شريف محمد غنام , أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية , مرجع سابق , ص ٤٣٧ , وينظر في ذلك : د ٠ أيمن عبد الملاك مسيحة , التفويض بالصلح والتحكيم التجاري الدولي , أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة , ٢٠١٣ , ص ١٥ ٠

85- د ٠ أبو زيد رضوان , الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي , مرجع سابق , ص ٥٧ - ٥٨ ٠

86- د ٠ أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق , مرجع سابق , ص٢٤٧ ٠

87- أنظر نص المادة ١٥١٢ من قانون المرافعات الفرنسي - القسم الثاني الخاص بالتحكيم التجاري الدولي والتي تنص على :-

((Le tribunal arbitral statue en amiable composition si les parties luiont confiécette mission))٠

88- أنظر نص المادة ٣٩ / ٤ من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ٠

89- أنظر نص المادة ٣٩ / رابعًا من مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي لسنة ٢٠١١ ٠

90- أنظر نص المادة ١٧ / ٣ من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس ٠

91- أنظر في ذلك : د ٠ أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق , مرجع سابق , ص ٢٣٩ وما بعدها , وينظر في ذلك أيضاً : د٠هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , مرجع سابق , ص ٢٣٤ ٠

92- هذا مع الإشارة إلى أن مسلك التشريعات الوضعية التي تلزم المحكم أن يقضي في النزاع على أساس احترام القانون عند تخلف الشروط التي تمنحه مهمة الفصل فيما يطرح عليه من منازعة بالتحكيم وفقًا لقواعد العدالة والإنصاف , باعتبار أن التحكيم وفقًا للقانون هو الأصل والتحكيم مع التفويض بالصلح استثناءً من ذلك الأصل هي بخلاف تلك القاعدة المقررة في الشريعة الإسلامية التي تعتبر أن التحكيم مع التفويض بالصلح هو الأساس وما التحكيم وفقاً للقانون إلا استثناء ينظر في ذلك : د ٠ منير عبد المجيد , قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية , مرجع سابق , ص ٢٢٣ , هامش رقم ٢ , وينظر أيضاً : بهاء علي الدين هلال دسوقي , قانون التجار الدولي الجديد , مرجع سابق , ص ٠١١٩

93- ينظر في ذلك : د ٠ أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق , مرجع سابق , ص ٢٤٠ وما بعدها وينظر أيضاً في ذلك : د ٠ نرمين محمد محمود صبح , مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية , أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس , كلية الحقوق ,

٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ , ص ١٨١ , وقريب من ذلك المعنى أنظر : محسن جميل جريح , التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي , مرجع سابق , ص ٤٥ ٠

94- بهاء علي الدين هلال دسوقي , قانون التجار الدولي الجديد , مرجع سابق , ص ١٢٤ ٠

95- ينظر في ذلك : القاضي جبار جمعة اللامي , التحكيم التجاري في القانون العراقي والاتفاقيات الدولية , دراسة قانونية عملية معززة بالتطبيقات الفضائية , مطبعة السيماء , بغداد , شارع المتنبي , ٢٠١٥ , ص ٢٢ , وينظر في ذلك : د ٠ أيمن عبد الملاك مسيحه , التفويض بالصلح والتحكيم التجاري الدولي , مرجع سابق , ص ٦٤ ٠

96- ينظر في ذلك : د ٠ محمود السيد التحيوي , الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠٠٣ , ص ١٤٦ - ١٤٧ , مشار أليه في بحث أستاذنا الدكتور , فراس كريم شيعان , حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقاً للعدالة , مرجع سابق , ص ٦١ , وينظر في ذلك أيضاً : القاضي جبار جمعة , التحكيم التجاري في القانون العراقي والاتفاقيات الدولية , مرجع سابق , ص ٢٢ , وينظر في ذلك : د ٠ أيمن عبد الملاك مسيحه , التفويض بالصلح والتحكيم التجاري الدولي , مرجع سابق , ص ٦٥ ٠

97- د ٠ أحمد أبو ألوفا , التحكيم الاختياريوالإجباري , ط ٣ , منشأة المعارف , الإسكندرية , ١٩٧٨ , ص ٢٩ , مشار أليه في بحث أستاذنا الدكتور ٠ فراس كريم شيعان , حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقاً للعدالة , مرجع سابق , ص ٦٢ ٠

98- د ٠ محمود مختار أحمد بريري , التحكيم التجاري الدولي , ط ٣ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٤ , مرجع سابق , ص ١٤١ ٠

99- د ٠ أياد محمود بردان , التحكيم والنظام العام , ط ١ , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , لبنان , ٢٠٠٤ , ص ٦٠٦ - ٦٠٧ ٠

100- ومثال تلك القواعد التي يستطيع المحكم تجاهلها لكونها لا تتعلق بمصلحة عامة للمجتمع , كغض النظر عن التمسك بالتقادم الذي أكسب أحد الأطراف حقاً أصبح عنصراً في ذمته المالية , فكما يملك صاحب المصلحة ذلك فأن تفويض المحكم يخوله تجاهل ذلك التقادم ينظر في ذلك : د ٠ محمود مختار أحمد بريري , التحكيم التجاري الدولي , مرجع سابق , ص ١٤٢ , وينظر في ذلك أيضاً : د ٠ أيمن عبد الملاك مسيحه , التفويض بالصلح والتحكيم التجاري الدولي , مرجع سابق , ص ٢٧٢ - ٢٧٣ , وينظر في ذلك أيضاً : د ٠ سلامة فارس عرب , وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية , مرجع سابق , ٧٢٦ وما بعدها ٠

101- ينظر في ذلك : د ٠ مصطفى محمد الجمال , د ٠ عكاشة محمد عبد العال , التحكيم في العلاقات الخاصة الداخلية والدولية , مرجع سابق , ص ١١١, وينظر أيضاً : د ٠ محمود مختار أحمد بريري , مرجع سابق , ص ١٤٢ ٠

102- حيث يعد من قبيل مخالفة القواعد المتعلقة بمصلحة عامة تنازل أحد الأطراف عن التمسك بالتقادم الذي لم يكتمل بعد وعليه فأن المحكم هنا لا يمكنه أقرار ذلك التنازل لتعلق الأمر بحق لا يملكه الأطراف كما أن تفويض المحكم الداخلي بالصلح لا يخوله تسوية نزاع ما بين الورثة على خلاف قواعد الإرث , أو أقرار التعامل في تركه مستقبليه نتيجةً لتعلق الحالات السابقة بقواعد تمس المصلحة العامة وليس فقط المصلحة الخاصة للأطراف ينظر في ذلك : د ٠محمود مختار أحمد بريري , التحكيم التجاري الدولي , مرجع سابق , ص ١٤٢ ٠

103 -LOQUIN Eric . Arbitrage de droit et amiable composition J . CL . 1994 . procedure civile . fasc . 1038…. .

مشار أليه في : د ٠ سلامة فارس عرب , وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية , مرجع سابق , ص ٧٣٧ ٠

104- ينظر في ذلك : د ٠ شريف غنام , أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية , مرجع سابق , ص ٤٤٣ وما بعدها , وينظر في ذلك : د ٠ سلامة فارس عرب ,وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية, مرجع سابق , ص ٧٣٧ ٠

105- ونحن نتفق مع جانب من الفقه الذي يعطي تلك الميزة للمحكم بالقانون أيضاً وليس للمحكم المفوض بالصلح فقط , نتيجة للتطور الهائل الذي فرض على المحكم من أجل التدخل لتكييف العقد الدولي بالحدود المرسومة مع الأخذ في الاعتبار عدم الوصول به لتحريف ذلك العقد ينظر في ذلك : جارد محمد , دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي , مرجع سابق , ص ١٩٢ ٠

106- ينظر في ذلك : د ٠ سلامة فارس عرب , وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية , مرجع سابق , ص ٧٢٨ , وينظر أيضاً : محسن جميل جريح , التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي , مرجع سابق , ص ٤٦ ٠

107- kAHNphilipp. Les principles generaux du droit deviant les arbiters du du commerce international . Clunet 1989 . p . 305 ct . Ss.surtout p . 314.

مشار أليه في : د ٠ سلامة فارس عرب ,وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية , ص ٧٣٢ ٠

108- أنظر في ذلك : د ٠ أشرف عبد العليم الرفاعي , التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية , دراسة في قضاء التحكيم , دار الكتب القانونية , مصر , ٢٠٠٦ , ص ٢٤ , وينظر أيضاً : د ٠ محمود مختار أحمد بريري , التحكيم التجاري الدولي , مرجع سابق , ص ١٤١ , وينظر أيضاً : د ٠ سلامة فارس عرب , وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية , مرجع سابق , ص ٧٣٢ وفي تأييد ذلك الرأي أنظر : د ٠ حسن علي كاظم , تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي , مرجع سابق , ص ١٦٨ ٠

109- علماً أن ذلك القيد يعمل به سواء كان المحكم الدولي هو محكماً بالقانون أم أنه محكماً مفوضاً بالصلح ينظر في ذلك : د ٠ سلامة فارس عرب , وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة

الدولية , مرجع سابق , ص ٧٣٣ , هامش رقم ١٦١١ ٠ فالعقد الدولي لم يكن ناشئاً عن حالة فراغ فهو يتم إبرامه في دولة من الدول كما يتم تنفيذه في دولة أخرى ما لم يكن التنفيذ قد حصل في دولة الإبرام أيضاً وعليه فأن هنالك من القواعد الآمرة التي يجب احترامها سواء كان النزاع مطروحاً أمام المحكم أم القاضي , ففي مرحلة الإبرام هنالك قواعد تتعلق بالتصاريح الإدارية والإذونات المختلفة التي يستوجب الحصول عليها مقدماً قبل أبرام العقد كأذن التصدير والاستيراد فضلاً عن احترام القوانين الجمركية , أما لو تعلق الآمر بالتنفيذ فلا ننسى تلك القواعد المتعلقة بسعر الصرف ونقود الدفع ونوعية السلعة وتحويل العملة٠٠٠ألخ ينظر في ذلك : د ٠ أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق , مرجع سابق , ص ٤٦٥ - ٤٦٦ ٠

110- د ٠ سلامة فارس عرب , وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية , مرجع سابق , ص ٧٣٤ - ٧٣٥ ٠

111- ينظر في ذلك : د ٠ محمود محمد ياقوت , نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية , مرجع سابق , ص ١٤٢ , وينظر أيضًا : د ٠ هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , مرجع سابق , ص ١٨١ , وينظر أيضًا : د ٠ أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق , مرجع سابق , ص ٤٦١ وما بعدها ٠

المـــــــصـــــــــادر

أولاً :- الكتب القانونية :-

١. د ٠ أبو زيد رضوان , الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي , دار الفكـر العربـي , القـاهرة , ١٩٨١ ٠

٢. د ٠ أحمد حسان حافظ مطاوع , التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٧ ٠

٣. د ٠ أحمد عبد الكريم سلامة , الأصول في التنازع الدولي للقوانين , دار النهضة العربية , القـاهرة , ٢٠٠٨ ٠

٤. د ٠ أحمد عبد الكريم سلامة , القانون الدولي الخاص النوعي , ط ١ , دار النهضة العربية , القـاهرة , ٢٠٠٠ ٠

٥. د ٠ أحمد عبد الكريم سلامة , نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجـارة الدولية , دراسة تأصيلية أنتقادية , دار النهضة العربية , القاهرة , بدون سنة طبع ٠

٦. أسامة أحمد الحواري , القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضـوعات المنازعـات الدوليـة الخاصة , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الأردن , ٢٠٠٩ ٠

٧. د ٠ أشرف عبد العليم الرفاعي , التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية , دراسة في قضاء التحكيم , دار الكتب القانونية , مصر , ٢٠٠٦ ٠

٨. د ٠ أياد محمود بردان , التحكيم والنظام العام , ط ١ , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , لبنان , ٢٠٠٤ ٠

٩. د ٠ بشار محمد الأسعد , عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصـة , ط ١ , منـشورات الحلبـي الحقوقية , ٢٠٠٦ ٠

١٠. د ٠ ثروت حبيب , دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بـالبيوع الدوليـة , دار الاتحـاد العربي , القاهرة , ١٩٧٥ ٠٠

١١. د ٠ حنان عبد العزيز مخلوف , العقود الدولية , بدون دار نشر , ٢٠١٠ ٠

١٢. د ٠ خالد عبد الفتاح محمد خليل , حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠٠٩ ٠

١٣. د ٠ سلطان عبد الله محمود الجواري , القانون الواجب التطبيق على الحساب الجاري والاعتمـاد ألمستندي , دراسة مقارنة , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , لبنان , ٢٠١٠ ٠

١٤. د ٠ شريف محمد غنام , أثر تغير الظروف في عقود التجـارة الدوليـة , ط ١ , مطبعـة الفجيـرة الوطنية , دبي , ٢٠٠٩ - ٢٠١٠ ٠

١٥. د ٠ صالح المنزلاوي , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠٠٨ ٠

١٦. د ٠ صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي , المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية , مكتبة الملك فهد الوطنية , الرياض , بدون سنة طبع ٠

١٧. د ٠ صفاء فتوح جمعة فتوح , منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم , آليات فض المنازعات , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠١٣ ٠

١٨. د ٠ عمر سعد الله , قانون التجارة الدولية , النظرية المعاصرة , ط ٢ , دار هومة للنشر والتوزيع , الجزائر , ٢٠٠٩ ٠

١٩. د ٠ عوني محمد الفخري , أرادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية , دراسة مقارنة , ط ١ , منشورات زين الحقوقية والأدبية , بيروت , لبنان , ٢٠١٢ ٠

٢٠. د ٠ فؤاد محمد محمد العديني , تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠١٢ ٠

٢١. القاضي جبار جمعة اللامي , التحكيم التجاري في القانون العراقي والاتفاقيات الدولية , دراسة قانونية عملية معززة بالتطبيقات القضائية , مطبعة السيماء , بغداد , شارع المتنبي , ٢٠١٥ ٠

٢٢. محسن جميل جريح , التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي , دراسة مقارنة , ط ١ , منشورات زين الحقوقية والأدبية , لبنان , ٢٠١٦ ٠

٢٣. د ٠ محمد إبراهيم موسى , انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠٠٧ ٠

٢٤. د ٠ محمد أحمد إبراهيم محمود , دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية , ط ١ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠١٣ ٠

٢٥. د ٠ محمد وليد المصري , الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص , دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي , ط ٢ , مكتب دار الثقافة للتصميم والإنتاج , عمان , ٢٠١١ ٠

٢٦. د ٠ محمود سمير الشرقاوي , التحكيم التجاري الدولي , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠١١ ٠

٢٧. د ٠ محمود محمد ياقوت , حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق , دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة , منشأة دار المعارف , الإسكندرية , ٢٠٠٤ ٠

٢٨. د ٠ محمود محمد ياقوت , نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠١٢ ٠

٢٩. د ٠ محمود مختار بريري , التحكيم التجاري الدولي , ط ٣ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٤ ٠

٣٠. د ٠ مصطفى الجمال , د ٠ عكاشة محمد عبد العال , التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية , ط ١ , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , لبنان , ١٩٩٨ ٠

٣١. د ٠ مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري , المحكم التجاري الدولي , دراسة مقارنة , المكتب الجامعي الحديث , بدون بلد , ٢٠١٣ ٠

٣٢. د ٠ منير عبد المجيد , قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية , دار المطبوعات الجامعية , الإسكندرية ,٢٠١٠ ٠

٣٣. د ٠ ميثاق طالب حمادي , شرط أعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية , ط ١ , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية , ٢٠١٦ - ٢٠١٧ ٠

٣٤. د ٠ هشام أحمد محمود عبد العال , عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٠ ٠

٣٥. د ٠ هشام علي صادق , القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية , ط ٢ , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية , ٢٠٠١ ٠

٣٦. د ٠ هشام علي صادق , تنازع القوانين , ط ٢ , منشأة دار المعارف , الإسكندرية , بدون سنة طبع ٠

٣٧. د ٠ الياس ناصيف , العقود الدولية , التحكيم الإلكتروني , ط ١ , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , ٢٠١٢ ٠

ثانياً :الرسائل والأطاريح :-

١. أيمن عبد الملاك مسيحه , التفويض بالصلح والتحكيم التجاري الدولي , أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة , ٢٠١٣

٢. بهاء علي الدين هلال دسوقي , قانون التجار الدولي الجديد , رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة القاهرة , كلية الحقوق , ١٩٩٣ ٠

٣. جارد محمد , دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي , دراسة مقارنة , رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان , كلية الحقوق والعلوم السياسية , الجزائر ٢٠٠٩ - ٢٠١٠

٤. حسن علي كاظم , تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي , أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الجزائر , كلية القانون بن عنكون , ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥ ٠

٥. سامي مصطفى فرحان , تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية , أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس , كلية الحقوق , ٢٠٠٦ ٠

٦. سعد الدين أمحمد , العقد الدولي بين التوطين والتدويل , رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة حسيبة بن بو علي الشلف - كلية العلوم القانونية والإدارية , الجزائر , ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨ .

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

٨. سلامة فارس عرب , وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية , أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة , ١٩٩٨ .

٩. صفاء فتوح جمعة فتوح , آليات فض منازعات عقود التجارة الإلكترونية , أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة المنصورة , كلية الحقوق , بدون سنة طبع .

١٠. عدلي محمد عبد الكريم , النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية , أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان , كلية الحقوق والعلوم السياسية , الجزائر , ٢٠١٠ - ٢٠١١ .

١١. فراس كريم شيعان , أثر اتفاقيات التجارة الدولية في تطوير قواعد تنازع القوانين , أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الموصل , كلية القانون , ٢٠٠٧ .

١٢. محمد بلاق , قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية , رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان , كلية الحقوق والعلوم السياسية , الجزائر , ٢٠١٠ - ٢٠١١ .

١٣. نرمين محمد محمود صبح , مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية , إطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس , كلية الحقوق , ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ .

ثالثاً :البحوث القانونية :-

١. 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 .

رابعاً : القوانين : -

١. قانون أصول المحاكمات اللبنانية , رقم ٤٤٠ لسنة ٢٠٠٢ القسم الثاني الخاص بالتحكيم الدولي.

٢. قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ٢٠١٠ .

٣. قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لعام ١٩٨٤ .
٤. قانون التحكيم الدولي التونسي رقم ٤٨ لسنة ١٩٩٣ .
٥. قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .
٦. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١ .
٧. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لعام ١٩٦٩ .
٨. قانون المرافعات المدنية الفرنسي الصادر بالمرسوم (٨١ / ٥٠٠) في ١٢ مـــايو ١٩٨١ ، والمعـــدل بالمرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ .
٩. القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي البحريني لعام ١٩٨٥ .
١٠.قواعد غرفة التجارة الدوليـــة لعام ٢٠١٢ .
١١.مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي العراقي لسنة ٢٠١١ .

خامساً :الاتفاقيات الدولية

١. الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١ .
٢. اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام ١٩٦٥.
٣. اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٧ .

ABSTRACT

Perhaps one of the reasons for the liberalization of international contracts from national laws,
if not the most important ones, is the increasing role of the international commercial arbitration court, after it became clear that the wide scale of economic exchanges taking place today in the world, The lack and appropriateness of the judicial systems and the national laws to settle disputes arising from them, is a direct cause for the rush of legal thought in order to search for a specialized means based on the separation of such disputes away from the jurisdiction of the state and its law.

Thus, the latter judiciary has now become a prominent place on the international level, as the justice of a convention and even a phenomenon of great importance in the field of international economic relations, to which the parties to international trade resort freely to resolve disputes arising or arising out of the contract The desire of these traders in the international markets to liberate as much as possible the restrictions contained in the legal systems in different countries and to remove international trade from the national laws after the latter became characterized by introversion and even bias to internal considerations, Their desire to move away from the problem of the conflict of laws and the tendency of national courts usually apply the law even in disputes relating to international trade .

Therefore, the reality confirms to us that today is not without a decade of international trade contracts from the condition under which to resort to the arbitral tribunal in the event of a dispute relating to those recent contracts, and rare, which does not contain the requirement of arbitration, we find parties agree when a dispute arises to resort to spend Arbitration is a method of arbitration. In light of this, it can be assumed that arbitration has become the usual way to deal with international commercial disputes. This has led to the argument that the ability of the international commercial arbitration court to create and apply the rules of substantive law for international trade. And I

heard optimal elimination of disputes that the latter, he does not prevent the creation of an international special law to solve the day as an alternative to private international law, which has become unable to take the problems raised by international trade contracts .

Accordingly, the international trade arbitrator the authority of both types of either arbitration law, or whether it is arbitration with the authorization state conciliation, can accommodate output international contracts from the scope of national laws, taking into account the content of the latter of jus cogens, and subjecting them instead more responsive to the rules which are defined rules The substantive law of international trade will also be illustrated in our later research .

The power of arbitrator in editing international contracts from undergo the national laws

(A comparative study)

P.Dr. Abd Al Rasul A.Al - Asadi
Haidar Abd Al Hussein Hassan