

المقدمة

يعتبر التحكيم التجاري الدولي مساراً للفصل في الادعاءات المتباينة بين اطراف النزاع يطرحه النظام القانوني الى جانب المسار القضائي العادي . والتحكيم التجاري الدولي بوصفه نظاماً خاصاً لتسوية المنازعات ينشأ العديد من الأزواجيات المتقابلة التي تنتج العديد من المشاكل كما هو الحال بالنسبة للمقارنة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي ، والتحكيم التعاقدية والتحكيم القضائي والتحكيم الاختياري الاجباري وغيرها . ومن بين هذه الأزواجيات التحكيم بقانون او التحكيم وفقاً للقانون مقابل التحكيم مع التفويض بالصلح أو التحكيم وفقاً لقواعد العدل والأنصاف أو التحكيم وفقاً للعدالة .

وإذا كان الاصل يقتضي ان يتم الفصل في النزاع المحال على التحكيم وفقاً لأحكام القانون ، ليمارس المحكم بذلك سلطة القاضي في تطبيق احكام القانون على النزاع المطروح عليه ويلتزم بالحدود المرسومة لهذه السلطة ، مع ذلك فقد فوض القانون طرفي النزاع الحق في تحويل المحكم صلاحية الفصل في النزاع وفقاً لما يراه محققاً للعدالة ذلك للوصول الى حكم يحفظ التوازن بين مصالحهم ولو كان مخالفاً لاحكام القانون التي يفترض ان تحكم وقائع النزاع ، اذ خولت التشريعات الوطنية والاتفاقيات التي اخذت بالتحكيم وفقاً للعدالة الاطراف حق منح المحكم سلطة الفصل بالنزاع وفقاً لقواعد العدل والانصاف واستبعاد القواعد القانونية بقدر ما يتطلب ذلك شعورهم بالعدالة .

وتبدو اهمية البحث في ان التحكيم بالصلح هو استثناء من الاصل العام هو التحكيم بالقانون وفي خطورة هذا النوع من التحكيم ، حيث ان عدم تقييد المحكم بأحكام القانون وإجراءات المرافعات وترك الأمر للمحكم بأصدار حكمه وفقاً للعدالة قد يؤدي به الى الانحراف بهذه السلطة في حالة عدم وجود ضابط محدد لها ، كما ان تقييد المحكم بتقييد النظام العام هو قيد غير واضح فأى من هذه القواعد يجب التقييد بها هل هي قواعد النظام العام في قانون دولة وكان التحكيم او الدولة التي يراد فيها تنفيذ الحكم التحكيمي ، حيث ان صدور القرار التحكيمي خلافاً للقواعد المقررة وعدم مراعاة القواعد المتعلقة بالنظام العام تجعل الحكم التحكيمي عرضة للبطلان ، سواء كان من قبل المحكمة المختصة اصلاً بنظر النزاع من تلقاء نفسها او اذا تمسك الاطراف ببطلانه .

لكن المثير للجدل هو هل ان اعفاء المحكم من التقيد بأحكام القانون الموضوعية والاجرائية تُفيد اطلاق يد المحكم في عدم التقيد باحكام أو اجراءات المرافعات ، ام ان هذه السلطة مقيدة حيث ان هناك حدود لسلطات المحكم يتوقف عندها تلك السلطة وهذا ما سوف نحاول الغاء الضوء عليه في هذه البحث ، وذلك خلال المبحث في مفهوم التحكيم بالصلح وبيان الاساس القانوني لسلطة المحكم في عدم التقيد بأحكام القانون وتمييزه عن التحكيم بالقانون وهو موضوع المبحث الأول ، فيما نخصص المبحث الثاني لبيان حدود سلطة الحكم المفوض بالصلح بالنسبة لقواعد القانون المختلفة والشروط التي يتضمنها العقد، محاولين قدر الامكان اللقاء الضوء على القوانين المنظمة للتحكيم ومقارنتها بالقانون العراقي.

المبحث الاول

مفهوم التحكيم وفقاً للعدالة (*)

يتطلب أستيضاح المقصود بالتحكيم وفقاً للعدالة ان نقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الأول منهما للتعريف بالتحكيم وفقاً للعدالة وبيان الشروط الخاصة به فيما نعتد الثاني لايضاح الاساس القانوني لسلطة المحكم وفقاً للعدالة وتمييز هذا النوع من التحكيم عن التحكيم وفقاً للقانون .

المطلب الاول

تعريف التحكيم وفقاً للعدالة وشروطه

نصت المادة (٢٦٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ على : ((١- يجب على الحكمين اتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات الا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع إجراءات معينة يسير عليه المحكمون .
٢- اذا كان المحكمون مفوضين بالصلح يعفون من التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون الا ما تعلق منها بالنظام العام)) .

والنص المتقدم يبين ان التحكيم ينقسم الى قسمين تحكيم بالقانون او ما يسمى بالقضاء والذي يُفيد بأن المحكم وفقاً لهذا النوع من التحكيم يكون مقيداً عند نظر النزاع ان يصدر حكمه وفقاً للقواعد القانونية الموضوعية في القانون الواجب التطبيق، وان يتقيد ايضاً باتباع الإجراءات والأوضاع التي نص عليها قانون المرافعات فيما يتعلق بإجراءات التحكيم .

اما النوع الآخر فهو التحكيم وفقاً للعدالة والذي وفقاً له فأن المحكم واستناداً للرخصة الممنوحة له لا يتقيد بالقواعد القانونية الموضوعية في اصدار حكمه ، وانما يكون له اصدار حكمه وفقاً لقواعد العدالة ، كما ان له عدم التقيد بإجراءات المرافعات ، كل ذلك بالاستناد إلى تفويض صريح من الأطراف بتحويل المحكم سلطة التحكيم وفقاً لمبادئ العدالة^(١) .

وإذا كان التحكيم وفقاً للقانون يعتبر القاعدة أو الأصل العام في التحكيم فإن المشرع قد أجاز استثناءً للأطراف حق تفويض المحكم بالحكم وفقاً لمبادئ العدالة ومنحهم صلاحية إعفاء المحكم من التقيد بأحكام القانون والتقيد بإجراءات التحكيم المنصوص عليها في القانون والخاصة بالمرافعات، لذلك يعرف البعض التحكيم وفقاً للعدالة على أنه ذلك النظام الذي لا يتقيد فيه المحكم عند حسمه النزاع بقواعد القانون^(٢). ووفقاً لهذا النظام فإن التحكيم يكون له وظيفة مزدوجة، فالحكم من ناحية هو شخص أجنبي عن الطرفين يتولى الفصل في النزاع بحكم ملزم لهما مثله في ذلك مثل القاضي^(٣)، إلا أنه من ناحية أخرى يعتمد أساساً للفصل في النزاع على ما تقوم عليه فكرة الصلح من إسقاط لكل ما يراه غير عادل من طلبات الطرفين وصولاً إلى حل يراعي فيه المصالح المشروعة لكل منهما وهذا هو المسلك الذي تنتهجه التشريعات اللاتينية والذي يخالفه منهج التشريعات الانكلوسكسونية التي تلزم المحكم بتطبيق أحكام القانون وخضوعه لرقابة القضاء الأعلى في تطبيقه^(٤).

ونتيجة للإشكالية التي يثيرها استخدام مصطلح التحكيم مع التفويض بالصلح أو التحكيم وفقاً للعدالة مقارنة مع عقد الصلح نجد من الضروري التمييز بينهما، فالصلح يعد وسيلة لتسوية المنازعات بين الأطراف شأنها في ذلك شأن التحكيم^(٥) إلا أنها تختلف عن التحكيم في كون أن الصلح يعتبر وسيلة ذاتية بمعنى أن الأطراف ذوو الشأن يقومون بها بأنفسهم حيث أنه يكون ثمرة تفاوض مباشر بينها حتى وإن فوضوا شخصاً من الغير في هذا الصلح، بينما في نظام التحكيم وفقاً للعدالة فإن دور إرادة الأطراف تقف عند تخويل هيئة التحكيم المختار في الفصل بالنزاع الذي ينشأ بينهم^(٦).

ومن ناحية ثانية فإن الصلح هو عقد فيما بين طرفيه وإن عمل الطرفين لا يرقى إلى مرتبة الحكم القضائي ولا يكون هذا العقد سنداً تنفيذياً بذاته إلا إذا أفرغ هذا الاتفاق في صورة عقد رسمي أو تم أمام القضاء، أما التحكيم فإن المحكم يكون له دور القاضي في حسم موضوع النزاع وذلك عن طريق قرار يصدره المحكم يسمى الحكم التحكيمي ويكون ملزماً للأطراف المحكمتين ويكون سنداً تنفيذياً^(٧).

يضاف إلى ذلك إن نظام الصلح يقوم على فكرة وجود تنازلات متبادلة بين الأطراف ذو الشأن لذلك يكون كل طرف في نظام الصلح على علم مسبق بما سوف يتنازل عنه ، أما في نظام التحكيم فأن الأطراف المحتكمين لا يقدمون مثل هذا التنازل وإنما يفوضون هيئة التحكيم بالفصل في المنازعة وإصدار حكم تحكيمي ملزماً لهم بما يراه عادلاً ، لذلك فأن في نظام التحكيم يجهل الأطراف الحل الذي سوف ينتهي إليه النزاع ، لأن الأمر يكون متروك لتقدير هيئة التحكيم المكلفة بالفصل بالنزاع^(٨) .

والمعيار التقليدي في التفرقة بين نظام الصلح بواسطة تدخل شخص ثالث (الغير) وبين التحكيم يعتمد بصفة أساسية على السلطة المخولة لهذا الشخص وفيما إذا كانت ذات طبيعة قضائية من عدمه ، فأن كانت مهمة هذا الشخص ذات طبيعة قضائية فأننا نكون أمام تحكيم^(٩) .

إلا أن هذا المعيار منتقد وذلك لأنه لا يكفي لوحده كمعيار حاسم للتفرقة بين نظام الصلح ونظام التحكيم في جميع الفروض لذلك لابد من وجود معايير أخرى تكميلية أو احتياطية تساعد في الوصول إلى تمييز سهل ومنضبط في الحالات التي يعجز المعيار التقليدي على تحقيقها .

شروط التحكيم وفقاً للعدالة

إن التحكيم وفقاً للعدالة كأجراء قانوني يستوجب توافر شروط معينة وذلك حتى ينشأ صحيحاً ولا ينعى عليه بالطعن بالبطلان ، وهذه الشروط منها ما هو عام يستلزم توافره سواء كان التحكيم بالقانون أو بالصلح ومنها ما هو خاص بالتحكيم بالصلح .

والشروط العامة بالتحكيم يمكن إجمالها بالآتي :

أولاً : كتابة اتفاق التحكيم : تعتبر بعض القوانين ان كتابة الاتفاق التحكيمي تعتبر شرطاً لازماً لصحة الاتفاق حيث يقع باطلاً كل اتفاق على التحكيم ما لم يكن بشكل مكتوب^(١٠) ، إلا أن هناك قوانين أخرى تعتبر الكتابة شرطاً للإثبات وليس لصحة و نفاذ اتفاق التحكيم^(١١) .

ثانياً : أن يكون عدد المحكمين وتراً : حيث نصت بعض القوانين على ضرورة أن يكون عدد المحكمين وتراً وذلك لإمكانية الترجيح في حالة انقسام آراء المحكمين ويترتب على مخالفة هذا الشرط بطلان الاتفاق على التحكيم^(١٢).

ثالثاً : الأهلية تعتبر الأهلية شرطاً لازماً لصحة الاتفاق التحكيمي حيث لا يكون التحكيم بوصفه نظاماً لتسوية المنازعات نافذاً وصحيحاً إلا إذا كان صادراً من شخص له أهلية التصرف في حقوقه^(١٣).

رابعاً : أن يتم تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم أو إنشاء المرافعة وفي حالة ما إذا لم يتفق الأطراف على تحديد موضوع النزاع يكون اتفاق التحكيم باطلاً^(١٤). ولما كان موضوع النزاع هو محل اتفاق التحكيم فلا بد من أن يكون غير مخالف للنظام العام وإلا يترتب على ذلك بطلان الاتفاق التحكيمي وينسحب ذلك إلى بطلان الحكم التحكيمي فيما لو تم إصداره^(١٥).

أما فيما يتعلق بالشروط الخاصة بالتحكيم وفقاً للعدالة وهي :

أولاً : أن يتم الاتفاق صراحة على إن التحكيم هو تحكيم وفقاً للعدالة : يذهب الفقه إلى اشتراط أن يتم الاتفاق على التحكيم وفقاً للعدالة صراحة وذلك لكون هذا النوع من التحكيم هو استثناء من الأصل العام وهو التحكيم وفقاً للقانون ، وان السلطة الممنوحة للمحكم والمتمثلة في إعفائه من تطبيق أحكام القانون تنطوي على نوع من الخطورة^(١٦).

وقد نص على هذا الشرط قانون التحكيم النموذجي للأونسترال وقد اخذ به القانون البحريني والقانون اللبناني ، اما بقية التشريعات العربية فلا يوجد فيها نص صريح بذلك الا ان هذا الشرط يمكن الأخذ به ذلك لأن القوانين التي نظمت التحكيم وفقاً للعدالة قد اشترطت عدم جواز تفويض المحكمين الحكم وفقاً للعدالة ما لم يتم ذكرهم بالأسماء في مشاركة التحكيم او في عقد سابق عليها^(١٧) ، الأمر الذي يمكن تفسيره على ان الاتفاق على تعيين المحكمين بالأسماء هو اتفاق صريح من الاطراف على تفويض المحكمين بإصدار حكمهم وفقاً لمبادئ العدالة و الا كان التحكيم وفقاً بالقانون .

ونعتقد من جانبنا ضرورة ان يتم الاتفاق صراحة على اعفاء المحكم من التقيد باحكام القانون وتفويضه بحسم النزاع وفقاً لمبادئ العدالة وذلك لتجنب ما قد يثيره الخلاف حول حدود سلطة المحكم وفيما اذا كان محكماً وفقاً للقانون أو وفقاً للعدالة من مشاكل متعلقة بالاثبات وما يؤدي اليه ذلك من أطالة امد النزاع وهو أمر يتعارض مع الهدف والغاية من اللجوء الى التحكيم من ناحية وامكانية ابطال حكم التحكيم من ناحية اخرى فيما لو كان المحكم قد اصدر محكمة خلافاً لما خولته ارادة الأطراف^(١٨).

ثانياً : تسمية المحكم في اتفاق التحكيم: لما كان دور المحكم في هذا النوع من التحكيم يقوم على فكرة ابرام صلح ما بين طرفي النزاع ونظراً لأهمية المهمة الموكلة اليه ، حيث انه في كثير من الأحيان تكون شخصية المحكم محل اعتبار من قبل الطرفين لتسهيل حسم النزاع والوصول الى الحكم العادل ، نجد ان بعض القوانين قد اشترطت ان يتم تسمية المحكم او اعضاء هيئة التحكيم ضمن اتفاق التحكيم^(١٩)، فان كان المحكمون هيئة فيجب ان يتم ذكر اسمائهم جميعاً في الاتفاق .

ويترتب على عدم تسمية المحكم أو هيئة التحكيم بطلان اتفاق التحكيم ، واذا صدر المحكم حكمه ولم يكن معيناً باتفاق الطرفين فأن حكمه يكون باطلاً ايضاً تبعاً لبطلان اتفاق التحكيم^(٢٠)، الامر الذي يدفع الى القول باعتبار التحكيم المؤسسي باطلاً ، فأذا اتفق الطرفان على احالة النزاع الى مؤسسة تحكيم دون ان يتم ذكر اسماء المحكمين وكانوا معفون من التقيد باحكام القانون فيكون اتفاق التحكيم باطلاً، وذات الأثر يترتب في حالة ما اذا تم تعيين المحكم من قبل المحكمة عند عدم اتفاق الاطراف على تعيينهم^(٢١).

وهناك تساؤل يُطرح حول مدى صحة و نفاذ اتفاق التحكيم في حالة موت المحكم او احد اعضاء هيئة التحكيم ؟ وما هو الحكم فيما لو تعذر على المحكم تنفيذ مهمته الموكل اليه ؟

فيما يتعلق بالفرض الأول يذهب البعض^(٢٢) الى ان وفاة المحكم او احد أعضاء هيئة التحكيم سواء كان ذلك قبل البدء بأجراءات التحكيم أو اثناءها ، لا يؤثر على اتفاق التحكيم حيث يبقى التحكيم صحيحاً الا ان نفاذه يكون متوقفاً على اتفاق جديد من قبل

الأطراف على تعيين محكم جديد بدلاً عنه ، فأن لم يتفق الأطراف على ذلك يسقط اتفاق التحكيم ويسقط تبعاً له جميع الاجراءات التي تمت تبعاً له.

اما فيما يتعلق بالفرض الثاني فتذهب غالبية التشريعات^(٢٣) للنص على انه اذا انتهت المدة المحددة للتحكيم وتعذر على المحكم اصدار حكمه التحكيمي ولم يتفق الأطراف على تجديد المدة الممنوحة للحكم لأصدار حكمه ، فأن ذلك يترتب عليه انتهاء التحكيم وضرورة العودة الى القضاء صاحب الولاية العامة لتسوية النزاع وذات الاثر يترتب في حالة ما اذا اعتزل المحكم او رفض القيام بالمهمة الموكلة اليه.

المطلب الثاني

اساس سلطة المحكم وفقاً للعدالة وتمييزه عن التحكيم بالقانون

ذاذا كان التحكيم وفقاً للعدالة يعني وفقاً للمعنى المتقدم قدره المحكم على استبعاد تطبيق احكام القوانين الوطنية والفصل في النزاع دون التقيد بالقواعد القانونية بناءً على اتفاق الاطراف المتنازعة ، هذا الاتفاق الذي ينطوي على فكرة تخليهم عن الحماية القانونية المتأتية من تطبيق الاحكام القانونية الوطنية لدولة ما . فالتساؤل الذي يمكن طرحه هو هل ان اتفاق الاطراف وانصراف ارادتهم الى تخويل المحكم لاصدار قراره دون الرجوع الى القواعد القانونية الوطنية يكفي لان يكون اساساً لسلطة المحكم في اصدار حكمه التحكيمي وصحة هذا الحكم ؟

يلاحظ ان هناك اتجاهين في شأن بيان الاساس القانوني لسلطة المحكم وفقاً للعدالة ، الأول منهما يذهب الى ان ارادة الاطراف لاتكفي لوحدها لاضفاء الصفة الشرعية على سلطة المحكم وفقاً للعدالة ، وانما يجب لأكتسابها هذه الصفة ان تتوافق مع الاعتراف بها من قبل قانون وطني لدولة ما^(٢٤).

الا ان هذه النتيجة التي خلص اليها اصحاب هذا الاتجاه لم تكن محل اتفاق ، اذ نجد ان هناك خلافاً بين اصحاب هذا الاتجاه في تحديد القانون المختص الذي يتم بموجبه الاعتراف بصحة الشرط الذي يمنح المحكم سلطة التحكيم وفقاً للعدالة ، فمنهم من ذهب الى ان هذا القانون هو قانون مقر التحكيم بناءً على ما درج عليه القضاء الانكليزي والذي كان يأخذ بمبدأ بطلان شرط التحكيم وفقاً للعدالة على كل حكم يحكم يجري على الاقليم الانكليزي اياً كان القانون الذي يحكم التحكيم حتى وان كان ذلك القانون يجيز التحكيم بالعدالة (٢٥).

فيما ذهب آخرون الى أخضاع تقدير صحة شرط التحكيم وفقاً للعدالة الى القانون الذي يختاره الاطراف احكم التحكيم ، سواء كان ذلك من الناحية الإجرائية او الموضوعية، وذلك لمعرفة فيما اذا كان القانون يعترف بنظام التحكيم وفقاً للعدالة من عدمه (٢٦).

الا ان الاتجاه المتقدم لم ينادى من الوقوع في المحذور، حيث يؤاخذ عليه ان صحة شرط التحكيم وفقاً للعدالة يتوقف على اعتراف قانون ما بهذا النوع من التحكيم بوصفه نظاماً من انظمة تسوية منازعات التجارة الدولية وان ذلك يكون وفقاً له بموجب معيار عام يؤدي الى الوقوع في دائرة نزاع محورها تحديد القانون الذي يتم بموجبه فحص صحة شرط التحكيم .

ومن ناحية اخرى فإن اسناد تقدير صحة شرط التحكيم بالعدالة للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم يصطدم بفكرة استقلالية اتفاق التحكيم التي اعترف بها الفقه والقضاء متبنياً صحة ذلك الاتفاق على نحو مستقل عن خضوع العقد لأي قانون وطني (٢٧).

لذلك يذهب اتجاهاً آخر الى ان ارادة الاطراف تكفي لوحدها لأن تكون اساساً لسلطة المحكم وفقاً للعدالة استقلاً عن أي قانون وطني ذلك لأن الصلح يرتكز على ارادة الطرفين وموافقتهم واتحاد الايجاب والقبول فالمحكم لا يستمد سلطاته ولايمارسها باسم الدولة ، بل من اتفاق الاطراف على ذلك (٢٨) وهو امر اكدته العديد من الاتفاقيات

م.د.فراس كريم شيعان

حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقاً للعدالة

الدولية كاتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ والاتفاقية الأوربية لعام ١٩٦١ والقانون النموذجي الذي وضعته لجنة التجارة الدولية اليونسترال^(٢٩)،

وكما اقرته العديد من قوانين التحكيم الوطنية الحديثة^(٣٠) ، واكدته القضاء^(٣١) .
 واذ كانت الارادة تكفي لوحدها كأساس قانوني لسلطة المحكم المفوض وفقاً للعدالة في نظر البعض ، فأنا نرى ان هذه الارادة تستمد سلطاتها من اعتراف المشرع لها بهذا الدور وبالتالي فهي لاتخرج عن حدود القانون وانما تمارس دورها في اطار القانون .

تمييز الحكم وفقاً للعدالة عن التحكيم وفقاً للقانون

ميزت التشريعات التي اقرت التحكيم وفقاً للعدالة بأن اعفت المحكم في هذا النوع من التحكيم بقواعد القانون والمرافعات الا ما تعلق منها بأسس المرافعات وحقوق الدفاع ذلك لان الامر يتعلق بصلح سوف يفرضه المحكم على الخصوم^(٣٢) .

فالتحكيم وفقاً للقانون يقتضي من المحكم ان يتعرف على وقائع النزاع وان يبحث عن القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق التي تتولى حسم النزاع مراعيًا بذلك القواعد الامرة وشروط العقد ولايمكنه اللجوء الى مبادئ العدالة الا اذا لم يجد نص خاص يتضمن حلاً للمسألة المطروحة^(٣٣) .

اما في التحكيم وفقاً للعدالة فان المحكم له منذ البداية ان يتخطى جميع القواعد القانونية بما فيها شروط العقد فيما لو قدر ان ما تتضمنه من احكام لا يحقق مقتضيات العدالة وان تعتمد في حكمه على مبادئ العدل والأنصاف فقط^(٣٤) .

والعدالة هنا هي العدالة المخالفة للمشروعية^(٣٥) ، ذلك لأن المحكم وفقاً للعدالة له حق استبعاد جميع القواعد القانونية الموجودة في القوانين الوضعية والتي تبدو له غير عادلة ليحل محلها حلاً تعد في اعتقاده الشخصي عادلة وتتفق مع مفهومه الشخصي للعدل والعدالة ، بل له اكثر من ذلك حيث يمكنه ان يقر حلول توفيقية شريطة ان تكون هذه الحلول حلاً عادلة من وجهة نظره . وبذلك تكون للمحكم وفقاً للعدالة سلطة تقديرية واسعة لمحاولة ادراك عدالة الحالة والبحث عن انسب الحلول توافقاً مع مصالح الاطراف دون ان ياتزم بالنصوص الجامدة في أي قانون وطني ، لذلك فإن عدالة التحكيم ترتبط بعدالة المحكم^(٣٦) .

والميزة الثانية التي تميز التحكيم وفقاً للعدالة عن التحكيم وفقاً للقانون هي ان حكم المحكم وفقاً للعدالة لايجوز الطعن به مالم يكن مشوباً بأحد اسباب البطلان المقررة قانوناً والسبب في ذلك يرجع الى ان الخصوم في التحكيم وفقاً للعدالة اتجهت ارادتهم الى التراضي على المحكم ووضعوا ثقنتهم به وخولوه ابرام عقد الصلح بما يؤدي الى قطع الخصومة وترفع النزاع وتتهيه فلا مجال بعد ذلك للطعن بما قرره وفقاً لقاعدة ان من يسعى الى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه^(٣٧) ، يضاف الى ذلك ان الحد من مجال الطعن في حكم المحكم يؤدي الى تحقيق فعالية التحكيم والغرض من اللجوء اليه الا وهو حسم النزاع بالسرعة الممكنة^(٣٨).

اما الميزة الثالثة التي تميز التحكيم وفقاً للعدالة فتتمثل في ان التحكيم وفقاً للعدالة لايتجزأ أخلاقاً للتحكيم وفقاً للقانون ، ذلك ان المحكم وفقاً للعدالة يكون مفوضاً بالصلح والصلح لايتجزأ اساساً ، لذلك فأن بطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله^(٣٩) .
وإذا كانت الأمور المتقدمة تميز التحكيم وفقاً للعدالة عن التحكيم وفقاً للقانون فان الأمر يدعو الى التساؤل حول تحديد المعيار الذي يتم بموجبه التمييز بين نوعي التحكيم، والاجابة على هذا التساؤل تفيد بأن التمييز بين التحكيم وفقاً للعدالة عن التحكيم وفقاً للقانون تقوم على مبدئين ، الاول هو ان التحكيم وفقاً للقانون هو الاصل فيما يكون التحكيم وفقاً للعدالة استثناءً على هذا الاصل وخروجاً عليه يجد سنده في تراضي الطرفين عليه ، ولما كان التحكيم وفقاً للعدالة استثناءً من الاصل فأن التعبير عن ارادة الاطراف في الاتجاه نحو التحكيم وفقاً للعدالة يجب ان يكون قاطعاً في الدلالة عليه وهذا هو المبدأ الثاني^(٤٠).

لذلك فاذا كانت ارادة الطرفين قد عبر عنها بطريقة تثير الشك فلا يتم في هذه الحالة الركون الى ان ارادتهم اتجهت الى التحكيم وفقاً للعدالة وذلك رعاية لحقوقهم ، ومن امثلة ذلك كأن يتفق الاطراف على التحكيم مع التفويض بالصلح مع تضمين مشاركة التحكيم شرطاً يوجب على المحكم احترام قواعد القانون، ففي مثل هذه الحالة فأن التعارض واضح ويجب تفسيره لمصلحة الطرفين وعدم اعتبار المحكم مفوضاً بالصلح وذلك لأن اجراء الصلح يستوجب التحرر من قواعد القانون الشكلية

والموضوعية في حين احترام المحكم المصالح لقواعد القانون يؤدي الى الحكم على كل طرف بكل ما يطلبه الطرف الاخر وهذا لايعتبر صلحاً^(٤١).

كما ان الاتفاق على منح المحكم سلطة فصل في النزاع دون ان يكون قراره قابلاً للطعن به او ان يتم الاتفاق على اعفائه من مراعاة احكام قانون المرافعات فيما يتعلق بالمواعيد والاجراءات فلا يمكن اعتبار هذا الاتفاق على انه تحكم مع التفويض بالصلح لأن هذه المسائل تمثل نتائج للتحكيم بالصلح وليست ضابطاً للتفرقة بينه وبين التحكيم وفقاً للقانون^(٤٢).

المبحث الثاني

نطاق سلطة المحكم وفقاً للعدالة في استبعاد القواعد القانونية

يثير التحكيم وفقاً للعدالة العديد من الاشكاليات ومن بين هذه الاشكاليات حدود سلطة المحكم بالصلح في التصدي للعقد موضوع النزاع ، واين تنتهي حدود العدالة ويبدأ تطبيق القانون ، وهل ان الاعفاء من تطبيق القانون يعني الزام المحكم بعدم تطبيقه ؟ لذلك سوف نحاول في هذا المبحث الاجابة عن هذه التساؤلات وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الاول منهما للاجابة عن التساؤل الذي مفاده هل ان اعفاء المحكم من تطبيق القانون يقتضي الزام المحكم بتطبيق العدالة ؟ وماهي العدالة التي يجب ان يطبقها المحكم ؟ اما المطلب الثاني فسوف نخصصه لبيان حدود سلطة المحكم في استبعاد احكام القانون وفيما اذا كانت هذه السلطة مطلقة ام مقيدة ؟ وهل ان نطاق سلطة المحكم يمتد ليشمل نصوص العقد من عدمه ؟

المطلب الاول

اعفاء المحكم من تطبيق نصوص القانون وتطبيق العدالة

لقد اثارت مسألة طبيعة اعفاء المحكم من تطبيق نصوص القانون عند تفويضه بأصدار حكمه دون التقيد بقواعد القانون من قبل الاطراف ، الخلاف بين اوساط الفقه والاجتهاد ، وهذا الاعفاء هو الذي يميز التحكيم وفقاً للعدالة عن التحكيم بالقانون ، ونجد ان هناك اتجاهين يذهب احدهما الى ان تطبيق المحكم للعدالة ، عندما يكون معنياً من التقيد بأحكام القانون ، وامتناعه عن تطبيق نصوص القانون هو التزام مفروض عليه يجب ان يتقيد به ، فأرادة الاطراف واتفاقهما على اعفاء المحكم من تطبيق القانون او التذرع باحكامه تقيد بأنهم قد اختاروا اطاراً محدداً للتحكيم يجب على المحكم ان يمارس عمله في ظله ، فاذا خرج المحكم من هذا الاطار ودخل في اطار القانون ونصوصه فانه يكون بذلك قد خرج عن ارادة الاطراف ، تلك الارادة التي تعتبر اساس او منبع اعفاء

المحكم من تطبيق القانون ، فلو ارادوه ان يطبق القانون لما كانوا قد اختاروا تفويضه بأن يصدر حكمه التحكيمي دون الرجوع الى احكام القانون ، لذلك فإن ارادة الاطراف تلزم المحكم وتقيده حريره في امكانية الرجوع الى نصوص القانون^(٤٣).

وخلافاً للاتجاه المتقدم نجد ان هناك اتجاهاً اخر يرفض المنطق الذي قال به اصحاب الاتجاه المتقدم ، ويعتبر ان المحكم وفقاً للعدالة له الحق في ان يطبق نصوص القوانين وحدها دون سواها كما يمكنه ان يطبق العدالة ، فالمحكم في هذا النوع من التحكيم وان كان مُعفى من تطبيق القانون الا انه حر في تطبيق احكامه ونصوصه او عدم التقيد بها ، ذلك لأن العدالة ليست نقيض القانون ولا هي غريبة عنه حتى يكون المحكم بأنقاله من تطبيق العدالة الى تطبيق القانون كأنما قد انتقل من عالم الى عالم اخر وانما هو انتقال كما وصفه البعض ، من النص الذي يبحث عن الروح الى الروح ذاتها^(٤٤).

ونعتقد تأييداً للاتجاه المائل بان العدالة هي ليست وسيلة لحل النزاع وانما هي غاية يسعى اليها المحكم وصولاً لحكم عادل ، فتحويل الطرفين للمحكم مهمة التحكيم دون التقيد بقواعد القانون لا يمكن ان يفسر على انه تعطيل لتطبيق قواعد القانون بل يجب ان يفسر على انه رخصة للمحكم تمنحه فرصة البحث عن الحل العادل للنزاع ولو لم يكن مستمداً من نصوص القانون وهو في رأينا يؤدي الى ايجاد نوع من التكامل بين العدالة والقانون .

الا ان رأياً اخر، والذي تبنته العديد من القرارات التحكيمية، يرى ضرورة تقييد المحكم المفوض بالتحكيم وفقاً للعدالة، عندما يريد ان يطبق نصوص القانون، بقيد الملائمة أي ملائمة تلك النصوص القانونية لأعتبارات العدالة بحيث انها تعطي حلاً عادلاً للنزاع . لذلك تعتبر العدالة هي الاساس الضابط في الحكم وفقاً لاعتبارات العدالة ، فالمحكم في هذا النوع من التحكيم هو محكم مفوض بمهمة وليس متمتعاً بسلطة ، لذلك فاذا عاد الى نصوص القانون وحدها فانه يكون قد خرج عن حدود مهمته وغير اميناً عليها ، الا اذا كان هذا الرجوع تفضي اليه مقتضيات العدالة^(٤٥).

واذا كنا نتفق مع هذا الرأي في كون ان العدالة تمثل ظابطاً محدداً لممارسة المحكم سلطته في حسم النزاع عند الرجوع الى قواعد القانون فأننا نختلف معه في أن

اعطاء المحكم وصف المفوض بمهمة يخرج التحكيم وفقاً للعدالة عن مضمونه حيث ان وظيفة المحكم كوظيفة القاضي لانها تؤدي الى حسم النزاع فهو يباشر وظائف القاضي ويقوم بواجباته التي يفرضها عليه القانون وبالتالي فإنه يمارس سلطة .

ومن ناحية فأن النصوص القانون المنظمة لموضوع التحكيم وفقاً للعدالة تخول الطرفين مكنة اعفاء المحكم من التقيد بقواعد القانون واجراءات المرافعات وهذه المكنة لايمكن التوسع في تفسير نطاقها بحيث تفسر على انها تعني انصراف ارادة الطرفين الى التخلي عن الضمانات المستمدة من تطبيق القانون والبحث عن عدالة اخرى غير تلك التي تتحقق من تطبيق القانون .

الا انه في ضوء كل ما تقدم يبقى التساؤل الذي يُطرح عن مفهوم العدالة ؟
وحقيقة ملائمتها في مجال التحكيم وفقاً للعدالة ؟

ان فكرة العدالة قد استقرت في ضمير التجارة الدولية والعديد من الاعمال الاتفاقية التي توصي الى الحكم بمقتضاها بحيث باتت تشكل جزءاً من القانون المادي للتجارة الدولية^(٤٦)، والعدالة تفيد بتحقيق التوازن الدقيق لنتائج النشاط الانساني وتتطلع نحو هذا التوازن وتبحث عنه وهي بذلك تفرق عن القانون الذي لا يهتم بنتائج التطبيق ، فالقاعدة القانونية يجب ان تطبق كما هي حتى ولو ادى ذلك الى نتيجة لا تتفق و احساس القاضي او المحكم^(٤٧).

لذلك تبرز فكرة العدالة كأداة سحرية غامضة في تبرير اتخاذ قرار او حكم معين ، حتى وان كان من غير الممكن تبريره بتقديم اثبات محدد ، فالحكم الذي يصدر بأسم العدالة تكون له سمة مرور هي العدالة التي يرجع اليها ضمير المحكم ولا رقابة للقضاء عليها^(٤٨).

ولما كانت العدالة فكرة نسبية المرجع في تحديد مفهومها هو مفهوم ضمير المحكم لمعنى العدالة الامر الذي يؤدي الى ان تتنوع وتختلف فكرة العدالة من شخص لآخر ، لذلك تلعب شخصية المحكم دوراً بالغ الخطورة في التحكيم وفقاً للعدالة وان اختيار المحكم هو اهم ما في هذا النوع من التحكيم بحيث يجب ان يكون المحكم حائزاً على ثقة الطرفين^(٤٩).

ومن خلال ما تقدم نجد ان المحكم وفقاً للعدالة وان كان يستجيب لمقتضيات التجارة الدولية وعدالة ادعاءات الاطراف الا انه يجب ان لاننسى ان هذه العدالة هي عدالة عرجاء لانها في الغالب عادلة فقط لصالح احد طرفي العقد وهو ليس أي طرف بل انه الطرف الاقوى اقتصادياً عادة^(٥٠).

يضاف الى ذلك انها تؤدي الى انعدام الامان القانوني والاستقرار للازمان لتطور التجارة الدولية وذلك لكونها عدالة نسبية تؤدي الى تنوع واختلاف الحلول وعدم وحدتها في مجال العلاقات الخاصة الدولية ، وان الحكم الذي يصدر يكون مشوباً بالتحكم وخاضع لاهواء المحكم وتمنحه سلطة تقديرية واسعة غير محددة الامر الذي يؤدي الى عدم ضمان مستقبل تنفيذ الحكم التحكيمي وخاصة في الاحوال التي يشترط فيها ان يكون الحكم قد صدر وفقاً للقانون لشرط من شروط التنفيذ^(٥١)، لذلك نجد ان هناك قيوداً تفرض على السلطة الممنوحة للمحكم يتوجب عليه مراعاتها عند اصداره لحكمه والا كان عرضةً للبطلان على ما سيتبين لنا في المطلب التالي.

المطلب الثاني

حدود سلطة المحكم وفقاً للعدالة بالنسبة لقواعد القانون

ان التحكيم وفقاً للعدالة يُفيد تنازل اطراف عقد التحكيم عن التذرع بأحكام القانون واعفاءه من تطبيق نصوص القانون عند اصدار قراره التحكيمي، وهو ما اشارت اليه النصوص القانونية المنظمة للتحكيم وفقاً للعدالة^(٥٢). الا ان المعنى المتقدم لايمكن الاعتراف به على اطلاقه ، اذ ان الفقه يميز بين الانواع المختلفة من القواعد القانونية ،

ذلك ان طرح المحكم لكل القواعد القانونية جانباً يؤدي الى ان يكون الحكم التحكيمي معيماً ويجعله مهدداً بالأبطال او غير قابلاً للتنفيذ في احسن الأحوال ، لذلك يتم التمييز بين القواعد الموضوعية والقواعد الاجرائية وعلى وفق التفصيل الآتي :

أولاً: فيما يتعلق بالقواعد الموضوعية ، نجد ان هناك بعض القواعد القانونية التي يجوز للمحكم ان يستبعد تطبيقها تماماً ، وهذه هي القواعد القانونية المكتملة والموجودة في كل القوانين التي تكون على صلة بموضوع النزاع ، حيث يكون للأطراف حق مخالفة هذه القواعد وحرية التصرف في الحقوق التي تمنحها لهم والتنازل عنها^(٥٣) . وسلطة المحكم في استبعاد وتطبيق هذه القواعد هي سلطة استثنائية بالمقارنة مع القاضي الوطني الذي يكون ملزماً بتطبيق القواعد المكتملة في جميع الحالات التي لا يتفق الاطراف على مخالفتها^(٥٤) .

اما بالنسبة للقواعد الأمرة فنجد ان الفقه والقضاء يذهب الى التمييز بين نوعين من القواعد :

قواعد النظام العام الحمائية (L'ordre public de protection) وهي القواعد المقررة لحماية مصلحة خاصة للأفراد، وقواعد النظام العام التوجيهي (L'ordre public de direction Imperative) والتي هي مخصصة لحماية مصلحة عامة^(٥٥)، حيث يرون ان المحكم وفقاً للعدالة لديه سلطة الخروج على احكام القواعد الأمرة الحمائية ، أي تلك المقررة لحماية مصلحة خاصة لأحد الطرفين وذلك لأن هذه القواعد وان كان لايجوز لأطراف العلاقة القانونية مخالفتها مقدماً ، الا انه يكون لهم حق التنازل عن الحقوق التي تقرها لهم بعد استحقاقها بالفعل^(٥٦)، اما بالنسبة للقواعد العامة التوجيهية والمقررة لحماية مصلحة عامة فأن هذه القواعد لايجوز مخالفتها مطلقاً من قبل المحكم وذلك لأن سلطة المحكم تتحدد بالأساس بالحدود المرسومة لسلطة الأطراف وهي هنا سلطة مقيدة، اذ لا يملك الاطراف مخالفة هذا النوع من القواعد او التنازل عن الحقوق التي تقرها لهم^(٥٧) .

واكثر مما تقدم نجد ان الفقه وان كان قد اتفق على ضرورة التزام المحكم بالنسبة لقواعد النظام العام التوجيهي الا انهم اختلفوا في تحديد أي من الدول التي يجب على المحكم ان يراعي قواعدها المتعلقة بالنظام العام ، فمنهم من ذهب الى القول بضرورة التزام المحكم بقواعد النظام العام المقررة في قانون بلد صدور القرار التحكيمي الا ان هذا الاتجاه يرد عليه بأن الاطراف يلجأون لأختيار مقر تحكيم محايد وهذه الحيادية تجعل من فرض تطبيق القواعد الأمرة في دولة مقر التنفيذ حالة استثنائية وذلك لان هذه القواعد لا تكون على صلة حقيقية بموضوع النزاع ولا تمثل قانون اختصاص للمحكم لكي يلتزم بتطبيقها^(٥٨).

لذلك ذهب جانب اخر الى المناورة بالالتزام المحكم بتطبيق القواعد الأمرة في كل القوانين التي تكون على صلة بموضوع النزاع ، الا ان هذا الرأي يؤخذ عليه عدم وضوح المعيار الذي يتم بموجبه تحديد الصلة الوثيقة حتى يتمكن المحكم من تحديد القانون الذي يكون على صلة بموضوع النزاع يضاف الى ذلك صعوبة ايجاد مفهوم توفيق بين مقتضيات النظام العام في عدد كبير من الدول^(٥٩).

ونتيجة للانتقادات الموجهة للمعايير السابقة ذهب اتجاهاً آخر الى القول بضرورة التزام المحكم بالقواعد الأمرة في الدولة التي يحتمل ان يطلب من محاكمها الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه ذلك ان اعطاء الفاعلية للقرار التحكيمي توجب على المحكم ان يصدر قراراً متمتعاً بفعالية التنفيذ وذلك بعدم مخالفة القرار التحكيمي الذي يصدره المحكم للقواعد الأمرة في قانون بلد التنفيذ ، والقول بعكس ذلك يجرّد القرار التحكيمي من الفعالية وذلك لامتناع القضاء من تنفيذه لتعارضه مع القواعد الأمرة المنتمية الى قانونه، الامر الذي يدعو الى التساؤل عن جدوى اصدار مثل ذلك القرار^(٦٠).

فيما ذهب اتجاه اخر الى القول بالالتزام المحكم بمراعاة النظام العام الوطني لقانون العقد وذلك لأن المحكم يحاول قدر الامكان حماية التوقعات المشروعة للاطراف من جهة ، ومن جهة اخرى فأن قواعد النظام العام للدولة التي يحكم قانونها العقد تفرض نفسها على القاضي والمحكم المرفوع امامه النزاع طالما ان هذه القواعد لا تخالف النظام

العام الدولي وفي حالة وجود مثل هذا التعارض يصر الى تفضيل النظام العام الدولي الحقيقي على الانظمة الوطنية^(٦١)

واذا كان للمحكم سلطة الخروج على احكام القانون ، ذهب البعض الى ان المحكم يملك الخروج على احكام العقد ايضاً وعدم التقيد بما ذكر فيه من شروط تعاقدية ، فله ان يخفض من بعض الالتزامات المفروضة على احد الطرفين او يزيد من الحقوق المعطاة له^(٦٢) ، فمثلاً له ان يزيد معدل الفائدة المتفق عليها في العقد أو ان ينقصها، أو ان يغير التزام المدين في العقد من التنفيذ العيني الى التنفيذ بمقابل ، الا ان هذه السلطة الممنوحة للمحكم مقيدة بعدم تغير العقد تغيراً جوهرياً يؤدي الى تحويله الى عقد آخر يخالف ارادة الاطراف كما لو كان العقد المبرم بين الأطراف هو عقد بيع بالتقسيط الا انه يحوله الى عقد ايجار سلع ويقرر ان ما يدفع له هو اجرة وليس ثمناً للمبيع ، او ان يقرر فسخ العقد في حين ان الاطراف متمسكين به ولم يطالب احدهم بفسخة .

اضافة الى ذلك فإن المحكم مقيد اساساً باتفاق التحكيم الذي يستمد منه سلطاته والذي يعتبر قانون الطرفين^(٦٣) ، فإتفاق التحكيم هو بمثابة خارطة الطريق التي ترسم للمحكم حدوده وصلاحياته في حسم النزاع المحال على التحكيم.

اما فيما يتعلق بقواعد الاجراءات والمرافعات المدنية ، فنجد ان المحكم سواء كان محكماً بالقانون أو محكماً وفقاً للعدالة مُعفى من التقيد بقواعد الاجراءات القضائية المطبقة امام المحاكم^(٦٤)، الا ان هذا القول غير مطلق وانما ترد عليه بعض القيود .

وأول هذه القيود في حالة ما اذا كان هناك اتفاق فيما بين الاطراف المحتكمون على اجراءات معينة فإن مثل هذا الاتفاق يلزم المحكم بأتباع هذه الاجراءات والاشكال المقررة في الاتفاق على التحكيم وذلك لضمان سير عملية التحكيم وفقاً لما تقتضيه مصلحة الاطراف ، ويترتب على عدم مراعاة تلك الاجراءات من قبل المحكم بطلان حكم التحكيم الصادر وذلك لانه يمثل خروجاً على حدود وثيقة التحكيم وتجاوزاً من المحكم لحدود السلطة الممنوحة له للفصل في النزاع^(٦٥).

يضاف الى ذلك ان المحكم وأن كان ملزماً بالقواعد الاتفاقية الأجرائية ، الا انه علاوة على ذلك يكون ملزماً بمراعاة كون تلك القواعد غير مخالفة للمبادئ الاساسية

والاسس الثابتة في التقاضي سواء كانت المتعلقة بضمان تحقيق المساواة بين الاطراف المحكّمين ومعاملتهم على قدم المساواة ، او تلك التي تكفل لهم حقوق الدفاع^(٦٦).

وهناك قيوداً آخر وهو قيد عام يجب على المحكم مراعاته في جميع الاحوال وهو قيد النظام العام ، فالمحكم في جميع الاحوال يكون ملزماً بالمبادئ الجوهرية في اجراءات التقاضي والتي تعتبر جزءاً من النظام العام الاجرائي والتي لايجوز مخالفتها ، كتسبيب الحكم والا ترتب على مخالفتها بطلان الحكم التحكيمي^(٦٧).

وهناك من يضيف الى ضرورة التزام المحكم وحتى وان كان مفوضاً بالتحكيم وفقاً للعدالة من التقيد بالقواعد الاجرائية المقررة في باب التحكيم حتماً ، حيث ان اعفاء المحكّمين من اتباع اجراءات المرافعات لا يعني عدم اتباع الاحكام الخاصة بالتحكيم المقررة قانوناً^(٦٨).

والاجراءات الشكلية التي يجب على المحكم التقيد بها هي الاجراءات التي تتبع امام محاكم الدرجة الاولى ، وذلك باعتبار ان الاجراءات التي تطبقها هذه المحاكم تعد من الاجراءات الأساسية للتقاضي على خلاف محاكم الدرجات الأخرى^(٦٩).

الخاتمة

أصبح التحكيم من مظاهر العصر المهمة بوصفه وسيلة من وسائل حسم المنازعات الناشئة في العلاقات الخاصة الدولية تطرح نفسها الى جانب القضاء الوطني ، وذلك لأهميته الكبيرة المتأتية من المميزات التي يوفرها لأطراف تلك العلاقات ، وعلى الرغم من ان موضوع التحكيم يبدو سهلاً ويسيراً للوهلة الاولى الا انه في حقيقته يثير العديد من المشكلات القانونية التي تحتاج الى التوقف عندها وامعان النظر فيها . وعلى صعيد التحكيم وفقاً للعدالة فنجد ان المواد التي خصه المشرع بها قليلة جداً قياساً بالنسبة لحجم وجسامه المهام الملقة على عاتق المحكم والدور الذي يقوم به في مجال التحكيم ، لذلك فقد عنى هذا البحث في ابراز ماهية التحكيم وفقاً للعدالة والحدود الممنوحة لسلطة المحكم في هذا النوع من انواع التحكيم ومقارنته مع التحكيم وفقاً للقانون .

وقد تجلّى لنا في هذا البحث ان المشرع العراقي كان غير موفّقاً من حيث تسمية هذا النوع من انواع التحكيم ، حيث انه قد اطلق عليه مصطلح ((التحكيم مع التفويض بالصلاح)) واذ نرى من المستحسن ان يتم تسمية ((التحكيم وفقاً للعدالة)) وذلك لكون المحكم وان كان مخولاً دور المحكم المصالح الا انه في حقيقة الأمر يصدر حكماً يسمى الحكم التحكيمي وانه في اصداره لحكمه هذا يكون غير ملزماً بأصدار قراره وفقاً لقواعد القانون وانما يكون له اذا اقتضى الامر ان يصدر قراره وفقاً لمبادئ العدالة وما تقتضيه الحالة المعروضة على التحكيم وبما يؤدي الى خلق اداءات متوازنة بين الاطراف تماشياً مع الغرض من اللجوء الى هذا النوع من التحكيم .

ولما كان مفهوم العدالة مفهوم نسبي غير محدد في اطار عام يمكن ان يكون على درجة من الوضوح الامر الذي يؤدي الى الاخلال بالامان القانوني والتوقعات المشروعة للاطراف وذلك نتيجة لاختلاف المحكم في كل حالة عن الاخرى ، فنجد ان من الضرورة ان يحيط المشرع هذا النوع من التحكيم بضمانات من شأنها ان تؤدي الى حماية التوقعات المشروعة للأطراف وتحقيق الامان القانوني لهم وذلك من خلال تحديد ان يكون المحكم من ذوو الخبرة في شأن المنازعة المحالة على التحكيم وذلك لأن

اختيار ذو الشأن والخبرة في موضوع النزاع يكون على علم، وان لم يكن مطلق ،
بالمسائل التي تحيط بموضوع النزاع سواء كانت الفنية او القانونية .

اضافة الى ضرورة ان يتم النص على ان يكون الاتفاق على اعفاء المحكم من
التقيد باحكام القانون ، والحكم وفقاً للعدالة وارداً بشكل صريح وعدم الأرتكان الى
الارادة الضمنية لما ينطوي عليه ذلك من خطورة تتمثل في الانحراف بدور الارادة عن
مقصودها ، مما قد يؤدي الى جعل الاستثناء أصل والأصل استثناء وهو امر يخالف ما
هو راجح في الاصل هو التحكيم وفقاً للقانون والأستثناء هو التحكيم وفقاً للعدالة ،
يضاف الى ذلك ان التوسع في تفسير ارادة الأطراف في انصرافها الى كون التحكيم هو
تحكيم وفقاً للعدالة يؤدي الى تحقيق سبب من اسباب الطعن ببطلان الحكم التحكيمي
نتيجة لأصدار المحكم حكمه خلافاً لما انصرفت اليه ارادة الأطراف .

ومن جانب آخر وفيما يخص السلطة الممنوحة للمحكم في عدم التقيد بأحكام
القانون وقواعد المرافعات فأنا نجد ان المحكم وان كان مُعفى من التقيد بتلك القواعد الا
ان هذا الحق الممنوح له هو حق مقيد بضرورة عدم مخالفة القواعد الخاصة بالقواعد
الامرة في الدولة التي يحتمل ان يطلب من محاكمها الاعتراف بالحكم وتنفيذه وذلك
لضمان فاعلية ذلك القرار وعدم افراغه من محتواه والغاية من اللجوء الى التحكيم ، هذا
من ناحية ، ومن ناحية اخرى نجد ان هناك قيوداً أخر يتمثل باتفاق التحكيم الذي يُعد
بمثابة خارطة الطريق للمحكم والذي يستمد منه سلطاته الامر الذي يوجب على المحكم
التقيد بما جاء في ذلك الاتفاق مراعاة احكامه وبنوده التي ليس له الخروج على احكامها
وان كان له ان يوازن بين مصالح الاطراف الا ان تلك الجوازية يجب ان لا تؤدي الى
تغيير جوهرى في التزامات الطرفين والا كان قرار التحكيم عرضة للبطلان وهو ذات
الجزاء الذي يترتب في حالة عدم تقيد المحكم ومراعاته للمبادئ الاساسية والأسس الثابتة
في اجراءات وقواعد المرافعات والتي تمثل النظام العام الاجرائي.

والله ولي التوفيق

الهوامش

(*) يستعمل مصطلح التحكيم مع التفويض بالصلح في فرنسا فيما يستخدم المصطلح الاخر في سويسرا وقد اخذ قانون التحكيم النموذجي الموحد لعام ١٩٨٥ الذي اعدته لجنة التجارة الدولية اليونسترال بالمسمين لتلافي الاختلاف الذي قد يقع . ولما كان المحكم وفقاً لهذا النوع من التحكيم يفصل بالنزاع وفقاً لاعتبارات العدالة والأنصاف مغلباً بذلك احساسه بما تقتضيه العدالة واستبعاد القواعد القانونية فإن مصطلح التحكيم وفقاً للعدالة يفضل على مصطلح التحكيم مع التفويض بالصلح ويدل على المسمى بصورة أدق ، فالمحكم ليس ممثلاً او وكيلاً عن طرفي النزاع في ابرام صلح بينهما وانما هو يمارس عملاً قضائياً يتوج بصدور قرار ملزم لطرفي النزاع وذلك بالاستناد الى الاتفاق التحكيمي وهو ما دفعنا الى تبني المصطلح المتقدم.

(١) انظر المواد (٤/٣٩) من قانون التحكيم المصري الجديد لسنة ، المادة (١٤٧٤) من قانون الاجراءات المدنية الجديد في فرنسا ، المادة (٢/١٨٧) من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ ، م(٧) من الاتفاقية الاوربية للتحكيم لسنة ١٩٦١ والمادة (٤٢) من اتفاقية واشنطن الخاص بتسوية منازعات الاستثمار لسنة ١٩٦٥ ، والمادة (٤/١٣) من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس ، م (٣/٢٨) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لليونسترال لسنة ١٩٨٥ ، م(٢/٢١) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي .

(٢) انظر د. سلامة فارس عرب ، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في عقود التجارة الدولية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص٧٢٤.

(٣) لكن مع ذلك لا يوجد ما يمنع من كون المحكم صديق حميم للطرفين او محام لأحدهما يحترمه الاخر فالرباط الوثيق بين المحكم والخصوم او بينه وبين احدهم لا يؤثر في اختياره . انظر في ذلك عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، الجزء الرابع ، بغداد ، ١٩٩٠ ، ص٤٣٨-٤٣٩ .

(٤) د. نرمين محمد محمود الصبح ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، الطبعة الاولى ، القاهرة - ٢٠٠٢ ، ص١٨٥ .

(٥) فقد عرف المشرع العراقي الصلح في المادة(٦٩٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بأنه((عقد يرفع به النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي)).

(٦) انظر د. محمود السيد التحيوي ، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، ٢٠٠٣ ، ص١٤٧

(٧) انظر د. محمود السيد التحيوي ، المصدر السابق ، ص١٤٦ .

(٨) د. احمد ابو الوفاء، التحكيم الاختياري والأجباري ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٨ ، ص٢٩ .

- (٩) انظر د. محمود السيد التحيوي ، مصدر سابق ، ص ١٥١ .
- (١٠) انظر نص المادة (١٢) من قانون التحكيم العماني (٢/٧٢) من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني ، م (١٢) من قانون التحكيم المصري ، الفصل (٣٠٧) من قانون المسطرة المدنية المغربي ، و (٧٦٢) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني .
- (١١) انظر نص المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة (٢/٢٠٣) من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة ، م (١٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي ، م (٤) من قانون التحكيم اليمني ، الفصل السادس من مجلة التحكيم الفرنسية ، حيث نجد انها قد وسعت من بيان مفهوم الكتابة المتطلبة بالاثبات حيث يمكن اعتبار المحرر مكتوباً اذا كان ضمن محرر موقع من قبل الطرفان او كان ضمن رسائل او برقيات او غيرها من رسائل الاتصال المكتوبة والتي يتبادلها الطرفان فيما بينهما ، وانظر كذلك في قيمة وسائل الاتصال الحديثة في الاثبات أستاذنا الدكتور عباس زبون العبودي، تحديات الاثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، دراسة مقارنة باخر التعديلات التشريعية والتطبيقات القضائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الاولى، ٢٠١٠ .
- (١٢) انظر نص م (٢٥٧) من قانون المرافعات ، م (٢/٢٠٦) من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة ، الفصل (٥٥) من مجلة التحكيم التونسية ، م (٧٤٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي ، م (٥١١) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري.
- (١٣) انظر نص المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، م (٦) من قانون التحكيم اليمني ، الفصل (٣٠٦) من قانون المسطرة المدنية المغربية ، م (١١) من قانون التحكيم المصري ، م (١٧٣) من قانون التحكيم الكويتي ، م (١٩٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري ، م (١١) من قانون التحكيم القطري ، م (٥٠٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري .
- (١٤) انظر نص المادة (٢١٣) من قانون الاجراءات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة ، م (١/١٠) من قانون التحكيم المصري ، م (٣٠٨) من قانون المسطرة المدنية المغربي ، م (٧٤٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي ، م (٧٦٦) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، م (١٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي ، م (١٩٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري ، م (٥١٠) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري .
- (١٥) انظر في ذلك د. احمد ابو الوفا ، مصدر سابق ، ص ١٧٦ ، د. جعفر مشيمش ، التحكيم في العقود الادارية والمدنية والتجارية - دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٩ ، ص ١٣٣ .
- (١٦) د. حمزة احمد حداد ، التحكيم بالقانون وبالصلح في قوانين الدول العربية ، ورقة عمل مقدمة لملتقى التحكيم السعودي من منظور اسلامي ودولي ، منشور على الانترنت على العنوان الآتي :

<http://www.aiadr.com>

(١٧) انظر المادة (٧٤٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي ، والمادة (١٧٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي ، م (١٩١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري ، م (٢٠٥) من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة ، م (١٧) من قانون التحكيم اليمني ، م (٧٠٨) من قانون المسطرة المدنية المغربي .

(١٨) انظر نص المادة ٢٧٣ من قانون المرافعات المدنية العراقي في المادة ٥٣ من قانون التحكيم العماني ، المادة (١/٥٣) من قانون التحكيم المصري ، المادة ٥٣ من قانون التحكيم اليمني ، المادة ٢٠٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري ، المادة ١٨٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي ، المادة ٨١٧ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، م ٧٦٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي ، المادة ٢١٦ من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات المتحدة ، المادة ٣/٣٤ من قانون التحكيم البحريني ، المادة ٢/٧٨ - - من مجلة التحكيم التونسية ، المادة ٤٥٨ مكرر ٢٣ من قانون الاجراءات المدنية الجزائري ، المادة ٣٧ من اتفاقية الرياض .

(١٩) انظر هامش رقم (٢) ص ٨.

(٢٠) انظر نص المادة (٥٣/هـ) من قانون التحكيم اليمني ، م (٣٠٨) من قانون المسطرة المدنية المغربي وهذا القانون على خلاف غيره قد جعل ذكر اسماء المحكمين شرطاً لصحة اتفاق التحكيم سواء كان التحكيم بقانون او تحكيم بصلح ، م (١/٥٣/هـ ٩ من قانون التحكيم المصري ، م (٧٦٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي ، م (٧٦٦) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، م (١٨٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي ، م (٣/٢٠٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري ، اما مجلة التحكيم التونسية فقد فرقت بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي حيث رتبت بطلان اتفاق التحكيم في حالة عدم تسمية المحكمين في التحكيم الداخلي فقط دون التحكيم الدولي ، انظر الفصل (١٧) من مجلة التحكيم التونسية والفصل (٥٦) من م(٢١٦) من قانون المرافعات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة . وخلافاً لذلك الموقف موقف قانون المرافعات المدنية العراقي حيث لا يمنع الاتفاق على التحكيم وفقاً لمبادئ العدالة دون اختيار مسبق للحكم ، انظر في عرض وجهة النظر المتقدمة ، عبد الرحمن العلام ، مصدر سابق ، ص ٤٤١ .

(٢١) د. حمزة حداد ، التحكيم بالقانون وبالصلح ، مصدر سابق - فقرة (١٠) .

(٢٢) انظر د. حمزة حداد ، التحكيم بالقانون وبالصلح ، المصدر السابق ، فقرة (١٠) وهذا الحكم قد نص عليه القانون اليمني ،م(٢٦) ويقارب من ذلك الفصل (٣١٢) من قانون المسطرة المدنية المغربي حيث ان وفاة المحكم يترتب عليه انتهاء التحكيم ما لم ينص العقد على استمرار التحكيم او تعويض هذا المحكم بأختيار الأطراف او المحكم او المحكمين الباقين ، وقارب ايضاً المادة (٧٨) من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني وكذلك المادة (٢١) من قانون التحكيم العماني ، وخلافاً لذلك القانون العراقي فلم يتطرق الى مسألة موت المحكم وتأثير ذلك على اجراءات التحكيم ، بل اشار في المادة (١/٢٥٦) الى حالة قيام مانع بمنع المحكم من مباشرته لعمله ، فاذا كان هناك اتفاق بين طرفي النزاع على الحل الواجب اتباعه

أخذ بذلك الاتفاق ، اما اذا لم يوجد اتفاق بين الأطراف او لم يتوصلوا الى اتفاق فيما بينهم فقد اجاز المشرع لأي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع وتقديم الطلب لها لغرض تعيين الحكم وبذلك فأن موت المحكم وفقاً للقانون العراقي لا يؤدي الى انتهاء التحكيم وان عدم اتفاق الاطراف على تعيين محكم بدلاً عنه لا يؤثر في صحة اجراءات التحكيم .

(٢٣) انظر في ذلك الفصل (٣١٢) من قانون المسطرة المدنية المغربي ، م (٧٥٢ و ٧٥٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي ، م (٧٨١) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، م (١٨١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي ، م (١٩٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري ، م (٢٦٢ و ٢٦٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، م (٥٢٠) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري ، م (١٠٢/١٤٤) من قانون المرافعات المدنية السوداني ، الفصل (٥٩) من مجلة التحكيم التونسية ، م (١٤) من قانون التحكيم الدولي البحريني ، م (٢١٠) من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة.

(٢٤) Loquin (E) Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international , J.D.I,1983,p.318.

مشار اليه في مؤلف د.نرمين محمد محمود، مصدر سابق.

(٢٥) KAHN- FREUND(Q) .La notion anglaise de la "proper law of contract" devant les juges et devant les arbitres , Rev. crit. Dr. Int. prive , 1973, p.607.

مشار اليه في مؤلف د.نرمين محمد محمود، مصدر سابق.

(٢٦) Fouchard ph. L'arbitrage commercial international , Dalloz , paris, 1965, p.319.

(٢٧) انظر في عرض فكرة استقلال شرط التحكيم، د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٩٢، ص ٢٠٧.

(٢٨) انظر القاضي عبد الرحمن العلام ، مصدر سابق ، ص ٤٤٧، د. احمد ابو الوفا ، مصدر سابق ، ص ٣٨، ٢٠١ ، د. حفظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي - منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٥ ، ص ٥٣.

Charles carbiber, L'arbitrage International de droit prive , paris, 1960, p.78.

(٢٩) انظر تفاصيل هذه الاتفاقيات على الانترنت على العنوان التالي : www.Jus.uio.no/Im/un.arbitration.model.Law.1985.doc

(٣٠) مع ملاحظة ان بعض القوانين الوطنية كانت لا تجيز شرط التحكيم وفقاً للعدالة كما هو الحال في قانون التحكيم الانكليزي لسنة ١٩٥٠ والذي كان خضع قرار الحكم حتى الذي يفصل في نزاع دولي لرقابة لرقابة المحاكم وذلك لمراقبة تطبيق المحكم لاحكام القانون على نحو صحيح لذلك كان يعتبر شرط التحكيم مع التفويض بالصلح الذي يفرض الى عدم تطبيق القانون ، باطلاً لان الاعتراف بمثل هذا الشرط يؤدي الى عدم امكانية الرقابة وهذا ما لا يسمح به القانون الانكليزي الذي يعتبر القواعد الخاصة بالرقابة على تطبيق

المحكم للقانون من النظام العام والتي لايجوز الخروج عنها . انظر في بيان ذلك د. عبد الاحميد الاحدب ، التحكيم احكامه ومصادره، الجزء الاول ، مفهوم التحكيم وتاريخه ، مؤسسة نوفل ، لبنان ، ١٩٩٠، ص١٩٤-١٩٥ .

(٣١) انظر في ذلك ماذهبت اليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر عام ١٩٧٥ في قضيته menicucci حيث قررت في حكمها ((انه في القضية المعروضة تتوافر في العقد الصفة الدولية دون ان يكون هناك محل في هذه الحالة لبحث القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد يكفي.... التأكيد على انه اخذ في الاعتبار استقلال شرط التحكيم المنشيء في عقد دولي ، فأن ذلك الشرط صحيح استقلالاً عن الرجوع الى أي قانون وطني)) . انظر نزمين محمد محمود ، مصدر سابق ، ص١٨٥-١٨٦ .

(٣٢) د. جعفر مشيمش ، مصدر سابق ، ص١٣٣ .

(٣٣) د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية والداخلية ، الجزء الاول ، وضع التحكيم من النظام القانوني الكلي ، اتفاق التحكيم ، خصومة التحكيم ، الطبعة الاولى ، ١٩٩٨ ، بيروت - لبنان ، ص١١٠، ١٠٨ .

(٣٤) ولما كان المحكم يستمد سلطته في الخروج على قواعد القانون من ارادة طرفي النزاع فأن هذه السلطة تتحدد بالحدود المقررة لسلطان هذه الارادة وعدم الخروج على القواعد الأمرة التي لايملك الاطراف الخروج عليها ، انظر المادة (٢/٢٦٥) مرافعات عراقي .

(٣٥) ان للعدالة التحكيمية مفهومين الاول يطلق عليه العدالة المطابقة للمشروعية والتي تهدف الى ايجاد نوع من الموازنة بين القاعدة القانونية وعلاقة معينة بقصد تنظيم هذه العلاقة ، وهي بذلك شعور اخلاقي يستلهمه المحكم اثناء محاولته التخفيف من حكم القاعدة القانونية في تطبيقها على حالة معينة، اما المفهوم الاخر للعدالة فهو العدالة المضافة للمشروعية والذي وفقاً له يتم افتراض عدم وجود قواعد قانونية في القانون الوضعي تكفي لحسم النزاع فيضطر المحكم لخلق مثل هذه القواعد من تلقاء نفسه استناداً لفكرة العدالة لسد النقص الموجود في القواعد القانونية . ولما كان كلا المفهومين يستند الى السلطة التنفيذية التي يمنحها القانون للشخص القائم على تطبيق احكامه لذلك فأنها عدالة التحكيم وفقاً للقانون ، انظر في ذلك د. سلامة فارس عرب ، مصدر سابق ، ص٧٣٨-٧٣٩ .

(٣٦) د. سلامة فارس عرب ، مصدر سابق ن ص٧٣٩-٧٤٠ .

(٣٧) نبيل عبد الرحمن حياوي، مبادئ التحكيم ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، طبعة منقحة، ٢٠٠٧ ، ص١٣٧ .

(٣٨) د. حفظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص ٣٢٢ ومابعدها .

(٣٩) القاضي عبد الرحمن العلام ، مصدر سابق ، ٤٩١ ، د. احمد ابو لوفنا ، مصدر سابق ، ص١٧٢ ومابعدها .

(٤٠) القاضي عبد الرحمن العلام ، مصدر السابق ، ٤٤٧ .

(٤١) د. جعفر مشيمش ، مصدر سابق ، ص١٣٦ .

- (٤٢) نبيل عبد الرحمن حياوي ، مصدر سابق ، ص ١٤١ .
- (٤٣) د. عبد الحميد الاحدب ، سابق ، ص ٢٨٦-٢٨٧ .
- (٤٤) د. حسين المصري ، التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر ن ٢٠٠٦ ، ص ٤٠١-٤٠٢ .
- (٤٥) د. عبد الحميد الاحدب ، مصدر سابق ، ص ٢٨٨ .
- (٤٦) د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٩ ، ص ٢٨٦ وما بعدها .
- (٤٧) د. عبد الحميد الاحدب ، مصدر سابق ، ص ٢٨٧ .
- (٤٨) د. احمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص ٢٨٨ .
- (٤٩) احمد عبد الكريم سلامة ، المصدر السابق ، ص ٣٨١ .
- (٥٠) احمد سلامة ، مصدر سابق ، ص ٣٨١ .
- (٥١) انظر في ذلك :

Yvon Loussouarn ,Pierre Bourei ,Droit international prive , 7e edition ,Daloz ,paris,2001,p.460-494

- (٥٢) انظر المواد (٢٦٥) مرافعات مدنية عراقي ، م (٤٥/٢) من قانون التحكيم اليمني ، م (٤/٣٩) من قانون التحكيم المصري ، م (٧٥٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي ، م (٧٧٧) من قانون اصول المحاكمات اللبناني ، م (١٨٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي ، م (٥٢٢) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري ، الفصل (٣/٧٣) من مجلة التحكيم التونسي ، م (٣/٢٨) من قانون التحكيم الدولي البحريني ، م (٢١٢) من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة .
- (٥٣) انظر د. عبد المجيد الاحدب ، مصدر سابق ، ص ٧٢١ .
- (٥٤) د. نرمين محمد محمود الصبح ، مصدر سابق ، ص ١٩٣-١٩٤ .
- (٥٥) انظر في بيان تفصيل ذلك د. اياد محمود بردان -التحكيم والنظام العام ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٤ ، مطبعة الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ص ٦٠٧ و٦٠٨ .
- (٥٦) هناك من يرفض الاساس الذي قال به البعض في تفسير سلطة المحكم في عدم تطبيق القواعد الأمرة الحمائية حيث يرى ان الاساس سلطة المحكم يكمن في عدم تحديد الاطراف للقواعد القانونية التي يتعين على المحكم حسم النزاع بمقتضاها ، انظر في ذلك د. سلامة فارس عرب ، مصدر سابق ، ص ٧٢٨-٧٢٩ .
- (٥٧) د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص ١١١ .
- (٥٨) د. اياد محمود بردان ، مصدر سابق ، ص ٤١٨ .
- (٥٩) د. سلامة فارس عرب ، مصدر سابق ، ص ٧٣٢-٧٣٣ .
- (٦٠) د. اياد محمود بردان ، مصدر سابق ، ص ٤١٩-٤٢١ ، د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص ١٧٩ ، ١٨١ ، انظر ايضاً م (٥ ف٢/ب) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ ، م (٣٧/ف/هـ) من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣ ، م (٢/٣٥) من الاتفاقية العربية للتحكيم .

- (٦١) د. اشرف عبد العليم الرفاعي ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية ، دراسة في قضاء التحكيم ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٦، ص ٢٩-٣١.
- (٦٢) د. حمزة احمد حداد ، التحكيم بالقانون بالصلح ، مصدر سابق ، فقرة ٤ .
- (٦٣) انظر د. حسني المصري ، مصدر سابق ، ص ٤١١ .
- (٦٤) انظر د. اشرف عبد العليم الرفاعي ، مصدر سابق - ص ٤١٧ .
- (٦٥) د. محمود السيد عمر التحيوي ، التحكيم بالقضاء والتحكيم بالتفويض بالصلح ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢، ص ٤٤ او مابعدھا، وهناك من يرى بأن جزاء البطلان مخالفة المحكم للقواعد الاجرائية لايمكن ان تملية به من تلقاء نفسها الا ان يتمسك به الاطراف وان يعترضوا على الاجراء المخالف اثناء سير التحكيم ، د. حسني المصري - مصدر سابق - ص ٤١٣. وهناك من يرى ان الاثر الذي يترتب على مخالفة المحكم للقواعد التي وضعها الاطراف هو رفض تنفيذ ذلك الحكم ومنحه الصيغة التنفيذية ، انظر في ذلك د. يعقوب يوسف صرخوة ، مصدر سابق ، ص ١٩٦ .
- (٦٦) انظر د. حسني المصري ، المصدر السابق ، ص ٤١٣-٤١٤ .
- (٦٧) القاضي عبد الرحمن العلام ، مصدر سابق ، ص ٤٦٤ .
- (٦٨) د. محمود السيد عمر التحيوي ، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح ، مصدر سابق ، ص ١٦٥ ، ١٦٧ .
- (٦٩) Jean Robert , Arbitrage civil et commercial en droit inter et intranational prive , 4th , Dalloz, paris, 1960.
- وفي مصر د. احمد ابو الوفا ، مصدر سابق ، ص ٢٠ ، وذات الموقف يمكن تصوره وفق القانون العراقي الذي يشترط لإنقاذ حكم المحكمين ان تتم المصادقة عليه من قبل المحكمة المختصة اصلاً بنظر النزاع والتي بالضرورة سوف تراقب ، على أقل تقدير الاجراءات المتبعة وفقاً للقواعد المقررة امامها .

الهوامش

(*) يستعمل مصطلح التحكيم مع التفويض بالصلح في فرنسا فيما يستخدم المصطلح الاخر في سويسرا وقد اخذ قانون التحكيم النموذجي الموحد لعام ١٩٨٥ الذي اعدته لجنة التجارة الدولية اليونسترال بالمسمين لتلافي الاختلاف الذي قد يقع . ولما كان المحكم وفقاً لهذا النوع من التحكيم يفصل بالنزاع وفقاً لاعتبارات العدالة والأنصاف مغلباً بذلك احساسه بما تقتضيه العدالة واستبعاد القواعد القانونية فإن مصطلح التحكيم وفقاً للعدالة يفضل على مصطلح التحكيم مع التفويض بالصلح ويدل على المسمى بصورة أدق ، فالمحكم ليس ممثلاً او وكيلاً عن طرفي النزاع في ابرام صلح بينهما وانما هو يمارس عملاً قضائياً يتوج بصور قرار ملزم لطرفي النزاع وذلك بالاستناد الى الاتفاق التحكيمي وهو ما دفعنا الى تبني المصطلح المتقدم.

(١) انظر المواد (٤/٣٩) من قانون التحكيم المصري الجديد لسنة ، المادة (١٤٧٤) من قانون الاجراءات المدنية الجديد في فرنسا ، المادة (٢/١٨٧) من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ ، م(٧) من الاتفاقية الاوربية للتحكيم لسنة ١٩٦١ والمادة (٤٢) من اتفاقية واشنطن الخاص بتسوية منازعات الاستثمار لسنة ١٩٦٥ ، والمادة (٤/١٣) من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس ، م (٣/٢٨) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لليونسترال لسنة ١٩٨٥ ، م(٢/٢١) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي .

(٢) انظر د. سلامة فارس عرب ، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية في عقود التجارة الدولية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص٧٢٤.

(٣) لكن مع ذلك لا يوجد ما يمنع من كون المحكم صديق حميم للطرفين او محام لأحدهما يحترمه الاخر فالرباط الوثيق بين المحكم والخصوم او بينه وبين احدهم لا يؤثر في اختياره . انظر في ذلك عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، الجزء الرابع ، بغداد ، ١٩٩٠ ، ص٤٣٨-٤٣٩.

(٤) د. نزمين محمد محمود الصبح ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، الطبعة الاولى ، القاهرة - ٢٠٠٢ ، ص١٨٥.

(٥) . فقد عرف المشرع العراقي الصلح في المادة(٦٩٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بأنه((عقد يرفع به النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي)).

(٦) انظر د. محمود السيد التحيوي ، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، ٢٠٠٣ ، ص١٤٧

(٧) انظر د. محمود السيد التحيوي ، المصدر السابق ، ص١٤٦.

(٨) د. احمد ابو الوفاء، التحكيم الاختياري والأجباري ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٨ ، ص٢٩.

(٩) انظر د. محمود السيد التحيوي ، مصدر سابق ، ص١٥١.

(١٠) انظر نص المادة (١٢) من قانون التحكيم العماني (٢/٧٢) من قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني ، م (١٢) من قانون التحكيم المصري ، الفصل (٣٠٧) من قانون المسطرة المدنية المغربي ، و (٧٦٢) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني .

(١١) انظر نص المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة (٢/٢٠٣) من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة ، م (١٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي ، م (٤) من قانون التحكيم اليمني ، الفصل السادس من مجلة التحكيم الفرنسية ، حيث نجد انها قد وسعت من بيان مفهوم الكتابة المطلوبة بالاثبات حيث يمكن اعتبار المحرر مكتوباً اذا كان ضمن محرر موقع من قبل الطرفان او كان ضمن رسائل او برقيات او غيرها من رسائل الاتصال المكتوبة والتي يتبادلها الطرفان فيما بينهما ، وانظر كذلك في قيمة وسائل الاتصال الحديثة في الاثبات أستاذنا الدكتور عباس زيون العبودي، تحديات الاثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، دراسة مقارنة باخر التعديلات التشريعية والتطبيقات القضائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الاولى، ٢٠١٠ .

(١٢) انظر نص م (٢٥٧) من قانون المرافعات ، م (٢/٢٠٦) من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة ، الفصل (٥٥) من مجلة التحكيم التونسية ، م (٧٤٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي ، م (٥١١) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري.

(١٣) انظر نص المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، م (٦) من قانون التحكيم اليمني ، الفصل (٣٠٦) من قانون المسطرة المدنية المغربية ، م (١١) من قانون التحكيم المصري ، م (١٧٣) من قانون التحكيم الكويتي ، م (١٩٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري ، م (١١) من قانون التحكيم القطري ، م (٥٠٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري .

(١٤) انظر نص المادة (٢١٣) من قانون الاجراءات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة ، م (١/١٠) من قانون التحكيم المصري ، م (٣٠٨) من قانون المسطرة المدنية المغربي ، م (٧٤٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي ، م (٧٦٦) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، م (١٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي ، م (١٩٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري ، م (٥١٠) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري .

(١٥) انظر في ذلك د. احمد ابو الوفا ، مصدر سابق ، ص ١٧٦ ، د. جعفر مشيمش ، التحكيم في العقود الادارية والمدنية والتجارية -دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٩، ص ١٣٣ .

(١٦) د. حمزة احمد حداد ، التحكيم بالقانون وبالصلح في قوانين الدول العربية ، ورقة عمل مقدمة لملتقى التحكيم السعودي من منظور اسلامي ودولي ، منشور على الانترنت على العنوان الآتي :

<http://www.aiadr.com>

(١٧) انظر المادة (٧٤٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي ، والمادة (١٧٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي ، م (١٩١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري ، م (٢٠٥) من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة ، م (١٧) من قانون التحكيم اليمني ، م (٧٠٨) من قانون المسطرة المدنية المغربي .

(١٨) انظر نص المادة ٢٧٣ من قانون المرافعات المدنية العراقي في المادة ٥٣ من قانون التحكيم العماني ، المادة (١/٥٣) من قانون التحكيم المصري ، المادة ٥٣ من قانون التحكيم اليمني ، المادة ٢٠٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري ، المادة ١٨٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي ، المادة ٨١٧ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، م ٧٦٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي ، المادة ٢١٦ من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات المتحدة ، المادة ٣/٣٤ من قانون التحكيم البحريني ، المادة ٢/٧٨ - - من مجلة التحكيم التونسية ، المادة ٤٥٨ مكرر ٢٣ من قانون الاجراءات المدنية الجزائري ، المادة ٣٧ من اتفاقية الرياض .

(١٩) انظر هامش رقم (٢) ص ٨.

(٢٠) انظر نص المادة (٥٣/هـ) من قانون التحكيم اليمني ، م (٣٠٨) من قانون المسطرة المدنية المغربي وهذا القانون على خلاف غيره قد جعل ذكر اسماء المحكمين شرطاً لصحة اتفاق التحكيم سواء كان التحكيم بقانون او تحكيم بصلح ، م (١/٥٣/هـ) ٩ من قانون التحكيم المصري ، م (٧٦٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي ، م (٧٦٦) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، م (١٨٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي ، م (٣/٢٠٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري ، اما مجلة التحكيم التونسية فقد فرقت بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي حيث رتب بطلان اتفاق التحكيم في حالة عدم تسمية المحكمين في التحكيم الداخلي فقط دون التحكيم الدولي ، انظر الفصل (١٧) من مجلة التحكيم التونسية والفصل (٥٦) من م (٢١٦) من قانون المرافعات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة . وخلافاً لذلك الموقف موقف قانون المرافعات المدنية العراقي حيث لا يمنع الاتفاق على التحكيم وفقاً لمبادئ العدالة دون اختيار مسبق للحكم ، انظر في عرض وجهة النظر المتقدمة ، عبد الرحمن العلام ، مصدر سابق ، ص ٤٤١ .

(٢١) د. حمزة حداد ، التحكيم بالقانون وبالصلح ، مصدر سابق - فقرة (١٠) .

(٢٢) انظر د. حمزة حداد ، التحكيم بالقانون وبالصلح ، المصدر السابق ، فقرة (١٠) وهذا الحكم قد نص عليه القانون اليمني ، م (٢٦) ويقارب من ذلك الفصل (٣١٢) من قانون المسطرة المدنية المغربي حيث ان وفاة المحكم يترتب عليه انتهاء التحكيم ما لم ينص العقد على استمرار التحكيم او تعويض هذا المحكم بأختيار الأطراف او المحكم او المحكمين الباقين ، وقارب ايضاً المادة (٧٨) من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني وكذلك المادة (٢١) من قانون التحكيم العماني ، وخلافاً لذلك القانون العراقي فلم ينطرق الى مسألة موت المحكم وتأثير ذلك على اجراءات التحكيم ، بل اشار في المادة (١/٢٥٦) الى حالة قيام مانع بمنع المحكم من مباشرته لعمله ، فاذا كان هناك اتفاق بين طرفي النزاع على الحل الواجب اتباعه اخذ بذلك الاتفاق ، اما اذا لم يوجد اتفاق بين الأطراف او لم يتوصلوا الى اتفاق فيما بينهم فقد اجاز المشرع لأي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع وتقديم الطلب لها لغرض تعيين الحكم وبذلك فأن موت المحكم وفقاً للقانون العراقي لا يؤدي الى انتهاء التحكيم وان عدم اتفاق الاطراف على تعيين محكم بدلاً عنه لا يؤثر في صحة اجراءات التحكيم .

(٢٣) انظر في ذلك الفصل (٣١٢) من قانون المسطرة المدنية المغربي ، م (٧٥٢ و ٧٥٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي ، م (٧٨١) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، م (١٨١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي ، م (١٩٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري ، م (٢٦٢ و ٢٦٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، م (٥٢٠) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري ، م (١٠٢/١٤٤) من قانون

المرافعات المدنية السودانية ، الفصل (٥٩) من مجلة التحكيم التونسية ، م (١٤) من قانون التحكيم الدولي البحريني ، م (٢١٠) من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة .

(٢٤) Loquin (E) Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international , J.D.I,1983,p.318.

مشار اليه في مؤلف د. نرمين محمد محمود، مصدر سابق.

(٢٥) KAHN- FREUND(Q) .La notion anglaise de la "proper law of contract" devant les juges et devant les arbitres ,Rev.crit .Dr. Int.prive ,1973,p.607.

مشار اليه في مؤلف د. نرمين محمد محمود، مصدر سابق.

(٢٦) Fouchard ph. L'arbitrage commercial international , Dalloz ,paris,1965,p.319.

(٢٧) انظر في عرض فكرة استقلال شرط التحكيم، د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٩٢، ص ٢٠٧ .

(٢٨) انظر القاضي عبد الرحمن العلام ، مصدر سابق ، ص ٤٤٧، د. احمد ابو الوفا ، مصدر سابق ، ص ٣٨، ٢٠١ ، د. حفظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي - منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٥ ، ص ٥٣ .

Charles carbiber ,L'arbitrage International de droit prive , paris,1960,p.78.

(٢٩) انظر تفاصيل هذه الاتفاقيات على الانترنت على العنوان التالي :
www.Jus.uio.no/Im/un.arbitration.model.Law.1985.doc

(٣٠) مع ملاحظة ان بعض القوانين الوطنية كانت لا تجيز شرط التحكيم وفقاً للعدالة كما هو الحال في قانون التحكيم الانكليزي لسنة ١٩٥٠ والذي كان خضع قرار الحكم حتى الذي يفصل في نزاع دولي لرقابة لرقابة المحاكم وذلك لمراقبة تطبيق المحكم لاحكام القانون على نحو صحيح لذلك كان يعتبر شرط التحكيم مع التفويض بالصالح الذي يفرض الى عدم تطبيق القانون ، باطلاً لان الاعتراف بمثل هذا الشرط يؤدي الى عدم امكانية الرقابة وهذا ما لا يسمح به القانون الانكليزي الذي يعتبر القواعد الخاصة بالرقابة على تطبيق المحكم للقانون من النظام العام والتي لا يجوز الخروج عنها . انظر في بيان ذلك د. عبد الاحمد الاحدب ، التحكيم احكامه ومصادره، الجزء الاول ، مفهوم التحكيم وتاريخه ، مؤسسة نوفل ، لبنان ، ١٩٩٠، ص ١٩٤-١٩٥ .

(٣١) انظر في ذلك ما ذهبت اليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر عام ١٩٧٥ في قضيتته menicucci حيث قررت في حكمها ((انه في القضية المعروضة تتوافر في العقد الصفة الدولية دون ان يكون هناك محل في هذه الحالة لبحث القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد يكفي التأكيد على انه اخذ في الاعتبار استقلال شرط التحكيم المنشيء في عقد دولي ، فأن ذلك الشرط صحيح استقلالاً عن الرجوع الى أي قانون وطني)) . انظر نرمين محمد محمود ، مصدر سابق ، ص ١٨٥-١٨٦ .

(٣٢) د. جعفر مشيمش ، مصدر سابق ، ص ١٣٣ .

(٣٣) د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية والداخلية ، الجزء الاول ، وضع التحكيم من النظام القانوني الكلي ، اتفاق التحكيم ، خصومة التحكيم ، الطبعة الاولى ، ١٩٩٨ ، بيروت - لبنان ، ص ١١٠، ١٠٨ .

- (٣٤) ولما كان المحكم يستمد سلطته في الخروج على قواعد القانون من ارادة طرفي النزاع فأن هذه السلطة تتحدد بالحدود المقررة لسلطان هذه الارادة وعدم الخروج على القواعد الأمرة التي لايمك الاطراف الخروج عليها ، انظر المادة (٢/٢٦٥) مرافعات عراقي .
- (٣٥) ان للعدالة التحكيمية مفهومين الاول يطلق عليه العدالة المطابقة للمشروعية والتي تهدف الى ايجاد نوع من الموازنة بين القاعدة القانونية وعلاقة معينة بقصد تنظيم هذه العلاقة ، وهي بذلك شعور اخلاقي يستلهمه المحكم اثناء محاولته التخفيف من حكم القاعدة القانونية في تطبيقها على حالة معينة، اما المفهوم الاخر للعدالة فهو العدالة المضافة للمشروعية والذي وفقاً له يتم افتراض عدم وجود قواعد قانونية في القانون الوضعي تكفي لحسم النزاع فيضطر المحكم لخلق مثل هذه القواعد من تلقاء نفسه استناداً لفكرة العدالة لسد النقص الموجود في القواعد القانونية . ولما كان كلا المفهومين يستند الى السلطة التنفيذية التي يمنحها القانون للشخص القائم على تطبيق احكامه لذلك فأنها عدالة التحكيم وفقاً للقانون ، انظر في ذلك د. سلامة فارس عرب ، مصدر سابق ، ص٧٣٨-٧٣٩ .
- (٣٦) د. سلامة فارس عرب ، مصدر سابق ن ص٧٣٩-٧٤٠ .
- (٣٧) نبيل عبد الرحمن حياوي، مبادئ التحكيم ، العائك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، طبعة منقحة، ٢٠٠٧ ، ص١٣٧ .
- (٣٨) د. حفظة السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص ٣٢٢ ومابعدها .
- (٣٩) القاضي عبد الرحمن العلام ، مصدر سابق ، ٤٩١ ، د. احمد ابو لوف ، مصدر سابق ، ص١٧٢ ومابعدها .
- (٤٠) القاضي عبد الرحمن العلام ، مصدر السابق ، ٤٤٧ .
- (٤١) د. جعفر مشيمش ، مصدر سابق ، ص١٣٦ .
- (٤٢) نبيل عبد الرحمن حياوي ، مصدر سابق ، ص١٤١ .
- (٤٣) د. عبد الحميد الاحدب ، ص٢٨٦-٢٨٧ .
- (٤٤) د. حسين المصري ، التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية، مصر ن٢٠٠٦، ص٤٠١-٤٠٢
- (٤٥) د. عبد الحميد الاحدب، مصدر سابق ، ص٢٨٨ .
- (٤٦) د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٩ ، ص٢٨٦ ومابعدها .
- (٤٧) د. عبد الحميد الاحدب، مصدر سابق ، ص٢٨٧ .
- (٤٨) د. احمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص٢٨٨ .
- (٤٩) احمد عبد الكريم سلامة ، المصدر السابق، ص ٣٨١ .
- (٥٠) احمد سلامة، مصدر سابق ، ص٣٨١ .
- (٥١) انظر في ذلك :

Yvon Loussouarn ,Pierre Bourei ,Droit international prive , 7e edition ,Daloz ,paris,2001,p.460-494

- (٥٢) انظر المواد (٢٦٥) مرافعات مدنية عراقي ، م (٤٥/٢) من قانون التحكيم اليمني ، م (٤/٣٩) من قانون التحكيم المصري، م (٧٥٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي ، م (٧٧٧) من قانون اصول المحاكمات اللبناني ، م (١٨٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي ، م (٥٢٢) من قانون اصول المحاكمات المدنية

- (٢١٢) السوري ، الفصل (٣/٧٣) من مجلة التحكيم التونسي ، م (٣/٢٨) من قانون التحكيم الدولي البحريني ، م (٢١٢) من قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة .
- (٥٣) انظر د. عبد المجيد الاحدب ، مصدر سابق ، ص ٧٢١ .
- (٥٤) د. نرمين محمد محمود الصبح ، مصدر سابق ، ص ١٩٣-١٩٤ .
- (٥٥) انظر في بيان تفصيل ذلك د. اياد محمود بردان -التحكيم والنظام العام ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٤ ، مطبعة الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ص ٦٠٧ و ٦٠٨ .
- (٥٦) هناك من يرفض الاساس الذي قال به البعض في تفسير سلطة المحكم في عدم تطبيق القواعد الأمرة الحمائية حيث يرى ان الاساس سلطة المحكم يكمن في عدم تحديد الاطراف للقواعد القانونية التي يتعين على المحكم حسم النزاع بمقتضاها ، انظر في ذلك د. سلامة فارس عرب ، مصدر سابق ، ص ٧٢٨-٧٢٩ .
- (٥٧) د. مصطفى محمد الجمال ، د. عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص ١١١ .
- (٥٨) د. اياد محمود بردان ، مصدر سابق ، ص ٤١٨ .
- (٥٩) د. سلامة فارس عرب ، مصدر سابق ، ص ٧٣٢-٧٣٣ .
- (٦٠) د. اياد محمود بردان ، مصدر سابق ، ص ٤١٩-٤٢١ ، د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص ١٧٩ ، ١٨١ ، انظر ايضاً م (٥ ف/٢ ب) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ ، م (٣٧ ف/ هـ) من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣ ، م (٢ ف/٣٥) من الاتفاقية العربية للتحكيم .
- (٦١) د. اشرف عبد العليم الرفاعي ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية ، دراسة في قضاء التحكيم ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٩-٣١ .
- (٦٢) د. حمزة احمد حداد ، التحكيم بالقانون بالصلح ، مصدر سابق ، فقرة ٤ .
- (٦٣) انظر د. حسني المصري ، مصدر سابق ، ص ٤١١ .
- (٦٤) انظر د. اشرف عبد العليم الرفاعي ، مصدر سابق - ص ٤١٧ .
- (٦٥) د. محمود السيد عمر التحيوي ، التحكيم بالقضاء والتحكيم بالتفويض بالصلح ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٤ او ما بعدها ، وهناك من يرى بأن جزء البطلان مخالفة المحكم للقواعد الاجرائية لا يمكن ان تمليه به من تلقاء نفسها الا ان يتمسك به الاطراف وان يعترضوا على الاجراء المخالف اثناء سير التحكيم ، د. حسني المصري - مصدر سابق - ص ٤١٣ . وهناك من يرى ان الاثر الذي يترتب على مخالفة المحكم للقواعد التي وضعها الاطراف هو رفض تنفيذ ذلك الحكم ومنحه الصيغة التنفيذية ، انظر في ذلك د. يعقوب يوسف صرخوة ، مصدر سابق ، ص ١٩٦ .
- (٦٦) انظر د. حسني المصري ، المصدر السابق ، ص ٤١٣-٤١٤ .
- (٦٧) القاضي عبد الرحمن العلام ، مصدر سابق ، ص ٤٦٤ .
- (٦٨) د. محمود السيد عمر التحيوي ، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح ، مصدر سابق ، ص ١٦٥ ، ١٦٧ .

(٦٩) Jean Robert, Arbitrage civil et commercial en droit inter et intranational prive, 4th, Dalloz, paris, 1960.

وفي مصر د. احمد ابو الوفا ، مصدر سابق ، ص ٢٠ ، وذات الموقف يمكن تصوره وفق القانون العراقي الذي يشترط لإنفاذ حكم المحكمين ان تتم المصادقة عليه من قبل المحكمة المختصة اصلاً بنظر النزاع والتي بالضرورة سوف تراقب ، على أقل تقدير الاجراءات المتبعة وفقاً للقواعد المقررة امامها .

المصادر

-المصادر العربية-

- ١- ابراهيم سيد احمد - عقد الصلح فقهاً وقضاءاً - المكتب الجامعي الحديث - الاسكندرية - ٢٠٠٣.
- ٢- ابو زيد رضوان - الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي - دار الفكر العربي - ١٩٨٦.
- ٣- د. اشرف عبد العليم الرفاعي - التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية - دراسة في قضاء التحكيم - دار الكتب القانونية - ٢٠٠٦.
- ٤- د. اياد محمد براون - التحكيم والنظام العام - دراسة مقارنة - منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة الاولى - ٢٠٠٤.
- ٥- د. جعفر مشيمش - التحكيم في العقود الادارية والمدنية والتجارية - منشورات الحلبي الحقوقية - ٢٠٠٩.
- ٦- د. حسني المصري - التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة - دار الكتب القانونية - ٢٠٠٦.
- ٧- د. حفطي السيد الحداد - الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي - منشورات الحلبي الحقوقية - ٢٠٠٧.
- ٨- د. حمزة احمد حداد ، التحكيم بالقانون وبالصلح في قوانين الدول العربية ، ورقة عمل مقدمة لملتقى التحكيم السعودي من منظور اسلامي ودولي ، منشور على الانترنت على العنوان الآتي : <http://www.aiadr.com>
- ٩- سلام فارس عرب - وسائل معالجة احتلال توازن العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية - رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٩٨.
- ١٠- د. فوزي محمد سامي - التحكيم التجاري الدولي - مطبعة جامعة بغداد - ١٩٩٢.

١١- د.عباس زبون العبودي، تحديات الاثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، دراسة مقارنة باخر التعديلات التشريعية والتطبيقات القضائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الاولى، ٢٠١٠ .

١٢- د. عبد الحميد الاحدب - موسوعة التحكيم -التحكيم في البلاد العربية /الجزء الاول.

١٣- القاضي عبدالرحمن العلام - شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة التمييز - منشورات الدائرة القانونية /الجزء الرابع -١٩٩٠.

١٤- محمود السيد التحيوي - التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح - منشأة المعارف - الاسكندرية -٢٠٠٢.

١٥- محمود السيد التحيوي - الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - ٢٠٠٣.

١٦- د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة عبد العال - التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية /الجزء الاول - منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة الاولى -١٩٩٨.

١٧- ممدوح عبد العزيز العنزي - بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي (الاسباب والنتائج) - دراسة مقارنة - منشورات الحلبي الحقوقية -٢٠٠٦.

١٨- القاضي نبيل عبد الرحمن حياي - مبادئ التحكيم - الفاتك لصناعة الكتاب - القاهرة - طبعة منقحة - ٢٠٠٧.

١٩- د. نرمين محمد محمود صبح - مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية - القاهرة - الطبعة الاولى -٢٠٠٢.

٢٠- د. يعقوب يوسف صرخوة - احكام المحكمين وتنفيذها - دراسة مقارنة في التحكيم التجاري - الطبعة الاولى - الكويت -١٩٨٦.

- القوانين والاتفاقيات

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

- ٢- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .
- ٣- قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .
- ٤ - مجلة التحكيم التونسي رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ .
- ٥- قانون التحكيم البحريني .
- ٦- قانون التحكيم العماني رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٧ .
- ٧- قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٤٤٠ لسنة ٢٠٠٢ .
- ٨- قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم ٣ لسنة ١٩٨٠ .
- ٩- قانون المرافعات المدنية القطري رقم ١٣ لسنة ١٩٩٠ .
- ١٠- قانون الاجراءات المدنية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ١١ لسنة ١٩٩١ .
- ١١- قانون التحكيم اليمني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ .
- ١٢- قانون الاجراءات المدنية الجزائري رقم ٩٣ لسنة ١٩٩٣ .
- ١٣- اتفاقية نيويورك لتنفيذ احكام المحكمين الاجنبية ١٩٥٨ .
- ١٤- الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١ .
- ١٥- قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ .
- ١٦- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣ .

-المصادر الاجنبية-

- 1- Loquin (E) Les pouvoirs des arbitres internationaux áLa lumière de l'évolution récente du droit de L'arbitrage international , J.D.I,1983.
- 2- KAHN- FREUND(Q) .La notion anglaise de la "proper law of contract" devant les juges et devant les arbitres ,Rev.crit .Dr. Int.prive ,1973.
- 3- Fouchard ph.L'arbitrage commercial international , Dalloz ,paris,1965.
- 4- Jean Robert ,Arbitrage civil et commercial en droit inter et intranational prive ,4th ,Dalloz,paris,1960.
- 5- Yuon Loussouarn ,Pierre Bourei ,Droit international prive , 7e edition ,Dalloz ,paris,2001.
- 6- Charles carbiber ,L'arbitrage International de droit prive , paris,1960.

Within the authority of
the arbitrator in the
arbitration in
accordance with justice

Dr. Firas Kareem Sheaan
Collage of law\Babylon University