



YAKINDOĐU ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUKU ANABİLİM DALI

**KAMU DÜZENİNİN IRAK HUKUKUNDA
TAHKİM
ANLAŞMASI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ
KARŞILAŞTIRMALI ÇALIŞMA**

Yasamin Khairi Yousuf

Yüksek Lisans Tezi

LEFKOŞA
2019



جامعة الشرق الأدنى
كلية الدراسات العليا في العلوم الاجتماعية
برنامج القانون

أثر النظام العام على اتفاق التحكيم
في القانون العراقي
دراسة مقارنة

ياسمين خيري يوسف

رسالة ماجستير

نيقوسيا
2019

**KAMU DÜZENİNİN IRAK HUKUKUNDA TAHKİM
ANLAŞMASI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ KARŞILAŞTIRMALI
ÇALIŞMA**

Yasamin Khairi Yousuf

YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUKU ANABİLİM DALI

Yüksek Lisans Tezi

Dr. Mahmud Nadeem Al-Khader

LEFKOŞA
2019

أثر النظام العام على اتفاق التحكيم

في القانون العراقي
(دراسة مقارنة)

ياسمين خيرى يوسف

جامعة الشرق الأدنى
كلية الدراسات العليا في العلوم الاجتماعية
برنامج القانون الخاص

رسالة ماجستير

بإشراف

الدكتور محمود نديم الخضر

نيقوسيا

2019

KABUL VE ONAY

Yasamin khairi Yousuf tarafından hazırlanan “Kamu düzeninin Irak hukukunda tahkim anlaşması üzerindeki etkisi (Karşılaştırmalı çalışma)” başlıklı bu çalışma, .. / .. /2019 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Sanatta Yeterlik Tezi olarak kabul edilmiştir.

JÜRİ ÜYELERİ

.....
Dr. Mahmud Nadeem AL-KHADER (Danışman)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü

.....
Döç. Dr. Prof. Karwan Izzet Mohammed BAREBUHARI (Başkan)
Yakın Doğu Üniversitesi
İdari ve İktisadi Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü

.....
Döç. Dr. Prof. Yousif Mustafa RASOOL
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü

.....
Prof. Dr. Mustafa SAGSAN
Yakın Doğu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

قرار لجنة المناقشة

نحن كأعضاء لجنة مناقشة طالب الماجستير ياسمين خيرى يوسف في رسالته الموسومة بـ " أثر النظام العام على اتفاق التحكيم فى القانون العراق (دراسة مقارنة) " نشهد بأننا قد أطلعنا على الرسالة وناقشنا الطالب في محتوياتها بتاريخ .. / .. / 2019 ، ونشهد بأنها جديرة لنيل درجة الماجستير.

أعضاء لجنة المناقشة

.....
الدكتور الدكتور محمود نديم الخضر (المشرف)
جامعة الشرق الأدنى
كلية الحقوق، قسم القانون الخاص

.....
الاستاذ المساعد الدكتور ناظم يونس عثمان السرحان (رئيس لجنة المناقشة)
جامعة الشرق الأدنى
كلية الحقوق، قسم القانون العام

.....
الاستاذ المساعد الدكتور يوسف مصطفى رسول
جامعة الشرق الأدنى
كلية الحقوق، قسم القانون العام

.....
الاستاذ الدكتور مصطفى صاعسان
جامعة الشرق الأدنى
مدير معهد العلوم الاجتماعية

BİLDİRİM

Ben Yasamin khairi Yousuf olarak beyan ederim ki '**Kamu düzeninin Irak hukukunda tahkim anlaşması üzerindeki etkisi (Karşılaştırmalı çalışma)**' başlıklı tezi '**Dr. Mahmud Nadeem AL-KHADER**' nin denetimi ve danışmanlığında hazırladığımı, tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya Sosyal Bilimler Enstitüsünün tez yazım kurallarına bağlı kalarak yaptığımı taahhüt ederim. Tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

Bu Tez benim kendi çalışmamdır. Bu tezde yer alan tüm iddia, fikir, yorum, öneri ve çevirilerin sorumluluğu yazar olarak bana aittir.

Bağlı olduğum Sosyal Bilimler Enstitüsü hiçbir koşul veya şart altında, tezin içeriğini ve bilimsel sorumluluğunu taşımamaktadır. Yapılan ve yayınlanan çalışmaların tüm sorumlulukları yazar olarak bana aittir.

- Tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.
- Tezimin içeriğine Sadece Yakın Doğu Üniversitesinde erişilebilir.
- Tezimin içeriğine iki yıl boyunca hiçkimse tarafından erişilemez, eğer bu sürenin sonunda sürenin uzatılmasını talep etmezsem, sürenin sonunda tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.

Tarih :

İmza :

Adı ve Soyadı: Yasamin Khairi Yousuf

الاعلان

أنا ياسمين خيرى يوسف ، أعلن بأن رسالتي الماجستير بعنوان " أثر النظام العام على اتفاق التحكيم فى القانون العراقى (دراسة مقارنة) " ، كانت تحت إشراف وتوجيهات الدكتور محمود نديم الخضر ، ولقد أعددتها بنفسى تماماً ، وكل اقتباس كان مقيداً بموجب الالتزامات والقواعد المتبعة فى كتابة الرسالة فى معهد العلوم الاجتماعىة . أؤكد بأننى أسمح بوجود النسخ الورقية والإلكترونية لرسالتي فى محفوظات معهد العلوم الاجتماعىة بجامعة الشرق الأدنى . هذه الرسالة هى من عملى الخاص ، وأتحمل مسؤولىة كل الادعاءات والأفكار والتعليقات والاقتراحات والنصوص المترجمة فى هذه الرسالة هى مسؤولىة المؤلف . معهد العلوم الاجتماعىة الذى أنتمى إليه لىس له أى تبعىة أو مسؤولىة علمىة تحت أى ظرف من الظروف ، جمىع مسؤولىات المصنفات المنشورة تخصنى كمؤلف .

- المحتوى الكامل لرسالتي يمكن الوصول إليها من أى مكان .
- رسالتي يمكن الوصول إليها فقط من جامعة الشرق الأدنى .
- لا يمكن أن تكون رسالتي قابلة للوصول إليها لمدة عامين (2) . إذا لم أتقدم بطلب للحصول على الامتداد فى نهاية هذه الفترة ، فسىكون المحتوى الكامل لرسالتي مسموح الوصول إليها من أى مكان .

تارىخ:

التوقىع:

الاسم و اللقب: ياسمين خيرى يوسف

TEŞEKKÜR

Çok değerli bilgilerini, nasihatlarını ve yönlendirmelerini benden esirgemeyen Gözetmenim **Dr.Mahmud Nadeem Al-Khader'a** en içten Teşekkür ve Takdirlerimi sunarım. Bilgisini ve mütevaziliğini benden esirgemeyen ve bana her zaman yardım elini uzatan Duhok Üniversitesi Dekanı **Dr.Kasım Ahmad Kasım'a** en içten Teşekkürlerimi sunarım. Yakın Doğu Üniversitesi ve Çalışanlarına en içten Teşekkür ve Takdirlerimi sunarım. Bu Tez çalışmamın incelenmesi ve düzenlenmesinde büyük emeği olan **Dr.Adil EL- Karagolli'**ye en içten Teşekkür ve Takdirlerimi sunarım. Bu Tez Çalışmamın tamamlanmasında emeği geçen herkese özellikle eğitimdeki kardeşim meslektaşım **Salih Emin'e**.

شكر وتقدير

أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى مشرفي الدكتور محمود نديم الخضر الذي لم يبخل علي بعلمه ونصائحه وإرشاداته القيمة. أتقدم بخالص الشكر إلى عميد جامعة دهوك "الدكتور قاسم أحمد قاسم" الذي طالما مدّ لي يد العون ولم يبخل علي بعلمه وتواضعه. وأتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى جامعة الشرق الأدنى وموظفيها. وأتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى الدكتور عادل القره غولي الذي كان له الفضل الكبير في تدقيق البحث وتنقيحه. وإلى كل من ساهم في مساعدتي لإكمال هذه الرسالة وأخص بالذكر أخي وزميلي في الدراسة صالح أمين.

ÖZ

Tahkim (Yargı) çalışmamızı tamamladıktan sonra, Irak hukukunun tahkimi titiz ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmediği açıkça ortaya çıktı. Kendine özgü bağımsız bir yasa olarak düzenlenmemiştir, Ancak bunu Irak Usul Yasasının ikinci bölüm (1969) yıl ve (83) sayılı Yasanın (251-276.) maddeleri çerçevesinde düzenledi. Irak yasama organı tarafından açıklığa kavuşturulmamış ya da düzenlenmeyen birçok temel tahkim davası vardır. Tahkimin eski anlaşmazlıkları çözme aracı olduğunu ve emsal teşkil ettiğini gördük. Tahkim, Irak'taki Sümerler ve Babililer ile İslam'ın ortaya çıkmasından önce Arap halkları tarafından biliniyordu., "Rabbine andolsunki, aralarında çıkan ayrılık ve kavgayı siz(Hz.Mohammed) yönlendirene kadar inanmayacaklardır ve vermiş olduğun hükme itiraz etmezler" ayette söylendiği gibi İslami şeriat hukuku onaylanmıştır, bu müstesna yargıda ülkeler içyasalarında ikiye ayrıldı: Bir kısım ülkeler Tahkimi Bağımsız Yasa olarak düzenledi örneğin; Mısır Tahkim(Yargı)Kanunu. Bir kısımda kendi mevzuatı içinde Yargı düzenleyici olarak yapılandırdı buna örnek olarak Birleşik Arap Emirlikleri Yasaları,Kuveyt, Fransa, Irak . uluslararası bir yargı kararı alınmışsa Uluslararası Genel Yasa uygulanır, bu ikilemeli yasayı uygulayan ülkeler örnek olarak (Lübnan, Tunus ve Cezair)'i gösterebiliriz. Mısır Yasası ise Yargı Kararının iç Genel yasaya uymasını şart koşturmaktadır. Bazı ülkeler ise Yargının özellikle İslam Hukukuna uygun olmasını şart koşturmaktadır Yemen gibi. Bu nedenle Genel Yasa (durumu ne olursa olsun İç veya Uluslararası) her zaman Milli özelliklerini göstermektedir, İç ve uluslararası ilişkilerdeki statüleri farklı olsa bile her ikisinde Ulusal Genel Yasanın bir parçasıdır. Son olarak, Tahkim (Yargılama)tartışmasının bitiminde Irak Yasama Organının; Mısır yasama meclisi gibi, mevcut yasanın kusurlarını örtmek ve Tahkim alanındaki gelişmeleri yakından takip etmek için Ayrı ve Bağımsız bir Tahkim(Yargı) kanunu çıkarmasını umuyoruz.

Anahtar Kelimeler: Irak, Tahkim, Yargı, Uluslararası kamu, Özel hukuk,Mısır

المستخلص

بعد أن انتهينا من دراستنا للتحكيم أصبح جليا بأن القانون العراقي لم يُنظم التحكيم بشكل دقيق ومُفصل ، ولم يُنظمه في قانون مستقل خاص به ، بل نظمه ضمن قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة (1969) (في الباب الثاني منه وذلك في المواد) (251 – 276) ، وهناك الكثير من قضايا التحكيم الأساسية ، التي لم يوضحها المشرع العراقي أو ينظمها ، وقد رأينا بأن التحكيم وسيلة قديمة لحل المنازعات وهي سابقة على القضاء ، فقد كان التحكيم معروفا لدى السومريين والبابليين في العراق وكذلك لدى الشعوب العربية قبل ظهور الإسلام ، وقد أكدته الشريعة الإسلامية السمحاء وذلك في قوله تعالى " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما " ، وقد أنقسمت الدول في تنظيمها لهذا القضاء الاستثنائي إلى قسمين : فالبعض نظم التحكيم في قانون مُستقل مثل قانون التحكيم المصري والبعض الآخر نظمه ضمن تشريعاته المنظمة للتقاضي مثل قانون دولة الإمارات العربية ، الكويت ، فرنسا ، العراق . وبالتالي فإذا كان التحكيم داخليا فإنه ينبغي مُراعاة النظام العام الداخلي للبلد المطلوب منه تنفيذ الحكم أما إذا كان دوليا فإنه ينبغي مُراعاة النظام العام الدولي ومن هذه الدول التي أخذت بهذه التفارقة (لبنان ، تونس ، الجزائر) ، أما القانون المصري فيشترط موافقة الحكم التحكيمي للنظام العام الداخلي ، وبعض الدول تشدّد أكثر واشترطت أن يكون الحكم موافقا للشريعة الإسلامية مثل اليمن ، لذلك فالنظام العام يبقى دائما مُتميزاً بالوطنية مهما كان وضعه داخليا أم دوليا ، فكلاهما يُشكّل جزءا من النظام العام الوطني ، وإن اختلف وضعه في العلاقات الداخلية والدولية . وأخيراً وفي ختام الحديث عن التحكيم نأمل بأن يصدر المشرع العراقي قانونا منفصلاً ومستقلاً للتحكيم من أجل مواكبة التطورات التي حدثت في مجال التحكيم ، على غرار المشرع المصري ، وذلك لتغطية عيوب القانون الحالي.

الكلمات المفتاحية: العراق، التحكيم، القانون الدولي العام، القانون الخاص، مصر

Abstract

After finishing our studies of arbitration, it turned out to be clear that the Iraqi law did not organize the arbitration precisely and in detail, they did not unify it in a separate law, but they organized it within section two of Iraqi Procedural law number (83) for the year (1969) in the articles (251-276). There are a lot of essential arbitration issues, that the Iraqi legislator did not clarify or regulate. We saw that the arbitration is an old method of solving disputes, which existed before the judiciary, the arbitration was known by the Sumerians and Babylonian in Iraq, as well as Arabic people before the advent of Islam. The Islamic religion confirmed this, as stated in the Quran (But no, by your lord, they can not become true believers until they seek your arbitration in all matters on which they disagree among themselves, and then find not the least vexation in their hearts over what you have decided, and accept it in willing submission). The countries were divided in the organization of this unique judiciary, this was split into two parts: some regulated arbitration in a separate law for instance: Egyptian Arbitration Law, while, the others regulated it within Procedural law for example, UAE State, Kuwait, Iraq, France. the internal public order of the country that is required to implement the judgment must be observed, as for if the arbitration is international, the international public order must be observed by the countries that took this distinction which are (Lebanon, Tunisia, Algeria), the Egyptian law requires the approval of judgment of the internal public order. with Islamic sharia, for example Yemen. Therefore, the public order is always distinguished by patriotism regardless of its status internally or internationally, both make part of the national public order. Finally, we hope that the Iraqi legislator publish a separate law for arbitration in order to keep up with the developments that occurred in the arbitration, exactly like the Egyptian legislator, to cover the disadvantages of the current law.

Keywords: Iraq, arbitration, judgment, linternational public, private law, Egypt

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
Giriş.....	1
BÖLÜM I	3
Tahkimin tanımı ve tarihçesi	3
1.1. Tahkimin tanımı kökeni.....	3
1.1.1. Irak'ta Tahkimin Tarihi ve İslam Hukuku.....	4
1.1.1.1. Tahkim Nedir.....	4
1.1.1.2. İslamiyet öncesi Tahkimin doğuşu.....	8
1.1.1.3. İslamiyet sonrası Tahkim	12
1.1.1.4. Irak'ta Tahkimin Tarihi	18
1.1.2. Tahkimin türleri ve imajları.....	20
1.1.2.1. Tahkim Türleri	20
1.1.2.2. Tahkim Şekilleri.....	33
1.2. Tahkimin Özellikleri ve ona başvuru nedenleri	42
1.2.1. Tahkimin yüzleri ve diğer çözüm yollarından ayrılması	43
1.2.1.1. Tahkimin yüzleri	43
1.2.1.2, Tahkimlin Kusurları	46
1.2.1.3. Tahkimin diğer çözüm yollarından ayrılması	51
1.2.2. Tahkimin Yapısı	70
1.2.2.1. Tahkimin Kompleks Yapısı	70
1.2.2.2. Tahkimin Yargı Yapısı	73
1.2.2.3 Tahkimin Karışım Yapısı	77
1.2.2.4 Tahkimin Bağımsız Yapısı	79
BÖLÜM II	83
Kamu Düzeni ve Tahkim Kararının geçersizliği	83
2.1. Kamu düzeni fikri ile Tahkim geçersizliği arasındaki denge	83

2.1.1. Kamu Düzeni ve Tahkim Anlaşmasının doğruluğu	84
2.1.1.1. Kamu Düzeni ve Irak Hukukundaki Tanımı Düşüncesi	85
2.1.1.2. Kamu düzeni türleri	91
2.1.1.3 Tahkim anlaşmasının doğruluğu Şartları	95
2.1.2. Tahkim kararının Irak hukuku ve uluslararası sözleşmelerdeki geçersizliği. 110	
2.1.2.1. Irak Hukukundaki Geçersizlik Durumları	110
2.1.2.2. Uluslararası Sözleşmelere Göre Geçersizliği	126
2.2. 1958 tarihli New York Sözleşmesi	138
2.2.1.Hakemlerin yükümlülükleri ve irak yasalarına uygun olarak yetkileri ve şartları. 138	
2.2.1.1. Hakemlerin görev ve hakları	138
2.2.1.2. Hakemlerin Şartları.....	145
2.2.1.3. Hakemlerin yetkileri.....	147
2.2.2. Hakemlerin kararlarının gerekçeleri ve geçersiz olmasının sonuçları.....	152
2.2.2.1. Hakemlerin yetkili kararları kavramı	152
2.2.2.2. Hakemlerin yetkisinin kapsamı	156
2.2.2.3. Hakem kararlarının uygulanması	159
2.2.2.4 İptal davası açılmasının hakem kararının uygulanması üzerindeki etkisi ..	164
Sonuç	169
KAYNAKÇA.....	176
İNTİHAL RAPORU.....	182
ETİK KURULU RAPORU	183

قائمة المحتويات

أ.....	شكر وتقدير
ب.....	المستخلص
ج.....	قائمة المحتويات
1.....	المقدمة
3.....	الفصل الاول
3.....	التعريف بالتحكيم ونشأته التاريخية
3.....	1.1. التأسيس التاريخي للتحكيم
4.....	1.1.1. تاريخ التحكيم في العراق والشريعة الإسلامية
4.....	1.1.1.1. ماهية التحكيم
8.....	1.1.1.2. ظهور التحكيم قبل الإسلام
12.....	1.1.1.3. التحكيم بعد ظهور الإسلام
18.....	1.1.1.4. تاريخ التحكيم في العراق
20.....	1.1.2. أنواع التحكيم وصوره
20.....	1.1.2.1. أنواع التحكيم
33.....	1.1.2.2. صور التحكيم
42.....	1.2. مزايا التحكيم وأسباب اللجوء إليه
43.....	1.2.1. سمات التحكيم وتمييزه عن غيره من وسائل فض المنازعات
43.....	1.2.1.1. سمات التحكيم
46.....	1.2.1.2. عيوب التحكيم
51.....	1.2.1.3. تمييز التحكيم عن غيره من وسائل فض المنازعات
70.....	1.2.2. طبيعة التحكيم
70.....	1.2.2.1. الطبيعة التعاقدية للتحكيم
73.....	1.2.2.2. الطبيعة القضائية للتحكيم
77.....	1.2.2.3. الطبيعة المختلطة للتحكيم
79.....	1.2.2.4. الطبيعة المستقلة للتحكيم
83.....	الفصل الثاني
83.....	النظام العام وبطلان حكم التحكيم
83.....	2.1. الموازنة بين فكرة النظام العام وبطلان حكم التحكيم

84	2.1.1. النظام العام وصحة إتفاق التحكيم
85	2.1.1.1. فكرة النظام العام وتعريفه في القانون العراقي
91	2.1.1.2. أنواع النظام العام
95	2.1.1.3. شروط صحة اتفاق التحكيم
110	2.1.2. بطلان حكم التحكيم في القانون العراقي والاتفاقيات الدولية
110	2.1.2.1. حالات البطلان في القانون العراقي
126	2.1.2.2. البطلان وفقاً للاتفاقيات الدولية
138	2.2. سلطات المحكمين وحجية احكامهم عند مخالفة النظام العام
138	2.2.1. التزامات المحكمين وشروطهم وسلطاتهم وفقاً للقانون العراقي
138	2.2.1.1. واجبات المحكمين وحقوقهم
145	2.2.1.2. شروط المحكمين
157	2.2.1.3. سلطات المحكمين
152	2.2.2. حجية احكام المحكمين والآثار المترتبة على بطلانها
152	2.2.2.1. مفهوم حجية احكام المحكمين
156	2.2.2.2. نطاق حجية احكام المحكمين
159	2.2.2.3. تنفيذ احكام التحكيم
164	2.2.2.4. أثر رفع دعوى البطلان على تنفيذ حكم التحكيم
169	الخاتمة
176	قائمة المصادر
182	تقرير الانتحال
183	لجنة أخلاقيات البحث العلمي

المقدمة

أنَّ التحكيم كآلية لحل المنازعات معروف منذ القدم فقد وجد التحكيم مع وجود الإنسان وكان نظام التحكيم هو طريق العدل الأول للإنسان يحقق بمقتضاه الأمل والسلام والتوازن بين أفراد المجتمع ، التحكيم قد سبق القضاء في حسم المنازعات التي تثور بين الأطراف المتنازعة ، فهو ليس الا مظهر من مظاهر العدالة التي سبقت عدالة الدولة ، فقد كان التحكيم معروفاً قبل ظهور الإسلام في العصر الجاهلي كما وأكدته الشريعة الإسلامية السمحاء ، اما في العراق فنجد ان التحكيم كان معروفاً لدى السومريين والبابليين وكما قد عرفته الشعوب العربية قبل ظهور الإسلام وكذلك عرفه المجتمع الروماني واليوناني قبل الميلاد اما في العصر الحالي فنجد ان التحكيم قد اصبح وسيلة لحسم المنازعات سواء الداخلية منها او الدولية ولاسيما في اطار العلاقات التجارية الدولية فقد اصبح التحكيم معلماً واضحاً من معالم هذه العلاقات ومطلباً ضرورياً لجميع اطرافها سواء كانوا من الدول او الشركات او الافراد وسواء كانوا من الدول المتقدمة أو الدول النامية ، وفي العصر الحالي تسارعت خطى التحكيم في مختلف انحاء العالم ، وازدهرت الدول اهتماماً كبيراً في التحكيم ونظمتها في تشريعاتها الداخلية سواء بقوانين مستقلة مقتل قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 او في تشريعاتها المنظمة للتقاضي مثل قانون دولة الامارات العربية المتحدة والكويت وفرنسا ، وكما فعل القانون العراقي عندما افرد له باباً خاصاً ضمن قانون المرافعات المدنية المرقم 83 لسنة 1969 ، وذلك في المواد ((251-276)) .

ومن هنا برزت اهمية التحكيم كوسيلة لفض المنازعات ولسيما بعد التطور الكبير الذي طرأ على الاعمال التجارية والذي ادى بدوره على انتشار نظام التحكيم على الصعيدين الداخلي والدولي وتمثل ذلك في عقد المؤتمرات الدولية وتوقيع الاتفاقيات والمعاهدات ومن ابرز هذه الاتفاقيات هي اتفاقية لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي " اليونسترال " ، واتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ الاحكام الاجنبية التي جاءت تجسيدا لبروتوكول جنيف لعام 1923 واتفاقية جنيف لعام 1927 فيما يخص التحكيم الدولي التي تبنته عصبة الامم ، وهذا كله جاء نتيجة لاهمية وتشابك العلاقات التجارية والصناعية ، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة ولاسيما الدولية منها من شرط يميل الى التحكيم عند نشوء نزاع وخلاف يتعلق بتفسير او تنفيذ العقد الباصلي المتضمن شرط التحكيم .

اهداف البحث:

تهدف دراستنا المتواضعة الى تناول موضوع التحكيم وفقاً لقانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 وذلك لبيان النقص الذي يعترى هذا القانون فيما يخص باب التحكيم مع بيان حالات البطلان التي تخص التحكيم والتي بينها قانون المرافعات العراقي في المادة (273) منه ولاسيما حالة البطلان التي تتعلق بالنظام العام الذي يتمحور عليه موضوع بحثنا .

مشكلة البحث:

نظام التحكيم كما هو معروف يتمتع بمزايا عديدة منها سرعة الفصل في النزاع وشعور الثقة والاطمئنان التي يشعر بها الاطراف من خلال اختيارهم للهيئة التحكيمية التي ستفصل في نزاعهم وإلى غير ذلك من التفاصيل التي يمتاز بها التحكيم والتي سوف نتطرق لها في صلب

البحث ، ولا توجد مشكلة تذكر هنا اذا كان التحكيم داخليا لكن المشكلة الحقيقية تبرز إذا كان التحكيم دوليا والقانون الذي تطبقه الهيئة التحكيمية أو المركز التحكيمي الدولي الذي لجأ اليه الأطراف مخالفا لنظام العام والآداب العامة في البلد المطلوب منه تنفيذ الحكم .

فرضية البحث:

ذكرنا بأن المشكلة تبرز عندما يكون التحكيم دوليا ومن هذه الفرضية برزت عدة اسئلة

- 1- ماهو المقصود بالنظام العام الذي يترتب عليه البطلان ؟ هل هو النظام العام الداخلي فقط أم هناك من الدول من فرقت بين مفهوم النظامين اللذين يترتب عليهما بطلان الحكم التحكيمي الذي يصدر مخالفا لهما؟.
 - 2- ماهي قواعد النظام العام التي ينبغي على المحكم الإلتزام بها وهل أن كل قاعدة أمرت تتعلق بالنظام العام؟.
 - 3- هل أن بطلان الاتفاق التحكيمي يؤدي إلى بطلان الحكم؟.
 - 4- ماهو اثر رفع دعوى البطلان على تنفيذ الحكم التحكيمي؟.
 - 5- ماهو أثر صدور الحكم بالبطلان على تنفيذ حكم التحكيم ، أي هل أن لحكم المحكم حجته وقوته التنفيذية في هذه الحالة؟.
 - 6- ماهي سلطات المحكمين عند مخالفة النظام العام .
 - 7- هل من الضروري تضييق أعمال فكرة النظام العام لأن هذه الفكرة ليست موحدة في كل الدول بل هي فكرة تتلون وتختلف من نظام إلى آخر ومن دولة لإخرى فهي فكرة مستمدة من عادات وتقاليد المجتمع كما يكون مخالفا لنظام العام في العراق ومصر قد لا يكون كذلك في فرنسا والمانيا مثلا .
- هذه كلها اسئلة سوف نجيب عنها في صلب بحثنا .

نطاق البحث:

تحدد نطاق هذه الدراسة بالمقارنة بين القانون العراقي والمصري في مجال التحكيم حيث يتمحور البحث بشكل اساسي على قانون المرافعات العراقي 83 لسنة 1969 وذلك في الباب الثاني الذي يخص التحكيم في المواد (251-276) وذلك بمقارنته مع قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

منهجية البحث:

قامت دراستنا هذه باتباع المنهج المقارن وذلك كونها قائمة على اساس المقارنة بين قانوني العراقي والمصري.

الفصل الأول

التعريف بالتحكيم ونشأته التاريخية :

من الضروري إبتداءً وقبل الدخول في صلب الموضوع والخوض في تفاصيله أن نُعرف التحكيم (لغةً واصطلاحاً) ونبين موقف الشريعة والفقهاء والقانون من تعريفه مع بيان موقف المشرع العراقي من ذلك، وهل من الصواب وضع تعريف محدد يبين معنى التحكيم؟ أم أن وضع هذا التعريف يعتبر من اختصاص الفقهاء ولا حاجة لتحديد مفهومه ضمن النصوص القانونية والتشريعات التي نظمت التحكيم في مختلف الدول العربية؟ وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في الفصل الأول من هذا الباب وذلك في المبحث الأول منه.

1.1. التأسيس التاريخي للتحكيم:

في البداية سنتناول المفهوم اللغوي والاصطلاحي للتحكيم الذي تعددت واختلفت تعريفاته ومفاهيمه وتطورت عبر العصور إبتداءً من العصر الجاهلي (عصر ما قبل الإسلام) وبعد ظهور الإسلام وحتى يومنا هذا لذلك وقبل الخوض في تلك التفصيلات التي سنتناولها فيما بعد في المطلب الأول من هذا المبحث، سوف نتعرض أولاً لتعريفه لغةً واصطلاحاً :

أولاً: تعريف التحكيم لغةً: التحكيم في اللغة /مصدر حَكَمَهُ في الأمر والشيء، أي : جعله حكماً ، وفوض الحكم إليه ، وحكّمه بينهم: أمره أن يحكم بينهم ، فهو حكم ، ومكّم¹.

فالحُكْم هو المنع ،فالحاء والكاف والميم أصلٌ واحد وكما جاء في لسان العرب لأبن منظور، في باب(حَكَمَ) إنه المنع ،وكل من منعه من شيء فقد حكّمته وأحكّمته ،وأحكم الله عن ذلك أي نهى عنه ومنع منه².

إذاً التحكيم في اللغة هو التفويض ، أي جعل الأمر إلى الغير ليحكم ويفصل فيه، فالتحكيم مشتق من (حَكَمَ) بالأمر حكماً: أي قضى ،ويقال: حكم له، وحكم عليه وحكم بينهم ، وحكم فلاناً في الشيء والأمر: جعله حكماً³.

¹ الموسوعة الفقهية ،ج:10 ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت ،ط1/ص233.

² راجع : المعجم الوجيز الصادر عن مجمع اللغة العربية في القاهرة ،1990 /ص41 مشار إليه / د. أبو الخير عبد العظيم في كتابه ،التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي، المركز القومي للإصدارات القانونية ،ط1،ص27.

³ د. زينب وليد دحام ، الوسائل البديلة عن القضاء ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ط1، 2017، ص 71 .

أما التعريف اللغوي في معجم لسان العرب :حيث ورد في تعريف فعل (حَكَمَ) المعاني التالية من بين معاني أخرى :- حكم : يقول ابن الأثير"في أسماء الله تعالى الحَكْمُ والحكيم وهما بمعنى الحاكم وهو القاضي ..."، أما التعريف في معجم محيط العرب : حكم بالأمر، يحكم بالأمر يحكم وحكومة : قضى يُقال حُكِمَ لَهُ وحُكِمَ عَلَيْهِ⁴.

ثانياً: تعريف التحكيم اصطلاحاً: عرّف الفقهاء التحكيم بالفاظ لاتخرج بمجملها عن تعريفه اللغوي حيث دلّ المعنى اللغوي على ان التحكيم يعود الى تفويض الامر الى الغير لفض النزاع بين المتخاصمين ، والتحكيم بالاصطلاح هو : تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما وقد اطلق هذا المعنى على التحكيم عرفاً، أي اختيار ذوي الشأن شخصاً للحكم فيما تنازعا فيه دون أن يكون للحكم ولاية القضاء بينهما ، وقد أخذ الحنفية بهذا التعريف⁵.

أما التعريف الثاني والذي ذهب إليه الشافعية ((إذا حكم خصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا في بلد فيه قاضٍ أو ليس فيه قاضٍ))⁶.

وعرفه المالكية بأنه : الخصمين إذا حكما بينهما رجلاً وارتضياً لأن يحكم بينهما جاز، وقد عرفه الحنابلة : إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماهما وبينهما ورضياه وكان مما يصلح للقضاء محكم بينهما جاز⁷. كما وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (1790) منها بأنه : (التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاها لفصل خصومتها ودعواهما)⁸.

1.1.1.1 تاريخ التحكيم في العراق والشريعة الإسلامية:

1.1.1.1.1 ماهية التحكيم

بعد ان بينا في بداية هذا المبحث مفهوم التحكيم في اللغة والاصطلاح الشرعي فمن الضروري أيضاً التطرق إلى مفهومه وتعريفه في الإصطلاح القانوني والفقهي وموقف القوانين العربية من هذا التعريف وذلك على النحو التالي : يُعرّف التحكيم قانوناً "اتفاق طرفين في نزاع معين على إحالته إلى شخص ثالث أو أكثر لحسمه دون اللجوء للقضاء قبل نشوء النزاع أو بعده فإذا كان الإتفاق قبل النزاع سميّ ذلك شرط التحكيم ، وإذا كان بعده سميّ مشاركة التحكيم " ⁹.

أما بالنسبة للتعريف الفقهي للتحكيم : فقد اختلف الفقهاء في ذلك في ثلاثة اتجاهات فمنهم من يرى : بأنّ التحكيم اتفاق ، حيث مالّ هذا الفريق من الفقهاء إلى تعريف التحكيم على أنه اتفاق أو عقد فقد عرّفه البعض بأنه : هو الإتفاق على طرح النزاع على أشخاص يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به ،

⁴ راجع ابو الفضل محمد بن مكرم بن منظور ، لسان العرب، ج15، دار صادر، بيروت، 1956، والدكتور ابو نصر اسماعيل بن عماد الجوهري الصحاح في اللغة والعلوم : تجديد صحاح العلامة الجوهري والمصطلحات العلمية والفنية للجامع والجامعات العربية، ج2 دار الحضارة العربية، بيروت، 1994، ص285، المشار إليه لدى د. محمد حسن جاسم المعماري ، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني ، المكتب الجامعي الحديث، ط1، 2013، ص16 .

⁵ نايف محمد الجنيدى ، عَضَلُ النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون ، دار الثقافة عمان ، ط2010، ص160، د. عرفات أحمد المنجي ، التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ط1 ، 2017، ص182.

⁶ د. محمد أحمد شحاتة ، التحكيم في الفقه والقانون المقارن ، المكتب الجامعي الحديث، 2010، ص12 .

⁷ د. قدرى محمد محمود ، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية، ط1، 2016، ص7 .

⁸ د. أحمد خليفة شرقاوي أحمد ، التنظيم القانوني لبطان حكم التحكيم ، دار النهضة العربية، ط1، 2016، ص7 .

⁹ التحكيم التجاري والتدخلات القضاء الوطني ص18.

ومنهم مَنْ يرى بأنَّ التحكيم هو نظام أو وسيلة قانونية ، فهم ينظرون إلى التحكيم ككل فتبدو في تعريفاتهم صفة التحكيم كنظام أو طريق رَسَمَهُ المشرِّع لفضِّ المنازعات ، فقد عرّفه الأستاذ ch.Jarrsson بأنه: " نظام لحل نزاع بين إثنين أو أكثر من الأطراف عن طريق محكّمين تُمنَح لهم مهمة قضائية¹⁰ .

ومنهم مَنْ يرى بأنَّ التحكيم هو عمل المحكّم وعلى هذا الأساس فقد عرّفته المحكمة الدستورية العليا المصرية بالنظر إلى عمل المحكّم بأنه: عرض نزاع معين بين طرفين على محكّم من الأعيان، يُعيّن باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يُحددانها ليفصل هذا المحكّم في ذلك النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يُذلي كلّ منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية¹¹.

وأيضاً عرّفه الفقيه (Robert) : بأنه نظام للقضاء الخاص تُقضى فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي ويُعدّ بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها¹².

وانطلاقاً من نفس الفكرة فقد عرّف بعض الفقه التحكيم بأنه نظام عن طريقه يقوم شخص بحل النزاع الذي ينشأ بين شخصين أو أكثر مؤيداً بذلك مهمة قضائية أُسندت إليه بواسطة¹³.

وقد عرّفه العالم الجليل المرحوم الأستاذ الدكتور محسن شفيق فقال : "أنه ضرب من القضاء الخاص يقوم على مبدأ سلطان الإرادة"¹⁴.

كما وعرّفه الدكتور فتحي والي أستاذ قانون المرافعات و عميد كلية الحقوق في جامعة القاهرة سابقاً بأنه: "نظام قانوني يتم بواسطة الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير، يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع"¹⁵.

وعرّفه الدكتور أبو الخير عبد العظيم المحامي بالنقض والدستورية والإدارية العليا بأنه : "لجوء المتنازعين إلى أشخاص آخرين محل ثقتهم وباختيارهم دون القضاء المختص للفصل بحكم ملزم في نزاع مما يجوز فيه الصلح"¹⁶ . ويعرفه الدكتور ازاد شكور صالح بانه (وسيلة يقوم بواسطة اطراف النزاع بمحض ارادتهم باحالة نزاعهم الى طرف ثالث محايد يكون محكماً يتم اختاره بواسطةهم للنظر في ذلك النزاع باصدار قرار نهائي فيه بعد سماع الادلة والبراهين التي يقدمها الاطراف)¹⁷

فمن يُمعن النظر، بعد استعراض كل هذه التعاريف يرى بأنَّ تعريف شرّاح القانون لم يخرج عمّا ذكره الفقهاء المسلمون وذلك لاشتماله على العناصر التالية :

أولاً: الإتفاق بين الخصمين على حسم النزاع بينهما بطريق التحكيم لا بطريق القضاء .

10 . معتز عفيفي نظام الطعن على حكم التحكيم دار الجامعة الجديدة 2012 ص 11.

11 . ناصر محمد الشрман ، المركز القانوني للمحكّم في التحكيم التجاري الدولي ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ط2015، ص23.

12 . عبد الباسط محمد عبد الواسع ، النظام القانوني لاتفاق التحكيم دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2013، ص15.

13 . د.عبد محمد القصاص قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية بدون جهة نشر ط 1، 2015، ص19.

14 . المستشار عبد المنعم دسوقي ، التحكيم التجاري الدولي والداخلي تشريعاً وقضاءً، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2014، ص9.

15 . د.فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ط2007، ص13.

16 . التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي ، ص30.

17 . د.ازاد شكور صالح ، الوسائل البديلة لتسوية عقود الاستثمار الدولية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ، ط2016، ص211.

ثانياً : وجود محكمة التحكيم أو لجنة التحكيم أو هيئة التحكيم تعين باتفاق الخصوم بالإضافة إلى محل التحكيم وهو فضّ النزاع القائم أو المحتمل بين الخصمين¹⁸ .

فالتحكيم يقتضي وجود نزاعات بين ادعاءات متعارضة فإذا لم يوجد نزاع فلا وجود للتحكيم¹⁹ .

أما بالنسبة لموقف القوانين العربية من تعريفه فنجد إنَّ بعض القوانين العربية لم تعرّفه وذلك تماشياً مع الرأي القائل بأنّ وضع التعاريف من مهمة الشُّراح وليس النظام والسبب كما جاء في تنقيح القانون المدني المصري حتى يتجنب التعريفات بقدر الإمكان فيما لا ضرورة لتعريفه ، أو لأنّها مسألة عملية مكانها الفقه القانوني الذي يتولى تأصيل عمل المنظم وصياغة النظريات الفقهية ، كما أنّ التعريفات مهما بُدّلَ في صياغتها من دقة وعناية لا تستعصي من النقد²⁰ .

وفي مقدمة القوانين التي أخذت بهذا الرأي هو القانون العراقي حيث لم يأت بتعريف للتحكيم لا في قانون المرافعات السابق " رقم 88 لسنة 1956 ، ولا في القانون الحالي رقم 83 لسنة 1969"²¹ .

وكذلك هو موقف نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم " 46 لسنة 140 هـ" وقانون التحكيم الأردني رقم " 31 لسنة 2001" ، حيث تركت هذه القوانين التعريف للفقه وذلك هو الأصوب في نظرهما، أما بالنسبة للقانون المصري رقم " 27 لسنة 1994 "والمعدل بالقانون رقم " 9 لسنة 1997 " ، حيث عرفته الفقرة الأولى من المادة الرابعة منه والتي نصت على أنّه :ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما

الحرّة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركزاً دائماً للتحكيم أو لم تكن كذلك "²² .

وكذلك نص القانون ذاته في "م 1/10 /" بأنّ اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كلّ أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية²³ .

وينص قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم " 38 لسنة 1980 " في الباب الثاني عشر منه على التحكيم في المادة " 173 " منه والتي تنص على أنّه " يجوز الإلتجاء على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الإلتجاء على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين " ، وهذه المادة تتطابق إلى حدّ كبير مع نص المادة " 251" من قانون المرافعات المدنية العراقي²⁴ .

18 د.نجيب احمد عبد الله ثابت الجبلي ، التحكيم في القوانين العربية ،المكتب الجامع الحديث ، الاسكندرية ،2006، ص17.

19 نظام الطعن على حكم التحكيم ،ص16.

20 الوسائل البديلة عن القضاء ،ص74.

21 حسين المؤمن المحامي ، الوجيز بالتحكيم ، مطبعة الفجر ،بيروت ،بدون رقم طبعة ،1977،ص10.

22 النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص18.

23 التحكيم التجاري الدولي والداخلي ، ص221.

24 د. احمد ابو الوفا، التحكيم في القوانين العربية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ،2015، ص 13 .

فالمشرع العراقي كما ذكرنا لم يعرّف التحكيم بشكل كافٍ ومحدد وإنما ترك هذه المهمة للفقهاء ، أما بالنسبة لقانون الإستثمار العراقي النافذ فلم يشرُ أيضاً إلى تعريف محدد للتحكيم ولكن أشار في المادة "27 / ف4 " منه يجوز لأطراف النزاع الإلتجاء إلى التحكيم وفقاً للقانون العراقي .

وصحيح أن المشرع العراقي لم يأت بتعريف خاص للتحكيم غير أنّ المادة "251" المشار إليها أعلاه جاءت بما يفيد ذات المعنى الذي ورد في التعريف فقالت : " يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين ، كما يجوز الإتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين " ²⁵.

وقد عرّفت المادة الأولى من قانون التحكيم السوري لعام "2008" التحكيم بأنه : أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلاً من القضاء سواء أكانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركزاً دائماً للتحكيم أم لم تكن كذلك ²⁶.

وتعرّف إتفاقية التحكيم وفقاً لقانون الأونسيترال "Uncitral" للتحكيم التجاري الدولي وذلك في المادة "7 ف1 " منه بأنها " إتفاقية بين الأطراف للخضوع إلى التحكيم بشأن بعض النزاعات أو كلها ، والتي نشأت بينهم أو قد تنشأ بخصوص علاقة قانونية محددة سواء كانت تعاقدية أم غير تعاقدية ، ويجوز أن يكون التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل " ²⁷.

وقد عرّفه المشرع السوداني في المادة الرابعة من قانون التحكيم لسنة "2005" على أنه "اتفاق الأطراف في المنازعات ذات الطبيعة المدنية على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع

بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع قائم بينهم ليحل عن هيئات أو أفراد يتم اختيارهم بإرادتهم واتفاقهم " ²⁸.

أما المشرع اليمني فقد عرّف التحكيم بموجب قانون التحكيم اليمني رقم "2 لسنة 1992 " والمعدل بالقانون رقم "32 لسنة 1997 " وذلك في المادة الثانية /الفقرة الأولى / بأنه "اختيار الطرفين برضاها شخصاً آخر أو أكثر للحكم بينهما دون المحكمة المختصة فيما يقوم بينهما من خلافات أو نزاعات " ²⁹.

وكذلك عرّفته "م1442" من مجموعة المرافعات الفرنسية "اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود على إخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم "، وهذا هو مفهوم شرط التحكيم وكذلك نصت المادة " 1447 " من نفس القانون نصت على أنه هو " اتفاق الأطراف على إخضاع منازعة نشأت بينهم بالفعل لتحكيم شخص أو أكثر ، وهذا هو مفهوم مشاركة التحكيم " ³⁰.

²⁵ الوجيز في التحكيم ، ص10.

²⁶ د. فؤاد عبد الدايم ، التحكيم في اطار العقود الدولية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ط2019، ص14.

²⁷ Dr. Wojciech Sadowski, Ewelina Wetrys LL.M., The arbitration clause in an underlying contract and non- contractual claims arising in connection with such contract, Lewiatancort of Arbitration, No 3.4. 18-19 p10.2014.

²⁸ التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية ، ص185.

²⁹ النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص16.

³⁰ التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني ، ص18.

وقد عرّف قانون التحكيم الإنكليزي لعام " 1996 " اتفاق التحكيم وذلك في الباب السادس منه بأنه " الموافقة على الرضوخ للتحكيم حالياً أو مستقبلاً بشأن المنازعات سواء أكانت منصوصاً عليها في التعاقدات أم لا"³¹ كما وعرف قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم "9" لسنة 2008 اتفاق التحكيم بأنه هو الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم³²

وبعد استعراض كل هذه التعاريف يمكن أن يعرفه الباحث بأنه : طريق استثنائي يلجأ إليه أطراف النزاع للفصل في المنازعات القائمة بينهم أو التي يمكن أن تثور مستقبلاً ، عن طريق شخص أو أشخاص من ذوي الخبرة يلجأ إليهم الأطراف بإرادتهم الحرة ، وصحيح ان وضع التعاريف ليس من عمل المشرع لكن نجد ان اغلب الانظمة والقوانين الحديثة التي نظمت التحكيم قد تولت مهمة تعريف لفظ التحكيم وذلك فقط لغرض توضيح معناه منعنا للبس والخلط بينه وبين الوسائل الأخرى لفظ المنازعات وليس لغرض الخلط في مسألة التعاريف ، وحتى نجد بان مايسمى بمسودة قانون التحكيم العراقي المتأمل تطبيقه مستقبلاً قد قام بتعريف التحكيم وذلك في المادة الأولى اولا التي عرفت التحكيم بانه اتفاق طرفا النزاع بارادتهما الحرة على اللجوء الى هيئة تحكيم للفصل فيه سواء كانت الجهة التي تتولى هذه الاجراءات منظمة او مركز دائم للتحكيم او لم تكن كذلك .

1.1.1.2. ظهور التحكيم قبل الاسلام:

ظهور التحكيم (قبل الإسلام) : كان اللجوء إلى الإنتقام الفردي أو الجماعي سائداً قبل الإسلام إلا أنّ نظام التحكيم عُرف عند العرب وغير العرب ، فهو يعتبر مرحلة راقية وصلت إليها الجماعات البشرية ، وتحدثنا المصادر عن (قاضٍ السوق) الذي كان يجلس في (سوق عكاظ)

فإن قاضٍ السوق لا يعدو أن يكون مُحكماً اختارته جماعة السوق ليحكم بينهم في أمور محددة وموسم معين ثم تنتهي مهمته ، وكان الناس يحتكمون إلى شيخ القبيلة في منازعاتهم وخلافاتهم بوصفه رمزاً للسلطة والحكم³³.

والحقيقة التاريخية تشير إلى أن نظام التحكيم ساد في المجتمعات البدائية فهو يعتبر من أقدم الوسائل التي لجأ إليها الإنسان لفض ما يثور بينه وبين وبين غيره من منازعات وقد أشار إلى ذلك القرآن الكريم بقصة احتكام قاييل وهاييل ، وقال تعالى { وأتلّ عليهم نبأ ابني آدمَ بالحقّ إذ قرباً قرباناً فتقبّل من أحدهما ولمّ يتقبّل من الآخر }³⁴، فكانت بين هاييل وقاييل خصومة على أخت لهما ، كانت حواء تلد في كل بطن ذكر وأنثى ، وكان آدم عليه السلام يزوج الذكر من هذا البطن بالأنثى من البطن الأخرى ،ولاتحل له الأخت التي ولدت معه ، فولدت مع قاييل أخت جميلة ،أسمها إقليميا ومع هاييل أخت ليست كذلك أسمها ليودا ، فلما أراد آدم تزويجهما

³¹ Martin Hunter and Toby Landau, the English Arbitration Act 1996 Text And Notes, Kulwer Law Intemational, 1998, P14.

³² هاشمي فاطمة ، اثار اتفاق التحكيم ،دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الدكتور مولاي طاهر -سعيده - الجزائر ، 2018، ص8.

³³ ،التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ، ص31.

³⁴ المائدة 27.

، قال قابيل أنا أحق بأختي ، فاتفقوا على القربان ، وأنه يتزوجها من تقبل قربانه ، فتقربا بقربانين فتقبل الله قربان هابيل ، وهكذا كان الحكم لهابيل بأخته نتيجة لتقبل قربانه³⁵. ومن الجدير بالذكر أن التحكيم في العصر الجاهلي كان يشمل كافة أنواع المنازعات حتى ما كان منها لا يتعلق بمسائل قانونية بالمعنى الدقيق فحدثت تحكيمات في ذلك العصر في أمور مثل الميراث أو العقود أو الملكية أو النسب أو في مسائل مثل القتل والسرقة وكثيراً ما كان التحكيم وسيلة لتفادي الحرب والخصام وذلك بالتسوية بين الطرفين المتخاصمين حتى تنتهي العداوة بينهما³⁶.

فحاجة البشرية لحل النزاعات قديمة جداً وخاصةً بعد أن شهدت المجتمعات البشرية تطوراً ملحوظاً في مجال العدالة وبدأ الإنسان يدرك مضر اللجوء إلى القوة لحل مشاكله ونزاعاته³⁷.

وقد كان العرب يعيشون حياة قبلية تعتمد على التنقل والترحال جرياً وراء أسباب الحياة المادية إذ كانت العرب منقسمة إلى قبائل ، وتنقسم القبائل إلى بطون وعشائر وافخاذ وعلى رأس كل قبيلة رجل يدعى شيخ القبيلة ، وحكم شيخ القبيلة ينفذ على أفراد قبيلته إما لمكانته بينهم أو خوفاً من سطوته وبطشه ويتولى منصب شيخ القبيلة أنبل أفرادها وأشرفهم نسباً ممن أتصفوا بالنجدة والسخاء والصبر والحلم والتواضع ، وأقوامهم عصبية وأشدهم بطشاً، ويصف الدكتور أسماعيل الأسطل في كتابه "التحكيم في الشريعة الإسلامية" حكام العرب في الجاهلية حيث يقول

في هذا : كان للعرب في الجاهلية حكام يلجئون إليهم لفض منازعاتهم ممن أتصفوا بأصالة الرأي وسعة المدارك ورجاحة العقل ويقظة الضمير وممن لهم علم بأعراف القوم وتقاليدهم³⁸.

وإذا كان المحكم يتم تعيينه بالاتفاق بين الأطراف المتنازعة إلا أن التاريخ لم يسجل عن هذا العصر ما يفيد أن المحكم كان يتقاضى أتعاباً أو رسوماً في مقابل مهمته ، بل كان الغالب هو اعتبار اختياره في حد ذاته هو تكريماً وتشريفاً له لأنه كما ذكرنا كان يتم اختيارهم من بين ذوي المكانة الرفيعة والجاه الذين لا ينظرون ولا ينتظرون مقابل لقيامهم بمثل هذا العمل³⁹.

ومن أشهر هؤلاء المحكمين عند العرب قبل الإسلام "أكثم بن صيفي بن رباح وغيلان بن سلمة الثقفي وعبد المطلب بن هاشم وأبو طالب بن هاشم" ولقد كانت أصول التحكيم متواضعة ومع ذلك كان الحكماء يعدون سماع الطرفين شرط من شروط الحكم وأن الأصل براءة الذمة وكان الكهان يقومون بوظيفة المحكم في الجاهلية فكان العرب يلجئون إليهم وإلى الأصنام لحل خلافاتهم ،ومن أشهر الوقائع عند العرب قبل الإسلام

³⁵ التحكيم في القوانين العربية ، ص 19.

³⁶ ماهر محمد صالح ، اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، رسالة دكتورا ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، 2004 ، ص 26.

³⁷ زيرقان أمين علي وبريندار حيدر عبد الله ، الوسائل البديلة في حل المنازعات ، مجلة جامعة دهوك ، المجلد 18 ، العدد 1 ، 2015 ، ص 346.

³⁸ التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ، ص 39 وما بعدها .

³⁹ اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، ص 26.

قيام الرسول "صلى الله عليه وسلم" بالتحكيم بين أشراف مكة عند اختلافهم فيمن يرفع الحجر الأسود ويضعه في مكانه بالكعبة المشرفة حيث حكم الرسول بينهم وحسم النزاع القائم آنذاك⁴⁰.

و في العصر الجاهلي لم يكن القضاء قد جاوز بعد دور التحكيم الإختياري فلم يكن المحكمون ملزمون بالفصل بين من يحتكمون إليهم ولم يكن الخصم ملزماً بقبول التحكيم فلا سبيل لجبر المختصمين على الإذعان لحكم المحكم إذ كان نفاذ الحكم يعتمد بشكل أساسي على سلطة المحكم المعنوية وهو ما كان يؤدي إلى الاقتتال بين أفراد القبيلة الواحدة ، لكن رغم بدائية إجراءات التحكيم الجاهلي فإن الرضا به كان شرطاً لإنعقاد ولاية المحكم ، وكان حضور الطرفين المحاكمة شرطاً لصحة التحكيم في حين كان نظام الإثبات يقوم على قاعدة "البينة على من إدعى واليمين على من أنكر" ، أما بالنسبة لتحكيم الكهنة قبل عهد موسى عليه السلام حيث كان الكهنة في بني إسرائيل إذا عرضت عليهم قضية يتصلون بالآلهة ويحركون تماثيلها فتجيبهم بحسب اعتقادهم بإشارات خاصة بالحكم الواجب النطق به ثم في عهده عليه السلام صار الكهنة يقضون بالأحكام التي أوحاها الله إلى رسوله⁴¹.

لذلك فإلى جانب حكام العرب كانت تشد الرحال إلى الكهنة ، ليحكموا بينهم في خلافاتهم ، اعتقاداً منهم بأن الكاهن يستطيع بما يعلمه من الغيب أن يعلم الظالم من المظلوم فقد تحاكم عبد المطلب جد النبي "صلى الله عليه وسلم" وقريش عندما نازعته في تجديد حفر بئر زمزم ، إلى كاهنة بني سعد بإشراف الشام ، كما وعرف العرب وسيلة الإحتكام إلى النار ، اعتقاداً منهم أن الظالم تأكله النار وإن البريء لا تمسه بسوء ، وكذلك الإحتكام إلى الأزلام ، فيقول الدكتور الأسطل في ذلك "الإحتكام إلى الأزلام وسيلة معروفة لدى العرب في الجاهلية في ظعنهم ، وإقامتهم ، وتجارتهم ، ومناكحهم ، وفض خصوماتهم ، إذ كان بالكعبة صنم كبير يدعى هبل وبجواره أزلام موسومة بأفعل أو لاتفعل وأمرني أو أنهاني ربي ، وبنعم أولاً وبأخرُج أو لاتخرج ، وبمنكم أو من

غيركم ، فإن وقع النزاع في أمر لجأوا إلى أمين الأزلام فيحيل القداح الموسومة فما خرج منها أخذوه به"⁴².

لذلك فمن خلال الرجوع إلى التاريخ نجد أن النظام السائد لدى العرب قبل الإسلام هو النظام القبلي فعلى الرغم من سيادة هذا النظام وعلو مبدأ القوة فقد عرفوا القضاء التحكيمي فكان التحكيم عندهم ينعقد باتفاق يُعين فيه أسم الحَكَم أو الحكيم⁴³.

لذلك فالتحكيم عندهم هو قضاء خاص يستند إلى إرادة الأطراف وحريرتهم في اختيار الأشخاص الذين يناط بهم حل منازعاتهم⁴⁴.

40 د.مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري ،المحكم التجاري الدولي ، المكتب الجامعي الحديث ، ط1 ، 2013 ، ص 16 .

41 الوسائل البديلة عن القضاء ، ، ص 69 .

42 التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ، ، ص 43 وما بعدها .

43 المحكم التجاري الدولي ، ص 16 .

44 التحكيم التجاري الدولي والداخلي تشريعاً وقضاءً ، ص 9 .

فهو الوسيلة الوحيدة لتحقيق العدل في المجتمعات البدائية والمجتمعات التي تفتقر إلى سلطة لحماية النظام في المجتمع وذلك على أساس حفظ النظام والتوازن بين الأفراد ومن هنا بدأت فكرة التحكيم⁴⁵.

ولم يكن التحكيم نظاماً معروفاً لدى العرب فحسب فقد كان معروفاً لدى الغرب قديماً عند "الإغريق والرومان" والدول الشرقية في بابل وأشور وعند قدماء المصريين فقد كانت عصور الإغريق هي أول عصور بعد قدماء المصريين عرفت التحكيم في كافة المسائل القانونية والسياسية والاقتصادية حيث لجأت الدول الإغريقية ومنها أثينا وأسبارطة إلى التحكيم لحل المنازعات التي نشبت بينهما ، وكذلك سجل تأريخ المدن الإغريقية حدوث حالات وصلت ثمانين حالة ونتاجت عنها سوابق تحكيم لم تكن معروفة قبل الإغريق ، وقد تحدث الفيلسوف الإغريقي أرسطو عن التحكيم قائلاً "إن القاضي يحكم وهو ينظر إلى القانون أما المحكم فهو يحكم وهو ينظر إلى العدالة"⁴⁶.

أما بالنسبة للرومان فقد عرف الرومان التحكيم سواء في عهد الإمبراطورية أو في عهد الجمهورية ، ففي عهد الإمبراطورية كان الامبراطور هو الذي يرأس المحكمة بمعاونة الكهنة له وذلك للفصل في المسائل الجنائية ، أما المسائل المدنية فكانت تترك للتحكيم الخاص والذي يختار فيه الخصوم محكماً للفصل في المنازعات التي نشبت بينهم ، وبعد أن زادت القضايا والمنازعات بشكر كبير وزاد معها العبء على الامبراطور أنشئت وظيفة جديدة أسندت إلى شخص يختاره الامبراطور ، يسمى البريتور" كما أسندت له رئاسة المحاكم الشعبية التي كانت تشبه إلى حد كبير المحاكم الشعبية عند الإغريق ويعاون البريتور في هذا عدد كبير من الأشخاص يعملون بمثابة قضاة مساعدين يصل عددهم إلى عدة آلاف ويختارون بالاقتراع وكانوا يسمون بـ Jurati Judices ، على أن حكم التحكيم لدى النظام الروماني التقليدي لم تكن له أي قوة تنفيذية فلم يكن حكماً بالمعنى القانوني الصحيح ولذلك فإن عدم تنفيذ الحكم لم تكن نتيجته سوى ملاحقة الطرف الذي يمتنع عن تنفيذ الحكم بدعوى لدفع غرامة أو عقوبة مالية بمقتضى اشتراط يدون مسبقاً في اتفاق التحكيم⁴⁷.

كما وعرف قدماء المصريين التحكيم حيث كان الملك عندهم يمارس عمل القاضي وإن كان لا يباشر القضاء بنفسه إلا في حالات نادرة ، إذ كان مخصصاً للفصل في الخصومات بين الأفراد ، موظفو الكهنة الذين يتلقون التشريع من المعابد ، ثم عين لمحاكم الأقاليم قضاة بالانتخاب ، ثم أنفرد أمراء الأقاليم في عهد الأسرة السادسة بالسلطة عن الملك ، وأصبح أمير الأقليم هو القاضي ، يفصل في الخصومات بحكم نهائي لا يقبل الطعن فيه ، ومع هذا فقد كان للأفراد حق اللجوء إلى التحكيم ، واتفاق التحكيم هو الذي يحدد أعضاء هيئة التحكيم والإجراءات المتبعة أمامها والجزاء الذي يوقع ، وحكم هيئة التحكيم نهائي وقابل للتنفيذ دون الحاجة إلى عرضه على القضاء⁴⁸. وقد عرفت أوروبا خلال القرون من (الثالث عشر وحتى السابع عشر) نظام التحكيم حيث شجع رجال الكنيسة الكاثوليكية والبابا اللجوء إلى حل لتسوية المنازعات عن طريق التحكيم فكان رجال الكنيسة الكاثوليكية والبابا يدعون إلى تسوية المنازعات التي قد تثور بين معتنقي الدين المسيحي عن طريق التحكيم وقد احصى المؤرخون حالات التحكيم التي تمت خلال تلك الفترة بحوالي ستة وأربعين تحكيمياً صدرت

45 التحكيم قبل الإسلام ، المكتب الجامعي الحديث ، ص5.

46 د. رقية رياض ، التحكيم وسيادة الدولة ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2010 ، ص33.

47 اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، ص18 وما بعدها.

48 التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ، ص38.

عنها أحكام تحكيم نتج عنها تسوية المنازعات التي لجأ فيها البارونات والملوك إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بينهم وذلك بالرغم من النظام الملكي المستبد الذي كان سائداً في تلك الفترة والذي كان يعتبر اللجوء إلى التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة حيث أن التسوية السلمية التي يتم فيها التنازل عن بعض حقوق الملوك والأمراء هي مهانة تنتقص من كرامتهم⁴⁹.

وبذلك أصبح التحكيم من أهم الوسائل القانونية التي أتسع نطاقها حتى تم الاعتراف بها وتنظيمها تشريعياً في معظم الدول رغم اختلاف أنظمتها القانونية وظروفها الاقتصادية وذلك بهدف تحقيق العدالة السريعة بين المتنازعين⁵⁰.

1.1.1.3 التحكيم بعد ظهور الإسلام:

التحكيم بعد ظهور الإسلام : بعد ظهور الإسلام كانت أول معاهدة قد أبرمت بين المسلمين كأمة وبين اليهود، والتي أبرمها الرسول (صلى الله عليه وسلم) بعد هجرته إلى المدينة حيث تضمنت حكماً خاصاً بالاتفاق على التحكيم وبصورة مسبقة بين الأمتين واختيار الرسول حكماً بين الطرفين فيما سيقع من نزاع بينهم مستقبلاً ، فهذا الرسول (صلى الله عليه وسلم) قد قبل بالتحكيم فيما سيحدث بينه وبين اليهود من منازعات في الخصومات التي قد تحدث مستقبلاً بين كلا الأمتين وهذا يدل على أن التحكيم أحد القواعد التي أقرتها الشريعة الإسلامية منذ ظهور الإسلام⁵¹.

وأساس الحكم هو العدل فأساس ما يجب ان يتصف به الحكم هو العدل قال تعالى: " إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا"⁵² والمقصود من هذه الآية الكريمة هو العدل في الحكم وهذا يستوجب ان لا يكون الحاكم مخلصاً من اجل الخائنين العابثين ومتحيزاً اليهم في الحكم فان كانت هناك مخالفة نفسية – تشير الى ما يشبه التمييز – ابعثت بالنفس لسبب ما ، فيجب طلب الغفران والصفح من الله فوراً والله دائماً غفور رحيم⁵³

فبعد ظهور الإسلام ، أقام رسول الله (صلى الله عليه وسلم) الدولة الإسلامية على أساس العدل بين الناس فكان الصلح والتحكيم من الوسائل الضرورية والأساسية لتحقيق العدالة، والأدلة على جواز التحكيم متظافرة من الكتاب والسنة وإجماع الصحابة والقياس⁵⁴.

أولاً: دليل مشروعية التحكيم من الكتاب : ومن الأدلة على مشروعية التحكيم في الكتاب قوله تعالى : " وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا"⁵⁵.

49 التحكيم وسيادة الدولة ، ص 34 .

50 د. سميحة القليوبي ، الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 5 .

51 المحكم التجاري الدولي ، ص 18 .

52 النساء 105.

53 د محمد البهي ، الدين والدولة " من توجيهه القرآن الكريم " دار غريب للطباعة، القاهرة ط2، 1980، ص312.

54 زيرفان أمين عبد الله ، وبريندار حيدر عبدالله ، دور الوسائل البديلة في حل المنازعات الأسرية ، مجلة جامعة دهوك ، ص346 .

55 النساء /35.

وجه الدلالة هنا : ان الله سبحانه وتعالى ارشد الى بعث حكمين ليصلحا بين الزوجين عند وقوع شقاق بينهما، مما يدل على مشروعيتها، حتى تقوم الحياة الزوجية وتستمر⁵⁶. وقد اختلف الفقهاء في صفة الحكمين هنا هل هما حاكمان ام وكيلان ؟ وعلى النحو التالي :

الفريق الاول : انهما حاكمان : روي نحو ذلك عن علي، وعثمان، وابن عباس، وابي سلمة ابن عبد الرحمن، والشعبي، والنخعي ، وسعيد بن جبير ، وذهب الى ذلك فقها المالكية وبعض الشافعية وهو الرواية الثانية عند الامام احمد والظاهرية واستدلوا بقولهم بما يلي :

قوله تعالى : "فابعثوا حكما من اهله " فمن خلال هذا النص القراني يتبين انهما قاضيان وليس وكيلان وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى ، وللحكم اسم في الشريعة ومعنى ، فاذا بين الله تعالى كل واحد منهما فلا ينبغي لاحد ان يركب معنى احدهما على الاخر ، لان هذا تلبيس وافساد للحكام وقد سماهما الله تعالى حكمين فلو كانا وكيلين لقال فليبعث وكيفا من اهله ولتبعث وكيفا من اهله⁵⁷. فوجه الاستدلال بالاية (وان خفتم شقاق من ثلاثة اوجه) الوجه الاول : ان الله سماهما حكمين ، والاصل الحقيقة . الوجه الثاني : انه لم يعتبر رضا الزوجين . الوجه الثالث: انه خاطب الحكمين بقوله : (ان يريدوا اصلاحا يوفق الله بينهما) كما ان ماورد ان عليا الزم الزوجين بحكم الحكمين ولم يعتبر رضاه ولو كانا وكيلين لم يلزمه به ونص قوله " ان رايتما ان تجمعا جمعتما وان رايتما ان تفرقا فرقتما " فجعل الجمع والتفريق للحكمين ولو كانا وكيلين ما استقلا بالجمع والتفريق دون الزوجين ، بالاضافة عما ورد ان عثمان (رض) حَكَمَ بن عباس ومعاويه " رض" في الخلاف بين عقيل ابن ابي طالب وزوجته فاطمة بنت عتبة بن ربيعة ، فقال بن ابن عباس: لافرقن بينهما . وقال معاوية : ماكنت لافرق بين شيخين من بني عبد مناف،فاعتبر الجمع والتفريق اليهما دون الزوجين ، ولو كانا وكيلين ما استقلا به دونهما⁵⁸

اما الفريق الثاني فقد ذهب الى انهما وكيلان وهو قول عطاء ، والحسن البصري، وابي حنيفة، والشافعي في قول ، واحمد في رواية ، وبه قال الطبري، وابن المغلس من الظاهرية ، لان البضع حق الزوج والمال حق الزوجه وهما رشيدان ، فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه الا بوكالة منهما او ولاية عليهما ، فالله تعالى في قوله: " فابعثوا حكما من اهله " فهذا القول دلالة على ان الذي من اهله وكيل له والذي من اهله وكيل لها كانه قال : فابعثوا رجلا من قبله ورجلا من

قبلها فهذا يدل على بطلان قول من يقول : ان للحكمين ان يجمعا ان شائوا او ان شائا فرقا بغير امرهما⁵⁹ اما الراي الراجح فهو القول الاول ، فقال شيخ الاسلام بن تيمية بعد ذكر القولين : " والاول اصح لان الوكيل ليس بحكم ولا يحتاج فيه الى امر الائمة ولا يشترط ان يكون من الاهل ، ولا يختص بحال الشقاق ، ولا يحتاج ذلك الى نص خاص ، لكن اذا وقع الشقاق فلا بد من ولي لهما فيفعلان ما هو الاصلح من جمع بينهما او تفريث ، بعوض او بغيره ، وهنا يملك الحكم الواحد مع الاخر الطلاق بدون اذن الزوج ، ويملك الحكم الاخر مع الاول بذل العوض من مالها بدون اذنها لكونهما صاروا وليين لهما " وقال ابن القيم : (والعجب كل العجب ممن يقول هما وكيلان لا حاكمان ، والله تعالى قد نصبهما حكمين ، وجعل نصبهما الى غير الزوجين : وايضا

⁵⁶ د. ظافر بن حسن العمري ، موسوعة الاجماع في الفقه الاسلامي ، دار الهدي النبوي ، مصر ، دار الفضيلة للنشر والتوزيع ، الرياض ، ط1،ص432.

⁵⁷ عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون ، ص178.

⁵⁸ ا.د. عبد الكريم بن محمد الاحم ، المطلع على دقائق زاد المستنقع ، ج2، دار كنوز اشبيلية ، الرياض ، ط1، 2010، ص348.

⁵⁹ عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون ، ص182.

فلو كانا وكيلين لم يختصا بان يكونا من الاهل ، وايضا فانه جعل الحكم اليهما فقال : "ان يريدوا اصلاحا يوفق ... " والوكيلان لا ارادة لهما .. وايضا فان الوكيل لايسمى حكما في لغة القران ، ولا في لسان الشارع ، ولا في العرف العام ولا الخاص وايضا فالحكم من له ولاية الحكم والالزام ، وليس للوكيل شيئا من ذلك ، وايضا فان الحكم ابلغ من حاكم ...)

وقوله تعالى: " وَدَاوُدَ إِذْ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفِثَتْ فِيهِ عَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا " .

ومن الجدير بالذكر ان وجه مشروعية التحكيم بين الزوجين : انه من التعاون على البر والتقوى لانهاء النزاع والشقاق وذلك من افضل الاعمال ، فمهمة التحكيم انهاء النزاع وانهاء النزاع من التعاون على البر كما في قوله تعالى : " وتعاونوا على البر والتقوى "

وكذلك قوله تعالى : " فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا " ، وقوله تعالى: "يا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ "

وقوله تعالى " وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفِثَتْ فِيهِ عَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ * فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا"60

وفي الآية الثانية قوله تعالى: " فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ"61 أقسم سبحانه وتعالى على نفي الإيمان عنهم إلا بالاحتكام إليه (صلى الله عليه وسلم) والترافع إليه ، بقوله سبحانه: "حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ" أي يتخذونك حكماً ، وليس التحكيم إلا هذا ، ومعنى : يسلموا تسليماً "أي ينقادوا لأمرك في الحكم وقضائك " ، وجاء في فتح القدير للشوكاني عند تفسير قوله تعالى: "ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ" هو عدم وجود حرج أي عدم وجود حرج في صدورهم ، فلا يكون مجرد التحكيم والإذعان كافياً حتى يكون من صميم القلب عن رضا واطمئنان ، ثم لم يكتف بذلك بل ضم إليه قوله (ويسلموا) أي: يذعنوا وينقادوا ظاهراً أو باطناً ، ثم لم يكتف بهذا كله فأضاف المصدر المؤكد فقال تسليماً ، فلا يثبت الإيمان لعبد حتى يقع منه هذا التحكيم ولا يجد الحرج في صدره بما قضى عليه وسلم لحكم الله وشرعه ، تسليماً لا يخالطه رد ولا تشويه ولا مخالطة62.

وفي العودة إلى تفسير الآية الأولى التي وردت في موضوع الشقاق بين الزوجين ففي رأي الدكتور أبو الخير عبد العظيم أن هذه الآية الكريمة: "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا"63 ، لا تنظم تحكيمياً بالمعنى الفني المقصود بأنظمة التحكيم المختلفة : وذلك لأن مهمة الحكيم المنصوص عليها بالآية هي ليست مهمة تحكيمية وإنما هي مهمة توفيقية ، حيث يكاد يتفق الفقهاء والمفسرون على إنها بيدلان مافي وسعهما للإصلاح بين الزوجين وبالتالي لايفصلان في النزاع بحكم ملزم ، فقد ورد بالآية الكريمة في بيان مهمة المحكمين المبعوثين لفظاً (إصلاحاً ، ويوفق) وهو ما يعني أن المهمة ليست تحكيمية ففي أي نوع منهما لا يصدران حكماً وإلا لتحولا إلى فُضاة ، وإنما مهمتهما إصلاح وتوفيق بين الزوجين64.

60 ص26، النساء 65، الانبياء 78-79.

61 النساء/56.

62 التحكيم في القوانين العربية ، ص27.

63 النساء/35.

64 التحكيم الداخلي والتحكيم الخارجي الدولي ، ص32.

وأيضاً قد قيل بأن الإستدلال بهذه الآية فيه نظر : وذلك لأن كلاً من الخصمين لم يتراضيا على التحكيم وإن الضمير في قوله تعالى (فابعثوا) عائداً إلى الحكام العائد عليهم الضمير في قوله (فإن خفتم) ولأن الحكم إنما يصلح فقط وليس له إيقاع الطلاق فهو وكيل فلم يك من هذا القبيل ، ويرد على هذا القول بأنه وإن كان جمهور الفقه يرى بأن الضمير في قوله تعالى : "وإن خفتم فابعثوا" عائداً إلى الحكام والأمراء ، فإنه لا ينعض دليلاً على رفض الحكم بل إنه دليل على إثباته حيث يقول الإمام القرطبي في هذا المعنى: " أن الله خاطب غير الزوجين إذا خاف غير الزوجين بإرسال الحكامين وإذا كان المخاطب غيرهما فكيف يكون ذلك بتوكيلهما فهذه الآية دليل على إثبات الحكم؟⁶⁵.

أما بالنسبة لقوله تعالى " وَذَاوُودَ إِذْ وَسَّلِيْمَانَ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ " فخلاصة هذا الحكم أن الغنم رعت ليلاً زرع صاحب فلم يبق منه شيئاً ، فحكم داود بأن الغنم لصاحب الحرث في نظير زرعه فخالفه سليمان ، وقال : تبقى الغنم في يد صاحب الزرع حتى ينبت زرعه ويصير إلى ما كان عليه ويترادان من بعد ، وفي هذا الحكم المبكر ما يشهد لنبي الله سليمان بالحكمة الموهوبة وإرهاص للملك العريض⁶⁶.

كما أن قصة يوسف عليه السلام ليست بعيدة عن التحكيم ، ولو ان القرآن الكريم استعمل لفظ "الشاهد" وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه فذم من قبل فصدقته وهو من الكاذبي* وإن كان قميصه فذم مندبر فكذبته وهو من الصادقين⁶⁷، فكان قميصه هو الحكم بينهم "وجاءوا على قميصه بدم كذب قال بل سؤلت لكم أنفسكم"⁶⁸ أي: أن ما تم الإستشهاد به يكمن في أمرين الأول: هو الأخذ بالقرائن والأمر الثاني: هو حدوث النزاع فيما ادعى يوسف عليه السلام وفيما ادعت زليخة فكان اللجوء إلى ماسماه القرآن الكريم بالشاهد الذي أدى دور المحكم في الخصومة⁶⁹.

ثانياً: دليل مشروعية التحكيم في السنة: أما دليل مشروعيته في السنة "فقد روي عن شريح عن أبيه هاني أنه لما وفد إلى رسول الله "صلى الله عليه وسلم" إلى المدينة سمعه يُكنونه بأبي الحكم فدعاه النبي "صلى الله عليه وسلم" فقال : أن الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تُكنى أبا الحكم ؟ قال: أن قومي إن اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين ، فقال الرسول: ما أحسن هذا! فمالك من الولد؟ قال: لي شريح ومسلم وعبد الله ، قال : من أكبرهم؟ ، قال ، قلت : شريح ، قال فأنت أبو شريح⁷⁰.

وجه الدلالة : أن الرسول "صلى الله عليه وسلم" أقر ما كان يصنع أبو شريح بل واستحسنه والذي كان يقع من أبي شريح هو التحكيم فلم يكن معيناً من الإمام ولم تكن له سلطة الجبر ، ولكن قومه يأتونه برضائهم فلما أستحسنه الرسول "صلى الله عليه وسلم" دل ذلك على جوازه مطلقاً⁷¹. والدليل ايضاً على مشروعية التحكيم وما ورد عن عائشة "رض" قالت: " كان بينها وبين النبي "ص" كلام فقال: اجعلي بيني وبينك عمر، فقالت

⁶⁵ قانون التحكيم في المنازل المدنية والتجارية ، ص58 .

⁶⁶ خالد أحمد حسن ، بطلان حكم التحكيم ، رسالة دكتورا ، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2006، ص16 .

⁶⁷ يوسف/27، 26.

⁶⁸ يوسف/18.

⁶⁹ أ.د طالب حسن موسى، التحكيم في عقد العمل الفردي في القانون الأردني، مجلة جامعة دهوك ، المصدر السابق ، ص 107 .

⁷⁰ أحمد خليفة شرقاوي أحمد ، التنظيم القانوني لبطلان حكم التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2016 ، ص12 .

⁷¹ التحكيم في الفقه والقانون المقارن ، ص20.

لا : قال: اجعلي بيني وبينك اباك ، فقالت نعم " 72 وكذلك تحكيم الرسول "ص" سعد بن معاذ "رض" في بني قريظة حيث روي انه " نزل اهل قريضة على حكم سعد بن معاذ فارس النبي الى سعد فاتي على حمار فلما دنا من المسجد قال للانتصار: قوموا الى سيدكم او خيركم ، فقال : هؤلاء نزلوا على حكمك ، فقال تقتل مقاتلتهم وتسبى ضراريهم ، قال : قضيت بحكم الله ، وربما بحكم الملك " 73

ثالثاً: دليل مشروعية التحكيم بالإجماع :

أنَّ الصحابة "رضي الله عنهم " قد أجمعوا على جواز التحكيم والدليل على ذلك تحكيم زيد بن ثابت ، قال الشعبي : كان بين عمر وأبي "رضي الله عنهما " خصومة فقال عمر : اجعل بيني وبينك رجلاً فجعل بينهما زيد بن ثابت قال : فاتوه قال: قال عمر رضي الله عنه أتيناك لتحكم بيننا وفي بيته يؤتى الحكم : قال : فلما دخلوا عليه ، أجلسه معه على صدر فراشه : فقال: " أي عمر " هذا أول جور جرت في حكمك ، أجلسني وخصمي مجلساً ، قال : فقصا عليه القصة ، قال: فقال زيدٌ لأبي: اليمين على أمير المؤمنين فإن شئت أعتيته ، قال: فأقسم عمر "رضي الله عنه" على ذلك ثم أقسم له لا تترك باب القضاء حتى لا يكون لي عندك على أحد فضيلة فتحاكم عمر وخصمه إلى زيد بن ثابت ، ولم يكن زيد قاضياً وهو على اشتهاره جواز التحكيم مطلقاً ، فكان إجماعاً 74.

وقد ورد عن بعض أهل العلم إنَّ الإجماع منعقد على مشروعية التحكيم ، فقال السرخسي في المبسوط : "والصحابه مجمعون على جواز التحكيم" ، وقال الرملي : "وقع - أي التحكيم - لجمع من الصحابة ولم يُنكر فكان إجماعاً" ، وقال النووي : "فيه جواز التحكيم في أمور المسلمين وفي مهماتهم العظام ، وقد أجمع العلماء على عليه" ، وقال في العناية على الهداية : "الصحابه مجمعون على جواز التحكيم" 75.

وقد روي عن أبي بكر الصديق عن النبي "صلى الله عليه وسلم" قال : من حكم بين إثنتين تحاكماً إليه ، وإرضياً به ، فلم يعدل بينهما بالحق ، فعليه لعنة الله " 76. ومن الجدير بالذكر انه في عهد علي بن ابي طالب ظهرت فرقة تسمى بالخوارج حيث اقتدرن ظهور هذه الفرقة بظهور الشيعة وكان من انصار علي "رض" وان كانت الشيعة فكرتها اسبق من فكرة الخوارج ، فظهر الخوارج في جيش علي "رض" عندما اشتد القتال بين علي ومعاوية ، في صفين وذاق معاوية حر القتال ، وهم بالفرار ، حتى اسعفته فكرة التحكيم ، فرجع جيشه المصاحف ليحتكموا الى القران ، ولكن علي اصر على القتال ، حتى يفصل الله بينهما فخرجت عليه خارجه من جيشه تطلب اليه ان يقبل التحكيم ، فقبله مضطراً لامختاراً ، ولما اتفق مع خصومه على ان يحكما شخصين احدهما من قبل علي والآخر من قبل معاوية ، فاختر معاوية عمرو بن العاص واراد علي ان يختار عبد الله بن عباس ولكن خارجه حملته على ان يختار ابا موسى الأشعري ، وانتهى التحكيم الى عزل علي وتثبيت معاوية 77، والدليل ايضا على المشروعية والاجماع بانه اختلف عمر مع رجل في فرس اشتراها فتحاكما الى شريح ، كما تحاكماً عثمان وطلحة الى جبير بن مطعم "رض" عنهم ، ولم يكن زيد ولا شريح ولا جبير من القضاة 78

72 د. احمد علي جرادات ، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية ، دار الثقافة ، عمان ، ط1 ، 2012، ص246.

73 عضل النساء والتفريق للشقاق ص162.

74 التحكيم في القوانين العربية ، ص 30.

75 الوسائل البديلة عن القضاء ، ص 98 .

76 د. مهدي أحمد الصانوري ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، دار الثقافة ، عمان ، ط1، 2005 ، ص28 .

77 الامام محمد ابو زهرة ، تاريخ المذاهب الاسلامية في السياسة والعقائد ، دار الفكر العربي، القاهرة ، بدون رقم طبعة ، 1996، ص 58.

78 الموسوعة الفقهية ، ص236.

رابعاً: مشروعية التحكيم في المعقول:فإن التحكيم طريق ميسر لفضّ المنازعات وقطع الخصومات ، ولو منع الناس من اللجوء إليه ، لأدى ذلك إلى الحرج والمشقة ، حيث إن فصل القضاء قد يورث بين أطراف الخصومة العداوة والشحناء ، فضلاً عما فيه من إرهاب لبعض الخصوم في النفقات والتكاليف المالية ، وتأخير للفصل في الدعاوى والأقضية ناهيك عما فيه من بطئ في التقاضي وتعقيد في المسائل الإجرائية⁷⁹. فيجوز التحكيم للحاجة فالتحكيم يقطع المنازعات ويصلح ذات البين ، وان للمحكّمين ولاية على انفسهما فيصح اختيارهما حكماً برضاتهما ، وينفذ حكمه عليهما لكمال ولايتهما على انفسهما⁸⁰.

خامساً : مشروعية التحكيم بالقياس : أما القياس في التحكيم فيمكن قياس التحكيم على القضاء بجامع فصل الخصومة كما يمكن قياسه على الإستفتاء في عدم لزومه في الأصل ، ولم تختلف المذاهب في أصل مشروعيته وإنما إختلافهم فيما قد يحتاجه من شروط وقيود ، فيقول المارزي المالكي : " تحكيم الخصمين غيرهما جائز ، كما يجوز أن يستفتيا فقيهاً يعملان بفتواه في قضيتهما " ، وكذلك جزم أين فرحون بالجواز فقال : " إذا حكم أحد الخصمين صاحبه فحكم لنفسه أو عليها جاز ومضى مالم يكن جوراً بيناً "⁸¹.

فالتحكيم إذا هو الوسيلة أو النظام القانوني المقبول لتحقيق العدل في المجتمعات البدائية التي تفتقر إلى سلطة لحماية النظام في المجتمع وكان التحكيم بذلك هو وسيلة لحفظ النظام والتوازن بين مصالح الأفراد ، فكل مجتمع لا بد أن تتوفر له درجة معينة من النظام حتى يمكنه الإستمرار في الوجود والمحافظة على كيانه ، وعلى الرغم من أن التحكيم من أقدم الوسائل القانونية لفضّ المنازعات ثم ظهر بعده القضاء الذي تنظمه الدولة بواسطة القضاء إلا أن التحكيم لم يندثر ولكنه - على العكس - قد تطور تطوراً ملحوظاً حتى أصبح من أهم الوسائل وأقدرها على فضّ المنازعات في الوقت الحاضر وأقربها إلى العدل ، وأصبح يقف جنباً إلى جنب مع القضاء لحل المنازعات⁸².

سادساً : مشروعية التحكيم عند الفقهاء : و أخيراً وقبل أن نختم حديثنا عن مشروعية التحكيم نُشير إلى قول الفقهاء حول مشروعيته ، فقد اختلف الفقهاء في مشروعية التحكيم في ثلاثة أقوال ، القول الأول : التحكيم مشروع بالجملة وجائز بغض النظر عن وجود قاضٍ في البلد أو لا وهذا هو قول المالكية والحنفية وقال به أيضاً الشافعية واستدلوا على ذلك بالقرآن والسنة والإجماع ومن المعقول⁸³.

أما القول الثاني: جواز التحكيم بشرط عدم وجود قاضٍ في البلد وإلى هذا ذهب بعض الشافعية والظاهرية ، وقد استدلوا على ذلك أن التحكيم في هذه الحالة للضرورة كي تُفضّ المنازعات ، أما إذا وُجد القاضي أمتنع التحكيم ، لأن حكم المحكم أحط رتبة من حكم القاضي ، وذلك لعموم ولاية القاضي ، والقول الثالث ذهب إلى عدم جواز التحكيم مُطلقاً وإلى هذا ذهب بعض الشافعية وبعض الإمامية وبه قال الخوارج وقد استدلوا على ذلك : بأن حكم الحَكَم فيه أفتيات على الإمام ونوابه ، فيؤدي إلى اختلال أمر الحُكَّام وقصور نظرهم⁸⁴.

79 التنظيم القانوني لبطان حكم التحكيم ، ص 13.

80 عضل النساء والتفريق للشقاق، ص163.

81 د. عبد الوهاب لظفي ، التحكيم وبتلانه ، بين التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ط1، 2019،

ص 19 .

82 التحكيم في القوانين العربية ، ص 20 .

83 الوسائل البديلة عن القضاء ، ص 96.

84 التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ، ص85.

ويؤيد الباحث الرأي القائل: بجواز التحكيم فبعد استعراض تأريخ التحكيم ومشروعيته في القرآن والسنة والإجماع والمعقول والقياس أصبح جلياً بأنه نظام مشروع منذ القدم وتمتع بأهمية كبيرة حتى وصل إلى صورته الحالية في الوقت الحاضر .

وبناءً على كُُل ما تقدم فقد أصبح التحكيم حالياً من أهم الوسائل القانونية التي أتسع نطاقها وذلك بهدف تحقيق العدالة السريعة بين المتنازعين ، لذلك فقد أهتمت الدول العربية والغربية على السواء بالتحكيم فمنها من خصص له قوانين مستقلة مثل مصر التي أصدرت قانون التحكيم (رقم 27 لسنة 1994) ومنها من خصص له باباً مستقلاً في تشريعاتها المنظمة للتقاضي⁸⁵.

1.1.1.4. تاريخ التحكيم في العراق :

لقد كان التحكيم معروفاً في العراق لدى مدينتي "لكش وأوما" السومريتين جنوب العراق قبل خمس آلاف سنة⁸⁶.

فقد كان التحكيم معروفاً عند البابليين والآشوريين فكان فضّ النزاعات في آشور موكول إلى الكهنة وتحكيم الآلهة ، وقد عثر في القرن العشرين على لوح حجري كُتِبَ عليه باللغة السومرية نصوص معاهدة صلح أبرمت في القرن الحادي والثلاثين أي ما يزيد عن خمس آلاف سنة بين مدينتي لكش وأوما – جنوب العراق، وتضمنت تلك المعاهدة النص على احترام خندق الحدود بين الدولتين كما تضمنت اشتراط فضّ أي نزاع ينشأ بين هاتين الدولتين بشأن الحدود عن طريق التحكيم⁸⁷.

وهذا يدل على أنّ بلاد وادي الرافدين هي أول مَنْ عرفت فكرة التحكيم قبل حوالي خمس آلاف سنة وخير دليل على أن السومريين أول من عرفوا التحكيم في بلاد الرافدين ، هو ما نصّ عليه تشريع (أورنمو) وهو أقدم تشريع قانوني اكتشف في بلاد وادي الرافدين لحد الآن ، إذ نصت المادتان "10،11" منه على ضرب من ضروب التحكيم البدائي الذي كان سائداً في ذلك الوسط الاجتماعي ألا وهو تحكيم النهر واعتباره حكماً في إثبات براءة أو جرم مَنْ يمارس السحر أو زنا الزوجة⁸⁸.

وبالإضافة إلى هذا الضرب من ضروب التحكيم فقد عُرفت تلك الجماعات أيضاً الإحتكام إلى الآلهة التي كانوا يعبدونها أو الإحتكام إلى القوة مثل نظام المحنة ، وهذا ما أشار إليه قانون حمورابي الذي يُعدّ أهم تشريع قانوني ظهر في بلاد وادي الرافدين وذلك في المادة "120" منه التي نصت على أنّه " إذا أودع شخص حبواً في مستودع شخص آخر وقام خلاف بينهما على الكمية المودعة فإنّ المدعي أي: مالك الحبوب يحلفُ أمام الإله ويُصدّق يمينه ويدفع المدعى عليه الضعف " أما بالنسبة لنظام المحنة فقد كان لدى الشعوب البدائية اعتقاداً بأنّ القوة تكمن في أشياء معينة مثل السِّمّ لذلك فعلى الشخص المتهم بجرم أن يتناول طعاماً مسموماً فإن مات فهو مذنب وإلا فهو بريء⁸⁹.

لذلك فإنّ اللجوء إلى المحكّم لحسم النزاعات كان سائداً في العراق القديم وكان أكبر الأعضاء سنّاً في كل مجموعة هو الذي يقوم بالتحكيم ويعد تحكيم المحكمين في تلك البلاد سابقة من السوابق القضائية التي عُدت

⁸⁵ الأسس القانونية لتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، ص 5 .

⁸⁶ التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، المكتب الجامعي الحديث ، ص 25 .

⁸⁷ اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، ص 19 .

⁸⁸ د. أسعد فاضل منديل ، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، دار نيبور ، بغداد ، ط1، 2011، ص 31.

⁸⁹ أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، ص 32.

فيما بعد إحدى مصادر القانون ، وقد عالجت مجلة الأحكام العدلية في العراق موضوع التحكيم والمحكم بالمواد من "1841-1851" ونظّم أصول المرافعات المدنية والتجارية العراقي الملغى المرقم "88 لسنة 1956" ذلك أيضاً ، وكذلك الحال مع قانون المرافعات العراقي النافذ المرقم "83 لسنة 1969" بالمواد من "251-276"⁹⁰.

ولقد كانت مجلة الأحكام العدلية المجلد التقني الأول في الشريعة الإسلامية في عهد الدولة العثمانية وقد تناولت الأحكام المتعلقة بما يسمى القانون المدني الذي جرى تطبيقه على مجمل البلاد التي كانت تشكل الدولة العثمانية بما فيها البلاد العربية⁹¹.

وهذه المجلة القائمة على المذهب الحنفي كانت سارية في العراق حتى منتصف سنة 1953 ، وقد نصّت على التحكيم في الباب الرابع من كتاب القضاء : السادس عشر : في المادة 1790 ، وعندما شرّح القانون المدني سنة 1951 أبقى على أحكام التحكيم الواردة في المجلة ضمن ما أبقى عليه منها وبعد ذلك صدر قانون المرافعات المدنية الأسبق رقم "88 لسنة 1956" الذي حلّ محل قانون الأصول الحقوقية⁹².

أما قانون المرافعات العراقي النافذ رقم "83 لسنة 1969" المعدل فقد عنيّ بالتحكيم وأولاه عناية خاصة، بسبب ما أظهره القانون السابق من قصور في نصوصه وارتباك في معانيه أدت إلى عكس ما توخاه المتعاقدون من الإقتصاد في النفقات والوقت والجهد⁹³. لكن يرى الباحث بأن نصوص التحكيم في القانون العراقي لا تزال تعاني من القصور والنقص وخصوصاً أن القانون العراقي لم ينظّم التحكيم في قانون مستقل بل نظّمه ضمن قانون المرافعات في بعض النصوص القانونية التي لم تغطّ جميع مسائل وتفاصيل التحكيم بشكل يواكب ما توصّل إليه نظام التحكيم من تطور ملحوظ في الوقت الحاضر.

لذلك نجد أن العناية بأمور التحكيم في العراق كانت محدودة وذلك بسبب ضعف الرغبة للعمل به وعدم الإلتجاء إليه إلا في الحالات الخاصة لأنّ الفكرة السائدة عن التحكيم بصورتها الواسعة والشاملة لم تكن معروفة لدى المشرّعين والقضاة وأنّ مَنْ كان منهم على بينة منه فلم تكن مستلزمات العمل به متيسرة له ، الأمر الذي جعل قواعد التحكيم المقررة في العراق أن تكون جزءاً من قانون المرافعات سواء كان الحالي منه أو الذي سبقه ، وفي تقدير الأستاذ المحامي حامد المختار أنّ المشكلة الأساسية في عملية التحكيم نشأت بسبب عدم وضوح مجمل الهيكل العام لعملية التحكيم أو لعدم استيعاب مقوماتها وذلك بسبب التناقض الحاصل بين متطلبات التحكيم الفعّال وبين فكرة الولاية العامة للقضاء للبت في النزاعات التي تنشأ بين الأشخاص "الطبيعيين أو الحكيميين" فالأصل أنّ الفصل في النزاعات بين الأشخاص هو من اختصاص السلطة القضائية وأنّ اللجوء إلى التحكيم هو استثناء من الأصل⁹⁴.

وعلى الرغم من ذلك فإنّ إجراءات التحكيم في القانون القائم أكثر وضوحاً و تبسيطاً منها في القانون السابق وهي في أغلب أحكامها - على ما يبدو- مستقاة من المجلة وقانون المرافعات المصري السابق⁹⁵.

⁹⁰ المحكم التجاري الدولي ، ص14 وما بعدها.

⁹¹ ، التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي ، ص36.

⁹² ، الوجيز في التحكيم ، ص8.

⁹³ القاضي محمد أبراهيم الفلاح ، التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي والمقارن ، صباح صادق جعفر الأنباري، بغداد، ط2015، ص9.

⁹⁴ أنظر : المحامي حامد المختار، التحكيم في العراق ، مجلة القضاء ، الأعداد : الأول/الثاني/الثالث/الرابع، 1981 ، ص425.

⁹⁵ الوجيز في التحكيم ، ص9 .

أما بالنسبة للقانون المصري ، فقد بدأ المشرّع المصري الإهتمام بالتحكيم منذ اصداره قانون المرافعات المختلط سنة "1875" والأهلي سنة "1883" وأفرد له القانون الأهلي باباً خاصاً تضمن تنظيماً قانونياً كاملاً للتحكيم في المواد من "702 - 727 " وأنتقل هذا التنظيم بعد تطويره إلى مجموعة المرافعات الصادر سنة "1949" وقد عمّد المشرّع إلى وضع قيود على التحكيم فتضمنت المجموعة تنظيماً متواضعاً له في المواد من "50 - 513 " وكان دافع المشرّع إلى هذا هو الإتجاه الاشتراكي السائد وقتئذٍ والذي يقتضي وضع حد لأي تنظيم قضائي خارج محاكم الدولة⁹⁶.

وكان في اتجاه مصر لتشجيع الإستثمار الأجنبي ، والعودة إلى سياسة السوق الحر ، وتحرير التجارة الخارجية استيراداً وتصديراً ، ما حدا بها إلى الإهتمام بالتحكيم وتشجيع الإتجاه إليه فأصدرت في " 18 أبريل سنة 1994 " القانون رقم " 27 لسنة 1994 " ليكون أول قانون قائم بذاته للتحكيم في مصر متناولاً التحكيم على الصعيدين الداخلي والدولي⁹⁷.

ويعتبر قانون التحكيم جزءاً لا يتجزأ من قانون المرافعات ولو صدر في تشريع مستقل ذلك أنه قانون ينظم نوعاً خاصاً من القضاء وهو قضاء التحكيم ولا زالت الكثير من القوانين الحديثة الهامة تنظر إلى التحكيم كجزء من تقنين المرافعات ومنها : القانون الفرنسي في " المواد 1442 وما بعدها من مجموعة المرافعات الفرنسية الجديدة لسنة "1981"⁹⁸.

وبناءً على ما تقدم تنقسم أغلب الدول العربية في تنظيم أحكام التحكيم من حيث الشكل إلى قسمين: قسم نظم هذه الأحكام في قانون أصول المحاكمات المدنية ، "قانون المرافعات المدنية والتجارية ، أو ما يطلق عليه قانون الإجراءات المدنية والتجارية " مثل سوريا ولبنان والإمارات العربية المتحدة ، وقطر ، وقسم نظمها في قانون مستقل " مثل جمهورية مصر العربية ، والمملكة الهاشمية الأردنية ، سلطنة عمان ، فلسطين ، المملكة العربية السعودية "99.

1.1.2. أنواع التحكيم وصوره:

1.1.2.1. أنواع التحكيم:

يمكن تقسيم أنواع التحكيم إلى عدة تقسيمات ، حيث يمكن تقسيمها من حيث الإرادة إلى تحكيم اختياري وآخر إجباري "قسري" ، كما يمكن تقسيمها من حيث السمة المكانية للتحكيم إلى تحكيم داخلي "وطني" وتحكيم أجنبي وتحكيم دولي ، وأيضاً يُقسّم من حيث تقيده بتطبيق القانون إلى تحكيم بالقانون " التحكيم العادي " وآخر تحكيم مع تفويض بالصلاح "التحكيم المطلق" ، وأخيراً يمكن تقسيمه من حيث الجهة المباشرة له تحكيم حر وآخر " نظامي " مؤسسي¹⁰⁰.

⁹⁶ د. فتحي والي ، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ط1 ، 2014 ، ص 68 .

⁹⁷ د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط4 ، ص23.

⁹⁸ قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص 57 .

⁹⁹ د. فارس محمد عمران ، قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية والخليجية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ج2 ، ط2 ، 2015 ، ص 22 .

¹⁰⁰ د. عرفات أحمد المنجي ، التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ط1 ، 2017 ، ص 199 .

1- التحكيم الاختياري والإجباري :

يكون التحكيم اختيارياً إذا كان الإلتجاء إليه بإرادة الأطراف ، وهذا هو التحكيم بالمعنى الصحيح ، فأساس التحكيم هو إرادة الأطراف ، ورغم أن أساس التحكيم الإختياري هو الإرادة الحرة للطرفين ، إلا أن الواقع العملي يشهد أحياناً تحكيمياً اختيارياً يضطر أحد الطرفين إلى قبوله بسبب القوة الاقتصادية للطرف الآخر وحاجة الطرف الأول إلى أبرام العقد الأصلي معه لما يقدمه له من تمويل ، وقد يقبل الطرف ليس فقط التحكيم ، بل أيضاً شروطاً غير ملائمة له كإجراء التحكيم في بلد أجنبي أو وفقاً لنظام مركز باهظ التكاليف أو الاتفاق على محكم لا يرغب فيه ولكن يفرضه الطرف الآخر أو يفرضه مركز التحكيم ، ورغم هذا الاضطرار فإن هذا التحكيم يعتبر تحكيمياً اختيارياً¹⁰¹ .

فالأصل أن التحكيم الإختياري هو الطريقة أو الوسيلة الودية التي يختارها الأطراف المتنازعة لطرح نزاعهم على محكمين يختارونهم هم ، قبل الإلتجاء إلى المحاكم العادية ، وقد أخذت قوانين بعض الدول العربية بهذا النوع من التحكيم ومنها قانون المرافعات المدنية العراقي¹⁰² .

فيختار الأطراف بموجب هذا النوع من التحكيم أشخاصاً يكونون موضع ثقتهم نتيجة ما يحملوه من مؤهلات الخبرة والدراية والحياد لوضع حد للنزاع الحاصل فيما بينهم وينظم القانون هذا النوع من التحكيم ويضع له قواعد وضوابط ، ويبقى للأطراف حرية اللجوء إليه بدلاً من الإلتجاء إلى القضاء لذلك يستند هذا النوع من التحكيم إلى أمرين هما الإرادة الحرة لأطرافه في اختيار المحكمين وتنظيم المشرع له بقواعد قانونية خاصة¹⁰³ . فعندما يكون الخصم مخيراً بين الإلتجاء إلى القضاء أو طرح النزاع على هيئة التحكيم ، فيكون مجرد الإلتجاء إلى أحد الطرفين مسقطاً للآخر ، وإذا كان التحكيم في الأصل اختيارياً إلا أن المشرع قد يوجب في بعض الأحوال الإلتجاء إليه ، بحيث لا يجوز إطلاقاً الإلتجاء إلى القضاء العادي في هذه الأحوال ، أو لا يجوز الإلتجاء إلى القضاء العادي إلا بعد مراعاة ما نص عليه المشرع من وجوب طرح النزاع على هيئة التحكيم التي أشار إليها ، وهذا هو "التحكيم الإجباري"¹⁰⁴ .

فهذا النوع من التحكيم يكون طريقياً واجباً سلوكه للخصم وهو نظام متبع في بعض الدول كوسيلة قليلة الكلفة نسبياً لحل الخلافات والبعض يسميه التحكيم الإلزامي أو الإداري وهو تحكيم لحسم المنازعات بين المشروعات العامة ومنازعات العمل ، وكما ذكرنا أن التحكيم الأصل فيه الإختياري أما التحكيم الإلزامي فليس فيه من التحكيم إلا اسمه إذ التحكيم مجموعة حريات ، فمن حرية نزع اختصاص المحاكم إلى حرية اختيار المحكم إلى حرية مكان التحكيم ، فكل ما هو إلزامي يتناقض مع التحكيم ويفقده طبيعته بحيث لا يبقى مع التحكيم إلا اسمه¹⁰⁵ .

وبالنسبة لتحكيم العمل هو نوع من أنواع التحكيم يختص بحسم المنازعات التي تنشأ بين العمال وأصحاب العمل ويكون اللجوء إليه عادة اختيارياً كما هو الحال في بريطانيا والولايات المتحدة وفي العراق في ظل قانون العمل السابق رقم "1" لسنة "1958" ، والحالي رقم (37) لسنة 2015 ، إلا أن بعض الدول جعلت اللجوء

101 التحكيم في النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط1 ، 2007 ، ص32 .

102 التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني ، ص 38.

103 ، التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي والمقارن ، ص33.

104 أنظر: د. أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري ، دارالمطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، بدون رقم ط ، ص 33 وما بعدها.

105 النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص 35.

إليه إلزامياً كما في ألمانيا الغربية بالنسبة للمنازعات ذات الطابع الاقتصادي وكذلك فرنسا في ظل قانون "11 شباط 1950" ¹⁰⁶.

والتحكيم الإلزامي في العراق غير معروف حيث يتم طرح المنازعات التي تثور بين مؤسسات وشركات الدولة على التسوية الودية ، أو عن طريق التحكيم الاتفاقي مثل الإحتكام إلى مجلس شورى الدولة أو عن طريق سلطات الدولة العليا أو عن طريق المحاكم المدنية وهي طرق منتقدة فكان من الأجدر بالمشرع العراقي أن يأخذ بالتحكيم الإجباري الذي يكون أطرافه مؤسسات الدولة ¹⁰⁷.

وقد أخذ القانون المصري بالتحكيم الإجباري ، فالمشرع المصري - ومراعاةً منه للرجبة في اختصار الوقت وتقليل النفقات وتبسيط الإجراءات كان قد جعل التحكيم إجبارياً في منازعات شركات القطاع العام التي قد تقع بين شركات القطاع العام مع بعضها البعض ، أو بين الجهات الحكومية المركزية ، أو المحلية أو الهيئات العامة ، أو هيئات القطاع العام ، أما المنازعات التي قد تقع بين شركات القطاع العام والأشخاص الخاصة - سواء كانوا أشخاص طبيعيين أم معنويين ، وطنيين ، أم أجانب ، فإنّ المشرّع المصري كان قد جعل التحكيم فيها اختيارياً بحسب الأصل العام في التحكيم ¹⁰⁸.

أما في فرنسا فقد حدد المشرع الفرنسي بعض الحالات التي يكون فيها التحكيم إجبارياً وهي تلك الحالات التي يكون فيها النزاع بين المؤسسات التابعة للدولة ، لذلك وبناءً على ما تقدم أنه نجد هناك بعض الحالات التي يجبر فيها المشرّع أطراف النزاع على إبرام اتفاق التحكيم وهي حالات في الغالب قضائية معدة مسبقاً بحيث لا يمكن للأطراف استبعاده في المنازعات التي يجب عليهم طرحها أمامه ولعل مرجع ذلك يكمن في أنّ إرادة الأطراف في مجال التحكيم الإجباري لا تملك اختيار اللجوء إليه بل يأتي جبراً على هذه الإرادة فلا مجال لحل النزاع إلا باللجوء للتحكيم ، وهناك جانب آخر من الفقه يرى بأنّ التحكيم الإجباري من المتصور وجوده في مجال التجارة الدولية من خلال المعاهدات الدولية التي تفرضها إرادة أكثر من مشروع واحد والأصل أنّ التحكيم في المعاملات الدولية الخاصة وخصوصاً في مجال التجارة اختياري ، ومع ذلك قد تصادف بعض حالات التحكيم الإجباري في اطار العلاقات الدولية الخاصة ، فمثلاً أسندت اتفاقية برن لعام 1961 ، والمتعلقة بنقل البضائع بالسكك الحديدية إلى محكمة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بالنقل بالسكك الحديدية بين رعايا الدول المتعاقدة وغير المتعاقدة ¹⁰⁹.

وكثيراً ما يحدث الخلط بين التحكيم الإجباري وقضاء الدولة عندما يصدر من هيئات قضائية استثنائية ، ولا شك إنّ من الواجب التفرقة بينهما ، ذلك أنّ القضاء الإستثنائي فرع من قضاء الدولة ولهذا فإنّ الحكم الصادر منه له القوة التنفيذية ، أما هيئة التحكيم فالأصل أنّ الحكم الصادر منها لا يحوز القوة التنفيذية إلا بعد شموله بأمر تنفيذ وليس هناك معيار واضح للتمييز بين التحكيم الإجباري والقضاء الإستثنائي ¹¹⁰، ولكن يمكن الإستدلال بما يلي :

¹⁰⁶ التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي ، ص 35 .

¹⁰⁷ التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، ص 40 .

¹⁰⁸ د.محمود السيد عمر التحيوي ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، بدون رقم ط ، ص 48.

¹⁰⁹ أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ط 1، 2011، ص 95 وما بعدها .

¹¹⁰ المركز القانوني للمحك في التحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات العربية، مصر، ط 1، 201، ص 36 وما بعدها .

أ- أنه في القضاء الإستثنائي ، تتكون الهيئة من أشخاص دائمين فلا تُشكل بالنظر إلى كل نزاع على حده ، في حين أنه في التحكيم الإجباري تُشكل الهيئة بالنظر إلى نزاع معين

ب- لا يتم اختيار أعضاء القضاء الإستثنائي بواسطة الأطراف ، في حين أن أعضاء التحكيم الإجباري يجب أن يقوم الأعضاء باختيار بعضهم على الأقل .

ت- في التحكيم تتكون الهيئة من أشخاص خاصين ليست لديهم ولاية إلا بالنسبة لما يناط بهم الفصل فيه الشائع منها يكون أطراف النزاع هم شركات أو هيئات عامة تابعة للدولة وقد ظهر هذا النوع من التحكيم في بداية القرن العشرين في الدول الإشتراكية مما دفع تلك الدول وعلى رأسها الإتحاد السوفيتي سابقاً إلى انشاء هيئات تحكيمية خاصة لفضّ مثل هذه النزاعات¹¹¹.

وهناك من يرى بأن التحكيم الإجباري لا يعد تحكيمياً بالمعنى الفني وأنه ليس سوى آلية، أما في القضاء الإستثنائي فتشكل الهيئة من قضاة لهم ولاية القضاء العامة¹¹².

2- التحكيم الداخلي "الوطني" والأجنبي والتحكيم الدولي :

التحكيم الوطني : هو التحكيم الذي يتعلق بنزاع قائم في إقليم الدولة وتكون جميع عناصره وطنية ، أما التحكيم الدولي: فهو التحكيم الذي تكون أحد عناصره أجنبية كموضوع النزاع الذي قد يكون متعلقاً بمعاملة تمت في دولة أجنبية أو جنسية الخصوم أو مكان التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على النزاع¹¹³

أما التحكيم الوطني فالمحكومون فيه والأطراف كلهم من أبناء البلد الذي يجري فيه التحكيم والقانون المطبق هو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم ، أما التحكيم الدولي فهو المقصود به في مجال العلاقات التجارية الدولية والمصالح الخارجية لأطراف النزاع حيث كما في التحكيم الداخلي يجلس المحكمون وأطراف النزاع ومحاموهم حول طاولات في قاعات الإجتماعات ، ليس فيها تشكيلات المحاكم القضائية ويحدث النزاع دولياً أي كأن يكون بين شركة إيطالية مثلاً وشركة مصرية والقانون المطبق هو القانون الفرنسي والتحكيم يجري في جنيف والمحامون هم إيطاليون ومصريون ويمكن أن يكونوا من دول أخرى أو أن يكتفوا بمحاميين من جنسيتهم¹¹⁴.

وبذلك يكون التحكيم وطنياً إذا تعلق بنزاع يمس دولة واحدة سواء كان ذلك النزاع مدنياً أو تجارياً أما التحكيم الدولي فهو الذي يمس أكثر من دولة¹¹⁵.

أما بالنسبة للتحكيم "الأجنبي" فهناك اضطراب ولبس في استخدام أوصاف التحكيم فهو يوصف بأنه وطني أو محلي كما يوصف بأنه أجنبي وهذا التحكيم الأجنبي قد يراه البعض مرادفاً للتحكيم الدولي¹¹⁶.

111 التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، ص 42 .

112 قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص 36 .

113 ناصر ناجي محمد جهمان ، شرط التحكيم في العقود التجارية ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، ص 31 .

114 الوسائل البديلة عن القضاء ، 77 وما بعدها.

115 قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص 41 .

116 التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني ، ص 33.

بعض الفقهاء يرون أنّ "التحكيم الأجنبي والتحكيم الدولي" مترادفان من حيث أنّ عناصرهما دائماً ما تكون موزعة بين أكثر من دولة وهناك من يفرّق بين التحكيم الدولي والأجنبي ، فالتحكيم يكون أجنبياً إذا كان مكان التحكيم في دولة أخرى غير الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها وهو بذلك يختلف عن التحكيم الدولي¹¹⁷.
فالمحكّم الأجنبي هو ذلك الشخص الذي ينظر تحكيمياً قد يرتبط في إحدى عناصره بعوامل خارجية أو أجنبية ، أما المحكّم الدولي فهو الذي يقوم بالتحكيم والذي لا يكون له أي ارتباط بالأنظمة القانونية الوطنية¹¹⁸.
ومن الجدير بالذكر أنّ المواد "251-276" المتعلقة بالتحكيم في قانون المرافعات العراقي لم تتناول أحكام التحكيم الدولي "التجاري الدولي" مما يعني أنّ هذا التحكيم مسكوت عنه ، ثم أنّه بموجب المادة "16" من القانون المدني العراقي " لا تكون الأحكام الصادرة من محاكم أجنبية قابله للتنفيذ في العراق إلا إذا أعتبرت كذلك وفقاً للقواعد التي قررها قانون صادر في هذا الشأن والمقصود به قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم "30" لسنة 1928¹¹⁹.

وقد أثارت التفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي جدلاً فقهيّاً وقضائياً كبيراً في محاولة لوضع معيار لهذه التفرقة ، حرصاً على إبعاد التحكيم التجاري الدولي عن سلطان القوانين الوطنية وتحريره من قيودها وقد سُيقت عناصر شتى لتمييز التحكيم الدولي مثل اختلاف جنسية الخصوم ، أو اختلاف جنسية المحكمين عن جنسية الخصوم ، أو ما إذا كان التحكيم يجري وفق إجراءات ينظمها قانون أجنبي غير أنّ هذه العناصر لم تسلم من النقد ولم تفلح كمعيار لتمييز ما يعد تحكيمياً تجارياً دولياً¹²⁰.

وقد حددت معظم التشريعات التحكيم للدول التحكيم الوطني والتحكيم الدولي ، ومن هذه التشريعات قانون التحكيم اليمني ، إذ تنص المادة "2" الفقرة الثالثة على أنّ التحكيم الوطني يعني أنّ أطراف المنازعة تحمل جنسية الجمهورية اليمنية أما التحكيم الدولي فتعرفه الفقرة الرابعة من المادة نفسها بأنه "يعني أنّ أطراف التحكيم أشخاص من جنسيات مختلفة أو يكون موطنها أو مقرها الرئيسي في بلدان مختلفة أو إذا تم التحكيم في مركز دولي للتحكيم¹²¹.

أما بالنسبة لموقف القانون العراقي ، فمن خلال التأمل في المواد "251-276" من قانون المرافعات ، يتبين لنا كما ذكرنا آنفاً ، أنّها تخلو من أي نص تشريعي يشير إلى إجازة الدولة أو الأشخاص المعنوية التابعة لها بإبرام اتفاق تحكيم مع أي شخص آخر أجنبي أم وطني - محلي أم دولي - أو تمنعه من ذلك وإن هذا الموقف السكوتي لا يمكن تفسيره بجواز إبرام اتفاق التحكيم من قبل الدولة أو أشخاص القانون العام لأنّ هذا يتطلب وجود نص صريح عل ذلك ، حيث أنّ هذه المواد تعالج التحكيم الداخلي الخاص فقط دون التطرق إلى التحكيم الدولي، ويعود السبب في اتخاذ القضاء العراقي هذا الموقف هو أنّه كان ينظر إلى التحكيم باعتباره شأنه كشأن القضاء الأجنبي يمس سيادة الدولة¹²².

ومن جانب آخر ذهب المشرّع العراقي إلى النص على حضر التحكيم والقرارات التي تصدر عن هيئات التحكيم الدولية ، ومن ذلك قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم " 124 " لسنة 1990 المتضمن حكم أية اموال ومصالح وحقوق عراقية في داخل العراق وخارجه ، ولكن على الرغم من ذلك نجد أنّ العديد من

117 التحكيم في الاعتمادات المستندية ، ص 203 .

118 المحكم التجاري الدولي ، ص 52 .

119 الوسائل البديلة لتسوية عقود الإستثمار الدولية ، ص 233 .

120 د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، بدون جهة نشر ، ط 4، 2013، ص 37.

121 شرط التحكيم في العقود التجارية ، ص 32 .

122 أنظر :د.هفال صديق إسماعيل ، التحكيم في منازعات الإستثمار الأجنبي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2016 ، ص 121 ومابعدها .

النصوص الواردة في القانون أو العقود التي تبرمها الجهات الحكومية تنص على شرط التحكيم ، لذلك فكان من الضروري إلغاء القرار المذكور¹²³.

ولكن نتيجة الحاجة إلى وسيلة لحل النزاعات الدولية فقد صادق العراق على بروتوكول جنيف بالقانون رقم "34" لسنة 1928 ، والذي تم بموجبه اعتراف العراق " بشرط التحكيم الدولي ، ونص أيضاً فيه على أن محكمة التحكيم تكون خاضعة لقانون البلد الذي يجري التحكيم في أراضيه"¹²⁴.

وقد تبنت معاهدة جنيف اشتراط أن تكون المنازعات المراد حلها بطريق التحكيم متعلقة بمصالح التجارة الدولية حتى يكتسب التحكيم صفة الدولية ، وهو ما تبنته اتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بتسوية الاستثمارات ذات الطبيعة الدولية في المادة "25" منها¹²⁵.

وهذا ما أخذ به قانون التحكيم المصري في المادة 3 من القانون رقم 27 لسنة 1994 حيث نصت المادة الثالثة منه على أنه يكون التحكيم دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:

أولاً : إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز لأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم ، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانياً : إذا أُنقِط طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها .

ثالثاً : إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

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

أ-مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

ب - مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

ج- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع¹²⁶.

وبحسب رأي الدكتور أحمد السيد صاوي أنه كان من الأولى بالمشروع المصري الإكتفاء بالمعيار العام الذي أورده في صدر المادة الثالثة من قانون التحكيم لما يعد تحكيمياً تجارياً دولياً وهو (تعلق موضوعه بنزاع تجاري دولي بغض النظر عن مكان التحكيم أو مكان مركز أعمال الأطراف أو مكان تنفيذ الأعمال حتى لا يوحي ظاهر النص أنه أحصى هذه الحالات عدداً مما يجعله قاصراً أن يتسع لغيرها ، تاركاً أمر تحديد مدلول المعيار العام الذي تبناه لاجتهاد الفقه والقضاء)¹²⁷. وهذا المعيار سار عليه قانون الإجراءات المدنية الفرنسي أيضاً حيث ذهب إلى أن التحكيم يعتبر دولياً إذا كان متعلقاً بمصالح التجارة الدولية وذلك في المادة 1492 من هذا القانون وبذلك فهو يركز على طبيعة النزاع والذي يجب أن يتعلق بمصالح تجارية دولية وليس على طرفي النزاع ، فيجوز طبقاً لهذا القانون أن يكون طرفي النزاع من دولة واحدة ويتم التحكيم في نفس الدولة ولكنه يعتبر دولياً لأنه متعلق بمصالح التجارة الدولية¹²⁸.

123 الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الإستثمار الدولية ، ص 234.

124 المحامي حامد المختار، التحكيم في العراق ، مجلة القضاء ، المصدر السابق ، ص 439.

125 التحكيم في إطار العقود الدولية ، ص 218 .

126 أنظر : نص المادة (3) من قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 .

127 ، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 ، ص 40 .

128 التحكيم في إطار العقود الدولية ، ص 220 .

ولقد أخذ بهذا المعيار قانون أصول المحاكمات اللبنانية الصادر عام 1983 حيث نصت المادة 809 منه على أنه (يعد دولياً التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية) ، كذلك أخذت به الإتفاقية الأردنية الخاصة بالتحكيم التجاري لعام 1961¹²⁹.

هذا وقد عقدت إتفاقيات عدة حول التحكيم الدولي بالإضافة إلى أنه هناك هيئات متخصصة لحل النزاعات حول المصالح الدولية مثل محكمة التحكيم الدولية في لاهاي ، وقد نُظِم التحكيم التجاري الدولي ، من قبل عدة إتفاقيات مثل إتفاقية نيويورك لعام 1958 وإتفاقية عمان للتحكيم التجاري عام 1987 بالإضافة إلى أنه هناك هيئات متخصصة في هذا النوع منها محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية ، والمركز العربي للتحكيم¹³⁰ وقد تبنى المشرّع الجزائري في المادة 458 من التشريع الصادر سنة 1993 المعدل لتقنين المرافعات رقم 154/66 لسنة 1966 ، المعيار الذي أخذ به المشرع الفرنسي مع ربطه بضرورة توافر الصفة الأجنبية في عنصر أطراف التحكيم ، إذ تنص المادة على أنه: يعتبر دولياً في حكم هذا الفصل التحكيم - التحكيم الذي ينصب على منازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية ، وتكون لأحد أطرافها على الأقل موطناً أو مقر في الخارج¹³¹.

أما المعيار الذي جاء في القانون النموذجي الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة (اليونسترال) أ- إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الإتفاق واقعين في دولتين مختلفتين، ب- إذا كان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين.

1- مكان التحكيم إذا كان محددًا في اتفاق التحكيم أو طبقاً له .
2- أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أو وثق صلته به . ج- إذا أتفق الطرفان صراحةً على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة¹³².

أما إتفاقية نيويورك لعام 1958 ، فقد أخذت بمعيار مكان صدور القرار التحكيمي لمعرفة صفة التحكيم حيث جاء في المادة (1) من هذه الإتفاقية على أنه (تطبق الإتفاقية الحالية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية كما تطبق أيضاً على أحكام المحكمين التي لاتعد وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام¹³³).

أما بالنسبة لقانون الاستثمار العراقي النافذ رقم 13 لسنة 2006 المعدل بالقانون رقم 22 لسنة 2010 ، حيث نصت الفقرة 4 من المادة 27 بأنه (يجوز لأطراف النزاع الخاضعين لأحكام قانون الاستثمار بالاتفاق وقت التعاقد على التحكيم وفق القانون العراقي أو أي جهة معترف بها دولياً) حيث فسّر بعض الباحثين بأنّ المشرّع العراقي يجيز للإدارة بالاتفاق على التحكيم التجاري الدولي لتسوية ما ينشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي من منازعات وذلك من خلال مبدأ سلطان الإرادة غي اتفاق التحكيم التجاري الدولي ، وتنظيمه جنباً إلى جنب مع القضاء الوطني، أما بالنسبة لإقليم كردستان العراق فقانون الإستثمار الكردي رقم (4) لسنة 2006 لم يمنع بدوره اللجوء إلى التحكيم أو أن تتفق الدولة الطرف في عقد الاستثمار على شرط التحكيم مع المستثمر

¹²⁹ التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني ، ص 35.

¹³⁰ أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، ص 98 وما بعدها.

¹³¹ د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 2 ، بدون سنة نشر ، ص 62 .

¹³² د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، جامع بغداد ، بدون رقم ط ، 1992 ، ص 104 .

¹³³ التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني ، ص 36 .

الأجنبي طالما أنه يجوز ذلك وفقاً للقواعد العامة أم وفقاً للاتفاقيات الدولية التي يكون العراق طرفاً فيها ، وفي هذا الشأن أفتى مجلس شورى الإقليم برأي خاص بالتحكيم التجاري الدولي ، ووفقاً لقراره المرقم 2014/12 بتاريخ 28 /4/ 2014 ، حيث جاء فيه أنه (لا يوجد مانع قانوني من إحالة المنازعات الناشئة عن العقود الحكومية إلى التحكيم الدولي ،) (والذي يقصده هو التحكيم التجاري الدولي) متى ما كان الطرف المتعاقد مع الحكومة أجنبياً سواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً ، وذلك وفق الشروط والضوابط الواردة في هذه التعليمات أو في أي تشريعات أخرى نافذة في الإقليم)¹³⁴.

فبالنسبة للمشرع العراقي وحسب رأي الباحث فكان أولى به أن يتعرض لمفهوم التحكيم الدولي ولا سيما في مجال التجارة الدولية حيث ان التجارة بشكل خاص والحياة بصورة عامة في تطور مستمر بالإضافة إلى كثرة العقود التجارية الدولية التي تنشأ عنها بالتالي نزاعات كثيرة لذلك فمن الضروري جداً إضافة نص خاص بالتحكيم التجاري الدولي .

يتبين مما سبق أنّ معيار الدولية يختلف من قانون لآخر ، إلا أنّ المعيار الإقتصادي الذي جاء به القانون الفرنسي هو السائد حالياً وهذا المعيار يتفق مع واقع التعامل الدولي وطبيعة النزاع الذي يجب أن تطبق عليه القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي¹³⁵.

3- التحكيم بالقضاء ، والتحكيم مع تفويض المحكمين بالصلح :

أنّ أساس التحكيم هو اتفاق الطرفين ومن هذا الاتفاق يستمد المحكم سلطته في تناوله للنزاع ولولا هذا الاتفاق ما كان للمحكم ولاية الفصل في النزاع ، والأصل في التحكيم ' هو التحكيم بالقضاء -أو بالقانون - مالم يتفق الطرفان صراحةً على جعله تحكيمياً مُطلقاً أي بالصلح¹³⁶.

فالمقصود بالتحكيم بالقضاء : هو التحكيم الذي يكون للمحكم فيه سلطة القضاء في المنازعة المعروضة عليه فيتقيد في حكمه بقواعد القانون الموضوعي ، وهذا النوع من التحكيم يعد من أكثر أنواع التحكيم شيوعاً وتقره قوانين التحكيم في معظم الدول العربية¹³⁷.

وقد أشار قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ في المادة 1 / 265 منه إلى المحكم بالقضاء ، إذ يحق للمحكمين الذين فوضوا بالحكم أن يسيروا على الإجراءات المحددة في قانون المرافعات مالم يتفق طرفا النزاع صراحةً على عدم التقيد بيها¹³⁸.

فتنص هذه المادة على أنه :

- 1- يجب على المحكمين إتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين كمها صراحةً ، أو وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون

¹³⁴ التحكيم في منازعات الإستثمار الوطني ، ص 129 وما بعدها .

¹³⁵ التحكيم التجاري الدولي ، ص 106 .

¹³⁶ التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي ، ص 38 .

¹³⁷ شرط التحكيم في العقود التجارية ، ص 33 .

¹³⁸ المحكم التجاري الدولي ، ص 45 .

2- إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح يُعفون من التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون إلا ما تعلق منها بالنظام العام¹³⁹.

ومن الجدير بالذكر أن التحكيم بالقضاء يقبل التجزئة سواء من حيث الموضوع أو الأطراف إلا إذا كان الموضوع غير قابل للتجزئة بطبيعته ، ومن ثم إذا اتفق الخصوم على التحكيم في أمر يتصل في شق منه بالنظام العام بطل التحكيم في هذا الشق دون الآخر ، أما التحكيم بالصلح لا يقبل التجزئة¹⁴⁰.

كما أن الأصل في التحكيم هو تحكيم عادي لا ينصرف إلى التحكيم بالصلح إلا إذا نص على ذلك فلا يصح اعتباره تحكيمياً بالصلح إلا إذا وضحت إرادة الخصوم وضوحاً تاماً صريحاً وكانت ترمي إلى هذا ، ويجب أن تُفسر إرادتهم بالحيطه والحذر وعدم التوسع رعايةً لذات حقوقهم¹⁴¹.

أما بالنسبة للتحكيم بالصلح فالمحكّم هنا أن يفصل في النزاع حسب قواعد العدل والإنصاف دون التقيد بأي قواعد موضوعية ، والجدير بالذكر ، أن هذه الحرية التي يتمتع بها المحكّم في التحكيم بالصلح ليست حرية مُطلقة ، فهو وإن كان قد تحرر من الإلتزام بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق ، إلا أنه لا يجوز له مخالفة النظام العام¹⁴².

وعليه فالمحكّم المصالح لا يتقيد بقواعد القانون الموضوعي فضلاً عن ذلك لا يتقيد بأصول المرافعة ولا تسري على تصرفاته الجزاءات المقررة في القانون ولقد نصت المادة (258) مرافعات عراقي على أنه: ((إذا أذن طرفا النزاع للمحكّمين بالصلح يعتبر صلحهم)) ، فيلاحظ الإشارة إلى المحكّم المصالح بنص القانون العراقي وعلى إعطاء المحكّمين حرية كبيرة في التصرف وعدم التقيد

بأحكام القانون ، وكذلك حرية اتخاذ القرارات والإجراءات اللازمة وفقاً لما يلزم لحسم النزاع المعروض عليهم إلا أن القانون أوجب عليهم الإلتزام بالأمر المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة¹⁴³.

والميزة الثانية الهامة والخطيرة للتحكيم بالصلح هي أن حكم المحكّم المصالح لا يقبل أي طعن مالم يكن باطلاً لأحد أسباب البطلان القانونية فإذا انتفت الأسباب ، فإن قرار المحكّم المصالح لا يقبل الطعن ، وذلك لأنّ المحكّمين أي الخصوم اتفقت إرادتهم على التراضي ووضعوا ثقفتهم في المحكّم فأناطوا به مهمة ابرام عقد الصلح بما يقطع الخصومة ويرفع النزاع لذلك فلا مسوّغ من بعد لأنّ يطعن أحد فيما سعى هو إليه ورتبته إرادته بناءً على قاعدة " أن من سعى في نقض ما تم من جانبه فسعيه مردود"¹⁴⁴. وكانت التشريعات تفرّق بين هذين النوعين من المحكّمين أي المحكّمون الحاكمون (بالقضاء) والمحكّمون المصالحون ، فتشدد ، بشأن تعيين المحكّمين المصالحين ، بأن يكون عددهم وتراً ، وتتساهل في المحكّمين العاديين (الحاكمين) فتعفيهم من هذا الشرط وهذا ما كان عليه القانون المصري الأسبق الأهلي والمختلط ، ومن جهة أخرى تطلق يد المحكّمين المصالحين فلا تلزمهم بالتقيد بأصول المرافعات ، أو بالقواعد القانونية عدا ما يتعلق منها بالنظام العام أو الآداب ، وهذا ما أخذ به القانون العراقي غير أن التمييز بين هذين النوعين أخذ بالتلاشي في التشريعات

¹³⁹ أنظر : نص المادة (265) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969.

¹⁴⁰ نبيل عبد الرحمن حياوي، مبادئ التحكيم ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ط3 ، 2004 ، ص 139 .

¹⁴¹ النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، المصدر السابق ، ص 39 .

¹⁴² التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية ، المصدر السابق ، 207 .

¹⁴³ المحكم التجاري الدولي ، ص 47 .

¹⁴⁴ مبادئ التحكيم ، ص 136 .

الحديثة وأنصرف المشرّعون إلى مذهب الفقه الإيطالي الذي يقضي بأن يكون عدد المحكّمين وترأ في جميع الحالات عدا حالة التحكيم بين الزوجين وهذا ما أخذ به المشرّع العراقي (مرافعات م 257) ¹⁴⁵.

أما بالنسبة للقانون المصري قد كانت مجموعة المرافعات المصرية لسنة 1949 توجب على المحكّم في التحكيم العادي تطبيق قواعد وإجراءات الخصومة أمام المحاكم مالم يحصل اعفاؤه منها صراحةً بعكس الحال بالنسبة للتحكيم مع التفويض بالصلح إذ كان المحكم غير ملزم بتطبيقها وقد عدل المشرّع المصري في مجموعة المرافعات سنة 1968 عن هذا المسلك إذ نص في المادة (506) على أنّ المحكّم لا يتقيد أيّاً كان نوع التحكيم - بإجراءات المرافعات عدا ما ينص عليه الباب الخاص بالتحكيم وقد جاء قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 فنظم إجراءات واحدة للتحكيم سواء كان التحكيم عادياً أو تحكيمياً مع التفويض بالصلح دون تفرقة بينهما وأجاز في المادة 25 منه للأطراف أيّاً كان نوع تحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم دون التقيد لا بالإجراءات التي ينص عليها قانون المرافعات ولا بتلك التي ينص عليها قانون التحكيم ¹⁴⁶.

أما القانون الأردني السابق رقم 18 لسنة 1953 فنلاحظ أنّ المشرّع الأردني عالج نوعاً واحداً من أنواع المحكّين وهو المحكّم بالقضاء دون غيره أما القانون النافذ المرقم (31 لسنة 2001) فموقفه مشابه لموقف التشريع المصري ¹⁴⁷.

ومن الجدير بالذكر سواء كان التحكيم بالقضاء أو بالصلح يتمتع قرار المحكّم في الحالتين بقوة إلزامية في مواجهة أطراف التحكيم فلا يجوز إذا حُسم النزاع صلحاً لأي من طرفي التحكيم تجديد النزاع بدعوى جديدة أو المضي في الدعوى التي انتهت بالتحكيم صلحاً ¹⁴⁸.

وإذا كان التحكيم بالقانون هو الأصل وأن التحكيم طبقاً لقواعد العدل والإنصاف أو (التحكيم بالصلح) يُعد استثناء على هذا الأصل فإنّ مسألة التحكيم طبقاً لقواعد العدل والإنصاف صعبة جداً وتفتح الباب أمام المحكّم للتصرف و الإنفراد برأيه الشخصي دون سند قانوني ¹⁴⁹.

وذلك لأن التحكيم بالصلح أخطر من التحكيم بالقضاء على اعتبار أنّ المحكّم المصالح كما ذكرنا لا يتقيد بقواعد القانون والمرافعات ولأنّ المحكم بالقضاء يملك رفض جميع طلبات أحد أطراف الخصومة لأنّه (يحكم) بينما المحكّم المصالح لا يملك ذلك لأنّه يجري صلحاً والمصالح لا يجوز له أن يجرد أحد أطراف الدعوى من كامل حقوقه وإلا كان هذا الصلح مخبثة وكان أداة للنزول عن كامل حقوق الخصم وهو ما نزل عنها وما رغب بالنزول عنها جميعاً، وأما شاء فقط أن ينزل عن بعضها مقابل أن ينزل خصمه عن بعض ما يتمسك به أو يعترف له بحقه أو بعضه ¹⁵⁰.

¹⁴⁵ الوجيز في التحكيم ، ص 28.

¹⁴⁶ التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، ص 55 .

¹⁴⁷ المحكم التجاري الدولي ، ص 46 .

¹⁴⁸ الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، ص 34 .

¹⁴⁹ المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، ص 50.

¹⁵⁰ عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، ج 4 ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ط 2 ، 2009 ، ص 448 .

ونظراً لخطورة الآثار المترتبة على التحكيم بالصلح فقد أشرط المشرع المصري في المادة 4/39 التي نصت على أنه " يجوز لهيئة التحكيم - إذا إتفق طرفا التحكيم صراحةً على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيّد بأحكام القانون¹⁵¹ . وبالرغم من الفرق الذي أوضحناه بين التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح إلا أن هناك من الأنظمة القانونية كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية التي لم تفرّق بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح وأنّ كلاهما متعايشين بالفعل والواقع دون اعتراف رسمي من المشرّع¹⁵² .

4- التحكيم محدد المدة والغير محدد المدة :

فالتحكيم محدد المدة هو الذي حدّد له ميعاد معيّن والغرض من تحديد المدة هو عدم الإطالة بأمد النزاع الخصوم ، ويكون هذا التحديد باتفاق الطرفين الصريح أي بمعنى أنّ الخصوم هم الذين يحددوا مقدماً في عقد تحكيم المدة التي يجب على المحكّمين اصدار قرارهم التحكيمي فيها فإذا انقضت هذه المدة ينقضي عقد التحكيم وإذا أصدر المحكمون قرارهم بعد هذه المدة يعتبر باطلاً إلا إذا اتفق الخصوم على تمديد هذه المدة وهذا ما نصّت عليه الفقرة الثانية من المادة (262) مرافعات عراقية ، أما التحكيم غير محدد المدة فهو الذي لم يحدّد له الخصوم المدة المحددة لصدور قرار المحكمين ، فالمشرع هو الذي يضع الحد الأعلى للمدة في حالة عدم تحديدها وهي (6) أشهر من تاريخ قبول المحكّم وإن تعدد المحكمون فمن تاريخ قبول المحكّم الأخير ، اما إذا ترك الخصوم مسألة تحديد المدة إلى إرادة المحكمين فيجب عليهم أيضاً التقييد بالمدة التي حددها المشرّع وهي (6) أشهر وإن لا يتعدوها بحسب نص الفقرة الثانية من المادة (262) من قانون المرافعات العراقي¹⁵³ .

5- التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي :

يقصد بالتحكيم الحر (Arbitrage Ad- Hoc) وهو الأصل في التحكيم ، حرية الخصوم في اختيار من يشاؤون من المحكّمين مع تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعونها والقانون الواجب التطبيق ، ومكان التحكيم وهوية المحكّم إلى غير ذلك من مسائل التحكيم ، فهو تحكيم ينظّمه الأطراف بمناسبة نزاعهم ، أي أنّه تحكيم طليق حرّ من أي قالب تحكيمي جاهز سلفاً فهو تحكيم خاص بحالتهم دون غيرهم¹⁵⁴ . فيستمد التحكيم الحر ميزات من الثقة التي يوليها الطرفان في المحكّم الذي يختارانه ومن إمكانهما الإتفاق على إجراءات تحكيم مناسبة للنزاع¹⁵⁵ .

151 النظام القانوني لإتفاق التحكيم ، ص 40 .

152 التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية، ص 208 .

153 احكام عقد التحكيم واجراءاته ، ص 101 وما بعدها .

154 الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، ص 35 .

155 قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص 38 .

فهو تحكيم خارج إطار أي مؤسسة أو مركز من مراكز التحكيم لذا فهو يحتاج ممن يتم إختياره أو إختيارهم من الأطراف عناية كبيرة في تحديد كافة القواعد التي تنظمه في مختلف مراحلها ، إذا لا يوجد نظام في أحد المراكز يمكن الرجوع إليه كما هو الأمر في التحكيم المؤسسي ، أما التحكيم المؤسسي (ArabitragelInstitutionel) أو التحكيم النظامي ، فهو التحكيم الذي تتم إدارته من قبل إحدى هيئات التحكيم المختصة وفق قواعد التحكيم المعتمدة لديها ، ومهمتها الإشراف على حل المنازعات بالتحكيم أو التوفيق أو الصلح وتطبيق قواعد أو أنظمة خاصة بها¹⁵⁶. ففيه يتفق الأطراف على أن يتم التحكيم بواسطة مركز دائم للتحكيم أو مؤسسة تحكيم دائمة سواء كانت وطنية أو دولية فيتم التحكيم وفقاً لنظام هذا المركز وإجراءاته ، وقد يقوم المركز أيضاً بتعيين المحكمين أو أحدهم حسب اتفاق الطرفين أو يقوم بمراجعة حكم التحكيم حسب ماتنص عليه لائحته¹⁵⁷.

فالمحكّم في التحكيم المؤسسي يكون قد أبرم عقداً مع إحدى المؤسسات أو الهيئات التحكيمية الوطنية أو الدولية ، ويدرج اسمه ضمن قوائم خاصة تعدها مثل هذه المراكز لعرضها على طرفي النزاع عند لجوئهم إليها وقبولهم الخضوع لإجراءاتها وقواعدها وتعتمد أغلب المراكز والمؤسسات التحكيمية على محكمين ممن يتمتعون بالخبرة والكفاءة والسمعة الدولية العالية في مجال حسم المنازعات¹⁵⁸.

ولكون التحكيم قد يحتاج في بعض الأحيان ، وخاصة ، في مجال التجارة الدولية لتنظيم دقيق لإجراءاته ، وتوفير المتمرسين لمباشرة هذه الإجراءات ، وذوي الخبرة المشهود لهم بالكفاءة ، والحيدة ، فإنه يلزم وضع القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم بصورة تفصيلية ، ومن هنا فقد وجدت المؤسسات التحكيمية المتخصصة في التحكيم ومنها ما هو على المستوى الوطني أي المنظمة المعنية ذات التشكيل الوطني ، وإن كان يتسع نشاطها لتسوية المنازعات بين أطراف من جنسيات مختلفة ، ومنها ما يأخذ الصفة الدولية أي منظمة تؤسس بالتعاون فيما بين اعضاء ، أو منظمات من جنسيات مختلفة¹⁵⁹.

ولهذه المراكز والمؤسسات التحكيمية لوائحها وقواعدها الخاصة بها ، فعندما يلجأ الأطراف إلى هذا المركز أو ذلك يكونون قد ارتضوا بإرادتهم الخضوع لتلك القواعد وكأنها أصبحت جزء من اتفاقهم وبذلك فعندما يحيل الأطراف نزاعهم إلى إحدى مؤسسات التحكيم يكون التحكيم مؤسسياً وهذا هو أساس التفرقة بين النوعين (التحكيم الحر والمؤسسي)¹⁶⁰.

ومن هنا تبرز أهمية التحكيم المؤسسي ، حيث ينسب لهذا النوع من التحكيم قدرته على التغلب على العقبات وعلى وسائل المماثلة التي يلجأ إليها بعض أطراف النزاع ، فهيئات ومنظمات التحكيم الدائمة لديها قائمة بأسماء المحكمين المتخصصين في مختلف أنواع المنازعات ، تجنب الأطراف مشقة البحث عن الحكم المناسب ، ولديها لائحة معدة بالإجراءات التي يجري التحكيم لديها على أساسه ، كما تقوم بتقديم وحفظ الملفات والمستندات ، وتقديم المكان اللازم والمناسب لعقد جلسات المحكمين وتوفير المعلومات والوثائق المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النزاع¹⁶¹.

156 الوسائل البديلة لتسوية عقود الإستثمار الدولية ، ص 214 وما بعدها .

157 التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، ص 56 .

158 المحكم التجاري الدولي ، ص 52 .

159 التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، ص 72

160 النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص 42 .

161 المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، ص 33 .

فنتيجةً لازدهار التجارة الدولية وازدهار التحكيم تبعاً لذلك كوسيلة لحسم منازعات التجارة بلغ عدد المؤسسات المعنية بالتحكيم في العالم نحو أربع آلاف مؤسسة ، تحت مسميات مختلفة ، ما بين غرفة ومحكمة وجمعية ومركز ومنظمة ولجنة ، ومنها ما هو متخصص في التحكيم المتعلق بمنازعات التجارة الدولية ومنها من يكتفي بأن يكون النزاع تجارياً فلا يشترط أن يكون دولياً ومنها من يتخصص في التحكيم بتجارة بعينها كالقطن والحبوب أو البترول ، ومنها من يتولى التحكيم ويكتفي بتهيئة المكان والخبرة الإدارية والقوائم ومتابعة الإجراءات والتنفيذ¹⁶².

وهذه الهيئات الدائمة للتحكيم أما تكون نابعة من اتفاقية ثنائية ، كغرفة التحكيم الفرنسية -الألمانية -أوهيئات ذات طابع جغرافي ، أو لتجارة معينة ، مثل هيئة التحكيم الإسكندنافية للجلود ، وهيئة التحكيم الدولية لمنازعات الملاحة في نهر الراين ، وغرفة تحكيم القطن في بولندا ، أو أن تكون هيئات ذات طابع عالمي¹⁶³.

ومن الأمثلة على منظمات ومراكز التحكيم الدولية :

- المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بواشنطن.
- محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس (Arbitration court of ICC).
- المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة (The Cairo Regional Center for international Commercial-(CRCICA) .
- محكمة لندن للتحكيم الدولي ((London Court of International Arbitration(LCIA)).
- المجلس الهندي للتحكيم (The Indian Council of Arbitration).
- جمعية التحكيم الأمريكية (A.A.A).
- مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي .
- جمعية اليابان للتحكيم التجاري (The Japan Commercial Arbitration Association)¹⁶⁴.

لذلك فقد انفردت الدول الصناعية الكبرى في ظل إمبراطوريتها الإستعمارية ، بمراكز التحكيم ومؤسساته ، فكانت الخصم والحكم ، من أقدم هذه المؤسسات (جمعية ليفربول للقطن التي أنشئت سنة 1841) ، وقد حاولت الدول النامية بعد الحصول على استقلالها أن يكون لها مكان في ميدان التحكيم دفاعاً عن مصالحها الوطنية فبدأت تنتشر بها مراكز التحكيم دفاعاً عن مصالحها الوطنية ومن أمثلتها في الدول العربية : مركز دبي للتحكيم الدولي ومركز أبو ظبي للتحكيم ومركز البحرين للتحكيم الدولي ومركز تحكيم تونس ومركز التحكيم اللبناني ، وكما ذكرنا مركز القاهرة الإقليمي الذي تم إنشاؤه سنة 1978 والذي أثبت جدارته وكفاءته وأصبح مركز جذب للمنطقة العربية والأفريقية والآسيوية¹⁶⁵.

أما بالنسبة للعراق فنتيجة للتطورات الاقتصادية والتكنولوجية العالمية وثورة المعلومات والاتصالات في الألفية الثالثة وانعكاسها على مجمل الاقتصادات المحلية والعالمية جاء تأسيس (مركز التحكيم التجاري الدولي – النجف الأشرف) ليسد فراغاً كبيراً داخل العراق في مجال حسم المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية

¹⁶² الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، ص 36 .

¹⁶³ التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، ص75 .

¹⁶⁴ قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص 39 .

¹⁶⁵ الوجيز في التحكيم وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، ص 36 وما بعدها .

وعقود الإستثمار (المحلية والدولية) ليكون رافداً قوياً لدعم مسيرة العدالة داخل العراق وخارجه عن طريق التحكيم¹⁶⁶.

(لذلك يعتبر التحكيم المؤسسي مرجعية تحكيمية تجارية دولية تسير على هدى قواعد التحكيم الخاصة بمركز معين)¹⁶⁷.

فقد أصبح التحكيم المؤسسي هو الغالب في التحكيم التجاري الدولي وازداد اللجوء إليه في السنوات الأخيرة لما يوفره من تسهيلات إدارية وفنية ، ولما يوفره من ثقة مستمدة من أهمية المركز وتاريخه مما يُشعر الأطراف بالاطمئنان إلى ماتم من إجراءات التحكيم ومايصدر تحت مظلة المركز من أحكام¹⁶⁸.

1.1.2.2. صور التحكيم :

الإتفاق على التحكيم أما ان يكون سابقاً على النزاع فيأخذ شكل الشرط وأما أن يتم هذا الإتفاق بعد نشوب النزاع فيأخذ شكل المشاركة على التفصيل الآتي :

1- شرط التحكيم :هو أن يتم الإتفاق تبعاً لعقد معين يُذكر في صلبه أو في عقد مستقل على أن يحيلوا إلى شخص أو أكثر الفصل فيما بينهم بطريق التحكيم بدلاً من اللجوء إلى القضاء العادي ، كما أن قانون المرافعات المدنية العراقي لم يأت بتعريف خاص لكن المادة (251) منه جاءت بما يؤدي نفس المعنى¹⁶⁹.

فالتحكيم وكما يفهم من نص المادة (251) المذكورة في قانون المرافعات المدنية العراقي ، وما يقابلها في التشريعات الأخرى أما أن يكون قبل قيام النزاع أو بعد قيامه وشرط التحكيم الجاري قبل حدوث النزاع سواء تم النص عليه في موضوع الالتزام أو في اتفاق مستقل يقال له (التحكيم ذوالصيغة العامة) أيضاً¹⁷⁰.
فتنص المادة (251) على أنه (يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الإتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين)¹⁷¹ فتحدث هذه المادة عن فضّ المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين يذكر في صلبه ويسمى (شرط التحكيم) كما تتناول هذه المادة اتفاق طرفي الخصومة على فضّ جميع المنازعات بينهما بطريق التحكيم أو بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم ويُطلق عليه (مشاركة التحكيم) ، وأن شرط التحكيم يجري قبل حدوث النزاع إذ لا يتضمن مبدئياً تعيين المحكّمين ولا تعيين المسائل المتنازع عليها والتي ستكون موضوع التحكيم لأنّ تعيين هذه المسائل مع تعيين المحكّمين يجري في عقد التحكيم بالاستناد إلى شرط التحكيم في العقد بعد نشوب النزاع حيث تصبح تلك المسائل عندئذٍ واضحة ومعروفة ، ويخضع شرط التحكيم من حيث صحته لذات الأحكام التي يخضع لها العقد الأصلي الذي

¹⁶⁶ أنظر المركز العراقي للتحكيم الدولي على الموقع الإلكتروني :

[http:// www.icacn .org/about-Center,html](http://www.icacn.org/about-Center.html) ، تاريخ الزيارة :2019-2-16

¹⁶⁷ Emila Onyema , International commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract, Tilor&Francis e-Library, 2010,

P27.

¹⁶⁸ التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، ص59 .

¹⁶⁹ التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي، المصدر السابق، ص18.

¹⁷⁰ الوجيز في التحكيم ، ص 11 .

¹⁷¹ انظر نص المادة 251 من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969.

أدرج فيه ، وينتهي شرط التحكيم مبدئياً بانتهاء العقد التابع له ، كما ويكون تنفيذ الشرط أمراً احتمالياً تبعاً لاحتمال حصول النزاع أو عدم حصوله¹⁷².

ولا يشترط صياغة شرط التحكيم بعبارات معينة ، كما يمكن أن يتم بأية لغة يتفق عليها أطراف التحكيم بحيث تؤدي في النهاية إلى ما يفهم منه رغبة الطرفين في اللجوء إلى التحكيم ، وغالباً يكتب شرط التحكيم بلغة العقد الذي ينظم العلاقة القانونية بين طرفيه¹⁷³.

وقد عرّف الأستاذ الدكتور فتحي والي شرط التحكيم بأنه : " اتفاق الأطراف على أن ما ينشأ بينهم مستقبلاً من نزاعات حول تفسير العقد أو تنفيذه يفصل فيه بينهم عن طريق التحكيم فهو الاتفاق الذي يُتفق فيه على التحكيم بالنسبة للمنازعات التي يحتمل أن تثور مستقبلاً بين أطراف العلاقة العقدية ، سواء كان ذلك في العقد نفسه أو في اتفاق مستقل أو بالإحالة إلى وثيقة تتضمن اتفاق تحكيم مع النص بوضوح على اعتبار الشرط جزءاً لا يتجزأ من العقد " ¹⁷⁴.

إذاً يرد (شرط التحكيم) في أنماط متعددة فقد يرد على شكل بند من بنود العقد المبرم بين طرفيه ، وقد يرد في ورقة ملحقة تنص على التجائهم إلى التحكيم دون القضاء بشأن ما قد ينشأ مستقبلاً حول العقد المبرم بينهما من منازعات وقد يحيل العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت هذه الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد (م3/10 تحكيم مصري) فيسمى هذا الاتفاق بصوره الثلاثة بشرط التحكيم فالإتفاق على التحكيم في هذه الأحوال سابق على حدوث أي نزاع بين الأطراف¹⁷⁵.

لذلك فإن النمط الأول من أنماط شرط التحكيم :

هو وروده في العقد الأصلي المبرم بين الطرفين حيث يتفق طرفا العقد على أن ما ينشأ بينهما من منازعات في المستقبل بمناسبة تنفيذ العقد أو تفسيره يتم الفصل فيها بواسطة هيئة تحكيم سواء كان هذا الشرط وارداً في بداية العقد أو نهايته إلا إذا تبين من الشرط أنه يقصد به منازعات معينة ناشئة عن العقد وليس جميعها¹⁷⁶. ومن المعتاد أن يتم اللجوء إلى التحكيم وفقاً للصورة الأولى من صور الإتفاق على التحكيم ، أي شرط التحكيم ، ومهما اختلفت الصيغ التي يستخدمها الأطراف لشرط التحكيم فإنها لاتخرج جميعها عن كونها تعبيراً عن رغبتهم في تسوية المنازعات التي قد يثيرها العقد عن طريق التحكيم ، ومن الصيغ الشائعة في هذا الخصوص: نموذج قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي : " كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه أو فسخه أو بطلانه يسوى بطريق التحكيم وفقاً لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كما هي سارية المفعول حالياً " ¹⁷⁷.

كما ولا يشترط في شرط التحكيم أن يتضمن تفصيلاً وتحديداً لموضوع النزاع الذي لم ينشأ بعد وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص "أن شرط التحكيم يكون سابقاً على قيام النزاع سواء كان سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد ضمن عقد معين ومن ثم أنه لا يتصور أن يتضمن تحديداً لموضوع النزاع الذي لم ينشأ

172 قانون المرافعات المدنية العراقية رقم 83 لسنة 1969، ص 399 .

173 د. حميد لطيف نصيف ، التحكيم وإجتهاد القضاء في القانون العراقي ، مكتبة صباح ، بغداد ، ط3، 2016 ، ص 5.

174 د. طارق سمير طلبة دويدار ، الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم ، مركز الدراسات العربية ، مصر ، ط1، 2017، ص 115 .

175 الوجيز في التحكيم وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 ، ص 16 .

176 شرط التحكيم في العقود التجارية ، ص 69 .

177 د. عبد المنعم زمزم ، شرح قانون التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 2، 2014، ص 73 .

بعد ولا يكون في مكنة الطرفين التنبؤ حصراً ومقدماً"، أما بالنسبة لمشارطة التحكيم التي يتم الإتفاق عليها بعد وقوع النزاع فعلاً فقد أشرط المشرع أن يوضح هذا الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا عد الاتفاق باطلاً (م/10/2)¹⁷⁸.

النمط الثاني :

هو أن يكون شرط التحكيم وارداً كاتفاق مستقل أي أن يكون قائماً بذاته كاتفاق مستقل ومنفصل عن العقد الأصلي المبرم بين أطرافه كأن يكون ملحقاً من ملحقاته ولا يؤثر ذلك في وصفه بأنه شرط للتحكيم مادام الإتفاق عليه تم قبل أن ينشأ النزاع بالفعل بين أطراف الإتفاق على التحكيم ، مثال على ذلك أن يبرم الطرفان عقدهما دون أن يتضمن شرط تحكيم لتسوية المنازعات بينهما ولكن في مرحلة لاحقة يعرض أحدهما على الآخر تسوية أية منازعات مستقبلية ناشئة عن العقد إلى التحكيم فيوافق الطرف الآخر على ذلك ، في هذه الحالة نكون أمام عقدين : العقد الأصلي وعقد آخر خاص بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم¹⁷⁹.

والسؤال الذي يظهر هنا ماهي العلاقة بين شرط التحكيم الذي قد يدرج ضمن عقد أو بند من بنوده والعقد الأصلي؟ وما هو أثر تعرض العقد الأصلي إلى سبب يؤدي إلى بطلانه أو فسخه أو إنهائه على شرط التحكيم الموجود فيه؟ فوقاً للمبادئ العامة في القانون المدني من تبعية الجزء للكل وقاعدة ما بني على باطل فهو باطل فمن المتصور منطقياً إن أثر العقد يزول، وبالتالي فإذا بطل العقد الأصلي بطل الشرط الذي يتضمنه ولكن تطور الفقه وقضاء التحكيم أنتهى إلى نتيجة أخرى وهي(مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي ورد فيه ، بحيث إذا بطل للعقد الأصلي يبقى الشرط صحيحاً وقائماً منتجاً لآثاره بشرط أن يكون صحيحاً بذاته¹⁸⁰).

وقد ظهر مبدأ الاستقلال لأول مرة في فرنسا عندما ابرزت محكمة النقض الفرنسية ميلها في مسألة إلى تقرير استقلالية شرط التحكيم في قضية (GOSSET) فقد كان النزاع في هذه القضية يتعلق بمنازعة مستورد فرنسي في تنفيذ حكم تحكيم صدر في إيطاليا لصالح مصدر إيطالي وتمسك الفرنسي ببطلان عقد التوريد الذي أشتمل على شرط التحكيم ، لمخالفة قواعد الاستيراد المقررة في القانون الفرنسي مما يستتبع بطلان شرط التحكيم الوارد في هذا العقد الباطل ، فرضت محكمة النقض هذا الدفع مقررة (أن اتفاق التحكيم سواء ورد مستقلاً أو مندمجاً في تصرف قانوني له استقلال قانوني كامل ، يستبعد تأثيره بما قد يطرأ على التصرف من بطلان ، وذلك فيما عدا أي ظرف استثنائي) ، ومن ناحية أخرى عالج المشرع الفرنسي مسألة أثر بطلان شرط التحكيم على العقد الأصلي الذي يشتمل على الشروط مقرراً أن بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على العقد الأصلي حيث نصت المادة 1426 من قانون المرافعات الفرنسي، منه على أنه (إذا كان شرط التحكيم باطلاً فإنه يعد غير مكتوب)¹⁸¹.

مُبررات الاستقلال : ويُبرر هذا الاستقلال من الناحية القانونية أن لكل من الشرط والعقد الأصلي محلاً مختلفاً ، فمحل الشرط هو الفصل في منازعة يمكن أن تنشأ بشأن عقد أما محل العقد فهو أمر يختلف بحسب نوع العقد الذي قد يكون عقد بيع أو مقاوله... الخ ومن ناحية أخرى فأن سبب كل منهما مختلف ، فالسبب في

178 الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، ص 47 ومابعدھا.

179 شرط التحكيم في العقود التجارية ، ص 70 .

180 النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص 74 .

181 التحكيم الدولي الخاص ، ص 107 ومابعدھا.

الشرط هو تعهد كل طرف بعدم الإلتجاء إلى قضاء الدولة بالنسبة لما يثور بينهما من نزاع حول عقد معين ، أما السبب في العقد الأصلي فهو أمر مختلف تماماً¹⁸².

وبعبارة أخرى فإن اتفاق التحكيم (هو عقد حقيقي له تفرده الذاتي ، وله موضوعه ، وله سببه وليس ظلاً للعقد الأصلي ، ولا يختلط بموضوع وسبب ذلك العقد ، فموضوع اتفاق التحكيم هو تسوية النزاع بين أطرافه بطريق التحكيم وهو أمر إجرائي أما موضوع العقد الأصلي ، فهو تنظيم حقوق ومراكز قانونية تهم الأطراف ، وهذا أمر موضوعي وسبب اتفاق التحكيم هو رغبة الأطراف في سلب النزاع من القضاء وتخويله قضاء الدولة وهذا أمر إجرائي أما سبب العقد الأصلي هو الباعث الدافع الذي حمل الأطراف على التعاقد ، وهو معيار شخصي يختلف من شخص إلى آخر باختلاف أنواع العقود وهذا أمر مصلحي¹⁸³.

بالإضافة إلى أن الكتابة ركن من أركان شرط لتحكيم على خلاف العقد الأصلي الذي قد يشترط فيه الكتابة أولاً لذلك فإن شرط التحكيم محصور بالكتابة خلافاً للعقد الأصلي الذي قد يتم إثباته بالكتابة أو بأي طريقة من طرق الإثبات الأخرى ، كما أن شرط التحكيم المستقل يمكن إخضاعه لقانون آخر غير قانون العقد الأصلي بحسب اتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق¹⁸⁴.

وتبرز أهمية الإستقلال عندما يبطل العقد الأصلي ، فحاجات الأطراف تزداد إلى حل النزاع المتولد عن العقد الأصلي بطريق التحكيم والقول باستقلال شرط التحكيم وعدم بطلانه يساعد على الوصول إلى حل سريع وقليل التكلفة ولا يعني ذلك خلو عمل المحكم من الجزاء الإجرائي إذا كان باطلاً ، لأن حكم المحكم يقبل الإستئناف في بعض التشريعات ، وبالتالي فلا يفلت حكم المحكم من الرقابة القضائية عند إصدار الأمر بالتنفيذ ووضع الصيغ التنفيذية في التشريعات التي لاتجيز الإستئناف ، وكذلك يمكن تبرير هذا المبدأ من خلال القواعد العامة في القانون المدني وهو مبدأ انتقاص العقد المتضمن البطلان الجزئي (نظرية انتقاص العقد) التي تنص عليها معظم التشريعات¹⁸⁵.

ومنها التشريع العراقي الذي نص على هذه النظرية في القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 في المادة 139 إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً¹⁸⁶.

وقد أخذت بعض الدول بمبدأ استقلال شرط التحكيم بنصوص صريحة في تشريعاتها كما هو الأمر في التشريع الأسباني الذي نص عليه صراحةً في المادة (8) والتشريع السويسري الصادر سنة 1987 الذي نص في الفقرة الثالثة من المادة (178) منه على عدم جواز المنازعة في اتفاق

التحكيم استناداً لعدم صحة العقد الأصلي¹⁸⁷. وقد قنن قانون التحكيم المصري مبدأ الاستقلال في المادة 23 منه بنصه على أن (يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى) ، كما ونصت عليه المادة 2/23 من قواعد اليونسترال السارية منذ 2010/8/15 ، والمادة 1/23 من قواعد مركز القاهرة الإقليمي السارية من الأول من مارس 2011، والمادة 9/6 من قواعد غرفة التجارة الدولية الC.C.I¹⁸⁸.

182 قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص 95.

183 شرح قانون التحكيم ، ص 84 .

184 النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص 78 .

185 التحكيم في القوانين العربية ، ص 92 .

186 أنظر : نص المادة (139) من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 .

187 التحكيم الدولي الخاص ، ص 109 .

188 قانون التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، ص 105 .

السارية منذ 2012/1/1، وكان من الأجر بالمشروع العراقي النص على مبدأ الإستقلال لما ينطوي عليه هذا المبدأ من أهمية تتمثل في انفاذ شرط التحكيم من البطلان في حال ما إذا تعرض العقد الأصلي للبطلان. وبناءً على ماتقدم فلو أبرم عقد بواسطة شخص ناقص الأهلية فلا يؤدي بطلان أو فسخ، أو إنهاء العقد مصدر الرابطة القانونية إلى التأثير على شرط التحكيم فالشرط يظل صحيحاً طالما أستكمل شروط صحته الخاصة به - خصوصاً مع إمكانية تصور خضوع هذا الشرط لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له العقد الأصلي، فيستوفي شرط التحكيم شروط صحته رغم ما أصاب العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية من عوارض وترتيباً على ذلك فإن الشرط ينتج أثره، ويكون للمحكمن سلطة النظر في أي منازعات تنشأ عن بطلان العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية¹⁸⁹.

أما بالنسبة للنمط الثالث: الذي قد يرد به شرط التحكيم هو (شرط التحكيم بالإحالة) وهذا مانصت عليه المادة (3/10 تحكيم مصري) فشرط التحكيم هنا لا يرد في العقد الأصلي المبرم بين الطرفين وإنما يكتفي الطرفين في العقد المبرم بينهما بالإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، فتعتبر الإحالة اتفاقاً على التحكيم، طالما كانت هذه الإحالة كما تطلب القانون واضحة في اعتبار شرط التحكيم الوارد في هذه الوثيقة جزءاً من العقد الأصلي المبرم بين الطرفين¹⁹⁰.

فتنص هذه المادة على أنه (يعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد)¹⁹¹، على أنه يلزم لإعمال شرط التحكيم المحال إليه في عقد سابق أن يكون هذا الشرط نافذاً، فإذا لم يتوافر فيه شرط نفاذه، فإن الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد في عقد سابق لا تكفي، والأساس القانوني لإعتبار الإحالة اتفاقاً على التحكيم هو توافر إرادة الطرفين المشتركة بهذه الإحالة في الالتجاء إلى التحكيم، فإذا لم تنطو هذه الإحالة على رضاء الطرفين الواضح بالتحكيم كوسيلة لحل ما قد ينشأ بينهم من منازعات متعلقة بالعقد فإن الإحالة لا تكون كافية¹⁹².

ويطلق عليه البعض شرط التحكيم بالإشارة أو بالإحالة مثل إحالة الطرفين إلى شروط عقد بيع نموذجي أو إلى نظام قانوني يجيز التحكيم صراحةً، كما لو أُحيل في سند التحكيم لشرط التحكيم الوارد في وثيقة إيجار السفينة وفي هذه الحالة يشترط أن تكون الإحالة واضحة¹⁹³.

والمثال البارز لهذا هو ما قضت به محكمة النقض المصرية وذلك عندما أبرم عقد إيجار سفينة متضمناً شرط تحكيم، يبرم بعده عقد شحن بحري (سند شحن Bill OF Lading) يحيل إلى وثيقة إيجار السفينة وقد قضت محكمة النقض بأنه حيث أن قانون التجارة البحري يوجب ذكر أسم المرسل إليه في سند الشحن وأن يرسل إليه نسخ من هذا السند، فأنته يصبح طرفاً ذا شأن في هذا السند باعتباره صاحب مصلحة في عملية الشحن يتكافأ مركزه حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل ومركز الشاحن الموقع على السند، فإذا كان سند الشحن قد تضمن الإحالة إلى شرط التحكيم ضمن شروط سند الشحن فيلتزم به المرسل إليه لعلمه به من نسخة سند الشحن المرسل إليه¹⁹⁴.

189 التحكيم في المواد المدنية والتجارية، ص 34 .

190 د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، ص 17 .

191 انظر المادة 10 فقرة 3 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

192 التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية، ص 213

193 التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، ص 108 .

194 قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص 99 .

ولهذا فإنه يشترط لإعمال هذه الإحالة عدة أمور :

- 1- أن تكون هناك إشارة أو إحالة صريحة أو ضمنية في العقد الذي نشأ النزاع حوله إلى مستند آخر يشتمل على شرط تحكيم
 - 2- أن تكون كلمات الإشارة واضحة وملائمة وتشتمل صراحة على إشارة إلى شرط تحكيم
 - 3- أن تكون كلمات شرط التحكيم ملائمة ومناسبة وتغطي كل النزاعات التي نشأت في العقد المطلوب فيه الإحالة .
 - 4- ألا يكون هناك تعارض أو تناقض بين شرط التحكيم وبين موضوع العقد الذي نشأ النزاع حوله .
 - 5- أن تكون الوثيقة المحال إليها سابقة في وجودها على العقد المُحيل ، فلاتكفي الإحالة إلى اتفاق أو عمل قانوني لاحق أو سيصدر بعد إبرام العقد المُحيل .
 - 6- أن تكون الوثيقة المحال إليها تتضمن صراحةً شرط تحكيم ، وأن تكون معروفة للطرف الذي يحدث التمسك في مواجهته بالشرط بحيث لا يمكن الادعاء بعدم معرفته .
 - 7- وأن تكون الإحالة واضحة إلى شرط التحكيم الوارد بتلك الوثيقة باعتباره جزءاً لا يتجزأ من العقد¹⁹⁵ .
- والقاسم المشترك بين شرط التحكيم بالإحالة وشرط التحكيم في صورته العادية هو جريان الإتفاق على التحكيم في وقت سابق لحدوث النزاع في حين يتمثل الفارق بينهما في كون الأخير يجري التوصل إليه واختيار صياغته المناسبة بالإتفاق المباشر بين الطرفين ثم توقيعه سواء كان مجرد بند من بنود العقد أو ورد في وثيقة منفصلة ، أما شرط التحكيم بالإحالة فيفترض أن العقد الأصلي والاتفاقات اللاحقة عليه لم تتضمن شرطاً للتحكيم ، وإنما يلجأ الأطراف إلى شرط التحكيم الوارد في بند من بنود عقد آخر ، وهنا ينسحب أثر هذا البند أو الشرط إلى العقد الأصلي ويلتزم به أطرافه¹⁹⁶ .

2-مشاركة التحكيم:

وهي الأسلوب الثاني من أساليب اللجوء الى التحكيم والتي تعني الإتفاق على التحكيم اللاحق لقيام النزاع ويطلق عليها أيضاً تعبير عقد التحكيم أو اتفاق التحكيم ويجب أن يتوافر بمشارطة التحكيم التراضي الصحيح بمعنى تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعاً لمضمون ما أتفق عليه الطرفان¹⁹⁷ . لذلك فإن الخصوم وأثناء الفصل في النزاع الناشب بينهم يتوصلون إلى الاتفاق على اللجوء على التحكيم سببياً للفصل في النزاع فيسمى اتفاقهم

ب)مشاركة التحكيم أو العقد التحكيمي)

وإذا كان الحال والواقع في مصر وفرنسا أن مشاركة التحكيم كثيراً ما تتم أثناء نظر الخصومة أمام القضاء فينتفق أطرافها وقف السير فيها حتى يتهياً لهم الجو الصالح لإتمام التحكيم ، فإن الغالب في العراق هو الأخذ بالشرط إذ أن أغلب العقود المعدة سلفاً كعقود المقاولات والتأمين تتضمن هذا الشرط لكن مع ذلك نجد

¹⁹⁵ الأبعاد القانونية لامتناد شرط التحكيم ، ص 124 .

¹⁹⁶ شرح قانون التحكيم ، ص 75 .

¹⁹⁷ المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، ص 53 .

أن قانون المرافعات العراقي جوز سلوك السبيلين وهذا ما نصت عليه م251 منه " يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين"198

ويشترط في المشاركة أن يحدد طرفا النزاع في اتفاقهما المكون لمشاركة التحكيم (المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان التحكيم باطلاً (م2/10تحكيم مصري) ، حيث تنتفي في هذا الفرض علة التخفيف عن الأطراف والتي كانت قائمة بصدد شرط التحكيم ، فلا أقل من أن يحدد الأطراف طالما أن النزاع قد وقع ، وإلا كان التحكيم باطلاً ، حيث يجب أن تتضمن المشاركة على البيانات التي تساعد على تعيين النزاع بشكل تفصيلي ونافٍ للجهالة مثل :بيان أسم كل طرف ،وعنوانه ، وتعيين المحكمين و اختيارهم أو تحديد الطريقة المناسبة لتعيينهم ، والقانون الواجب التطبيق، وطبيعة النزاع القائم بين الخصوم ،وتحديد لغة ومقر التحكيم وبيان ما إذا كان من حق هيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقاً لنظام التحكيم مع التفويض بالصلح ،وتحديد المدة الإجمالية التي يتعين أن يصدر خلالها حكم التحكيم .. ثم توقيع كل من الطرفين ، فمشاركة التحكيم تعد بمثابة خارطة الطريق التي سيسر عليها المحكم حتى تمام الفصل في الدعوى199.

لذلك فإنه إذا لم يبين موضوع النزاع في مشاركة التحكيم فإن التحكيم يعد باطلاً وهذه القاعدة إنما جاءت اتساقاً مع النصوص التي أوردها المشرع في قانون المرافعات المصري والتي تحتم أن تكون ورقة التكليف بالحضور مستقلة على موضوع الدعوى بعبارة صريحة لذلك عني الشارع بوضع هذا النص في باب التحكيم بصفة خاصة ورتب الجزاء على مخالفته وهو البطلان لما في الإلتجاء إلى المحكمين من استثناء لأصول التقاضي وحتى يكون حكم المحكمين منصباً على منازعات واضحة ومحددة200.

أما بالنسبة للمشرع العراقي فلم يشترط ذكر بيان تفصيلي دقيق لموضوع التحكيم على عكس القانون المصري والسوري ، فقد ألغي النص السابق الذي كانت عليه المادة 252 من قانون المرافعات العراقي والذي كان يقضي بوجوب تحديد موضوع النزاع ، تاركاً هذا الأمر لرغبة الطرفين إن شاء ذكراه بالتفصيل وإن شاء أطلقاه بصورة عامة فإذا جاء شرط التحكيم ومشارطته بدون تخصيص وبصورة مطلقة فعندئذٍ تشمل كافة المنازعات ابتداءً من وقت تنفيذ العقد وتستمر حتى نهايته وبهذا قضت محكمة التمييز فقالت (إذا كانت موافقة الخصوم على إحالة الدعوى على التحكيم غير مقيدة فإن التحكيم يشمل كافة الأمور التي قام عليها النزاع) ، وإذا وقع النزاع ورفعت الدعوى وأثناء النظر فيها جرى الاتفاق على التحكيم فإن لم ينظم الطرفان فيه عقداً خاصاً به أي مشاركة له فيكفي لثبوته أن يدون الإتفاق في محضر الجلسة وعندئذٍ يتعين على المحكمة أن تقر الاتفاق مادام أصبح ثابتاً بشكل رسمي أمام المحكمة وتقرر اعتبار الدعوى مستأخرة حتى يصدر المحكمون قرارهم (مرافعات م252)201.

ويلاحظ أن نص المادة (252) متقدم البيان أن المشرع أوجب على المحكمة أن تتخذ قراراً باعتبار الدعوى مستأخرة إلى أن يصدر قرار التحكيم سواء كان الخصوم قد اتفقوا مسبقاً على التحكيم سبيلاً لحل النزاع (أي بوجود شرط التحكيم) أو أنهم اتفقوا عليه أثناء السير في الدعوى (ويعني ذلك مشاركة التحكيم) وهذا ما يدعوا للتساؤل : ما الذي جعل الخصوم يمثلون أمام المحكمة في الحالة الأولى مادام أن الخصوم قد اتفقوا

198 مبادئ التحكيم ، ص27.

199 شرح قانون التحكيم ، ص 75 .

200 د. أحمد أبو الوفا ، التحكيم الإجباري والاختياري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2007 ، ص 33 .

201 الوجيز في التحكيم ، ص 12 وما بعدها.

مسبقاً علة التحكيم ، أي في حالة وجود شرط التحكيم، أو ليس وجود هذا الشرط يعني النزول عن حق المراجعة أصلاً؟²⁰².

في الواقع أنّ المشرع العراقي لم يكن موفقاً في صياغة نص المادة (252) والدليل على هذا التناقض أنّه نص في المادة (253) في الفقرة (1) منها " إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به امام القضاء إلا بعد استنفاد طرق التحكيم " مما يعني أن الدعوى لا تقبل أمام القضاء مادام شرط التحكيم موجوداً وهو ما يستخلص من تعبير المشرع "فلا يجوز رفع الدعوى"²⁰³.

إذا وجد عقد التحكيم أي شرطه ومشارطته أصبح ملزماً للجانبين ، ويمتنع عليهم طرح النزاع أمام المحكمة للفصل فيه ، إلا إذا استنفذت جميع إجراءات التحكيم المشروعة والمقررة قانوناً (مرافعات عراقي م/ 253 /1) وفي حالة رفع النزاع من قبل أحد الأطراف غير معتمد بشرط التحكيم فللطرف الآخر أن يعترض على نظر المحكمة في أول جلسة من جلسات المرافعة ، ولكن يعتبر شرط التحكيم ملغياً إذا رفع أحد الطرفين الدعوى ولم يعترض خصمه في الجلسة الأولى من المرافعة وبهذا الإتجاه سار قضاء محكمة التمييز بأنه (إذا لجأ أحد الطرفين إلى القضاء غير معتمد بشرط التحكيم ، ولم يعترض الطرف الآخر على ذلك في الجلسة الأولى ، جاز نظر الدعوى وأعتبر شرط التحكيم لاغياً م/ 253 ف2 مرافعات)، أما إذا لم يعترض الخصم على طرح النزاع على المحكمة أو اعترض على ذلك بعد الجلسة الأولى أعتبر ذلك رضا منه بنظر الدعوى أمام المحاكم ، وتنازلاً ضمناً عن شرط التحكيم وعندئذ لا يعتد بالتحكيم وتسير المحكمة في نظر الدعوى كأى دعوى وعندئذ تعتبر شرط التحكيم لاغياً وكان لم يكن (م 253 ف2 مرافعات عراقي)²⁰⁴.

ومن الجدير بالذكر أن شرط التحكيم يعني عن المشاركة : ويعني هذا أن شرط التحكيم أياً كانت صورته يعتبر اتفاقاً على التحكيم يلزم أطرافه ولايلزم بعد ذلك تحرير مشاركة تحكيم مستقلة بين الأطراف ولايترتب على غيابها بطلان إجراءات التحكيم إذ يغني عن هذه المشاركة تحديد موضوع النزاع الذي سيعرض على التحكيم في الدعوى التي يتقدم بها المحتكم²⁰⁵. على أنه يجوز للطرفين رغم وجود شرط تحكيم أن يبرما بعد نشأة النزاع بينهما – مشاركة تحكيم ، وإذا أبرما هذه المشاركة فأنهالا تعتبر المرجع أمام هيئة التحكيم في بيان نطاق التحكيم ، فيمكن للطرفين أن ينفقا على التحكيم بشأن منازعات لايتسع لها شرط التحكيم السابق أو منازعات لا تتعلق بالعقد

الأصلي الذي يتضمن شرط التحكيم كما أنّ بطلان شرط التحكيم لا يؤدي إلى بطلان المشاركة والعكس صحيح فبطلان المشاركة لا يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم السابق على أبرامها²⁰⁶.

لكن إذا كان أساس التمييز بين شرط ومشاركة التحكيم هو أن المشاركة تتم بعد نشوء النزاع فمتى يكون النزاع قد نشأ ؟ لاصعوبة إذا كانت الدعوى قد رفعت فعلاً إلى القضاء لكن إذا ثار نزاع ولم يرفع بشأنه دعوى أمام القضاء فيكون الإتفاق على التحكيم في هذا الوقت هو مشاركة وليس شرطاً وعليه يجب تحديد النزاع

202 مبادئ التحكيم ، ص 28.

203 مبادئ التحكيم ، ص 28.

204 التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي والمقارن ، ص 23.

205 الوجيز في التحكيم وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 ، ص 22 .

206 التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، ص 103 .

فيها تحديداً كافياً مثال ذلك إذا تبادل الطرفان رسائل بينهما لتسوية خلافات متعلقة بالعقد أو مطالبة أحدهما الآخر بتنفيذ التزامه الذي أخل به²⁰⁷.

وإذا كان الفرق الرئيسي يكمن في وقت إبرام اتفاق التحكيم (قبل أو بعد وقوع النزاع) فلا يوجد لهذه التفرقة أهمية تذكر في بعض القوانين مثل سوريا والإمارات وقطر إلا أن هذه القوانين تنص على وجوب تحديد موضوع النزاع أما في وثيقة أوصك التحكيم أو أثناء المرافعة كما يقول القانونان السوري والقطري أو أثناء نظر الدعوى كما يقول القانون الإماراتي²⁰⁸.

كما أن شرط التحكيم كما ذكرنا لا يتضمن تعيين المسائل المتنازع عليها، أما مشاركة التحكيم ففيها يتفق شخصان على حل نزاع قائم بينهما بواسطة محكمين يعينون بالذات في هذا العقد مع المسائل المتنازع عليها، كما أن المشاركة تنشأ بصورة مستقلة عن العقد أما الشرط يعتبر جزءاً من العقد²⁰⁹.

كما أنه في مشاركة التحكيم ينزل الخصم بالفعل عن الإلتجاء إلى القضاء بالنسبة للنزاع القائم أما في شرط التحكيم فالخصم ينزل عن الإلتجاء إلى القضاء فيما لو نشأ نزاع عند تنفيذ العقد، كما أن شرط التحكيم عادة ما يتم في جو تسوده روح المحبة والثقة بين أطراف العقد الأصلي، أما مشاركة التحكيم فتتم عادة بعد حصول النزاع واحتدام الخصومة بين الطرفين في جو تسوده المشاحنة وعدم الثقة وقد يكون شرط التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي ونتيجة لذلك يترتب عليه مجموعة من الآثار أما في المشاركة فلا محل لهذه الآثار لأنه في حالة الشرط نكون أمام عقد مستقل تماماً في كافة أركانه عن العقد الأصلي وعليه فلن يثور بشأن مشاركة التحكيم مشكلة البحث في توافر أو خلو العقد الأصلي من عيوب الإرادة التي تكون مثار بحث في العقد الأصلي المدرج فيه شرط التحكيم أو في الشرط ذاته وتأثيرها على اتفاق التحكيم²¹⁰.

ويرى بعض الفقه أن شرط التحكيم أفضل من مشاركة التحكيم بما له من فائدة وقائية إذ يستبعد الخلاف أو التعطيل في مسار عرض النزاع تحكيمياً أو قضاءً والذي قد ينجم عن إبرام المشاركة، ويرى الدكتور ناصر محمد الشرمان بأن مشاركة التحكيم هي الأفضل فهي تأتي حاوية لتفصيلات أكثر من الموجودة في الشرط فإن شرط التحكيم قد يكتفي فيه فقط بحل ما يثور من منازعات عن العقد يتم بطريق التحكيم وقد يكتفي هذا الشرط بالإحالة التي تثير العديد من المشاكل كما أوضحنا سلفاً وبالتالي تسقط الفائدة الوقائية للشرط وتنتهي وتبقى المشاركة أفضل لما تحويه من تفصيلات²¹¹.

ويرى الباحث بأن لكل صورة من صور التحكيم مميزات الخاصة سواء كانت شرطاً أم مشاركة ففي الشرط يبرم الطرفان اتفاق التحكيم في جو تسوده الثقة والطمأنينة حيث يضمن الطرفان بأن وسيلة حسم نزاعاتهم المستقبلية مضمونه ومتفق عليها مسبقاً حتى وإن كان النزاع احتمالي الوقوع لكن المشاركة أيضاً لا تخلو من مميزات لما تحويه من تفصيلات التي هي بدورها أيضاً تعطي كلا الطرفين شعوراً بالطمأنينة لمعرفتهم بالتفاصيل الخاصة بهيئة التحكيم والقانون الذي سيطبق والكثير من التفصيلات التي لربما لو فطن لها أحد

207 التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي، ص 67.

208 قوانين ونظم التحكيم، في الدول العربية، ص 49 .

209 شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، ص 399 .

210 شرط التحكيم في العقود التجارية ، ص 74 ومابعدا .

211 المركز القانوني للمحكّم ، ص 55 .

الخصوم منذ البداية لما أبرم اتفاق التحكيم وفضل حسم النزاع عن طريق التقاضي وهذا هو الأصل والحق المضمون لكل فرد في المجتمع.

1.2. مزايا التحكيم وأسباب اللجوء إليه

كما هو معلوم أنّ أصل ولاية الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد تعود للقضاء ، ولكن القانون لم يجعل سلوك طريق القضاء الزامياً للخصوم للفصل في منازعاتهم بل أجاز اللجوء إلى التحكيم بقصد التيسير على الخصوم والتبسيط عليهم ليتفادوا طرح منازعاتهم على المحاكم ويتقوا بطء الإجراءات والاقتصاد في النفقات والمصاريف التي يتحملونها ، ومن هنا تتضح أهمية التحكيم وعلى الرغم من المميزات التي يتسم بها التحكيم إلا أنه يظل موطناً للنقد²¹².

وتظهر أهمية نظام التحكيم أيضاً في كونه يقوم على الإتفاق بإرادة الأطراف وهذا الإتفاق هو المهيمن عليه بدءاً من الإتفاق على المبدأ ذاته – أي التحكيم – ومروراً بإجراءات التحكيم ووصولاً إلى تنفيذ الحكم ، فإتفاق التحكيم هو دستور التحكيم ومصدر سلطة المحكمين²¹³.

لكن إذا لم ينص المشرع على جواز التحكيم وجواز تنفيذ حكم المحكمين ماكانت إرادة الخصوم وحدها بكافية لحلّقه ، لأن من أخص واجبات الدولة إقامة العدل بين الأشخاص ، والفصل في المنازعات التي تنشأ بينهم ورد الإعتداء حتى يطمئنوا على أرواحهم وحياتهم وأموالهم ، والدولة من ناحية أخرى لها وحدها حق فرض هذه العدالة فلا يملك أحد أن يرفض تدخلها أو أن يتحرر من سلطانها ، لأن القضاء هو مظهر سيادتها ، إذاً يرتكز التحكيم على أساسين هما إرادة الخصوم وقرار المشرع لهذه الإرادة²¹⁴.

لذلك وبناءً على ما تقدم فلم يعد خافياً أن التحكيم قد أصبح طريقة مألوفة ومرغوبة لفض المنازعات التي تنشأ في الغالب عن علاقات تعاقدية وذلك عوضاً عن اللجوء إلى القضاء الوطني بل أصبح التحكيم أكثر ضرورة في مجال العلاقات الدولية لأن كلا طرفي هذه العلاقة لا ترغب عادة في الخضوع لقضاء محاكم الطرف الآخر²¹⁵.

فنظام التحكيم له مزايا وعيوب شأنه في ذلك شأن أي نظام آخر لا يخلو من العيوب والمزايا ، لذلك وانطلاقاً من هذه الأهمية والسمات التي يتصف بها التحكيم والتي تميزه عن الوسائل الأخرى لفض المنازعات ، قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين : يتناول المطلب الأول سمات التحكيم وتمييزه عن غيره من وسائل فض المنازعات ، أما المطلب الثاني فيتناول: طبيعة اتفاق التحكيم..

²¹² شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، ص 397 .

²¹³ النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص 9 .

²¹⁴ التحكيم الاختياري والإجباري ، ص 8 .

²¹⁵ المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، ص 33 .

1.2.1. سمات التحكيم وتمييزه عن غيره من وسائل فض المنازعات:

1.2.1.1. سمات التحكيم:

أن التحكيم كما هو معلوم يعتبر نوعاً من القضاء الخاص يقوم فيه أطراف النزاع بمحض إرادتهم الحرة باختياره كطريق استثنائي لحل النزاعات القائمة بينهم²¹⁶.

ومبررات اللجوء إليه تنطلق من المزايا العديدة التي يقدمها التحكيم لأطراف النزاع ولاسيما في إطار العلاقات الدولية جعلته طريقاً مفضلاً عن اللجوء إلى القضاء الوطني أو المحاكم العادية ذات الاختصاص، سواء كانت محاكم دولية تختص بالمنازعات التي تنشأ بين الدول، أو محاكم وطنية مدنية أو تجارية تختص بالمنازعات التي تنشأ بين الأفراد والحكومات والمؤسسات والشركات العامة²¹⁷.

لذلك فإن الأسباب التي تدفع إلى اللجوء إلى التحكيم تنطلق من الحسنات التي يتصف بها نظام التحكيم وخصوصاً في إطار العلاقات الدولية إذ يقوم على تبسيط إجراءات الفصل في النزاع والتحرر من الشكليات بغية فصل النزاع بأقصى سرعة ممكنة²¹⁸.

حيث أن طبيعة المعاملات التجارية الدولية فرضت نظاماً خاصاً لحسم المنازعات التي تنشأ في مجال التجارة الدولية، إذ لا يتفق اللجوء إلى المحاكم في مختلف الدول مع المرونة والسرعة المطلوبة لحل هذه المنازعات، وضرورة إخضاعها لإجراءات تتسم بالسرعة وفقاً لأحكام موحدة أو متشابهة، كبديل عن اللجوء إلى القضاء الذي تختلف قواعده وإجراءاته وتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع اختلافاً بيناً في النظم القانونية المختلفة، لذلك كان من صالح ازدهار التجارة الدولية أن يظهر التحكيم كبديل مقبول عن اللجوء للقضاء، حيث تخضع دعاوى التحكيم لإجراءات سهلة وميسرة، كما تتوفر لدى المحكم المرونة في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع إذا لم يتفق أطراف النزاع على تحديده²¹⁹.

لذلك فالتحكيم أداة فعالة في تسوية النزاعات لأن مهمة التحكيم يتم إسنادها إلى المحكمين الذين يتم اختيارهم بواسطة أطراف النزاع، وذلك انطلاقاً من الثقة التي يتمتعون بها في قدرتهم على حسم النزاع، أو انطلاقاً من التخصص الذي لا يتوفر لغيرهم، مما يجعلهم أقدر من الآخرين على

فهم المسائل المعروضة عليهم والفصل فيها، لذلك فإن هذا النظام يُتيح للأفراد مهمة فض منازعاتهم التي تنشأ بالفعل أو التي يمكن أن تنشأ في المستقبل دون اللجوء إلى القضاء العام في الدولة، وذلك نظراً لبساطة هذا النظام وقلة نفقاته²²⁰.

لذلك فالتحكيم يختلف عن القضاء العادي فهو (نظام قضائي متخصص)، لأنه نشأ من أجل الفصل في المنازعات فصحيح أن المحكم مثل القاضي يصدر حكماً ينهي به الخصومة بين المتخاصمين ويفضّ النزاع بينهم، إلا أن التحكيم قضاء خاص، فلا تثبت له صفة القضاء العام وهو قضاء الدولة، بل يعتبر قضاءً خاصاً حيث تتعدّد ولايته وسلطة الفصل في النزاع بإرادة الخصوم أنفسهم، حيث يختار أطراف النزاع أعضاء هيئة التحكيم من أهل الكفاءة والخبرة والمعرفة الفنية المتعلقة بنزاعهم، وهذا على خلاف القضاء العادي الذي يكون فيه القاضي متخصص فقط في القانون ومن ثم فإنّ هذا يسمح لهيئة التحكيم بالاضطلاع

216 المصدر نفسه، ص33.

217 التحكيم وسيادة الدولة، ص7.

218 د. أياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2004، ص6.

219 الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم، ص10.

220 التحكيم في المواد المدنية والتجارية، ص17.

بمهمة الخبرة التي يحتاجها النزاع دونما الحاجة إلى ندب خبير مثل ما يحدث في القضاء العادي ، وكل ذلك يوفر على أطراف النزاع الكثير من الوقت مع تخفيض النفقات²²¹.

لذلك وبناءً على ماتقدم نجد أن الميزتان الرئيسيتان للتحكيم هما :

1- البعد عن إجراءات التقاضي أمام قضاء الدولة وما يستتبعه ذلك من زيادة النفقات التي يتحملها المتقاضون فهذه هي الفائدة العظمى التي يُحققها التحكيم للخصوم فقد وصل طول أمد إجراءات التقاضي – لأسباب كثيرة ومتنوعة إلى حد حمل المتقاضين على العزوف عنه والبحث عن تسوية منازعاتهم بعيداً عنه ، أما التحكيم فإن السرعة في إنهاء إجراءات الفصل في النزاع الذي يتم حله عن طريقه هي سمة من أهم سماته .

2- ما يحققه اللجوء إلى التحكيم للخصوم من مكنة اختيار القواعد الموضوعية التي يتم على أساسها الفصل في منازعاتهم ، فالمحكّمون لا يطبقون على موضوع النزاع المطروح عليهم وبطريقة تلقائية قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم ، وإنما القاعدة أن لأطراف التحكيم الاتفاق على القواعد الموضوعية التي يتم تطبيقها على النزاع سواء كانت هذه القواعد واردة في قانون دولة معينة أو في اتفاقية أو في أية قواعد موضوعية يتفق عليها الطرفان ، وفي الحالات التي لا يتفق الطرفان فيها على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع فإن هيئة التحكيم تطبق القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع²²².

أما المزايا الثانوية أو غير المباشرة التي يمكن أن يحققها التحكيم فأهمها:

أولاً: جلسات التحكيم تكون غالباً سرية ، وهذا وما يحقق للخصوم ميزة البعد بمنازعاتهم عن علم الآخرين بها ، فضلاً عن أن أحكام التحكيم لا يجوز نشرها ولا نشر أجزاء منها إلا بموافقة طرفي التحكيم .

ثانياً: المحكّمون عادة ما يكونون من الفنيين أو الخبراء المتخصصون في موضوع النزاع دون حاجة-كما يفعل قضاء الدولة- إلى انتداب خبير لتبصيرهم بالأمر الفنية في النزاع²²³. كما أن هذه السرية تساعد على إستمرار العلاقة بين الأطراف فهي تحافظ على سرية ما أبرموه من العقود التي قد يضرهم الكشف عنها لمنافسيهم²²⁴.

ثالثاً: حفظ العلاقة بين المتخاصمين وتقليل درجة الخلاف بينهم لأنهما تراضيا على التحكيم ، ولم يلجأ أحدهما إلى رفع دعوى على الآخر متهماً إياه بجحود حقه ، الأمر الذي ينتهي في الغالب بحكم لا يرضي أحدهما، ويذهب المتخاصمان إلى جلسات التحكيم وهما راضيان بعكس ما يجري لو رفع أحدهما دعوى على الآخر أمام المحاكم العامة متهماً إياه وهو ما يتسبب في وقوع العداوة والشحناء بينهما ويؤدي إلى أن يحمل أحدهما على الآخر .

رابعاً: التحكيم يساعد على حفظ سمعة المتخاصمين ، خاصة في الشركات العائلية والشركات الأخرى التي تخشى على سمعتها ، أن تتأثر إذا علم أن بها مشكلات داخلية ، أو أن هناك دعاوى مرفوعة ضدها .

²²¹ ،التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية ،ص 188 .

²²² قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية ،ص 41.

²²³ نظام الطعن على حكم التحكيم ، ص 17.

²²⁴ الوسائل البديلة لتسوية عقود الإستثمار الدولية ، ص 245.

خامساً: تركيز المحكمين على القضية المعروضة أمامهم وتفرغهم في الغالب بعكس ما يحدث في القضاء العام حيث يكون القاضي مُتقلاً بالقضايا²²⁵.

سادساً: لذلك فمن مزايا نظام التحكيم أيضاً تخفيف العبء على محاكم الدولة ، فكثرة القضايا ، في العصر الحديث أدت إلى أن ينوء القضاة بما يحملونه من أعباء في نظر القضايا والفصل فيها ، ولاشك أن طرح بعض هذه القضايا على محكمين خاصين من شأنه أنقاص عدد القضايا التي تنظرها المحاكم مما يؤدي إلى سرعة الفصل فيها .

سابعاً: يلتزم القاضي بتطبيق القانون الإجرائي الساري في دولته أما في التحكيم فإن للأطراف الاتفاق على الإجراءات التي يرونها مناسبة لحل ما بينهم من نزاع ، وقد يكون نزاع بسيط لا يتطلب إلا إجراءات بسيطة، كما أن للأطراف الاتفاق على إخضاع التحكيم للإجراءات التي ينص عليها أي قانون إجرائي أو أي نظام إجرائي لمركز من مراكز التحكيم حسبما يروونه مناسباً لهم وللنزاع بينهم²²⁶.

ثامناً: وكما ذكرنا آنفاً فإنه في التحكيم يمكن للطرفين اختيار شخصاً محل ثقتهما ليكون قاضياً بينهما في النزاع، أما في محاكم الدولة فإن الطرف يلتجئ إلى المحكمة دون أن يعرف القاضي الذي سينظر قضيته .

تاسعاً: وبما أن من يتم اختيارهم من المحكمين هم من الخبراء سواء كانوا أشخاصاً يتمتعون بخبرة قانونية متميزة أو خبرة خاصة في نوع من التجارة أو المقاوله أو في أي موضوع يقوم بشأنه النزاع فإن هذه الميزة تبدو واضحة ومهمة في مجال التجارة الدولية التي لها آلياتها وقواعدها الخاصة وقد لا تتوفر هذه الخبرة والمعرفة لدى قاضي المحكمة ، كما ذكرنا فيستعين القاضي بالخبراء وهذا ما يؤدي إلى استنزاف الوقت والجهد ويؤخر كثيراً الفصل في القضية²²⁷.

عاشراً: يعتبر التحكيم أداة لتشجيع الإستثمار على المستويين الوطني والدولي ، كما أنه يمثل أداة للثقة والطمأنينة في مجال التجارة الدولية ويشجع الإستثمار بين الدول فهو يطمئن المستثمر الأجنبي من مخاوف اللجوء إلى القضاء الوطني وتطبيق القانون الوطني وطول الإجراءات ومخاوفه من إجحاز القاضي الوطني إلى مواطنيه ، كما يتلافى عدم معرفة المستثمر الأجنبي والمصدر الأجنبي بالقوانين الوطنية²²⁸.

الحادي عشر: تنسم إجراءات التقاضي كما ذكرنا بالبطء والتعقيد علاوة على احتمال استطالة أمد النزاع بسبب تعدد درجات التقاضي وإمكانية الطعن في الأحكام وتفرع إشكالات التنفيذ التي قد تحكمها اعتبارات اللدد في الخصومة والمماثلة التي تحقق المقولة القائلة بأن (العدالة البطيئة نوع من الظلم) ، أما التحكيم فإنه يتم عادة بدون التقيد بإجراءات التقاضي عدا ما يتعلق منها بالنظام العام كحق الدفاع ومبدأ المواجهة... الخ وبذلك يتخلص الخصوم من البطء المعتاد أمام قضاء الدولة ، كما أنه يتم غالباً على درجة تقاضي واحدة ومن ثم فإن التحكيم يتسم بالسرعة المطلوبة ، كما ويصف الفقهاء القضاء العادي بأنه قضاء العلاقات المحطمة يحتكم إليه الخصمان فيغلب ادعاء أحدهما على ادعاء الآخر، ثم يصرفهما فترى هذا رابحاً فراحاً وذاك خاسراً محسوراً على عكس التحكيم الذي يوصف بأنه قضاء العلاقات المتصلة ، أي أن نظر هيئة التحكيم في النزاع

²²⁵، قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية ، ص 17 وما بعدها .

²²⁶ قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص 14 وما بعدها .

²²⁷ التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، ص 13 .

²²⁸ الوسائل البديلة لتسوية عقود الإستثمارات الدولية ص 245 .

بين الأطراف لا يفسد علاقاتهم وتعاملاتهم حيث يأتي إليه الطرفان والعلاقة بينهما قائمة وينصرفان عنه والعلاقة أيضاً قائمة بينهما وقد أنقشع ما أسدل عليها من خلاف²²⁹.

الثاني عشر: يتيح التحكيم للطرفين فرصة واسعة لتقديم وشرح وجهات نظرهم ومناقشتها مع المحكم ومع الطرف الآخر وذلك لأن المحكم يقوم بنظر القضية على سبيل التفرغ لها في الجلسات التي يتفق عليها مع الأطراف، وللمحكم الحرية في اختيار مكان العمل وزمانه نهائياً أو ليلاً أو أثناء العطلات الرسمية، بينما لاتتاح هذه الفرصة أمام القاضي العادي حيث ينظر عشرات من القضايا ويعتمد على المذكرات أكثر من اعتماده على الاستماع إلى الطرفين كما أن القاضي ملزم بالعمل في الأماكن والأوقات الرسمية للدولة²³⁰.

12.1.2. عيوب التحكيم :

أن التحكيم رغم كل هذه الفوائد يظل موطناً للنقد فهو نظام لا يخلو من العيوب، ومن هذه العيوب هي:
أولاً: أن المحكمين بالرغم من ثقة الخصوم بهم لا يملكون قدرة رجال القضاء وثقافتهم القانونية وتمرسهم بدرس القضايا والتحقيق فيها، مما يوقعهم في الخطأ ويُعرض مصالح الخصوم بالتالي إلى الضرر ولا مناص في هذه الحالة من اللجوء إلى القضاء لتفادي آثار أخطاء المحكمين²³¹.

ثانياً: ومن عيوبه أنه قد يلجأ المتحاكمون من بعده إلى المحاكم فيزيد عمها بدلاً من تخفيف العبء عليها، فإذا كان التحكيم قد قصد به توفير وقت المتقاضين وجهدهم فإنه كثيراً ما يكون مصدر قلقهم ويضاعف من ضياع وقتهم وجهدهم إذا فشل وإضطر الخصوم إلى

الإلتجاء بعد ذلك إلى القضاء ويكون ذلك عادة عند ورود ثغرات في شرط التحكيم أو في عقد التحكيم تسمح لأحد الخصوم بالمشاحنة وإثارة الشك في تفسير عباراته²³².

ومن الناحية العملية فقد ثبت أن الغاية المرجوة من التحكيم قد انعكست الآلية فيها فقد أصبح التحكيم من أشد الأمور تعقيداً وأشدّها وطأة على النفس ما يهون بجانبها سلوك التقاضي أمام المحاكم المدنية حيث أثبت الواقع أنه لاتكاد تخلو حالة من اللجوء إلى القضاء إما للطعن في صحة التحكيم أو في حكم المحكمين أو بخصوص تعيينهم في الأحوال التي لم يتفق فيها الخصوم على اختيارهم، أو في الحالات الأخرى التي يعتذر فيها أحد المحكمين عن المهمة، أو لا يتم فيها عمله ويقضي تعيين محكم بدله، أو عند اختلاف المحكمين أو تراخيهم أو تباطؤهم أو في صورة اختيارهم أو اشتداد المخاصمات بين أطراف النزاع، لا- كما قيل - الاختصار في الوقت، والاقتصاد في النفقات²³³.

ويرجع سبب هذا العيب أيضاً إلى أن الخصوم أنفسهم نتيجة عدم مراعاة الدقة في تحرير عقد التحكيم أو شرطه، وخاصة وأن التحكيم متعدد الأنواع، كما ذكرنا آنفاً فقد يكون مطلقاً أو مقيداً (بالصلح أو بالقضاء)، كلياً أو جزئياً، دائماً أو مؤقتاً، إجبارياً أو اختيارياً، وعندئذ قد يطول البحث ويتعقد للكشف عن حقيقة ما يقصده الخصوم من اتفاقاتهم، عند الاختلاف في تفسيرها²³⁴.

²²⁹ النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ص43 وما بعدها

²³⁰ د.ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1996، ص70.

²³¹ شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، ص 397.

²³² التحكيم في القوانين العربية، ص 21.

²³³ الوجيز في التحكيم، ص20.

²³⁴ د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون رقم طبعة، 2007، ص 11.

ثالثاً: وصحيح أن التحكيم مصدره اتفاق الأطراف حيث يعد هذا الاتفاق دستور التحكيم وعموده الفقري إلا أن هذا الطابع الاتفاقي لا يخلو من المتاعب التي ترجع إما إلى عدم خبرة الأطراف بالعملية التحكيمية فلا يجيدون صياغة اتفاق التحكيم أو إلى عدم خبرة المحكمين أنفسهم فضلاً عما قد يشوب أسلوب وطريقة إدارة الدعوى التحكيمية من قبل مركز التحكيم المتفق على اختصاصه من مخالفات وتجاوزات²³⁵.

رابعاً: التحكيم مقصود به أساساً منع القضاء العام في الدول النامية من نظرمنازعات عقود الاستثمارات الاقتصادية حتى لا يتعرض المستثمر الأجنبي والشركات العملاقة التي تمثل طرفاً هاماً في هذه العقود لتطبيق القوانين الوطنية على هذه المنازعات .

خامساً: التحكيم نظام تكاليفه كبيرة ، ولا سيما في المنازعات التجارية الدولية التي تتطلب تنقل المحكمين من مكان إلى مكان آخر ومن دولة إلى أخرى .. علاوة على أتعابهم ، وذلك يشكل عبئاً ثقيلاً على أطراف النزاع²³⁶.

سادساً: وقد قيل أيضاً في عيوب التحكيم أن الخصوم الذين يلجؤون إليه يكون الفصل في منازعاتهم على غير حد معلوم ، ولهذا يكون التحكيم من هذه الوجهة أشد خطراً من الصلح الذي يكون فيه كل طرف من الأطراف على علم مقدماً بما سيقدمه من تنازلات وكما هو واضح فإن هذا المآخذ لا يقوم على مقابلة بين التحكيم والقضاء وإنما بين التحكيم والصلح ، ذلك أن كون ما سيحكم به المحكم ليس معلوماً منذ البداية يعد أمراً من مقتضيات القضاء فمن يلجأ إلى قضاء الدولة لا يعرف مسبقاً أيضاً كيف سيكون الحكم وذلك على خلاف الصلح الذي يقبل فيه كل طرف بتنازل معين مقابل ضمانته لقدر سيأخذ²³⁷.

سابعاً: مساس التحكيم بالسيادة الوطنية للدول ، حيث تعد مسألة السيادة من أهم المسائل التي يواجهها التحكيم الدولي وذلك عندما تكون الدولة أحد أطرافه ، فكما ذكرنا أن التحكيم يمثل ضماناً للمستثمر للحصول على حقوقه أكثر من كونه ضماناً للدولة المضيفة للإستثمار ، فهو يشكل إعتداء على سيادتها وتهرب من اختصاصها القضائي وقوانينها الداخلية ، مما دفع العديد من الدول إلى العزوف عن اللجوء إلى التحكيم لمساسه بالسيادة الوطنية²³⁸.

ثامناً: عدم تنفيذ حكم التحكيم ، وتظهر هذه المشكلة في حالة صدور حكم التحكيم وتنفيذه طوعياً من قبل أطرافه ، إلا أن حكم التحكيم قد يصطدم أحياناً بعدم تنفيذه ، وتعد هذه من أكثر المشاكل التي تواجه حكم التحكيم من الناحية العملية فالطرف الذي كسب الدعوى لا يعنيه كسبها لمجرد الكسب ، بقدر ما يعنيه الحصول على حقه أي بما حكمت به هيئة التحكيم لصالحه وهذا يعني بالمقابل عودة أطراف النزاع إلى القضاء لوضع الصيغة التنفيذية ، والتي تتطلب شروطاً للتنفيذ فيكون الأطراف أمام إجراءات قضائية تلافوها بداية وفرضت عليهم في النهاية ، أما في حالة عدم توافر الشروط التي اشترطها القانون للأمر بتنفيذ أحكام المحكمين فيعني رجوع الأطراف إلى نقطة الصفر وكأن التحكيم لم يكن²³⁹.

²³⁵ أماني أبو العلا علي أبو العلالنمر، العودة إلى التحكيم بعد بطلان الحكم ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتورا ، حقوق عين شمس ، 2017 ، ص 1 .

²³⁶ شرط التحكيم في العقود التجارية ، ص 40 وما بعدها .

²³⁷ قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية الدولية والداخلية ، ص 44 .

²³⁸ الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الإستثمار الدولية ، ص 250 .

²³⁹ النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص 48 .

تاسعاً: قد تطول الإجراءات في التحكيم عن الإجراءات أمام المحاكم بسبب عدم قيام أحد الطرفين بتعيين المحكم الذي له اختياره ، أو عدم اتفاق الطرفين على المحكم الوحيد ، أو عدم الاتفاق على رئيس الهيئة ، أو بسبب التمسك ببطلان الاتفاق أو عدم شموله لما يثار في التحكيم من منازعات²⁴⁰.

عاشراً: في التحكيم إذا تفرع عن النزاع الذي أتفق الأطراف على التحكيم بشأنه نزاع آخر يرتبط به أو مس التحكيم مصالح أشخاص آخرين أو كان من اللازم إدخالهم في التحكيم للحصول على حماية قضائية كاملة فإنه لاسبيل إلى توسيع نطاق التحكيم دون رضا ذوي الشأن ، في حين أن نطاق الخصومة أمام القضاء يمكن أن يتسع لتتسع الناحية الموضوعية (الطلبات المرتبطة) ومن ناحية (تدخل الغير واختصاصه) دون رضائهم جميعاً.

الحادي عشر: يصدر حكم التحكيم – في بعض التشريعات ومنها القانون المصري – غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن التي ينص عليها قانون المرافعات ، وذلك على خلاف حكم القاضي الذي يصدر غالباً قابلاً للطعن فيه بالاستئناف ثم بالنقض أو التماس إعادة النظر ، وهو ما يتيح الفرصة للخصوم للوصول إلى حل عادل للنزاع²⁴¹.

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي من طرق الطعن المقررة ضد قرار المحكم فإنه يجوز الطعن فيه بكافة الطرق عدا الاعتراض ، وهذا يعني أنه يقبل الاستئناف والتمييز وتصحيح القرار وإعادة المحاكمة استناداً لأحكام المادة (275) من قانون المرافعات المدنية العراقي والسبب في عدم قبول الطعن – بالاعتراض هو أن عقد التحكيم قد تم برضا الطرفين فإذا تخلف أحدهما عن الحضور فإنه يكون قد قصر في حقه فلا يلوم إلا نفسه فضلاً عن ذلك أن الاعتراض يتنافى مع مبدأ السرعة التي هي من أهم دعائم ومقاصد التحكيم²⁴² .

ولأن الخصوم لا يمكن أن يكونوا على جهل بمهمة التحكيم وماتقتضيه من وجوب الإدلاء بدفاعهم وطلباتهم ، ذلك وأن صدر القرار بغيبه أحد الخصوم بعد التأكد من التبليغ وفق القانون ، وقد جاء في الأسباب الموجبة لقانون المرافعات العراقي ، أن الحكم الذي يصدر في هذه الدعوى لا يقبل الطعن بطريق الاعتراض وإنما يقبل الطعن بالطرق الأخرى كسائر الأحكام فإذا كانت قيمة الدعوى تزيد عن ألف دينار جاز استئناف الحكم ، وبناءً على هذا فإنه يطعن بقرار المحكمة الصادر بتصديق قرار التحكيم أو بطلانه بالاستئناف والتمييز وإعادة المحاكمة وفقاً للقواعد المقررة لكل طعن ، لأن التحكيم لا يحول دون الضمانات التي فرضها المشرع للمتقاضين لدى القضاء العادي ، وأن الحكمة من تقرير طرق الطعن هي أن استقرار الحقوق لدى أصحابها يقتضي احترام الأحكام ، فلا يطعن فيها إلا بطرق خاصة وبإجراءات محددة وفي مواعيد معلومة بحيث إذا أنقضت تلك المواعيد دون ولوج أي طريق من طرق الطعن في الحكم أصبح غير قابل للنقض عليه وعد في نظر المشرع والكافة عنواناً للحقيقة وأوصد كل سبيل لإعادة النظر فيه²⁴³.

وسوف نعود للكلام عن طرق الطعن والبطلان بصورة أكثر تفصيلاً في الفصل الثاني من هذا البحث ، إلا أن الباحث يؤيد موقف المشرع المصري ويراه أكثر صواباً من المشرع العراقي وذلك لأن أهم صفة يتميز بها التحكيم وأهم غاية تبرر اللجوء إلى هذا القضاء الخاص الاستثنائي هي المرونة وسرعة الفصل في

²⁴⁰ قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص 16 .

²⁴¹ التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً ، ص 16 .

²⁴² التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي والمقارن ، ص 85 .

²⁴³ شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، ص 497 .

المنازعات ، التي يتسم بها هذا القضاء لذلك فإن إباحة الطعن في الأحكام والقرارات التحكيمية بكل طرق الطعن المقررة في قانون المرافعات من شأنه عرقلة وإطالة وتأخير الفصل في الخصومات فبالإضافة إلى طرق الطعن في الأحكام هناك حالات يبطل فيها الحكم التحكيمي وقد حددها القانون العراقي والمصري حصراً وأيضاً سوف نتطرق لها لاحقاً وكان من الاجدر بالمشرع العراقي الاكتفاء بها كما فعل المشرع المصري لكن المشرع العراقي قد نص على حالات البطلان وحددها حصراً بحيث يمكن للمحكمة إذا تحققت إحدى هذه الحالات أن تبطل الحكم التحكيمي من تلقاء نفسها أو بناءً على تمسك أحد الخصوم بهذا البطلان بالإضافة إلى إباحة الطعن بالقرارات التحكيمية بكافة الطرق ما عدا الاعتراض ... إذ ما الفرق هنا بين القضاء العادي والتحكيمي؟ وهل يبقى للحكم التحكيمي أهميته وقوته في هذه الحالة؟ لذلك كان من الاجدر بالمشرع العراقي أن يسلك مسلك المشرع المصري في هذا الشأن .

لذلك فإن جوهر التحكيم هو الحكم الذي يصدر من المحكمين وتنفيذه لا يتوقف على هوى الأطراف بل هو كالحكم القضائي الصادر من محاكم الدولة يكون ملزماً لمن صدر في مواجهتهم وعليهم احترامه بل ويُجبروا على تنفيذه كما أنه يحوز حجية الأمر المقضي فيه فيما فصل فيه من منازعات إلا أن ذلك لا يمنع من وجود الرقابة القضائية على هذه الأحكام والقصد من هذه الرقابة أن يثبت القضاء من خلو الحكم التحكيمي من العيوب الجوهرية التي تشوبه أو تمنع تنفيذه²⁴⁴.

وعلى الرغم من هذه العيوب والانتقادات التي وجهت لنظام التحكيم إلا أنه لا يمكن إنكار أهميته ولاسيما في الوقت الحالي فقد سبق وأن أوضحنا أن نظام التحكيم قد عرفه الإنسان منذ قديم الأزل ، حتى قيل القضاء الذي وجد مع وجود الدولة ، وها نحن في العصور الحديثة أحسننا بما أحس به الأقدمون من رغبة في التحرر من قيود القوانين الوطنية التي من أثارها أن الكثير من القضايا يفصل فيها على مدى عشرات السنين وليس عدلاً ذلك الحق الذي يصل إلى ذويه بعد حقه من الزمن بل هو إلى الظلم أقرب وأدنى²⁴⁵.

ولا سيما في مجال التجارة الدولية فمع تزايد أهمية وضرورة التحكيم التجاري الدولي في العصر الحالي تسارعت حُطى التحكيم في مختلف أنحاء العالم فتوالى صدور قوانين التحكيم في الدول العربية والأجنبية²⁴⁶. فالتحكيم وسيلة تستخدم للحصول على قضاء قابل للتنفيذ في دولة أو أكثر ومزاياه تفوق بكثير عيوبه ، فهو كوسيلة قد يحسن أو يُساء استخدامها فإذا قام المحكم أو هيئة التحكيم بواجبهم تحققت مزاياه ، ولكن هذه المزايا تتلاشى وتقلب إلى ضدها وتكون النتيجة شراً بل شراً محضاً عندما تحيد إجراءات التحكيم عن قواعده السليمة عن قواعده السليمة فيتصدى للتحكيم محكمون غير أكفاء يشوب سلوكهم التحيز فيعالجون الوقائع في ظل مصالح شخصية ضمن إجراءات خاطئة تقودهم في النهاية إلى حكم مجانب للعدل ومجانِب للصواب فتحل الكارثة لأن قرار التحكيم مهما كان مجحفاً فهو نهائي وملزم وواجب النفاذ²⁴⁷ .

أدأ التحكيم هو من أهم البدائل لحل مشكلة تكسد القضايا أمام المحاكم وعدم فعالية الأحكام وقصورها عن الاستجابة لمتطلبات التجارة الداخلية والدولية على السواء، فطبقاً للإحصائية الصادرة عن الهيئة الدائمة لغرفة التجارة الدولية بباريس تمثل قضايا التحكيم ذات الطرف العربي أعلى نسبة من بين عملاء الغرفة ، إذ بلغت في الفترة من 1981 – 1995 نسبة هذه القضايا 14% من مجموع قضايا التحكيم التي تنظرها الغرفة ،

244 أنظر: د. إبراهيم عبد المنعم الشواربي ، ضوابط تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والوطنية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط1 ، 2013 ، ص 9 .

245 بطلان حكم التحكيم ، ص 30 .

246 التحكيم الدولي الخاص ، ص3

247 اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، ص74 .

وكان مجموع القضايا ذات الطرف العربي 760 قضية كان الطرف العربي المدعي في 279 منها بينما كان مدعى عليه في 481 قضية ، وتقدر قيمة هذه القضايا بعدة مليارات من الدولارات ومن هنا تتضح أهمية التحكيم باعتباره قضاء العصر الذي يتفق والحجم الهائل للاستثمارات الدولية التي تناط بالشركات العملاقة متعددة الجنسيات والتي لا يتفق حجم وطبيعة نشاطها مع بطء التقاضي الوطني واختلاف إجراءاته من بلد إلى آخر ، ومن هنا أصبح من الضروري توافر خبرة عربية عالية المستوى في مجال التحكيم متمرس على العمل في هذا المجال بكفاءة واقتدار ولاسيما مع ظهور العديد من مؤسسات التحكيم الدولية التي يحتكر الطرف الأجنبي عضويتها إذ أصبح الطرف الأجنبي هو الخصم والحكم وهو وضع يهدد المصالح الاقتصادية للعالم العربي في عالم التحكيم²⁴⁸.

وعلى كل حال فإن من ينتقد التحكيم و يقول بعيوبه حتى مع فرض وجودها لا يستطيع أن يجحد المزايا الثابتة التي يحققها التحكيم والتي جعلت منه وسيلة مفضلة لفض المنازعات بين معظم الشركات وكبار التجار²⁴⁹.

فبالنسبة للعيب المتمثل بأن التحكيم آليه من آليات الدول المتقدمة لمنع القضاء الوطني في الدول النامية من نظر منازعات عقود التنمية الاقتصادية ، فإن هذه الدول شئنا أم أبينا هي دول متقدمة فعلاً ولم تتقدم عن طريق التحكيم ، أما بالنسبة لهيمنة الدول المتقدمة واحتكارها صياغة قواعد التحكيم فهذا يمكن التغلب عليه بتأهيل مفاوضين ذوي كفاءة عالية وكذلك سن تشريعات تحمي المصالح الوطنية والتوجه نحو دراسة وتحليل قواعد التحكيم وبهذا يمكن التغلب على هذه العيوب ، أما بالنسبة لعودة تنفيذ حكم التحكيم إلى القضاء فهذا أمر مسلم به لأنه لو ترك الأمر للأفراد لسادت الفوضى ، وبالنسبة لتحقيق شروط التنفيذ في الحكم فيمكن التغلب على هذا العيب بمراعاة القواعد القانونية السليمة التي لا يشوبها أي عيب بدءاً من الاتفاق على التحكيم وانتهاءً بإصدار الحكم²⁵⁰.

أما بخصوص ما قيل بأن تكاليفه باهضة فيقابلة الجانب الآخر ميزة السرعة في الإجراءات ، حيث أن بطء إجراءات التحكيم في القضاء الرسمي يطول معها أمد النزاع ولا يخلو من التكلفة العالية ، مما يجعل السرعة مع التكلفة أهون نوعاً ما من البطؤ مع التكلفة ، وأما ما قيل بخصوص أن هيئة التحكيم ليس لها دراية كافية بالقانون فدحض ذلك بأن معظم قرارات التحكيم صدرت من محكمين هم من كبار رجال القانون والقضاء²⁵¹. ومن هنا كانت أهمية التحكيم في فض المنازعات ، وإزالة المشاحنات وقطع الخصومات ، حيث أثبت التحكيم جدواه وظهر أثره ومعناه حتى أصبح واقعاً محترماً ونظاماً متبعاً في جميع الدول بل أنشأت له المحاكم والهيئات والمراكز المحلية والإقليمية والدولية²⁵².

وأن ما ذكر من مساوئ ماهي إلا معالجات لثغرات يمكن أن يتخللها نظام التحكيم فيخصوص ما قيل عن رجوع المحكّمين إلى القضاء من بعد لجوئهم للتحكيم ، حيث أن تحقيق العدالة يتطلب في بعض الأحيان تدخل القضاء لتصحيح المسار ولا يمكن عد ذلك من المساوئ التي يمكن تسجيلها على نظام التحكيم الذي أخذ يتسع وينتشر في كل البلدان ، حيث أن المشرع لم يحرم المحكّمين من اللجوء إلى المحاكم لضمان حقوقهم المقدسة

248 الوجيز في التحكيم وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، ص 11 وما بعدها .

249 قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية الدولية والداخلية ، ص 45 .

250 النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص 49 .

251 شرط التحكيم في العقود التجارية ، ص 43 .

252 التنظيم القانوني لبطان حكم التحكيم ، ص 40.

التي لايجوز التنازل عنها لأن القبول بالتحكيم لايعني النزول عن حماية القانون وعدم اللجوء للقضاء وإنما مجرد إحالة النزاع إلى هيئة تحكيمية بدلاً من المحكمة ، وهذا ما أجازته المشرع العراقي حيث أشار إلى التجاء أحد الطرفين المحتكمين إلى المحاكم غير معتمد بشرط التحكيم في الوقت الذي أعطى فيه للطرف الآخر حق التمسك بعقد التحكيم والاعتراض على نظر المحكمة للدعوى في أول جلسة فقد جاء في المادة 253/ 2 من قانون المرافعات العراقي مايلي (ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى جاز نظر الدعوى وعد شرط التحكيم لاغياً²⁵³. ولا يؤيد الباحث الانتقادات والعيوب التي وجهت لنظام التحكيم فمادامت الحاجة للتحكيم ضرورية جداً ولا مفر من اللجوء إليه ولا سيما في ظل تطورات الحياة بصورة عامة والتجارة بصورة خاصة في وقتنا الحاضر والتي تطورت و استحدثت معها عقوداً تجارية تكلف المئات بل المليارات من الدولارات لذلك فبدلاً من التمسك بهذه الانتقادات وتعداد المساوي والعيوب لنظام التحكيم فقط لتبرير تقليص اللجوء إليه والتقصير في مواكبته ومواكبة تطوراتها ، كان من الأولى والأجدر بالدول النامية والتي أغلبها لاتمتلك نظام ومراكز متطورة للتحكيم وكفاءات وخبرات عالية في هذا المجال أن تعمل على وضع حلول لهذه العقبات والمشاكل من خلال تطوير قوانين التحكيم الخاصة بها وتخصيص مراكز مهمة وذات شأن في مجال التحكيم وفتح معاهد ودورات خاصة بالتحكيم على غرار المعهد القضائي لتأهيل محكمين ذو خبرة ودراية بكافة جوانب هذا النظام بدلاً من أن تكون الطرف الضعيف المذعن الذي لايملك سوى الخضوع بحيث تصبح ضحية لمراكز التحكيم العالمية الخاصة بالدول المتقدمة اقتصادياً وتخضع لها ولشروطها التي قد تكون عنصرية وتعسفية أحياناً²⁵⁴.

1.2.1.3. تمييز التحكيم عن غيره من وسائل فض المنازعات:

أن طول فترة التقاضي أمام المحاكم وارتفاع تكاليفها أيضاً عند اللجوء إلى القضاء العادي قد أدى إلى ظهور مفاهيم جديدة لحل النزاعات بين المتخاصمين منها مفهوم الوسائل أو الحلول البديلة لتسوية المنازعات أو الطرق المناسبة لفض المنازعات او كما تسمى في الوقت الحاضر

(Appropriate Dispute Resolution):

وهي وسائل او عمليات مختلفة تستخدم لحل المشكلات أو المنازعات خارج نطاق المحاكم و الهيئات القضائية الرسمية مستفيدة من مزايا السرعة في حسم النزاع والحفاظ على السرية وخفض التكاليف في أوضاع كثيرة، إضافة إلى مرونتها من حيث إجراءات حل النزاع والقواعد المطبقة عليه وانطلاقاً من هذا المعنى يخرج التقاضي عن إطار هذا التعريف ، فهو لا يعد وسيلة بديلة لحل المنازعات بل وسيلة أصيلة كما ذكرنا²⁵⁵. لذلك فالوسائل البديلة هي تلك الآليات التي يلجأ إليها الأطراف عوضاً عن القضاء العادي عند نشوء خلاف بينهم بغية التوصل لحل لذلك الخلاف ، وصحيح أن القضاء منذ القدم ولا يزال الوسيلة الأساسية لحل النزاعات ، لكن مع تطور ظروف التجارة والإستثمار الداخلي والدولي نشأت إلى جانب القضاء وسائل أخرى لحسم

253 التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني ، ص 24.

254 الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الإستثمارات الدولية ، ص 95 .

255 -الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الإستثمارات الدولية ، ص 95 .

المنازعات وبذلك ظهر التحكيم متطور مع تطور التجارة الدولية وقد ظهرت إلى جانب التحكيم وسائل أخرى كالوساطة والتوفيق.. الخ²⁵⁶

وصحيح أنه لا أحد يستطيع أن ينكر الحقيقة الثابتة وهي بأن القضاء هو الحق المكفول لكل فرد في المجتمع وهو من أهم الوسائل في فض المنازعات والخصومات وإحقاق الحق وحفظ الأموال وردع الظالم ونصرة المظلوم إلا أن هناك وسائل أخرى لا تقل شأنًا عن القضاء وتعد مكملة له في حل الخلافات وفض النزاعات وهي (الوسائل البديلة)²⁵⁷.

حيث كان القضاء ولا يزال الوسيلة الأساسية لحل النزاعات لكن كما ذكرنا هناك عوامل وأسباب عديدة أدت إلى ظهور الوسائل البديلة واللجوء لها بدلاً من القضاء وهي نفسها الأسباب والعوامل التي تبرر اللجوء إلى التحكيم ومن ضمنها تطور ظروف التجارة والاستثمار الداخلي والدولي لذلك نشأت إلى جانب القضاء وسائل أخرى لحسم المنازعات وأهمها التحكيم بحيث لم يعد من المبالغة القول بأن التحكيم لم يعد وسيلة بديلة لحسم المنازعات المدنية والتجارية بل أصبح أو يكاد يصبح الوسيلة الوحيدة الأساسية لحسم المنازعات التجارية الدولية وإلى جانب التحكيم ظهرت الوساطة والتوفيق وهذا الشكل من العدالة قديم جداً أقدم من عدالة الدولة²⁵⁸. وعلى الرغم من أن الفروقات بين التحكيم والقضاء واضحة ويمكن استنتاجها من خلال تعرضنا لمزايا وعيوب التحكيم لكن ذلك لا يمنع من توضيحها بصورة أكثر دقة و تفصيلاً لهذا فلا بد أولاً وقبل التطرق للتمييز بين التحكيم وهذه الوسائل البديلة التمييز بينه وبين (القضاء العادي) كوسيلة أصيلة لحل المنازعات.

1- أوجه الشبه والاختلاف بين التحكيم والقضاء : القضاء هو وسيلة لحسم المنازعات بحكم ملزم صادر عن هيئة دائمة تضم قضاة مستقلين معينين مسبقاً ، فيتضح من هذا التعريف أن التحكيم والقضاء يتشابهان في أنهما وسيلتان لحسم المنازعات عن طريق التسوية القضائية كما يتشابهان في أن قراراتهما ملزمة للأطراف المتنازعة ، كما أن طول الإجراءات المتبعة في التحكيم والتركيز على جانبها القانوني دون العناية الكافية بالنزاع ذاته يضيف عليه بعض خصائص التسوية القضائية ، لذلك يرى بعض الفقهاء أن التحكيم وإن كان أساسه إرادة الطرفين إلا أن طبيعته عمل قضائي وبالتالي فإن القرارات التي تصدر عنه هي قرارات قضائية هدفها تطبيق العدالة²⁵⁹.

وأن التحكيم وإن كان قضاءً خاصاً فإنه يشبه القضاء العادي للدولة من ناحية أن كل منهما يفصل في النزاعات المعروضة عليه بهدف تحقيق العدالة وإعطاء كل ذي حق حقه في الوقت المناسب²⁶⁰.

كما أن القاعدة الأساسية في القانون هي أن حكم التحكيم يخضع لنفس الشكل المقرر للأحكام القضائية من حيث صدور حكم المحكمين باسم السلطة العليا للبلاد واعتبار حكم التحكيم بمثابة ورقة رسمية شأنه في ذلك شأن الأحكام التي تصدر عن القضاء العادي للدولة ومن ناحية أخرى فإن قضاء الدولة والتحكيم يتشابهان من حيث الآثار التي يترتبها كلا منهما سواء كان الحكم القضائي أو حكم التحكيم ، ومنها حجية الأمر المقضي

256 الوسائل البديلة عن القضاء ، ص 30 وما بعدها .

257 أ.م.د. فرست عبدالله الريملي، الوسائل البديلة عن القضاء أهميتها - مشروعيته - أنواعها في ضوء القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، مجلة جامعة دهوك ، المصدر السابق ، ص 432 .

258 الوسائل البديلة عن القضاء ، ص 30 .

259 د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، وسائل تسوية المنازعات في ظل منظمة التجارة العالمية ، مجلة جامعة دهوك ، المصدر السابق ، ص 251 .

260 د. فهيمة أحمد علي القماري ، الوسيط في سلطة القضاء إزاء خصومة التحكيم ، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، ط1، 2016، ص 24 .

والقوة التنفيذية للحكم لكلا منهما ، بالإضافة إلى ذلك فإن التحكيم والقضاء يتشابهان من حيث احترام كلا منهما ل ضمانات التقاضي ، والتي تتمثل في احترام حقوق الدفاع ، ومبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم ، وحق الأثبات ، وحق العلم ، وشهادة الشهود ، وإلزام خصم في تقديم مستند تحت يده والمداولة قبل إصدار الحكم ، وأيضاً احترام القواعد القانونية المتعلقة بإجراءات سير الخصومة²⁶¹. وعلى الرغم من هذا التشابه بين التحكيم والقضاء إلا أن بينهما تبايناً يتجلى في بعض الفروق الجوهرية والتي نذكر منها :

أولاً: القضاء هو سلطة من سلطات الدولة العامة والقاضي موظف عام له ولاية قضائية عامة دائمة يصدر أحكاماً قضائية ويتقاضى أجره من الدولة ولا يتقاضى أجراً من الخصوم ، بينما التحكيم فمنشأه اتفاق الخصوم كما أن المحكم له ولاية قضائية خاصة ومؤقتة ، وهي ولاية خاصة لأن مهمته تقتصر فقط على الفصل في النزاع المطروح أمامه فقط من قبل أطرافه أما كونها مؤقتة لأن وجودها مرهون بوجود النزاع حتى ينتهي بأي طريق من طرق إنهاؤه من بينها إصدار المحكم الحكم المنوط إصداره في هذا النزاع فتزول عنه هذه الولاية ويعود بعدها المحكم فرداً عادياً .

ثانياً: في قضاء التحكيم تملك هيئة التحكيم صلاحيات واسعة للتوصل إلى القرار وقد تطبق قواعد القانون (التحكيم القضائي) أو قواعد العدالة (التحكيم بالصلح) حسب إرادة الخصوم على عكس القضاء فإن القاضي ملزم بتطبيق قواعد القانون²⁶².

ثالثاً: ليس للمتقاضين إختيار القاضي الذي يفصل في النزاع ، أما التحكيم فهو إتفاق ينشأ بمقتضاه نظام إجرائي قضائي مؤقت قاصر على نزاع معين بنطاق محدد يقوم عليه شخص عادي له ولاية قضائية مؤقتة تنتهي بإصدار الحكم المنوط به إصداره²⁶³.

رابعاً: يشترط في التحكيم رضاء الخصمين على شخص المحكم ، بخلاف القاضي الذي لا يشترط فيه ذلك فولايته عامة كما ذكرنا ودائره أوسع بعكس التحكيم فولايته خاصة وبها حدود معينة ، ولأطراف التحكيم عزل المحكم قبل إصدار الحكم في القضية بخلاف القاضي الذي يُولى القضاء ويُعزل من قبل السلطة المعينة له ويكون مقيد بتشريعات البلاد التي تولى المنصب فيها²⁶⁴.

خامساً: أن أغلب القوانين تمنع أن يمارس القاضي أية وظيفة أو مكاسب عند تعيينه كقاضي ومنها العمل كمحكم ما لم يحصل على إذن من جهة معينة وهي في القانون العراقي (مجلس القضاء) ، ونجد أن المحكم يقوم بممارسة التحكيم كأداة خصوصية لحسم النزاع ، بينما القاضي يمارس القضاء والذي يعد طريقاً عاماً لحماية الحقوق والمراكز القانونية²⁶⁵.

سادساً: أن القاضي يلتزم بالقواعد الإجرائية والموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع بينما المحكم لا يلزم منه إتباع هذه القواعد فيما عدا القواعد التي تتعلق بالنظام العام .

سابعاً: وأن ولاية القاضي عامة فينظر جميع القضايا التي تعرض عليه بينما ولاية المحكمين مقصورة على قضية المتخاصمين الذين رضوا بأن يحكم في تلك القضية المعروضة حصراً ولا تتعدى سلطاته إلى قضية

261 المصدر نفسه ، ص 25 .

262 التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية ، ص 192 .

263 الوسائل البديلة لتسوية عقود الإستثمار الدولية ، ص 223.

264 شرط التحكيم في العقود التجارية ، ص 18 .

265 المحكم التجاري الدولي ، ص 33 .

أخرى ، كما أن حكم المحكّم قاصر على المحكوم عليه فقط ولو ثبت ببينة أما حكم القاضي فيتعدى المحكوم عليه ، ولا يجوز للمحكم أن يستخلف غيره ليتولى التحكيم نيابة عنه إلا بموافقة الطرفين لأن الرضا بالتحكيم مرتبط بشخصه أما القاضي فيجوز له أن يستخلف غيره في نظر القضايا المعروضة²⁶⁶.
ثامناً: كما أن التحكيم لا يتقيد ببلد معين فللمحكّم أن يحكم في البلاد كلها ما لم يقيد السلطان أي أن التحكيم غير مقيد بالاختصاص المكاني على عكس القاضي الذي يتقيد به²⁶⁷.
تاسعاً: إذا كان حكم التحكيم باطلاً يكون للقاضي الحكم ببطلانه ، أما القاضي فهو لا يبطل حكمه إلا عن طريق حكم صادر من محكمة أعلى درجة منه²⁶⁸.

عاشراً: وأخيراً فالقاضي لا بدّ أن لا تربطه بأي من الخصوم أية رابطة قد تؤثر على حياديته حسب قواعد عدم صلاحية القاضي الواردة في قانون المرافعات العراقي بالمادتين (91 و93) مع أن المحكّم يمكن رده لذات الأسباب التي يرد بها القاضي ، ومع ذلك فما قيل أنفاً بشأن القاضي غير مطلوب بالنسبة للمحكّم متى ما كانت هذه الروابط والعلاقات مع الخصوم معلومة لديهما قبل اختياره ، وذلك لأن طرفي النزاع يتفان على التحكيم بعيداً عن القضاء ويختارون شخصاً يتقون به لحسم النزاع ، أما إذا كانت هذه الروابط غير معلومة لأحد الطرفين ويعلم بها الآخر فمن الممكن أن تؤثر على اختيار المحكّم مما يستوجب رده²⁶⁹.

2- أوجه الشبه والخلاف بين التحكيم والخبرة : تعتبر الخبرة من ضمن الأمور الاستشارية التي قد يلجأ إليها القاضي عندما تتطلب الدعوى المعروضة أمامه ذلك لكونها تتعلق بأمر غير قانونية كأن تكون فنية أو عملية أو مهنية لا تدخل ضمن اختصاص القاضي إنما تدخل ضمن اختصاص الخبير²⁷⁰.
 فالخبير هو كل شخص له معرفة أو دراية بعلم معين أو فن من الفنون يستطيع من خلالها إبداء الرأي إذا ما طلب منه ذلك من قبل القضاء ، والذي يقدمه الخبير من خدمات إلى القضاء يكون ضمن حدود السلطة التقديرية للقاضي فله كامل الحرية في الأخذ أو عدم الأخذ بها²⁷¹.
 لذلك فالتحكيم والخبرة يشتركان في أن كل منهما يقتضي استعانة الخصوم بأشخاص آخرين ، لإبداء الرأي في الموضوع المتنازع فيه ، غير أنهما يختلفان في أن المحكّم في عقد التحكيم يقوم بمهمة القضاء أي أنّه يصدر حكماً يحسم النزاع الحاصل بين أطرافه ، وعلى ذلك فشأنه شأن الحاكم أو القاضي في أنّه يفرض رأيه على الخصوم فرضاً ، في حين إنّ مهمة الخبير محصورة في إبداء الرأي فقط فيما يُعرض عليه ، كما وأنّ رأيه غير ملزم للطرفين أو للمحكمة ، ويختلف التحكيم عن الخبرة أيضاً في أن التحكيم يتقيد بالإجراءات والمواعيد المقررة في باب التحكيم ، أما الخبير فأنه يكتب تقريراً ولا يتقيد إلا بالإجراءات والمواعيد المقررة في باب الإثبات وفي فصل الخبرة²⁷².

266 التحكيم وبطلانه بين التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية، ص188 .

267 التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ، ص 205 .

268 الوسيط في سلطة القضاء ازاء خصومة التحكيم ، ص 27 .

269 المحكم التجاري الدولي ، ص 34 .

270 أحكام عقد التحكيم وأجراءاته ، ص 46 .

271 المصدر نفسه ، ص 46.

272 الوجيز في التحكيم ، ص 24 .

ومن الجدير بالذكر أنه حتى ولو أتفق الأطراف على اعتبار رأي الخبير يأخذ الطابع الجبري ، فيظل الحق للطرف الذي يرغب بطرح الموضوع أمام القضاء قائماً أما قرار المحكم فأنه ملزم ويقبل التنفيذ بمجرد وضع الصيغة التنفيذية عليه دون الحاجة لحكم قضائي ، والخبير هو شخص يتمتع بمعرفة في حقل معين يمكن لأطراف الخصومة الاستفادة من هذه الخبرة إذا كانت متصلة بموضوع خصومتهم ، فيقوم بمعاينة الحالة ودراستها وينظم تقريراً يوصف عادة بأنه تقرير فني ولا يتقيد بأصول قانونية محددة ، وهذا على عكس ما يقوم به المحكم ، فلا يشترط بالمحكم أن يكون من ذوي الخبرات أو التخصصات ، بل يكفي أن يكون ذا قدرة ، ووظيفته ليست بالوظيفة الفنية ، وإنما عمله ذو طابع قضائي يتقيد بأصول وقواعد قانونية أمره في كثير من مهامه ومتقيد بالنصوص القانونية الواردة بقانون التحكيم ، فيصدر عنه بالنتيجة حكم يحوز الحجية ويلتزم المتخاصمون بالقبول به²⁷³.

لذلك نجد أن دور الخبير ينحصر في تقديم تقرير يساعد القاضي في تكوين قناعته للوصول إلى حكم ينهي به الخصومة المطروحة عليه وهو غالباً ما يكون من أصحاب التخصصات ويلتزم بمعاينة الحالة التي يكلف بها ويقوم بدراستها أو إجراء قياساتها طبقاً للحالة وينظم تقريراً يوصف عادة بأنه تقرير فني يقدمه إلى القاضي بعد تحليفه اليمين أو إلى المحكم ، ويجب عرض تقرير الخبرة على المحكمين لإبداء رأيهم فيه احتراماً لمبدأ المواجهة بين الخصوم ، ويحضر على الخبير الإدلاء برأيه في المسائل القانونية أو التصدي لمسائل فنية خارجة عن حدود المهمة الموكلة إليه ، وقد يبدو في بعض الأحيان أنه من الصعب تحديد حقيقة المقصود من المهمة الملقاة على شخص ما إذا كانت مهمة تحكيم أم خبرة والعبرة في تكييف الوضع بحقيقة المقصود من المهمة المسندة للشخص وليس للألفاظ التي يوصف بها الأطراف هذا الشخص فقد يُصِف مثلاً بأنه محكماً ، بينما تكييف مضمون مهمته تُعد خبرة ففي هذه الحالة يُعد خبيراً وليس محكماً²⁷⁴.

وقد لا يكفي أحياناً القول بأن مهمة الخبير تتعلق بالوقائع ومهمة المحكم تتعلق بالقانون ، إذ يمكن أن يُناط بالشخص حل نزاع يتعلق بالوقائع ويكون قراره حكم تحكيم ، كما لا يكفي القول بأن القرار إن كان ملزماً فهو تحكيم وإن لم يكن فهو خبرة فنية ، ذلك أنه قد يحدث أن يتفق طرفان - خارج القضاء - على اختيار خبير فني لإبداء رأي ملزم لهما في مسألة فنية بحتة ، ويكون قراره نهائياً ملزماً لهما وهو ما يقربه من المحكم ، ومع ذلك فليس لقراره صفة قضائية ولهذا لا يعتبر ما يصدره حكم تحكيم ، إذ إن مهمة هذا الشخص تتعلق بمسألة فنية بحتة وليس بنزاع قانوني بالمعنى الصحيح²⁷⁵.

لذلك يظل الفيصل بين مهمة المحكم والخبير هو الهدف الذي تبتغيه المهمة فإذا كانت الاستشارة والاستئناس كانت الخبرة وإذا كانت استظهار حكم القانون والعدالة في نزاع يحسمه كان التحكيم ، فتحقيق الوقائع مهمة المحكم قد يقوم بها بنفسه وقد يعهد بها إلى خبير إلا أنه لا يعهد له بتحقيق المسائل القانونية وحتى في الحالات التي يكون فيها الخبير قانوني فإنه لا يستطيع إعمال حكم القانون عليها لأنه يتولى مهام تقييم الوقائع أو القانون عليها دون الجمع بينهما ، أما في الحالات التي يستعين فيها الأطراف بخبير والاتفاق على الالتزام برأيه فإن هذا لا يجعل منه محكماً ويظل حكمه غير قابل للتنفيذ ولا يتمتع بالحجية²⁷⁶.

273 التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني ، ص 47 .

274 دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، ص 59 .

275 قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص 26 .

276 المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، ص 117 .

ومن الفوارق الأخرى أيضاً بين التحكيم والخبرة هي أن الاستعانة بالخبير قد تكون من الأطراف أنفسهم أو من المحكم أو هيئة التحكيم وقد تكون من جهة ثالثة (الخبرة المنظمة) عن طريق القضاء والذي يستعين بتقارير الخبراء وأما التحكيم فإنه يكون بمجرد اتفاق بين أطراف النزاع أنفسهم ولا يملك الأطراف العودة وطرح النزاع على محكمين آخرين أو رفع دعوى قضائية جديدة إلا باتفاقهم ، كما أن المحكم يصدر قراره بناءً على ما يُقدم له الأطراف من مستندات ومرافعات أما الخبير فإنه يعتمد على معلوماته وخبراته الذاتية ، وللخبير حق التصدي في موضوع النزاع وإبداء رأيه فيه دون حاجة للرجوع إلى الأطراف ، وهو ما لا يتسنى للمحكم الذي يتحتم عليه تخويل الأطراف إمكانية تقديم مستنداتهم وحق كل طرف في الاطلاع على ما يقدمه الطرف الآخر فهو يقوم بدور مشابه لدور القاضي كما ولا يشترط تعيين الخبير بالاسم أما المحكم فينبغي أن يُعين بالاسم (كقاعدة) في اتفاق التحكيم²⁷⁷.

والخلاصة أن الخبير لا يفصل في النزاع وإنما يعين على استجلاء جانب غامض منه ولذا لا يعتبر الخبير محكماً ، لكن ليس هناك ما يمنع أن يكون الخبير محكماً وخبيراً في الوقت ذاته إذا ترفع إليه الخصوم ليفصل في منازعاتهم قاصدين الفصل في النزاع مستعينين بخبرته ، شريطة أن تتوافر فيه إلى جانب خبرته أهليته للحكم ، وهذا النوع من التحكيم رائج في التجارة الدولية²⁷⁸.

كما أن رأيه غير ملزم كما ذكرنا وهذا هو ما نصت عليه المادة (140) من قانون الإثبات العراقي(ونصت هذه المادة على أن رأي الخبير أن لا يقيد المحكمة وعليها إذا قضت بخلاف رأيه أن يتضمن حكمها الأسباب التي اوجبت عدم الأخذ برأي الخبير كلا أو بعضاً)²⁷⁹.

وأن هذا الخلط في التمييز بين التحكيم والخبرة يرجع إلى وجود أوجه للتشابه بينهما فكل من الخبير والمحكم ليس قاضياً ولا ينتمي إلى السلطة القضائية وكلاهما يختار من قبل الخصوم للنظر في مسألة محل نزاع بينهم وبالرغم من هذا التشابه ألا أنه يبقى الفارق الجوهرى بينهما والذي يتمثل في الدور المسند لكل منهما كما ذكرنا ، ويتفرع عن ذلك الفرق أنه بينما يقبل حكم التحكيم الطعن عليه وفي الحدود التي يسمح بها المشرع فإن رأي الخبير لا يقبل الطعن بهذا المعنى²⁸⁰.

كما ويطبق على كل من التحكيم والخبرة بعض المبادئ المشتركة ومنها مبدأ المواجهة في الإجراءات ، والذي يتلخص مضمونه في ضرورة العلم بكل عناصر القضية وإمكانية الرد والدفاع ، وسماع القاضي للخصم ، وضرورة أن يتم العلم في وقت مناسب ، ويقصد به بمعنى آخر ضرورة وضع الخصوم على قدم المساواة وتمكين كل منهم من العلم بطلبات خصمه وإدعاءاته وأوجه دفاعاته ومستنداته ويطبق هذا المبدأ أمام القاضي وأمام المحكم ، وكذلك يلتزم به الخبير في تنفيذ مأموريته التي تعهد إليه حيث يجب عليه أن يحافظ على تطبيق مبدأ المواجهة في كل الأعمال التي يقوم بها²⁸¹.

وفي تقدير الدكتور فتحي والي أن المعيار الصحيح للتمييز بين مهمة كل من المحكم والخبير الفني هو أن المحكم يفصل في نزاع قانوني ويقرر حقوق طرفي النزاع أما الخبير فهو يصدر رأياً في مسألة فنية ، ولكنه لا يفصل في نزاع قانوني بين الطرفين ولا يقرر حقوقهما ، وإذا كان عمل الخبير يؤدي أحياناً إلى تقرير هذه

277 النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص 32 .

278 اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، ص 56 .

279 أنظر: نص المادة (140) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 .

280 قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية ، ص 53

281 اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، ص 106.

الحقوق فإن هذا يتم بطريق غير مباشر لأن الطرفين قد اتفقا على أن حقوقهما تعتمد على ما يقرره الخبير من رأي فني ، وقد حرص قانون التحكيم المصري على إبراز ما يميز التحكيم بالإشارة في المادة 10 منه على أنه " تسوية كل أو بعض المنازعات ... بمناسبة علاقة قانونية معينة ، وتطبيقاً لهذا المعيار ، حكمت هيئة التحكيم في القضية التحكيمية رقم 587 لسنة 2008 لمركز القاهرة الإقليمي بأنه إذا كان الفصل في الموضوعات التي تطرح على المهندس الاستشاري المعين من قبل الطرفين يتطلب الفصل فيها أعمال قاعدة قانونية ، فنكون بصدد تحكيم ، أما إذا كانت ذات طابع فني بحت أي تكون متعلقة بمسائل واقعية لا يتطلب الفصل فيها أعمال أية قاعدة قانونية فنكون بصدد خبرة اتفاقية ملزمة ، ومن ناحية أخرى ، فإنه إذا تضمن العقد بالإضافة إلى النص الخاص بالمهمة الموكلة إلى المهندس شرط تحكيم صريح يتعلق بالفصل فيما قد ينشأ بين الطرفين من نزاع ، فإن هذا النص يعتبر مؤشراً واضحاً على أن طبيعة المهمة الموكلة إلى المهندس في هذا النزاع تتعلق بخبرة اتفاقية وليس بتحكيم²⁸².

وقد أشارت محكمة التمييز في العراق إلى هذه التفرقة بين التحكيم والخبرة :رقم الإضبارة : 13/هيئة عامة ثانية/9174، بتاريخ (1974/6/29) : (بأنه قد ادعى المميز في عريضته بأن الخبراء المنتخبين من قبل المحكمة هم محكمون وأن قرارهم قرار تحكيم ، وهذا الادعاء غير

وارد ، إذ أن قرار محكمة البداية صريح بأن الطرفين وافقا على انتخاب خبير لتدقيق حساب ودفاتر الطرفين ودقق هذه الدفاتر وقدم تقريره المبرز مثبتاً فيه ادعاء كل طرف وما سجله في دفتره وأناط الخبير حل الخلاف إلى محكمة الموضوع وأن قرار انتخاب الخبير وموافقة الطرفين على انتخابه لا يعتبر قرار تحكيم ، إذ أن التحكيم له شروطه وحكمه القانوني الخاص المنصوص عليه في قانون المرافعات القديم المواد (139-149) وقانون المرافعات الجديد المواد (251-276) والفرق بين الخبرة والتحكيم واضح²⁸³.

ومن الجدير بالذكر أن المحكم لا يحلف اليمين لأن اختياره يتوقف على إرادة الأطراف المحكمتين في اتفاق التحكيم ، أو بمقتضى التنظيم الداخلي لهيئة التحكيم المعروض أمامها النزاع ، أما الخبير فيجب عليه أن يحلف اليمين قبل القيام بأعباء وظيفته كالقاضي تماماً ، هذا بالإضافة إلى أن الخبرة يمكن أن تطبق في المسائل المدنية والجنائية على حد سواء ، أما بالنسبة للتحكيم فلا يجوز في المسائل الجنائية على الرغم من أنه يصح في المسائل المالية المترتبة عليها مثل تعويض الضرر المترتب على الجريمة²⁸⁴.

لذلك وبناءً على ما تقدم يرى الباحث بأن الفرق بين التحكيم والخبرة واضح وجلي ، ومن الممكن معرفته كما ذكرنا من خلال المهمة التي يقوم بها الخبير أو المحكم لأن الفرق بين المهمتين واضح جداً ولا مجال للخلط بينهما فمهمة المحكم هي الفصل في النزاع ومهمة الخبير هي عرض خبرته الفنية حول موضوع النزاع لذلك فيمكن استنتاج الفرق أيضاً من خلال نية أطراف النزاع من تنصيب هذا الشخص الذي يستعينون به في موضوع نزاعهم فهل يقصدون من هذه الاستعانة مجرد توضيح بعض الأمور المبهمة والغير واضحة بالنسبة لهم وأخذ المشورة الفنية أم أنهم يقصدون باستعانتهم هذه محكماً يفصل في موضوع نزاعهم بموجب القانون والإجراءات المقررة في باب التحكيم بحكم ملزم للأطراف ، أو قد يقصد الأطراف من هذه الاستعانة ليس فقط الاستعانة بخبرته وإنما الفصل في نزاعهم أيضاً ، بشرط توافر أهلية هذا الخبير للحكم وفي هذه

²⁸² التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، ص28.

²⁸³ اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، ص 109 وما بعدها .

²⁸⁴ قانون المرافعات المدنية رقم 38 لسنة 1969 ، ص414 وما بعدها .

الحالة يكون خبيراً ومحكماً في نفس الوقت ، كما أن نية اللجوء إلى التحكيم لأمجال فيها للشك لأن الأطراف كما ذكرنا لا يسلكون طريق التحكيم إلا بكامل إرادتهم وبتوافقهم على اللجوء إليه باعتباره قضاء استثنائي وأن الطريق الأساسي والحق المكفول لكل فرد هو اللجوء إلى القضاء العادي وذلك بأن يتفقوا عليه بإحدى الصورتين أما شرط أو مشاركة وإلا فليس للتحكيم وجود بين الطرفين وهذا وحده كافٍ لمعرفة نية الطرفين بصورة دقيقة لأن هذه النية يجب أن تكون مثبتة وموجودة فعلاً فلا يمكن افتراضها أو استنتاجها.

3- أوجه الشبه والاختلاف بين التحكيم والصلح : يتشابه التحكيم والصلح في الجوانب الآتية :

الأول: أن التحكيم والصلح يعتبران من طرق تسوية المنازعات بدلاً عن القضاء وكلاهما يعتبران من العقود الرضائية استناداً إلى إرادة أطراف النزاع ، والصلح كالتحكيم يفترض نزاعاً بين الأطراف .
الثاني: لا يجوز التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح وأنها لا يثبتان إلا بالكتابة ، ويشبه الصلح شرط التحكيم إذا كان سابقاً للنزاع ويشبه مشاركة التحكيم إذا كان لاحقاً على نشوب النزاع ، وأن كلاهما من الصلح والتحكيم يتسمان بالسرية²⁸⁵.

الثالث: وكلاهما (الصلح والتحكيم) يترتب عليه عدم قبول رفع دعوى قضائية للمطالبة بالحق الذي تم بشأنه الصلح أو التحكيم أو انقضاء الخصومة إذا كان الاتفاق عليه قد تم بعد رفع الدعوى²⁸⁶.

لذلك نجد أنه من أهم نقاط الشبه بين العقدين أنه في كل من عقدي الصلح والتحكيم يتفق الطرفان على حسم نزاعهما بالتراضي وهذا ما نصت عليه القانون العراقي في المادة (251) مرافعات ، 698 مدني) وان كل أمر يجوز فيه الصلح يصح فيه التحكيم (مرافعات م 254)²⁸⁷.

حيث عرفت المادة (698) من القانون المدني العراقي الصلح بأنه : عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي²⁸⁸.

غير أن التحكيم يختلف عن الصلح : لأن المحكم : هو شخص مؤهل أو أكثر ليفصل في نزاع بين طرفين وفق مقتضى العدل ، أما الصلح : فهو عقد رضائي يحسم بموجبه نزاعاً قائماً أو متوقفاً ، ويتنازل كل طرف فيه عن بعض متطلباته وتكون نتائجه معلومة لدى الطرفين قبل التوقيع بخلاف التحكيم الذي يبدأ بالتراضي على التحكيم غير أن نتائج التحكيم غير معلومة لأي من الطرفين ، حيث أن الصلح يعتبر عملاً توفيقياً يكفي فيه ما يدل عليه ، أما التحكيم فهو عمل قضائي له إجراءاته شأنه شأن التقاضي وبالتالي فإن الصلح يختلف عن التحكيم في الإجراءات والنتائج²⁸⁹.

لذلك فإن الصلح عقد يتم بين أطراف الخصومة أنفسهم أو من يمثلونهم يقومون بمقتضاه بحسم خلافاتهم عن طريق نزول كل منهم عن بعض ما يتمسك به وهذا ما نصت عليه المادة (549) من القانون المدني المصري ، بينما في التحكيم يقوم المحكم بمهمة القضاء ، لذلك فالتحكيم أشد خطورة من الصلح لأن التجاوز عن الحق في هذا معلوم قبل تمامه بينما في التحكيم تتعذر معرفة ما قد يمكن أن يحكم به المحكم²⁹⁰.

285 الوسائل البديلة لتسوية عقود الاستثمار الدولية ، ص 220 .

286 قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية الدولية والداخلية ، ص 47 .

287 الوجيز فب التحكيم ، ص 25 .

288 أنظر المادة : 698 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .

289 الوسائل البديلة عن القضاء ، ص 84 .

290 د. أحمد أبو الوفا ، التحكيم بالقضاء وبالصلح ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2007 ، ص 20.

والمقصود بذلك أن القائمين على الصلح قد يكونوا الأطراف أنفسهم الذين يتولون إدارة الصلح فيما بينهم أو عن طريق ممثليهم ، وليس بطريق محكم أو محكمين كما في التحكيم²⁹¹.

ففي التحكيم يعرض النزاع على أفراد غير أطراف النزاع وهم المحكمون للفصل فيه بينما في الصلح يتولى الأطراف تسويته بأنفسهم فلا يوجد في الصلح محكم ، وبمعنى آخر فإن النزاع يتم تسويته في التحكيم بصورة غير مباشرة بينما في الصلح فنتم تسويته بصورة مباشرة²⁹².

لذلك فالصلح جوهره كما ذكرنا تقديم تنازلات عن جزء من الحق الموضوعي مقابل الجزء الذي يتنازل عنه الآخر أما في التحكيم فإن الخصوم لا يقدمون مثل هذا التنازل وإنما يفوضون المحكم في فض النزاع بما يراه عادلاً لذلك فقد يُحاج طرف واحد بكل طلباته دون الطرف الآخر ، ويعد ذلك نتيجة طبيعية للفرق بين اتفاق الصلح الذي يحل النزاع حول الحق الموضوعي بشكل مباشر ، واتفاق التحكيم الذي يتضمن فقط وسيلة حل النزاع حول هذا الحق الموضوعي ، حيث لا يوجد تنازل عن هذا الحق الموضوعي ولكن تنازل عن الحق في حسم هذا النزاع أمام قضاء الدولة وحله أمام قضاء خاص²⁹³.

وتنبغي الإشارة إلى أن مشروع القانون المدني العراقي في المادة (698) لم يُشر إلى معنى النزول، بينما في القانون المصري نرى جلياً وجود مثل هذه الإشارة إلى التنازل بين الطرفين عن حقوقهما بالتقابل²⁹⁴.

أما بالنسبة للخطورة في التحكيم فهي تكمن في عدم سيطرة إرادة الطرفين في التحكيم على نتيجته خلافاً لما هو عليه الأمر في الصلح ، فإرادة الأطراف في التحكيم لا تتصرف إلى فكرة النزول عن كل أو بعض الحق وإنما إلى طرح أوجه ادعاءاتهما على المحكم وتحقيق أوجه دفاع كل منهم وصولاً إلى حكم يحوز حجية الأمر المقضي²⁹⁵.

إذاً تتمثل هذه الخطورة بأن المصالح يكون على علم مسبق بقيمة ما هو متنازل عنه على عكس المحتكم الذي لا يكون لديه أي علم بما سيحكم به المحكم²⁹⁶.

وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية ترتيباً على ذلك ، بأنه يعتبر تحكيمياً لا صلحاً اتفاق الخصوم على طرح نزاعهم على شخص يقوم بالفصل فيما بينهم ، ولو اشترطوا أن يكتب قراره في صورة اتفاق ، كذلك قضت محكمة بروكسل التجارية من أنه يعد صلحاً لا تحكيمياً نزول جميع الخصوم أنفسهم عن بعض ما يدعونه ، مع تكليف خبير بتقدير تعويض على ما أتفقوا هم على تحديده تحديداً كافياً ودقيقاً²⁹⁷.

كما أن المحكم يطبق القواعد الإجرائية والموضوعية للقانون المتفق عليه أو الذي اختير ليحكم النزاع وإجراءاته بينما المصالح يعفى من ذلك باستثناء تطبيقه للمبادئ الأساسية والإجرائية وقواعد النظام العام²⁹⁸.

كما أن الصلح كعقد فبمجرد توقيعه بين الخصوم لا يرتب حجية الشيء المقضي به وإنما تثبت له فقط حجية العقود²⁹⁹.

291 شرط التحكيم في العقود التجارية ، ص 20 .

292 التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية ، ص196.

293 النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص 27.

294 المحكم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص 40 .

295 المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، ص130

296 الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية ، ص221.

297 الوجيز في التحكيم ، ص 25 .

298 المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، ص 128 .

299 قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية الدولية والداخلية، ص 48 .

على عكس حكم المحكم الذي يحوز هذه الحجية ويترتب على ذلك منع رفع الدعوى التي فصل فيها الحكم مرةً أخرى ، في حين أن الصلح لا يمنع من الالتجاء إلى قضاء الدولة أو التحكيم للمطالبة بما قرره عقد الصلح من حقوق³⁰⁰.

ومن الفروقات الأخرى أيضاً أن حكم المحكم يمكن أن يُصدق أو يبطل من قبل المحكمة المختصة بذلك وحكم المحكمة برفض التصديق يقبل الطعن بموجب طرق الطعن الأخرى عدا الاعتراض ، بينما في عقد الصلح فهو ملزم للأطراف وغير قابل للطعن بموجب طرق الطعن العامة للأحكام وهو وإن كان خاضعاً للبطلان أو الفسخ بحسب قواعد القانون المدني³⁰¹.

ومن ناحية أخرى فإن صاحب الحق المثبت في عقد الصلح لا يستطيع أن يقتضي بموجب هذا العقد حقه جبراً عن المدين ، فهو في حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم يكون سناً تنفيذياً بحقه ، اللهم إلا إذا كان الصلح قد ثبت في محرر موثوق أو في محضر الجلسة ، في حين أن المحكوم له بحكم تحكيم يمكنه الحصول على أمر بتنفيذ حكم التحكيم ولا يكون للقاضي الأمر بالتنفيذ سلطة التحقق من عدالة حكم التحكيم أو صحته³⁰².

لذلك فإن عقد الصلح لا يكون قابلاً للتنفيذ في ذاته إلا إذا جرى أمام المحكمة و كان تنفيذه ممكناً وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي في المادة (721) ، أما التحكيم فالمحكم يصدر حكماً قابلاً للتنفيذ بعد مصادقة المحكمة عليه (م272 ف1) من قانون المرافعات المدنية العراقي³⁰³.

فتنص المادة (272 ف1) من قانون المرافعات العراقي (لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ – سواء كان تعيينهم قضاءً أو اتفاقاً – مالم تُصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناءً على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة³⁰⁴.

والحكم الذي يصل إليه المصالح لا يجبر الأطراف على تنفيذه ، فهو ذات قيمة أدبية أما في التحكيم فإن المحكم يقوم بمهمة القاضي فيصدر قراره سواء رضي الطرفان أم لم يرضوا ، فحكمه يتمتع بالقوة الإلزامية لتنفيذه³⁰⁵.

وبما أن حكم التحكيم يكون حائزاً لحجية الأمر المقضي فيترتب على ذلك أيضاً أن التحكيم يتميز عن الصلح ولو كان تحكيمياً مع التفويض بالصلح إذ أن المحكم المفوض بالصلح يصدر حكم تحكيمي ملزم حائز لحجية الأمر المقضي ولا يبرم صلحاً بين الطرفين³⁰⁶.

حيث تتمثل هذه الحالة كما ذكرنا سابقاً عندما يتفق طرفا التحكيم على تفويض هيئة التحكيم بالصلح بما يسمح لها أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون حيث يبقى التحكيم مختلفاً عن الصلح وعلى نفس أساس الفارق الجوهرى بينهما وهو أنه حتى في التحكيم الذي يكون فيه المحكم مفوضاً بالصلح لا يحل الخصوم نزاعهم بطريقة مباشرة بموجب اتفاق يبرم بينهما ، وإنما يكون ذلك عن طريق شخص ثالث يتولى ذلك بموجب حكم ملزم لهم ، فتفويض المحكم بالصلح لا ينفي أنه يفصل في

300 الوسائل البديلة لتسوية عقود الاستثمار الدولية ، ص 221 .

301 المحكم التجاري الدولي، ص 40 .

302 التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، ص 20.

303 الوجيز في التحكيم ، ص 25 .

304 أنظر المادة 272 من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969.

305 التحكيم وبطلانه بين التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية ، ص 127 .

306 قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص 21.

النزاع المعروض عليه طبقاً لقواعد موضوعية مجردة وبموجب حكم ملزم للطرفين يتمتع بحجية الشيء المقضي به ، فالخلاصة أن التحكيم يبقى متميزاً عن الصلح حتى لو تعلق الأمر بتحكيم يكون فيه المحكم مفوضاً بالصلح ولو تعلق الأمر بصلح يتم عن طريق أو بمساعدة شخص ثالث ، وبالرغم من وجود شخص ثالث يساهم في حل النزاع الدائر بين الطرفين وهو المصالح إلا أنه لا يعد محكماً لأنه لا يصدر حكماً في النزاع يكون ملزماً للخصوم ، وإنما يسعى فقط للتوفيق أو تقريب وجهات النظر بينهم³⁰⁷.

لذلك فإن الأطراف في التحكيم يخولون المحكمين سلطات أكبر مما هو الحال عليه في الصلح ، فالصلح يظل مجرد اتفاق بين الخصوم ولا ينفذ إلا إذا صدر به حكم قضائي ، وبالرغم من هذه الاختلافات الجوهرية ، إلا أن الألفاظ المتعارف عليها التي يستخدمها الخصوم أحياناً في اتفاقاتهم قد تثير صعوبة في تكييف المهمة التي عهد بها هؤلاء الخصوم إلى الشخص المختار ، وهل هي مهمة صلح أم تحكيم ومثاله أن يكون الاتفاق تحكيمياً وصلاحاً بالإضافة إلى الخلط بين الصلح والتحكيم في لغة الخصوم الدارجة ، إلا أنه في حالة الاتفاق على تحكيم وصلاح فهذا يعني أن العبارة تنصرف إلى اتفاق التحكيم³⁰⁸.

ومن الجدير بالذكر أن النظام القانوني العراقي يعكس ومنذ القدم رغبة المشرع في إنهاء المنازعات بطريق الصلح فقد صدر نظام دعاوى العشائر المدنية والجزائية في مطلع عام 1916 ليطبق لأول مرة في منطقة البصرة الخاضعة للاحتلال البريطاني كنظام لحل المنازعات عن طريق الصلح وبعد تقنين هذا النظام تم أعمامه على المناطق العشائرية في العراق وكانت المحاكم التي تشكل طبقاً لهذا النظام يطلق عليها محلياً أسم (المجلس لعشائري) ، كما وقد نظم المشرع العراقي أحكام الصلح في المواد (698-721) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 ليكون الصلح جائزاً في كافة المنازعات المدنية فلا يقيد الصلح إلا قانونية العقد وفكرة النظام العام والآداب العامة ، إلا أن قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم 83 لسنة 1969 يخلو من نص يجيز للمحكمة أن تقوم هي بعرض الصلح على الخصوم أو ببذل مجهود للإصلاح بينهم وإن كان المشرع يجيز للخصوم الاتفاق على وقف الدعوى وعدم السير فيها لغرض إجراءات التصالح فيما بينهم سواء أتم ذلك من خلالهم أو بواسطة الغير وذلك تشجيعاً منه لإنهاء المنازعات صلحاً³⁰⁹.

وخلاصة الكلام أن الصلح هو تصرف قانوني والتحكيم هو نظام قانوني : أي أن الصلح ينهي النزاع بإرادة المتنازعين وذلك بنزول متبادل عن حقوقهما قبل الآخر ، بينما التحكيم هو نظام قانوني خاص يقوم من خلاله المحكم الذي أختاره المتنازعون بحسم النزاع بينهما³¹⁰.

وبحسب رأي الدكتور عيد محمد القصاص ، بأنه مهما كانت هناك فروقات أو خلط بين التحكيم والصلح فإن المعيار الأساسي للتمييز بين مهمة المحكم والمصالح يتمثل بحقيقة المهمة المسندة إلى الشخص الذي يتدخل بين الخصمين ، فإذا تعلق الأمر باتفاق الطرفين على أن يتولى هذا الشخص الفصل في نزاعهما بحكم ملزم

307 قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية ص 50 .

308 النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص 28.

309 د. بيداء صالح بيرو، فاعلية الصلح كبديل للقضاء في فض المنازعات المدنية ، مجلة جامعة دهوك ، المصدر السابق ، ص 263 .

310 المحكم التجاري الدولي، المصدر السابق ، ص 39 .

فإننا نكون بصدد تحكيم لا صلح ، أما إذا تعلق الأمر بتوسط هذا الشخص بينهما بقصد تقريب وجهات النظر المتعارضة بينهما ومساعدتهما على الاتفاق على حل يرتضيهما للنزاع فإننا نكون بصدد صلح لا تحكيم³¹¹. ويؤيد الباحث هذا الرأي فهو رأي منطقي وسديد لأنه يتمحور على الفارق الأساسي والجوهري بين الصلح والتحكيم فكما ذكرنا بأن حكم المصالح ذو قيمة أدبية وليست إلزامية فهو لا يقوم بمهمة القاضي كما هو الحال بالنسبة للمحكم الذي يصدر حكمه من دون أن يبالي برضا الطرفين بهذا الحكم فههدف المحكم هو حسم الخلاف وليس مساعدتهما في التوصل لحل يرضيهما.

4- أوجه الشبه والاختلاف بين التحكيم والوكالة:

تُعرف المادة (927) من القانون المدني العراقي الوكالة على إنها : ((عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)) ، فهناك أوجه للتشابه بين الوكيل والمحكم ، فإنه من الممكن للموكل في عقد الوكالة أن يعزل الوكيل (المادة : 947 مدني عراقي) كما هو الحال عليه عند أطراف النزاع في عقد التحكيم حيث يحق لهم عزل أو رد المحكم بالاتفاق (المادة : 260 و261 مرافعات عراقي) ، وأن الوكيل يستحق أجر عن عمله (المادة : 940 مدني عراقي) كما هو الحال للمحكم عند فصل النزاع³¹².

ففي كل من عقدي التحكيم والوكالة يفوض الخصم شخصاً آخر ليقوم مقامه في تصرف جائز قانوناً (وهذا ما نصت عليه المادة 927 المذكورة أعلاه ، والمادة 251 مرافعات عراقي)³¹³.

فبمقتضى عقد الوكالة يجعل الموكل الوكيل مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ، فالوكيل يمثل الموكل الأصل ويحل محله في التصرف ، ويستمد ذلك من سند التوكيل ولا يجوز له أن يحل إلا لصالح موكله ، أما المحكم فهو شخص آخر يقف على الحياد ولا يعمل لصالح طرف ضد طرف آخر ، أي أنه يكون حيادياً بين الخصوم الذين احتكموا عنده ، وإذا خالف ذلك فيكون قد أنتهك جوهر وجوده بمهمة التحكيم ، ولهذا يجب التدقيق في اتفاق التحكيم للتأكد لما ذهب إليه أطراف النزاع بحيث تتجلى إرادتهما وبشكل قطعي بالاتجاه للتحكيم كطريق لفض نزاعاتهم وأن لا يلتبس ذلك بأي عمل آخر من شأنه أن يلتقي ببعض سبله بالتحكيم بحيث لا يسلك الشخص طريق التحكيم ، وهو لم تتجه إرادته إليه نتيجة لخطأ في التفسير أو عدم دقة ، ومن ثم يؤدي ذلك إلى حرمانه من حقه في اللجوء إلى القضاء لطرح نزاعه³¹⁴.

لذلك فأساس التمييز بينهما هو طبيعة العلاقة التي تربط الوكيل بموكله واختلافها عن طبيعة العلاقة التي تربط المحكم بمن أختاره للتحكيم ، فأساس الوكالة كما ذكرنا هو إتباع الوكيل لما كلفه به موكله وإتباع تعليماته ، فالوكيل لا يعدو أن يكون ممثلاً لمن وكله ولهذا فإنه يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك (م 715 / ف1 مدني مصري) ، أما المحكم فلا يأتمر بأوامر من عينه وإنما يجب عليه أن يقضي و بحياد بما يقتنع بموافقته للقواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع وتأكيداً على هذا الاستقلال يجيز المشرع رد المحكم (م 18 / ف 1 تحكيم مصري) ، ويوجب على المحكم عند قبوله لمهمته أن يفصح عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده ، و امتداداً لتأكيد حيده المحكم واستقلاله عن

311 قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية ص 51 .

312 المحكم التجاري الدولي، ص 37.

313 الوجيز في التحكيم ، ص 25

314 التحكيم التجاري وتدخلاات القضاء الوطني ، ص 48

عينه من الخصوم فإنه لا يجوز للخصم أن يعزل بمفرده المحكم الذي عينه ، وأن كان من حق الخصم أن يرد المحكم الذي عينه وعلى أساس ذلك السبب الذي يجيز رد غيره من المحكمين (وهو وجود ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيديته واستقلاله)³¹⁵. في حين أنه يجوز إنهاء الوكالة في أي وقت دون تفرقة فيما إذا كانت الوكالة محدودة المدة أو غير محدودة المدة³¹⁶.

إذاً الوكيل قابل للعزل بواسطة موكله أما المحكم فلا يجوز عزله إلا باتفاق الخصوم³¹⁷. وهذا ما نصت عليه المادة (260) من قانون المرافعات العراقي (لا يجوز للمحكم بعد قبول التحكيم أن يتنحى بغير عذر مقبول ، ولا يجوز عزله إلا باتفاق الخصوم)³¹⁸.

ولا يجوز رده – تنحيه إلا لنفس الأسباب التي يرد بها الحاكم (م 260 و 261 مرافعات عراقي)³¹⁹. وتنص المادة 947 من القانون المدني العراقي (للموكل أن يعزل الوكيل أو أن يقيد من وكالته وللوكيل أن يعزل نفسه ، ولا عبء بأي اتفاق يخالف ذلك لكن إذا تعلق بالوكالة حق الغير فلا يجوز العزل أو التقيد دون رضاء هذا الغير³²⁰.

ومن الفروقات الأخرى أيضاً أنه في الوكالة ينبغي أن يكون الموكل أهلاً للتصرف الذي عهد به إلى الوكيل أي يملك أن يتصرف في الأمر الذي وكل فيه ، لأن فاقده الشيء لا يعطيه ، أما في مجال التحكيم فالخصمان لا يملكان إنهاء النزاع بينهما بطريق الحكم (وهو الفعل الموكل به إلى المحكم) وإن كان لهما ذلك بطريق آخر كالصلح أو ترك الخصومة ، ومن الجدير بالذكر أن المحكم يبقى محتفظاً بصفته كمحكم حتى في الحالات التي يكون فيها لكل من الخصمين اختيار محكم عنه ثم يختار المحكمان حكماً ثالثاً يكون رئيساً لهيئة التحكيم – حتى هذه الحالة – فإن محكم الخصم الذي يكون بمثابة مدافع عنه (وكيل بالخصومة) إلا أنه مع ذلك تظل له من الناحية القانونية صفته كمحكم وليس كوكيل بالخصومة³²¹.

كما أن المحكم كما ذكرنا يختاره الطرفان بالاتفاق ليفصل في النزاع بينهم أما الوكيل فينوب عن طرف واحد فقط وبالإمكان أن ينوب عن طرفين كما فعلت بعض التشريعات كالسويسري والفرنسي³²².

والعله في ذلك أن الوكيل يقوم بالعمل لصالح موكله لذلك لا يمكنه أن يكون وكيلاً عن طرفين لهما مصالح متعارضة³²³.

لذلك فبمجرد الاتفاق على التحكيم تصبح للمحكم صفة القاضي ولا يتمكن الخصوم من التدخل في عمله ، بل أن حكمه يفرض عليهم³²⁴.

فعلى الرغم من أن علاقة المحكم والوكيل بالأطراف تتميز بمراعاة (الاعتبار الشخصي) من المحكم والوكيل عند اختياره فأرادة الأطراف هي التي تختارهما إلا أن المحكم يبقى مستقلاً عن الأطراف الذين قاموا باختياره ، فضلاً عن أن القرار الذي يصدره المحكم يؤثر حتماً على المراكز القانونية للأطراف ، فالحكم الذي يصدره

³¹⁵ قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية ، ص 55، راجع في هذا المعنى نص المادة 18 فقرة الأولى من قانون التحكيم المصري (لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيديته أو استقلاله).

³¹⁶ دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ص 60.

³¹⁷ التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية ، ص 199.

³¹⁸ أنظر المادة (260) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969.

³¹⁹ الوجيز في التحكيم ، ص 26 .

³²⁰ أنظر المادة 947 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .

³²¹ اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، ص 117 .

³²² الوسائل البديلة لتسوية عقود الاستثمار الدولية ، ص 222.

³²³ قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص 30 .

³²⁴ التحكيم بالقضاء وبالصلح ، ص 22 .

المحكم قد لا يرضى به الطرف الذي أختاره لأنه قد يضر بمصلحته وفي هذه الحالة ينفذ الحكم جبراً ، كما أن الاتفاق الذي يقوم بين المحكم وأطراف النزاع ينتهي بتحقيق الغاية التي وجد من أجلها ، وهي إنهاء النزاع بصور حكم التحكيم في الافتراض الطبيعي ، ولا تستمر العلاقة ما بين المحكم وأطراف النزاع إلى ما بعد ذلك بصفته محكماً أما بالنسبة للوكالة فعلى الرغم من أنها من العقود الزمنية التي تنقضي بانقضاء الأجل المحدد لها إلا أنه إذا أستمر الوكيل بعد انقضاء الأجل قائماً بتنفيذ الوكالة بعلم الموكل ودون معارضته فإن الوكالة تستمر ويعتبر هذا تجديداً ضمناً لها ، وإذا استمر في ذلك فإن العقد ينقلب من محدد المدة إلى غير محدد المدة ومن خلال ذلك يمكن القول أن العلاقة ما بين المحكم وأطراف النزاع تنتهي دون تدخل إرادة أي منهما مع انتهاء مهمة المحكم بعكس الوكالة³²⁵.

وقد عرفت المادة (699 مدني مصري) الوكالة بأنه عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل (ومن تطبيقات الوكالة أن يوكل شخص غيره في أن يبرم باسمه اتفاقاً مع شخص آخر على التحكيم في نزاع معين ويكون هذا الاتفاق صحيحاً ملزماً للموكل متى ما روعيت فيه مقتضيات التي يتطلبها القانون وأهمها أنه لا يجوز للوكيل أن يبرم باسم موكله بموجب وكالة عامة اتفاقاً على التحكيم وإنما لابد لذلك من وكالة خاصة (م/ 702 / 1) مدني عيد ص54 شرم انظر ص 221 وما بعدها)³²⁶.

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 52 من قانون المرافعات المدنية العراقية (الوكالة العامة المطلقة لا تخول الوكيل العام – بغير تفويض خاص الإقرار بحق ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم)³²⁷. ويجب أن يرد طلب التحكيم بالوكالة صراحةً ، وهذا ما أشارت إليه الهيئة العامة لمحكمة التمييز العراقية بقرارها المؤرخ 1973/8/11 ، لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة لمحكمة التمييز : تبين أن اعتراضات وكيل طالبة التصحيح قد سبق للهيئة الخاصة في محكمة التمييز في قرارها المرقم 1973/2/78 أن ردت على جميع اعتراضاته وفق التفصيل المدون في القرار التمييزي المذكور ذلك لأن وكالته المبرزة في الدعوى لا تخوله حق طلب التحكيم عن موكلته إذ لم يرد فيها تخويله بطلب التحكيم طبقاً لأحكام المادة 52 من قانون المرافعات المدنية التي نص القانون فيها على وجوب ورود طلب التحكيم في الوكالة صراحةً سواء أكانت وكالة عامة أم خاصة³²⁸.

اذن وانطلاقاً من خطورة التحكيم الذي يؤدي الى التنازل عن اللجوء الى القضاء كما هو معروف يرى الباحث ضرورة ان يرد التحكيم بتفويض خاص يخول الوكيل ابرام اتفاق التحكيم سواء كان هذه وكالة عامة او خاصة.

5- أوجه الشبه والخلاف بين التحكيم والتوفيق :

التوفيق : طريق ودي لفض المنازعات الناشئة بين الأطراف عن طريقه يقوم الخصوم بأنفسهم أو بواسطة شخص من الغير بالاجتماع والتشاور للوصول إلى حل ينهي النزاع و يرضى عنه الأطراف فإذا أنتهى التوفيق إلى حل يحرر محضر بذلك يوقع عليه الخصوم والشخص الذي قام بالتوفيق ، وقد أصبح التوفيق

³²⁵ المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، ص221 وما بعدها .

³²⁶ قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية ، ص54 .

³²⁷ أنظر : المادة 52 من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم 83 لسنة 1969 .

³²⁸ قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، ص413.

أيضاً من إحدى الوسائل الهامة لحسم المنازعات بين المتنازعين على الصعيدين الوطني والدولي ، فقد تناولته العديد من الاتفاقيات الدولية ومراكز التحكيم الإقليمية والدولية³²⁹.

والموفق : هو شخص يختاره الأطراف برضاهم لمحاولة حل نزاعهم بحل يرضيهم دون الرجوع إلى القضاء أو التحكيم ، حيث يقوم الموفق بمهمة دراسة موضوع الخلاف والتشاور مع الأطراف والتعرف على مختلف وجهات النظر والعمل على الحد من اتساع الخلافات بينهما وتقريبها واقتراح أفضل الحلول الودية لتسوية الخلاف بما يكفل استمرار التعامل بينهم ومن هذا المنطلق يشترك التوفيق مع التحكيم أن كلا منهما يعتبر وسيلة من وسائل حسم النزاع بطريقة ودية³³⁰.

ويطلق على التوفيق في بعض الأحيان أسم (التسوية الودية) ويتشابه كلا من الموفق والمحكم في بعض الأمور تكمن في أن أطراف النزاع يختارون شخصاً آخر لغرض النظر في موضوع النزاع ومن الممكن اختيار موفق واحد أو أكثر بشرط عند تعددهم أن يكون العدد وتراً (المادة : 10 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار العربية) لكن نظام التوفيق الخاص بالأمم المتحدة والصادر عام 1980 أشار إلى أنه يمكن أن يكون هناك موفق واحد فقط مالم يتفق الطرفان على موفقين أو ثلاثة حسب نص المادة الثالثة منه وأن الموفق يمارس عمله بكل حيادية واستقلال كما هو الحال عليه مع المحكم ويلاحظ أن دور المحكم والموفق لا يظهر إلا عند وجود نزاع قائم³³¹.

كما أن التوفيق يتفق مع التحكيم في ضرورة إبداء الرغبة في سلوكهما ، كما ويتشابه معه أيضاً في ضرورة قبول الطرف الآخر بإتباع هذين السبيلين إذ لا يمكن سلوك هذين السبيلين دون وجود اتفاق بين الأطراف وصحته ، وإلا فإن الرغبة التي أيدها الطرف الأول لن تجد الطريق إلى الاستمرارية ومصيرها هو الفشل لذلك فالمرحلة الأولى من عملية التوفيق تتمثل في اتفاق أطراف النزاع على تسوية نزاعهم عن طريق التوفيق ، وذلك بإبداء رغبة أحد أطراف المنازعة (الذي يكون عادة المضرور) أو كلاهما في اللجوء إلى التوفيق كوسيلة للتسوية الودية ، وتظهر تلك الرغبة في صورة طلب يقدم إلى الآخر وهذا ما قرره المادة الثانية من نظام التسوية الذي وضعته غرفة التجارة الدولية بباريس بنصها على أنه : (على الطرف الراغب في التوفيق أن يقدم طلباً إلى الأمانة العامة لهيئة التحكيم الدولية لغرفة التجارة الدولية مبيناً باختصار الغرض من الطلب ومرقفاً به الرسم المطلوب لفتح الملف كما جاء في ملحق هذا النظام)³³².

وتتفق مهمة الموفق مع المحكم في أن كلاهما يهدف إلى حل النزاع كما أن المسائل التي يجوز أن يرد عليها التحكيم ويتولاها المحكم هي ذاتها التي يتولاها الموفق وهي المسائل التي تقبل الصلح³³³.

وعلى الرغم من هذا التقارب إلا أنه توجد اختلافات بين التحكيم والتوفيق ، والفارق الجوهرى بينهما هو أن قرار التحكيم نهائي وملزم لأطراف الاتفاق عليه ، فيلتزمون بالتقيد به كما لا يجوز لهم الطعن فيه بعد اعتماده من الجهة المختصة أصلاً بالفصل في النزاع بوضع الصيغة التنفيذية ، أما قرار الموفق فلا يُلزم الأطراف إذ

³²⁹ التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية ، ص 194 .

³³⁰ المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، ص135.

³³¹ المحكم التجاري الدولي ، ص 43 .

³³² الوسائل البديلة لتسوية عقود الاستثمار الدولية ، ص356 وما بعدها .

³³³ دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، ص 61 .

يملك أيهم رفضه أو عدم التقيد به ، فهو مجرد توصية أو اقتراح ، والتوفيق يتضمن على سبيل الحتم تنازلات من الطرفين لكي يمكن التوصل إلى حل وسط ، بينما في التحكيم يصدر المحكم حكمه الذي قد يلبي فيه كل أو جزء من طلبات أحد الأطراف ، ويرفض كل أو جزء من طلبات الطرف الآخر، فهو لا يبحث عن حل وسط أو توفيق³³⁴.

لذلك فيقتصر دور الموفق على مجرد دراسة موضوع النزاع وتقديم مقترحات وآراء لتقريب وجهات النظر بين الأطراف والموازنة بين مصالحهم فليس لعمله أي قوة إلزامية أو تنفيذية في مواجهة الأطراف ، و يجوز لأي طرف في التوفيق أن يعدل عنه إلى القضاء أو التحكيم ، ولو كان الموفق قد قطع شوطاً في نظر النزاع وإصدار قرار بإنهاء النزاع ، بعكس التحكيم الذي لا يمكن لأحد الأطراف الرجوع عنه ولا بد من السير فيه حتى صدور الحكم ، إضافة إلى ذلك فإن علاقة الموفق بالأطراف تختلف عن المحكم إذ يملّي الأطراف على الموفق الحل الذي يرغبون في إتباعه بعكس المحكم الذي يتطابق مسلكه في الإجراءات مع مسلك القاضي³³⁵. لذلك فالموفق ليس محكماً إذ ليس له سلطة الفصل في النزاع بحكم ملزم وتنتهي مهمة الموفق إذا نجح فيها بأبرام الطرفين (تسوية) أي صلحاً ، دون صدور أي قرار أو حكم من الموفق ، أو بصدور توصية غير ملزمة لهما ، بيرمان على أساسها الصلح بينهما ، وهذه التوصية التي يصدرها الموفق لا تعتبر حكم تحكيم إذ حكم التحكيم ملزم للطرفين في حين أن توصية الموفق غير ملزمة لهما ، والهيئة التي يقتصر دورها على مجرد إصدار توصية للتوفيق بين وجهتي نظر طرفي الخلاف دون أن تكون توصيتها ملزمة لهما لا تعد هيئة تحكيمية ولا يعتبر ما تصدره حكماً تحكيمياً ولا تمنع التوصية الطرفين من اللجوء إلى القضاء أو التحكيم حسب الأحوال³³⁶.

كما إنَّ الموفق لا يلتزم بتطبيق قانون معين بعكس المحكم في أغلب الأحيان³³⁷. ويختلف التوفيق عن التحكيم في الإجراءات المتبعة في كل منها ، فإجراءات التوفيق أبسط بكثير من إجراءات التحكيم ، وهذا ما تبين من خلال القواعد الخاصة التي أصدرتها لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة الخاصة بحل المنازعات المتعلقة بالعلاقات التجارية الدولية عندما يرغب الطرفان حل منازعاتهم بالطرق الودية³³⁸.

كما أن الفارق بينهما يتمثل في الآلية المتبعة لفض النزاع فالتوفيق يتم عن طريق اختيار أو تعيين شخص أو أكثر لمحاولة حصر نقاط الخلاف بين الطرفين ومداومة الاتصال مع الأطراف حتى يلتقي الطرفان عند حل توفيق وسط ، ولا يعقد الموفق جلسات مرافعة كما هو الحال عليه في التحكيم ، وإنما يعقد اجتماعات خاصة مشتركة بين جميع الأطراف حيث يعرضون فيها حججهم ومستنداتهم كما أن الموفق يعقد اجتماعات منفصلة مع بعض الأطراف دون البعض الآخر هدفها الاستماع والاطلاع وفحص المستندات والتشاور ، أما في التحكيم فإن الجلسات التي تتم بين الأطراف تكون بحضورهم جميعاً ، وكذا تراعى فيه ضمانات معينة ويمكن أن يطلع كل طرف على ما يقدمه الطرف الآخر من دعاوى وحجج³³⁹.

334 شرط التحكيم في العقود التجارية ، ص 21 وما بعدها .

335 المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، ص 136.

336 التحكيم في والتجارية المنازعات الوطنية الدولية ، ص 23 .

337 المحكم التجاري الدولي ، ص 43 .

338 التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني ، ص 44.

339 النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص 29 .

وعلى الرغم من الفروقات الكثيرة بين التوفيق والتحكيم إلا أنه هناك حالات قد يدق فيها التمييز بينهما والمعيار في هذا المجال هو البحث في نية الخصوم لمعرفة ما إذا كانوا قد أعطوا الغير سلطة إنهاء النزاع بحكم دون أن يكون له الحق في رفع الأمر إلى القضاء أم لا وبالتالي نكون إزاء تحكيم أو توفيق ، ويرى البعض أن معيار القوة الملزمة لقرار الغير هو الفيصل في التمييز بين التوفيق والتحكيم ، فإذا كان قرار الغير ملزم كان الأمر تحكيم والعكس بالعكس³⁴⁰.

وبحسب رأي الدكتور ناصر محمد الشрман (أنه من الصعب الخلط بين نظام التحكيم وغيره من الأنظمة القانونية التي تتشابه معه في أمور وتختلف عنه في أمور أخرى وليس بالإمكان تغيير حقيقة التحكيم كعقد له ذاتية مستقلة عن غيره من العقود وهو لا يخضع للقواعد العامة المقررة بالنسبة إلى سائر العقود وإنما يخضع للقواعد الخاصة التي تتناسب مع طبيعة التحكيم وطبيعة مهمة المحكم وأن محاولة الخلط بين نظام التحكيم وغيره من الأمور فإن هذا يتعارض مع الحقائق العلمية وصحتها لأن التحكيم أداءه متميز لحل المنازعات فيه اتفاق وفيه قضاء وفيه ما يميزه عنه ، لذلك فإن لنظام التحكيم ولطبيعة عمل المحكم طبيعته الخاصة وذاتيته المستقلة التي تختلف عن العقود كما تختلف عن أحكام القضاء)³⁴¹.

وأن العبرة في معرفة ما اتجهت إليه إرادة الأطراف يمكن معرفته من خلال التكييف القانوني الصحيح الذي يقوم به القاضي ، وأن العبارات أو المصطلحات التي استخدمت بواسطة الأطراف عند الاتفاق لا تكون بديلة عن ما اتجهت إرادتهم إليه لمعرفة هل أن هذا الاتفاق اتفاقاً تحكيمياً أم أنهم يهدفون إلى الوساطة والتوفيق ، ومن ثم يستطيعون بموجب ذلك طرح النزاع على القضاء إذا لم تصل محاولة التوفيق بينهم إلى النجاح ، وهذا يعني عندما نقول أن إرادة الأطراف ذهبت إلى اختيار التحكيم لحسم منازعاتهم علينا أن نتأكد بأن هذه الإرادة لا يشوبها أي غموض من إنها فعلاً قد اتجهت إلى التحكيم³⁴².

وتجدر الإشارة إلى أن هناك العديد من المراكز الدولية لديها أنظمة للتوفيق ومنها غرفة التجارة الدولية بباريس ، والمركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (اتفاقية واشنطن لسنة 1965) ، ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ومركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري وغرفة تجارة وصناعة دبي³⁴³.

وفي العراق فقد شرع اتحاد الغرف التجارية العراقية في تأسيس مركز تحكيمي بعنوان (مركز اتحاد الغرف التجارية للتوفيق والتحكيم التجاري) على أمل مراجعته عند صدور قانون التحكيم التجاري العراقي الذي من المؤمل صدوره قريباً ، حيث يتولى إدارة التوفيق والتحكيم التجاري الدولي والمحلي المتعلق بالتجارة الدولية ويكون مقره في اتحاد الغرف التجارية العراقية ، حيث يحتوي المركز على مجموعة من الموفقين اللذين يتم اختيارهم من قبل الأمين العام للمركز ويشترط في الموفق أن يكون حاصلاً على شهادة جامعية وله خبرة وإطلاع في القوانين والأعراف التجارية وأن يكون ذو سمعة جيدة³⁴⁴.

وقد أخذ المشرع العراقي أيضاً بهذه الوسيلة كأحد الوسائل في تسوية العقود الحكومية بموجب الفقرة (أ) من البند الأول من المادة (11) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008³⁴⁵.

340 التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية ، ص 195 .

341 المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، ص 137 .

342 التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني ، ص 44 .

343 دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، ص 61 .

344 د. باسم علوان طعمة ود. اسراء فهمي ناجي ، تسوية منازعات عقد الانشاء بطريق التوفيق ، مجلة جامعة دهوك ، المصدر السابق ، ص 399 .

345 د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، وسائل تسوية المنازعات في ظل منظمة التجارة العالمية ، مجلة جامعة دهوك ، المصدر نفسه ، ص 251 .

وأخيراً تجدر الإشارة إلى جواز الاتفاق على اللجوء إلى التوفيق أولاً بواسطة شخص معين ومن ثم اللجوء إلى التحكيم إذا لم يرتض أحد الطرفين بما ينتهي إليه الموفق ومثل هذا الاتفاق يلزم الطرفين كما يلزم هيئة التحكيم ، بحيث أنه لا يجوز لأي طرف اللجوء مباشرة إلى التحكيم قبل استنفاد وسيلة التوفيق ، فإن لجأ مباشرة إلى التحكيم فإن على هيئة التحكيم – إذا تمسك المحكم ضده بذلك – أن تقضي بعدم اختصاصها بالدعوى التحكيمية ، لعدم سلوك الطريق الذي أوجب الاتفاق سلوكه قبل الالتجاء إلى التحكيم³⁴⁶.

6- أوجه الشبه والخلاف بين الوساطة والتحكيم :

تعد الوساطة الأسلوب الأقدم والأكثر شيوعاً من بين الأساليب البديلة لتسوية النزاعات التي يستعان فيها بطرف ثالث ، وقد أنتشر استخدام الوساطة حيث يتم تطبيقها في نزاعات متنوعة ، ويمكن تعريف الوساطة كأحد الأساليب البديلة لتسوية النزاعات : بأنها تدخل في النزاع يقوم به طرف ثالث محايد ، وهو الوسيط لمساعدة الأطراف المتنازعة للتفاوض بشكل طوعي وصولاً إلى تسوية للمشكلة تكون مقبولة منهم ، والوسيط هو الطرف الثالث ، ويجب أن يتميز بالحياد وعدم التحيز ، وهو يقوم بتقديم المساعدة الإجرائية للأطراف لتسيير المفاوضات ، كما يقوم بمساعدة الأطراف على تفعيل التواصل بينهم وتحديد المشكلات في النزاع وتوضيح الحقائق وطرح الخيارات وتصميم عملية تفاوضية فعالة يمكن أن يستخدمها الأطراف³⁴⁷.

وتتخذ الوساطة أشكالاً عديدة فهناك (الوساطة البسيطة) وهي التي تقترب من نظام التوفيق في وجود شخص يسعى إلى التقريب بين وجهات نظر المتنازعين وهناك ، (الوساطة تحت شكل قضاء صوري) وهي التي يتم فيها تشكيل هيئة يرأسها الوسيط تضم وكلاء من أطراف النزاع وذلك للوصول إلى حل مقبول من الطرفين ، وهناك (الوساطة الاستشارية) وهي التي يطلب فيها أطراف النزاع من محامٍ أو خبير استشارته أولاً في موضوع النزاع ثم يطلبون منه بعد ذلك تدخله كوسيط لحل النزاع ، وهناك (وساطة التحكيم) وهي التي يتفق فيها الأطراف على قيام الوسيط بمهمة التحكيم إذا فشلت مهمته في الوساطة وهناك أخيراً (الوساطة القضائية) وهي المعمول بها في النظام الأنجلوسكسوني حيث تقوم المحاكم قبل الفصل في النزاع بعرض اقتراح على الأطراف باللجوء بداية إلى الوساطة³⁴⁸.

لذلك وقبل أن نفرق بين الوساطة والتحكيم يجب أولاً توضيح الفرق بين الوساطة والتوفيق ، حيث يذهب البعض إلى القول بأن هذين المفهومين متقابلان أو متماثلان في حين يذهب البعض الآخر إلى عكس ذلك ، فالموفق يمكنه أن يقترح حلولاً وفق القانون أو وفق العدالة والأنصاف ، بينما الوسيط لا يمكنه تقديم حلول قانونية للنزاع بل أن جل ما يستطيع القيام به هو مساعدة الفرقاء

على التوصل بأنفسهم إلى حل تفاوضي ومقبول منهم ، كما أن الموفق يعمل على تسوية نزاع قانوني ، بينما الوسيط قد يعمل على تسوية خلاف غير قانوني (سياسي) مثلاً ، وفي التوفيق يلعب الموفق دوراً فعالاً ، وذلك بقيامه بفحص نقاط القوة والضعف في موافق الأطراف وطرح المقترحات وتقديم المشورة وإيجاد حجج مقنعة في صالح مواقف كل طرف أو ضدها ، وخلق أفكار جديدة ، قد تشجعهم على تسوية نزاعهم ، ويستدعي أيضاً أن يقوم الموفق بنفسه بتقديم حل يمثل من وجهة نظره حلاً وسطاً عادلاً

³⁴⁶ قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص 22 .

³⁴⁷ التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، ص 21 .

³⁴⁸ المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، ص 132 .

ومعقولاً للنزاع أما في الوساطة فأن الوسيط يؤدي ببساطة مهمة أقناع أطراف النزاع بتغيير مواقف كل منهم أملاً في التوصل إلى مرحلة يمكن عندها أن تنتفق المواقف³⁴⁹،

أم بالنسبة (للساطة والتحكيم) فتتشابه الوساطة مع التحكيم في أن كلا من المحكم والوسيط يتم اختيارهما من قبل طرفي النزاع ويتشابه كل منهما كذلك في أن تدخلهما يكون عند وجود نزاع قائم بين الطرفين المتخاصمين³⁵⁰.

وكلاهما (الوساطة والتحكيم) طريقان من طرق تسوية المنازعات بدلاً عن القضاء وتتشابه الوساطة مع التحكيم في أنهما يستلزمان تدخل طرف ثالث لا علاقة له بالنزاع القائم من أجل تسويته ، ومع هذا فهي تختلف عن التحكيم ، حيث ينظر المحكم إلى النزاع من الناحية القانونية والواقعية ويقوم بإعمال حكم القواعد القانونية على الوقائع المعروضة ، أما الوسيط فيعمل على التعرف على المعطيات الواقعية والاقتصادية من أجل معاونة الأطراف على التوصل إلى اتفاق فيما بينهم ، كما أن المحكم يتمتع بسلطات كبيرة وشاملة في مواجهة فرقاء النزاع أما في الوساطة فلا يملك الوسيط سوى مساعدة الفرقاء واستخدام قدرته ووسائله التي تؤدي إلى توقيع الفرقاء لاتفاق معين ، وفي التحكيم يتم تسوية النزاع بقرار ملزم يصدر عن المحكم أما في الوساطة فتم تسوية النزاع بالوصول على توقيع اتفاق بين الأطراف ولا يملك الوسيط سلطة اتخاذ قرار في ذلك³⁵¹.

فالتحكيم هو وسيلة ينتهي بها النزاع بحكم له آثار الأحكام القضائية وله حجيته أمام القضاء ، والذي يتولى إصداره المحكم بما له من سلطة ممنوحة له من قبل الخصوم أنفسهم بموجب الاتفاق المبرم بينهما على التحكيم ، أما الوساطة فلا ينتهي بها النزاع بل هي وسيلة تساعد على إنهاء النزاع ، أو تسهل إنهاؤه ، لذلك فالوسيط كما ذكرنا يقتصر دوره فقط على تقديم المساعدة وتقريب وجهات النظر للوصول إلى حل ، دون أن تكون له سلطة إصدار قرار في النزاع³⁵².

كما أن الوسيط قد يعرض وساطته على الأطراف من تلقاء نفسه أحياناً ويبقى للأطراف حق القبول أو الرفض لهذه الوساطة وإذا قبلوها فيحق لهم الرجوع عنها لأن القرار الذي يصدر عن الوسيط ليست له أي قوة إلزامية وإنما هو التزام أدبي لا سبيل لتنفيذه إلا اختياراً وعلى عكس ذلك فإن المحكم لا يعرض نفسه على الأطراف بل أن الأطراف هم من يسعون لاختياره بإرادتهم ويلتزم الأطراف بتقديم الأدلة للمحكم ويلتزمون كذلك بما يصدره من حكم في النزاع المعروض أمامه ، كما أن الوسيط يحق له الانفراد والالتقاء بأحد الأطراف بمفرده لمعرفة ادعاءاته أو وجهة نظره في حل النزاع ويلتقي بالطرف الآخر بنفس هذه الطريقة وذلك بهدف التوصل إلى حل وسط يرضي الطرفين أما المحكم فلا يحق له ذلك لأن هذا العمل يثير شكوكاً حول حيديته واستقلاله ويعتبر سبباً لرده من قبل الطرف الآخر³⁵³.

ونشير أخيراً أنه لا يجوز للأطراف اختيار الوسيط إذا كانت (الوساطة قضائية)³⁵⁴.

349 الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية ، ص 380.

350 المحكم التجاري الدولي ، ص 41 .

351 الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية ، ص 227.

352 التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية ، ص 196 .

353 -المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، ص ، 133 .

354 د. محمد خلف بني سلامة ، الوسائل البديلة للدعوى لتسوية المنازعات الاسرية ، مجلة جامعة دهوك، المصدر السابق ، ص 220.

وقد أخذت بعض التشريعات العربية بالوساطة كوسيلة لحل النزاعات ومنها قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية الأردني رقم (12) لسنة (2006) ، والقانون المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية المغربي رقم (05-08) ، أما بالنسبة للعراق أن المشرع العراقي لم يأخذ بها كوسيلة لحل المنازعات وخاصة في الجانب الاقتصادي ، وبالتحديد في المنازعات التجارية والاستثمارية كما لا توجد لحد الآن ثقافة الوساطة في تسوية هذا النوع من المنازعات حيث لا يعتد بها لا من الجانب النظري ولا الجانب العملي لذلك فكان من الضروري الأخذ بالوساطة كوسيلة لحل المنازعات ولاسيما في المنازعات التجارية لأهميتها في هذا الميدان من جهة كون المنازعات التي تحصل بين التجار ليست خصومة بالمعنى الحقيقي هذا من جهة ومن جهة أخرى الأخذ بهذه الوسيلة يؤدي إلى التقليل من الدعاوى المنظورة أمام القضاء مما يقلل الزخم الذي نشهده اليوم امام المحاكم³⁵⁵.

أما في مصر فقد تكونت أخيراً جمعية خاصة باسم الجمعية المصرية للتسوية الودية للمنازعات ، ترمي إلى ترسيخ ثقافة الوساطة في مصر وتشجيع الالتجاء إليه وإعداد الوسطاء المؤهلين للقيام به³⁵⁶. ويرى الباحث ضرورة الأخذ بمثل هذه الخطوة في العراق أيضاً وذلك لتشجيع اللجوء إلى هذه الوسيلة وترسيخ ثقافتها ، ولا سيما في المنازعات التجارية ولنفس الأسباب المذكورة أعلاه .

1.2.2 طبيعة التحكيم :

تعددت الآراء والاتجاهات الفقهية حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم فالبعض غلب الطبيعة التعاقدية للتحكيم ، في حين غلب البعض الآخر الطبيعة القضائية ، وحاول البعض الآخر الأخذ بموقف وسط عن طريق تبني حل توفيقي مقتضاه اعتبار التحكيم ذو طبيعة مختلطة في حين تبني بعض الفقه نظرية الطبيعة الذاتية (المستقلة) للتحكيم ، إلا أن دراسة الطبيعة القانونية للتحكيم هي ليست مسألة نظرية بحتة ولاهي ضرب من ضروب الترف الفكري ، أو رصد للجدل الفقهي الذي أحتدم حولها ، بل يُبنى على دراستها نتائج بالغة الأهمية من وجهة النظر القانونية فإذا كان التحكيم ذا طبيعة اتفاقية انتصرت إرادة الأطراف في كل شيء بما فيها اختيار القانون الواجب التطبيق ، وإذا كان التحكيم ذا طبيعة قضائية ، فيحكم النزاع طبقاً لقانون محل التحكيم ولا دخل لإرادة الأطراف في اختياره وهكذا يترتب على تحديد طبيعة التحكيم نتائج بالغة الخطورة³⁵⁷.

1.2.2.1 الطبيعة التعاقدية للتحكيم:

يرى أنصار هذا الاتجاه وبحق أن الاتفاق على التحكيم هو عقداً يتم باتفاق الطرفين المحتكمين ، ويعتبر مظهراً لسلطان إرادتيهما ، واستعمالاً منهما لحقهما في الالتجاء إلى التحكيم ، وذلك من أجل حل نزاعهما عن غير طريق القضاء العام في الدولة ، فاتفق التحكيم يعد عقداً من العقود التي تنظمها النظرية العامة للعقد - شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر- بالإضافة خضوعه للأحكام الخاصة الواردة بشأنه - سواء وردت في قوانين

³⁵⁵ د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، وسائل تسوية المنازعات في ظل منظمة التجارة العالمية ، مجلة جامعة دهوك ، المصدر السابق ، ص 250.

³⁵⁶ - التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، ص 22 .

³⁵⁷ نظام الطعن على حكم التحكيم ، ص 18 .

المرافعات المدنية والتجارية ضمن النصوص المنظمة للتحكيم ، وقواعد الاتفاق عليه ، أم وردت في شكل قانوني خاص ، كقواعد التحكيم المنصوص عليها في قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994³⁵⁸ . وقد أستند أصحاب هذه النظرية إلى حجج كثيرة منها : بأن المحكمين هم ليسوا قضاة وليست لهم ولاية الحكم ، وإنما هم مجرد أفراد عاديين ، وأن أحكام المحكمين ليست أحكاماً قضائية ، وإنما تستمد هذه الأحكام آثارها من إرادة الأطراف المحتكمين الذين حكموا واففقوا على الخضوع لقضائهم ، وينتهي أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن مركز الثقل في نظام التحكيم بكل ترتيباته المعقدة ، هو اتفاق أطراف الخصومة كما أن مصدر قرارات التحكيم ، اتفاق طرفي النزاع ، ولا تجد قوتها التنفيذية إلا في هذا الاتفاق الخاص ، ومن ثم تنسحب طبيعة التحكيم التعاقدية على هذه القرارات ، وتكون واتفاق التحكيم "ككل لا يتجزأ" ، كما أن القضاء له سلطة عامة تستمد ولايتها من الدستور والقوانين ، أما التحكيم فيقوم على اتفاق ضمني على تنازل أطرافه عن الدعوى القضائية ، بالإضافة إلى اختلاف الهدف بين التحكيم والقضاء ، لأن التحكيم يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة لأطراف الاتفاق أو العقد أما القضاء فيهدف إلى تحقيق مصالح عامة وهي إقامة العدل³⁵⁹ . كما أن الأحكام الصادرة عن التحكيم ليست أحكاماً قضائية وإنما استمدت قوتها التنفيذية من القضاء الذي يصدر أمراً بتنفيذها بعد التحقق من انتفاء ما يمنع تنفيذها ، ولا يؤدي هذا الأمر إلى جعل أحكام التحكيم أعمالاً قضائية ، لأن حكم التحكيم الصادر في النزاع يبقى مصيره مرتبباً بعقد التحكيم ، وهذا يعني أن أنصار النظرية التعاقدية يصفون الطابع الاتفاقي على خصومة التحكيم إذ يحدد نطاقها الشخصي والموضوعي بالاتفاق بين طرفي النزاع³⁶⁰ .

كما أن المحكم يمكن أن يكون وطنياً أو أجنبياً ، في حين أن الوظيفة القضائية لا يباشرها سوى وطني ، كما أن المحكم إذا لم يحم بواجبه لا تطبق عليه قواعد إنكار العدالة ، وإذا أخطأ لا يخضع لقواعد المخاصمة³⁶¹ .

كما أن حكم المحكم لا يعتبر حكماً قضائياً كونه لا يخضع لطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية ولا يصدر عن قضاة ، وقد ركز أنصار هذه النظرية أيضاً على افتقار المحكم لسلطة الأمر فلا يملك توقيع الجزاءات على الأطراف أو الشهود فضلاً عن ضرورة إصدار حكم كم القضاء لتنفيذه وإمكانية رفع دعوى أصلية ببطلانه ومن ثم يكون لحكمه الطبيعة التعاقدية ، ويرى البعض أن الطبيعة التعاقدية لمهمة المحكم تنفق مع أحكام الشريعة الإسلامية فالمحكم لا يعد قاضياً لأنه يفقد شرط تولية الحاكم له وأن المحكم يستمد ولايته من المتداعيان³⁶² .

كما أن النظرية التعاقدية لاتفاق التحكيم تفرضها طبيعة المعاملات الدولية وما ينجم عنها من تبادلات تجارية، مما يسرع في حركتها ويسهل عليها بعض الإجراءات التي تفرضها التشريعات الوطنية ، وكل ذلك يتم عن طريق العقد لما يتصف به من طابع دولي ، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم وحكم التحكيم سواء صدر هذا الحكم في فرنسا أم في دولة أجنبية وحتى ولو كانت السلطة القضائية لبلد الأصل قد أسبغت على حكم التحكيم الأجنبي القوة التنفيذية ، فلا يترتب على ذلك أن يصبح التحكيم حكم التحكيم بمثابة الحكم القضائي ، كما أن القضاء المصري يميل إلى ترجيح الطابع التعاقدية ، من خلال نفيه

358 التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، ص 37 .

359 اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، ص 77 وما بعدها .

360 حسن طلال يونس الجليلي ، التحكيم بوصفه وسيلة لتسوية عقود البوت ، مجلة جامعة دهورك ، المصدر السابق ، ص 125 .

361 التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، ص 35 .

362 المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، ص 89 وما بعدها .

الصفة القضائية عن التحكيم ، إذ ترى محكمة النقض المصرية أن قوام التحكيم (الخروج عن طرق التقاضي العادية)³⁶³.

ويعيب هذه النظرية : أنها تتبالغ في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف فالأطراف في التحكيم لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم هم ، كما هو الحال بالنسبة للشخص الثالث الذي يحدد ثمن المبيع، وإنما يطلبون منه الكشف عن إرادة القانون في الحالة المعينة ، فالمحكم وهو يقوم بالفصل في النزاع مطبقاً إرادة القانون لا يلقي بالأمر إلى ما قد تكون إرادة الأطراف قد اتجهت إليه ، ومن ناحية أخرى فإنه ليس صحيحاً أن التحكيم وفق العدالة هو الأصل فالأصل سواء في القانون الفرنسي مادة (1474) أو المصري مادة (39) تحكيم) ، الأصل هو التحكيم وفقاً للقانون (أي التحكيم العادي) أما التحكيم وفقاً للعدالة (أي التحكيم مع التفويض بالصلح) فلا يكون إلا استثناء³⁶⁴.

لذلك فإن اتفاق التحكيم مجرد اتجاه إرادي إلى العدالة الخاصة ، ويقف دوره عند هذا الحد ، ولا شأن له بالخصومة وإجراءاتها المختلفة حيث تحيا بعيداً عن اتفاق التحكيم ، كما أن الإرادة يختفي دورها ويتلاشى تماماً في التحكيم الاجباري ، بالإضافة إلى أن المحكمين لا يعينون باتفاق الأطراف أو بواسطتهم فقد يكون تعيينهم بواسطة المحكمة أو مركز التحكيم هذا من جانب ومن جانب آخر هناك بعض القوانين تجيز الطعن على أحكام التحكيم مثل أحكام القضاء ، مثال ذلك القانون الإنجليزي الصادر سنة 1996³⁶⁵.

لذلك فهذه النظرية تعجز عن تبرير جواز الطعن في حكم التحكيم في (القوانين التي تجيز ذلك) ، فكيف يمكن تبرير جواز الطعن بالاستئناف في عمل تعاقدية في مفهومه ، رغم أن الاستئناف لا يوجه إلا إلى عمل قضائي ؟ ، كما أن التحكيم قد يفرض على الخصوم متى ما أنصبت هذه الإرادة في الشكل المحدد قانوناً ويؤكد ذلك أنه لا يجوز عزل المحكمين إلا باتفاق الخصوم جميعاً ولا يجوز ردهم عن الحكم إلا في الحالات وفي حدود النطاق الذي يرسمه المشرع ، وحتى مع التسليم بوجود اتفاق بين الأطراف على عرض نزاعهم على التحكيم فإنه يجب عدم الخلط بين هذا الاتفاق وبين التحكيم ككل ، فهذا العقد في ذاته لا يحل النزاع ، ولذلك فإنه لا يمكن مد الطبيعة العقدية إلى حكم التحكيم³⁶⁶.

ومن الجدير بالذكر أيضاً بأن التحكيم التجاري الدولي ليس ذو طابعاً إرادياً محضاً ، لأن واقع التجارة يظهر بأن حرية الخصوم في اختيار المحكم أصبحت وهماً لأن التحكيم في معاملات التجارة الدولية غالباً ما يفرض على الخصوم فرضاً كما في العقود النموذجية ، وفي مجال الاستثمارات ، وكذلك كدليل ، على انتفاء الطبيعة العقدية ، ما أستقر عليه من استقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي نشأت عنه المنازعة وهذا ما تبينته محكمة النقض الفرنسية ، وأن هذه النظرية تجعل من المحكم محوراً لتحديد طبيعة عمله ، وأن جعل عمل المحكم تعاقدياً لا يكفي لوحده استناداً على الاتفاق فقط بل لا بد من النظر لجميع العناصر الأخرى ككل³⁶⁷.

كما أن عدم تطبيق بعض القواعد والاحكام المطبقة على القضاة بخصوص المحكمين لا يضفي الطابع التعاقدية على التحكيم ، وذلك لأن الثقة في تقدير المحكم وحسن عدالته هي في الأصل مبعث الاتفاق على التحكيم ، ومن ثم لا بد أن يكون الخصوم المحتكمين قد راعوا في اختيار قضائهم ما يرغبونه من شروط ، أما القضاة

³⁶³ التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني ، ص 79 .

³⁶⁴ قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص 51 .

³⁶⁵ خالد أحمد حسن ، بطلان حكم التحكيم ، ص 55 .

³⁶⁶ قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية ، ص 73 .

³⁶⁷ المحكم التجاري الدولي ، ص 56 .

فهم موظفون عموميون ومن ثم يأتي الاختلاف في قواعد الصلاحية والتعيين وقواعد المخاصمة وأداء اليمين وإنكار العدالة وغيرها من القواعد ، كما أن فقدان المحكم لسلطة الجبر التي يتمتع بها القاضي ، لا يضيف الطابع التعاقدى على عملية التحكيم ، ذلك أن المحكم يفتقد سلطة الأمر أو الجبر التي يمتلكها القاضي العادي في الدولة لأنه يقوم بالقضاء الخاص بين الأفراد ، فهو قاضي خاص بالخصوم الذين اتفقوا على تحكيمه في منازعاتهم ، وتعترف به الدولة فالدولة تنظم قضاء التحكيم بجانب قضاء المحاكم³⁶⁸. فضلاً عن أن التحكيم وإن كان يستند إلى إرادة الخصوم فإن الالتجاء إلى القضاء يستند أيضاً لإرادة الخصوم والمتمثلة في المطالبة القضائية وطلبات الخصوم ولا يحكم إلا بناءً على طلبات الخصوم وفي حدود طلباتهم، كما يمكن للخصوم الاتفاق على نزع الاختصاص من محكمة وتثيبتها لمحكمة أخرى³⁶⁹.

1.2.2.2. الطبيعة القضائية للتحكيم :

يذهب أنصار نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم ، إلى أن خطأ النظرية التعاقدية أساسه اعتبار إقامة العدل احتكاراً للدولة ، بينما الأفراد من حقهم اختيار القاضي الذي يفصل بينهم ، فقد كان التحكيم هو الشكل البدائي لإقامة العدالة في العصور السابقة على ظهور الدولة وتنظيم السلطة القضائية فيها ، ولا فرق بين اختيار الخصوم للقاضي الذي يفصل بينهم ، وبين اتجاه إرادتهم إلى عرض النزاع على قضاء الدولة ، وجوهر النظامين هو فض النزاع ، وهو لا يتغير باختلاف الجهة التي تفصل في النزاع³⁷⁰. حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التحكيم وإن بدأ بعقد إلا أنه ينتهي بحكم كما أنه يخضع لقواعد القانون المدني من حيث انعقاده ولقانون المرافعات من حيث إجراءاته وآثاره ونفاذه ، كما أن الفصل في النزاع من قبل المحكم عملاً بالقواعد القانونية النافذة يمنح الغلبة للعنصر القضائي ، وبذلك فهو ذو طبيعة قضائية³⁷¹. لذلك فهذه النظرية تعتبر التحكيم عملاً قضائياً خالصاً والحكم التحكيمي حكماً قضائياً يحوز قوة الأمر المقضي ، ومن هذا ما قضت به بعض المحاكم من أن مبدأ حياد المحكم باعتباره قاضياً يفصل في الخصومة ، هو من الضمانات الأساسية للتقاضي أمام المحكمين ، ويتأسس على قاعدة أصولية قوامها وجوب اطمئنان المتقاضين إلى قاضيهما وأن قضاءه لا يصدر إلا عن الحق وحده دون تحيز³⁷². فالتحكيم هو قضاء إجباري يُلزم الخصوم في حالة اتفاقهم على اللجوء إليه كوسيلة لحل خلافاتهم وأنه بهذه الصفة يحل محل قضاء الدولة الإجباري ، لذلك فعمل المحكم وإن قام وتأسس على اتفاق التحكيم ، إلا أن هذا الاتفاق ليس هو الأساس الوحيد لعمل المحكم ، فعمله هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة فمهمة المحكم مهمة قضائية وحكمه يرتب نفس الآثار التي يرتبها الحكم القضائي، وإذا كان التحكيم يبتدئ في مرحلته الأولى بعمل إرادي وهو شرط أو اتفاق التحكيم فإن هذا العمل في رأي أنصار الطبيعة القضائية لا يعدو أن يكون مجرد فتيل لوضع هذا النظام موضع الحركة التي تهيمن عليها طبيعتها القضائية ويتحرك بذاتيته الخاصة³⁷³.

368 اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، ص 86 .

369 النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص 21 .

370 اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 ، ص 53 .

371 الوسائل البديلة لتسوية عقود الاستثمار الدولية ، ص 227 .

372 التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي ، ص 41 .

373 قوانين ونظم التحكيم في الدول العربية والخليجية ، ص 38 .

لذلك فإن الحكم الصادر عن المحكمين لا يختلف عن الاحكام الصادرة عن قضاء الدولة إلا في أنه لا يقبل التنفيذ إلا بموجب إذن بذلك من القضاء ، وليس من شأن ذلك أن يغير من طبيعته القضائية فليس الهدف من اشتراط هذا الأمر هو مراقبة قضاء الدولة عدالة حكم المحكمين بحيث يكون لهم تعديله إذا ثبت أنه ليس كذلك، وإنما الهدف هو فقط التثبت من وجود اتفاق بين الخصوم على التحكيم بصدد نزاع معين وأن هذا النزاع هو الذي فصل فيه بالفعل الحكم الصادر عن المحكمين³⁷⁴.

ومن الحجج والمبررات التي أستند إليها أصحاب هذه النظرية هي : اتفاق المصطلحات القانونية التي يستخدمها المشرع بشأن التحكيم والمعاملة الإجرائية له مع ما هو مستخدم بالنسبة للأحكام القضائية ومن ذلك استخدام المشرع لمصطلحات حكم التحكيم والنزاع والخصوم إلى غير ذلك من المصطلحات التي تستخدم بشأن الأعمال القضائية ، ولم يقف الأمر عند حد المصطلحات ، وإنما يخضع حكم التحكيم من ناحية تحريره لذات الشكل الذي يخضع له الحكم القضائي ، ويجوز الطعن عليه ، ويسمح للمحكمين بأن يصدروا حكمهم مشمولاً بالإنفاذ المعجل ، كما أن المهمة التي يباشرها المحكم هي ذات الوظيفة التي يباشرها القاضي وهي حسم المنازعات التي يعرضها الخصوم عليهم بعد فحصها وتقديرها من أجل التوصل إلى تطبيق قواعد القانون أو مبادئ العدالة عليها ، فالقاعدة أن تحديد طبيعة أي عمل يكون بالنظر إلى جوهره³⁷⁵.

ومن هذا الجانب فإن جانب من الفقه يرى بأنه باتفاق التحكيم يحل قضاء التحكيم محل قضاء الدولة في حماية الحقوق ويكون إلزامياً شأنه في ذلك شأن قضاء الدولة ، فالتحكيم اتفاق ثم إجراء ثم حكم شأنه في ذلك شأن الحكم الصادر من السلطات القضائية في الدولة ، فالأطراف عندما يلجؤون إلى التحكيم لا يتنازلون عن الدعوى وإنما يتنازلون عن اللجوء إلى القضاء ، كما أن اللجوء إلى التحكيم يلزم المحاكم التي ترفع إليها دعوى أو نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى ، لذلك فالتحكيم يعتبر نوع من أنواع القضاء ، يسير إلى جانب قضاء الدولة وقد يتساوى مع طبيعة القضاء الأجنبي الذي يعترف القانون الداخلي بأحكامه ، ومن أنصار هذا الاتجاه ذاته من ذهبوا إلى عكس ذلك بقولهم الجوهري في أن وظيفة الدولة المعاصرة ، هو ضمان تحقيق العدل بين الناس من خلال الوسيلة المحققة لهذا الغرض وهذا الضمان يمكن أن يتحقق من خلال القضاء العام كذلك يمكن أن يتحقق من خلال القضاء الخاص الذي يقيمه الخصوم بأنفسهم ووفق نظام التحكيم ، لذلك فكل من النظامين له أصلته واستقلاله والعلاقة بينهم ليست علاقة تبعية بقدر ماهي علاقة توازن واشتراك في الوظيفة³⁷⁶.

و يذهب أنصار هذه النظرية وبإصرار لجعل المحكم قاضياً باعتباره يستمد سلطته من القانون الذي يعترف بنظام التحكيم ويجعل من حكمه ملزماً للمحاكم وأن البعض قد عد هذا المحكم قاضياً خاصاً ، والبعض تطرف أكثر فعده قاضياً عاماً ، وأن حكم المحكم يحوز حجية الشيء المقضي به وينفذ تنفيذاً جبرياً بعد صدور الأمر بالتنفيذ ، وأن هذا كله متأني من تشبيه المحكم بالقاضي³⁷⁷.

374 ، قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية ، ص 74.

375 نظام الطعن على حكم التحكيم ، ص 21 .

376 المركز القانوني للمحكم ، ص 96 .

377 المحكم التجاري الدولي ، ص 58 وما بعدها.

وقد نصت على هذه الحجية معظم القوانين ومنها القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 وذلك في المادة 55 منه والقانون الكويتي في المادة 186 مرافعات ، وإن كان قد أجاز الاستئناف إذا اتفق الخصوم على ذلك قبل صدور الحكم ، وكذلك القانون الإيطالي في المواد 827 إلى 831³⁷⁸.

وقد تراجعت محكمة النقض الفرنسية بوضوح عن حكمها الصادر عام 1937 م بعد أن كانت تؤيد الطبيعة العقدية ، وذلك في عدد من أحكامها الحديثة نسبياً حيث أكدت في هذه الأحكام على أن التحكيم يعتبر قضاءً استثنائياً ، يملك فيه المحكم سلطة ذاتية مستقلة للفصل في المنازعات التي يتم حلها عن طريق التحكيم³⁷⁹.

وكذلك قد أقرت محكمة النقض المصرية الطبيعة القضائية للتحكيم حيث قضت في العديد من أحكامها بأنه " أحكام التحكيم شأنها شأن أحكام القضاء تحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدورها ، وتبقى هذه الحجية طالما بقي الحكم قائماً ولو كان قابلاً للطعن ، وتزول بزواله ، ولا يجوز للخصوم أن يأتوا بما يناقض هذه الحجية"³⁸⁰.

ولم ينص قانون المرافعات العراقي بصورة صريحة على حجية أحكام المحكمين ، لكنه نص على أن الحكم لا ينفذ لدى دوائر التنفيذ إلا بعد مصادقة المحكمة عليه ، ولا ينفذ لدى دوائر التنفيذ إلا بعد مصادقة المحكمة عليه (مرافعات م 272 ف1)³⁸¹.

وقد تعرضت هذه النظرية لبعض الانتقادات ومنها : أن وحدة المصطلحات القانونية المستخدمة بالنسبة لكل من التحكيم والحكم القضائي تدل على أن المصطلحات لا تستخدم أحياناً بالدقة المطلوبة³⁸².

لذلك فهذا القول منتقد فصحيح أن الكثير من القوانين قد سعت إلى إطلاق مصطلح الحكم على ما يصدره المحكمون عند حسمهم للنزاع تشبيهاً للحكم القضائي إلا أن مثل هذا الأمر منتقد ، لأن مصطلح الحكم مقصور على النهج الذي تتبعه التشريعات العربية في قوانين التحكيم ، أما بالنسبة للقول بوحدة الوظيفة أو المهمة التي يقوم بها القاضي والمحكم وهي الفصل في النزاعات ، فيرد عليه بأن القاضي قد يباشر وظيفته ويصدر أحكاماً من دون وجود نزاع ، ومثال ذلك حالة إقرار المدعي عليه بالدين المطلوب وبالتالي الاكتفاء بوجود مصلحة للمدعي بعكس المحكم الذي لا يظهر دوره بدون وجود نزاع قانوني نشأ أو سوف ينشأ وعليه يُقال (لا تحكيم بلا نزاع) ، أما بالنسبة لاعتبار المحكم قاضياً لأنه يستمد سلطته من القانون وليس من اتفاق الأطراف فيرد عليه بأن اعتراف القانون بعقد التحكيم لا ينفي من أن هذا العقد هو المصدر المباشر لسلطة المحكمين والقانون هو مصدر غير مباشر ، كما تختلف غاية المحكم عن القاضي الذي تكون غايته هي حماية القانون في الدولة بينما المحكم تكون غايته هي فض المنازعات بين الافراد³⁸³.

كما أن مهمة القاضي ليست الفصل في النزاع فحسب بل له سلطة ولائيه (الجبر و الأمر) بخلاف المحكم الذي يقتصر دوره على حل نزاع معين ، ويُمنح مهمة القاضي بصفة مؤقتة وبخصوص نزاع معين³⁸⁴.
وأما فيما يتعلق بوحدة الأثر القانوني بالنسبة لحكم التحكيم والحكم القضائي وهو (ترتيب حجية الأمر المقضي والقوة التنفيذية للحكم) ، فيرد عليه بأن حجية الحكم القضائي تحول دون تعديله أو إلغائه إلا بطرق الطعن

378 قوانين ونظم التحكيم في الدول العربية ، ص 39 .

379 الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار ، ص 227.

380 الأبعاد القانونية لامتناد شرط التحكيم ، ص 110.

381 أنظر المادة 272 ف1 من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969.

382 نظام الطعن على حكم التحكيم ، ص 22 .

383 المحكم التجاري الدولي ، ص 57 وما بعدها .

384 النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص 22.

المقررة قانوناً لذلك ، ولذلك لا يجوز رفع دعوى أصلية ببطلانه إلا في حالة انعدام الحكم ، وهذا يعني أن دعوى البطلان الأصلية لا تجوز إلا إذا كان الحكم مجرداً من أي حجية ، وأما في أحكام التحكيم فإنه يجوز دائماً رفع دعوى أصلية ببطلانها بناءً على أي سبب من الأسباب التي ذكرها القانون ، فعمل المحكمين باعتباره عملاً من أعمال الأفراد فإن حجيتهم ، لا تحول دون اللجوء إلى القضاء لطلب الحماية منه ، وأما فيما يتعلق بما يثبت لحكم التحكيم من حجية فإنها تستند إلى القوة الملزمة لعقد التحكيم أكثر مما تستند إلى طبيعة عمل المحكم³⁸⁵.

لذلك فحجية حكم التحكيم وقوته التنفيذية تختلف عن حجية القضاء وقوته التنفيذية ، كما أن القوة التنفيذية لا تنتقل لحكم التحكيم إلا بعد الالتجاء للقضاء للأمر بتنفيذه ، كما أن حجية الحكم القضائي متعلقة بالنظام العام بينما يمكن لأطراف اتفاق التحكيم الاتفاق على إعادة التحكيم أمام هيئة التحكيم بعد الفصل فيه بينما تحول حجية الحكم القضائي دون ذلك ، لذلك فالنظرية القضائية لا تستقيم مع طبيعة التحكيم وذلك لأن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة لا يتولاها إلا القاضي الذي يمثل الدولة فيما يصدره من احكام ، كما أن القاضي له سلطات وصلاحيات تختلف عن المحكم ، ولا يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي من حيث السن والجنسية والمؤهلات ولا يملك توقيع الجزاءات على الأطراف أو الشهود³⁸⁶.

فالمحكم لا يلزم شاهداً بالحضور أو يجبر خصماً على تقديم مستند تحت يده ، كما أن القضاء مظهر من مظاهر السيادة بما يحتم أن تستقل به الدولة³⁸⁷.

لذلك فمن الصعب أن نلحق أحكام التحكيم بأحكام القضاء جملة واحدة ، فهناك خلاف بين المحكم والقاضي الذي يتمتع بصفة الوظيفة العامة ويتمتع بالدوام والاستقرار والحصانة فيما يقوم به من أعمال ، كما أنه يعد منكرًا للعدالة إذا أمتنع عن الفصل في النزاع ، ولا دخل للخصوم في اختياره بعكس المحكم ، كما أن التشبيه بين نظامي التحكيم والقضاء رغم ما يبدو فيه من تقوية لمركز التحكيم إلا أنه ليس في صالح التحكيم دائماً ، لأن التحكيم أسبق من القضاء في الوجود³⁸⁸.

وعلى الرغم من أن أنصار النظرية القضائية يعدون اتفاق التحكيم عملاً قضائياً لكن مع ذلك لا تنطبق عليه جميع القواعد الخاصة بالأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام في الدولة فالحكم الصادر في التحكيم يعد حكماً إلا أنه ليس كغيره من الأحكام القضائية الصادرة من القضاء العام في الدولة لأنه لا يمكن عزله عن الاتفاق على التحكيم " شرطاً كان أم مشارطة " الذي كان سبباً له³⁸⁹.

ومن الجدير بالذكر أنه هناك إعمالاً أعطاها القانون القوة الرسمية والقوة التنفيذية كالمحررات الموثقة ، ومع ذلك لم يقل أحد بأنها أعمال قضائية رغم نشأتها التاريخية نشأة قضائية ، فقد كان التوثيق ، قديماً يتم بحضور القاضي والموثق ، لتوثيق إقرار المدين مقدماً ، وقبل أي نزاع بحق الدائن ، فيصدر القاضي الذي يعاونه موثق ، قرار بإلزامه بتنفيذ التزامه ، وقد كان هذا القرار ذا حجية وقوة تنفيذية ، وما ذلك إلا لأنهما (التوثيق

385 قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية ، ص 78 .

386 المركز القانوني للمحكم ، ص 99 وما بعدها .

387 شرط التحكيم في العقود التجارية ، ص 27 .

388 قوانين ونظم التحكيم في الدول العربية ، ص 42.

389 التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني ، ص 73 .

والقضاء) طريقان متوازيان لا يلتقيان لذلك فالتحكيم أيضاً هو ليس نوع من القضاء ، وإنما هو مختلف في وظيفته وطبيعته وغايته وبنائه الداخلي عن القضاء³⁹⁰.

ومع هذا فقد أستقر رأي غالبية الفقه وبحق على أن النظرية القضائية للتحكيم هي المسيطرة والغالبة في تكييف طبيعة التحكيم ، وتركت بصمتها على نظام التحكيم في الوقت الراهن وأثرت تأثيراً كبيراً في التشريعات الوضعية التي أصبحت تنظم التحكيم ، وترتب عليها تطبيق قواعد المرافعات المنظمة للنشاط القضائي للمحاكم وأثاره على خصومة التحكيم وأحكام المحكمين ، حيث لا توجد نصوص خاصة تحكمها ، سواء في التشريع أو في اتفاق المحكمين ، أو في النظم الخاصة التي يحيل إليها الاتفاق ، مع الاخذ بنظر الاعتبار الطبيعة الخاصة للتحكيم ، وهو أن المحكم غير مقيد بإجراءات المرافعات ، وإنما بالضمانات الأساسية للتقاضي³⁹¹.

1.2.2.3. الطبيعة المختلطة للتحكيم :

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم تتعاقب عليه صفتان ، الأولى وهي التعاقدية ، حيث تبدو واضحة في اختيار الخصوم للتحكيم كوسيلة لفصل منازعاتهم وإحجامهم عن التوجه نحو قضاء الدولة ، كذلك اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع ، والثانية الصفة القضائية وهي أن حكم التحكيم الذي ينتهي به النزاع يلزم أطراف الاتفاق وله قوة تنفيذية ، وهذه القوة تختلف عن القوة الملزمة للعقد³⁹².

لذلك يرى أصحاب هذه النظرية بأن التحكيم له طبيعة مختلطة ، فهم لا يصفون على التحكيم طبيعة واحدة من بدايته إلى نهايته ، بل يصفون كل مرحلة على حدة ، ويعطوها التكييف القانوني المناسب والمطابق لها ، ويذهب إلى هذه النظرية أغلب الفقهاء ، مبررين ذلك بما تقتضيه مصلحة التجارة التي تتطلب إطلاق حرية الاتفاق على التحكيم من بدايته ، ثم تحويله في المرحلة الأخيرة إلى قضاء ليكتسب القرار الذي يصدر فيه حجته بذاته بدون الحاجة إلى دعوى يعقبها حكم يضيف عليه هذه الحجية ، ويعيب أنصار هذه النظرية على النظرية العقدية والقضائية ، لأن كلاً منهما أرادت أن تصف نظام التحكيم في مجموعه وصفاً واحداً ، بينما هو في الحقيقة نظام مختلط حيث يبدأ باتفاق ثم إجراء ثم ينتهي بقضاء وهو قرار التحكيم ، بمعنى أن أنصار هذه النظرية يقفون موقفاً وسطاً بخلاف النظريتين السابقتين اللتين تقفان موقف المتشدد في تحديد طبيعة التحكيم³⁹³.

لذلك يترأخى الاعتراف بالطبيعة القضائية لحكم المحكم لما بعد صدور الأمر بتنفيذه ، وذلك كنتيجة للربط بين حجية التحكيم وقوته التنفيذية ، ومن ثم يتمتع التحكيم بطبيعة مزدوجة تبدأ تعاقدية وتنتهي قضائية عندما يصدر الأمر بتنفيذ الحكم³⁹⁴.

390 التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي ، ص 48 .
391 اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، ص 89 .
392 شرط التحكيم في العقود التجارية ، ص 27 .
393 النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص 23 .
394 اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، ص 82 .

وقد ذهب المشرع العراقي إلى إضفاء الطبيعة المزدوجة على التحكيم من نص المادة 269 من قانون المرافعات المدنية المعدل³⁹⁵.

فقد نصت هذه المادة بأنه (يجب على المحكمين الرجوع إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لإصدار قرارها في الإنايات القضائية التي قد يقتضيها الفصل في النزاع ...) وقد نصت المادة 266 من نفس القانون بأنه (يفصل المحكمون في النزاع على أساس عقد التحكيم أو شرطه) وكذلك نصت المادة 272 ف1 بأنه (لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ - سواء كان تعيينهم قضاءً أو اتفاقاً - ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناءً على طلب أحد الطرفين) لذلك فيتضح من خلال هذه النصوص تأييد المشرع للطبيعة المختلطة للتحكيم³⁹⁶.

لذلك فأنصار هذه النظرية هم أكثر واقعية واعتدال فهم لا يستطيعون تجاهل أي من الطبقتين القضائية والعقدية لاتفاق التحكيم وينظرون إليه بصورة متوازنة ، فهم ينظرون إلى طبيعة التحكيم من خلال ما يؤثر على هذا النظام ، إن كان هذا التأثير ناشئ عن فكرة العقد ، أو عن فكرة القضاء ، وبهذا يرون بأن حكم التحكيم ذو طبيعة قضائية من تاريخ تصديقه في المحكمة المختصة ، أي بعد الأمر بتنفيذه ، أما الفترة التي سبقت هذا الزمن فإن نظام التحكيم يعد عقداً فيكون في هذه الفترة ذو طبيعة تعاقدية³⁹⁷.

لهذا فإن الأخذ بطبيعة واحدة سواء الطبيعة العقدية أو القضائية يثير العديد من المشاكل والصعاب في التطبيق فالتحكيم ذو طبيعة عقدية وقضائية معاً ، فالعصر الإرادي هو الجانب السائد في المرحلة الأولى للتحكيم وهي مرحلة الاتفاق على التحكيم كأسلوب لحل المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بين الأطراف ، ثم يبدأ هذا العنصر في الاختفاء تدريجياً تاركاً الغلبة منذ بدء مرحلة التداوي للخصائص التي يتسم بها العمل القضائي ، فالتحكيم وفقاً لهذا الرأي ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً³⁹⁸.

وهذا هو قول عميد فقهاء القانون التجاري المغفور له الأستاذ الدكتور محسن شفيق الذي ذهب إلى أن "التحكيم في الحقيقة ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً ، وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة يلبس في كل منها لباساً خاصاً ، وتنحو طابعاً مختلفاً فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم ، وينبغي مراعاة هذه الصور عند تعيين القانون الواجب التطبيق"³⁹⁹.

وبالرغم من اتفاق أنصار هذه النظرية على الطبيعة المختلطة للتحكيم وعمل المحكم فقد اختلفوا فيما بينهم حول الوقت الذي يتحول فيه التحكيم من الطبيعة العقدية إلى الطبيعة القضائية ، فمنهم من يرى أنه بصور أمر التنفيذ من المحكمة المختصة يتحول التحكيم من طبيعته العقدية إلى طبيعته القضائية ، وقبل صدور هذا الأمر لا يعد عمل المحكم قضائياً ، ومنهم من يرى في الوقت الذي يبدأ فيه المحكم بالقيام بمهمته والمتمثلة في الفصل في النزاع ، أو في الوقت الذي يصدر فيه الحكم المهني لهذا النزاع يتحول التحكيم إلى الطبيعة القضائية ، ويرى اتجاه ثالث أن هاتين الطبيعتين متوافرتين في التحكيم ابتداءً من الاتفاق على اللجوء إليه وحتى الانتهاء منه بتنفيذ الحكم الفاصل في النزاع ، لأن اتفاق التحكيم يقترب من الطبيعة القضائية⁴⁰⁰.

395 حسن طلال يونس الجليلي ، التحكيم بوصفه وسيلة لتسوية منازعات عقود البوت ، مجلة جامعة دهوك ، المصدر السابق ، ص 125 .

396 أنظر : قانون المرافعات المدني العراقي رقم 83 لسنة 1969 المواد 269،272،266.

397 د.محمد حسن جاسم المعماري ، التحكيم التجاري ، المصدر السابق ، ص 82 .

398 قوانين ونظم التحكيم في الدول العربية ، ص 42 .

399 الوجيز في التحكيم ، طبقاً لقانون رقم 27 لسنة 1994 ، ص 14 .

400 المركز القانوني للمحكم ، ص 103 .

وقد وجه النقد لهذه النظرية ومنها أنها لم تأت بجديد بل محاولة للهروب من مواجهة الحقيقة ، فهم اختاروا أسهل الحلول ولم يحاولوا التصدي لجوهر المشكلة ذاتها ، فهؤلاء حددوا معيار هذه النظرية عن طريق ربطهم بين حجبية أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات موضوع الاتفاق على التحكيم وبين قوتها التنفيذية ربطاً غير دقيق⁴⁰¹.

فإن التحليل القانوني يجب أن ألا يقف عند القول بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة أو خليط غير متجانس ، فمثل هذا الوصف يعتبر بمثابة اعتراف بالعجز ومحاولة للهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة ، والواجب في مواجهة مثل هذه الحقائق المركبة محاولة تحليلها لردها إلى عناصرها المميزة ومحاولة تحديد دور كل عنصر ومظاهره في كل مرحلة من مراحلها المختلفة ، كما أن القول بالطبيعة المختلطة يؤدي إلى الخلط بين حجبية التحكيم وقونه التنفيذية ، فحجبية الأمر المقضي تثبت لحكم التحكيم بمجرد صدوره وهي أمر آخر غير القوة التنفيذية التي لا يحوزها حكم التحكيم إلا بصور أمر قضائي بتنفيذه هذا من جانب⁴⁰² .

ومن جانب آخر فإن القول بأن حكم التحكيم وقبل الأمر بتنفيذه لا يعد حكماً قضائياً وبالتالي لا يحوز حجبيته ولا تكون له هذه الصفة إلا بعد الأمر بتنفيذه فمن شأن هذا القول إهدار كل قيمة لنظام التحكيم وتنظيمه وهذا يتنافى مع مقصود المشرع⁴⁰³.

لذلك فأصحاب هذه النظرية لم يتوغلوا في العمق لتشخيص الطبيعة القانونية لنظام التحكيم بل اكتفوا للتوقف عند تبني الآراء المطروحة من قبل أنصار النظريات الأخرى ، ليبينوا عليها تصوراتهم وهي في النهاية عرض للأفكار التي طرحها أنصار النظرية القضائية والنظرية التعاقدية لنظام التحكيم⁴⁰⁴ .

كما أن في هذا الاتجاه خلاف آخر مع الخلاف الأصلي لطبيعة التحكيم يكمن في عدم اتفاق أنصار هذه النظرية على الحد الزمني الفاصل الذي ينحصر فيه الطابع الاتفاقي لعمل المحكم ليبيرز الجانب القضائي له⁴⁰⁵ .

1.2.2.4. نظرية الطبيعة المستقلة للتحكيم :

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأن التحكيم ليس نظاماً تعاقدياً ولا نظاماً مختلطاً ، ولا يعد كذلك نوعاً من القضاء وإنما هو نظام ذو طبيعة ذاتية ومستقلة يختلف في وظيفته وغاياته وبنائه الداخلي عن القضاء ويرجع ذلك إلى اختلاف الوضع القانوني للمحكم عن الوضع القانوني للقاضي⁴⁰⁶ .

فالتحكيم قد ظهر في المجتمعات البدائية قبل القضاء وأستمر وما زال قائماً بعد ظهور القضاء وهو نظام منتشر في كل دول العالم وفضلاً عن ذلك ظهرت هيئات وغرف ومراكز التحكيم ، الأمر الذي جعله قضاءً موازياً لقضاء الدولة ولكنه مستقل عنه لذلك فالتحكيم وفقاً لأنصار هذه النظرية هو أداة قانونية لحل المنازعات تختلف عن العقد والقضاء ، وهو يرمي إلى تحقيق العدالة بطرق مختلفة عن القضاء ويرفض أصحاب هذه النظرية ، النظرية القضائية للتحكيم مستدلين بأن القضاء سلطة من سلطات الدولة يباشرها القاضي بهدف

401 ، شرط التحكيم في العقود التجارية ، ص 28 .

402 قوانين ونظم التحكيم في الدول العربية ، ص 43 .

403 اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، ص 88.

404 التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني ، ص 83 .

405 المحكم التجاري الدولي ، ص 60.

406 نظام الطعن على حكم التحكيم ، ص 23 .

سيادة النظام والقانون ، أما التحكيم في نظرهم يهدف إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية متميزة ، وهي التعايش السلمي بين أطراف النزاع في المستقبل ، فضلاً عن تحقيق العدالة⁴⁰⁷.

كما أن عمل المحكم لا يعتبر عملاً قضائياً لأن المحكم نفسه تنتفي عنه صفة القاضي ، وأما القوة الإلزامية لرأي المحكم في مواجهة الخصوم فإنه يكتسبها من إرادتهم التصرفية التي أعربوا عنها في عقد التحكيم ، ويرفض أنصار النظرية أن يقال إن إرادة المشرع وليس عقد التحكيم هي أساس هذه القوة إذ أن القانون هو الذي يرتب على كافة العقود والتصرفات القانونية آثارها بحيث تعتبر هذه التصرفات مجرد وقائع أساسية بالنسبة لما ترتبه من آثار ، وإنما تعد الإرادة مصدراً مباشراً لهذه الآثار إذا كانت لها حرية معينة بشأنها بحيث يعتبر الأثر القانوني تحقيقاً لنية صاحبها ، وأما ما يصدر عن المحكم فهو ليس قراراً بالمعنى الفني وإنما هو مجرد رأي يتقيد به الخصوم بناءً على عقد التحكيم ، وبالرغم من ذلك فإن عقد التحكيم يختلف عن غيره من التصرفات الكاشفة أو العقديّة لأن الأطراف يخضعون فيه لرأي الغير وليس لرأيهم الذاتي ، وهذا ما يقرب عمل المحكم من القضاء لكن هذا لا يعني فقدان التحكيم لذاتيته واندماجه في القضاء⁴⁰⁸.

لذلك فيرفض أيضاً أصحاب هذا الرأي ، النظرية العقديّة في التحكيم على أساس أن العقد ليس جوهر التحكيم بدليل أنه لا يوجد في التحكيم الاجباري ، كما أن المحكمين لا يعينون دائماً باتفاق الأطراف أو بواسطتهم ، إنما قد يعينون بواسطة المحكمة المختصة أحياناً ، أو بواسطة مراكز التحكيم التي يلجأ إليها الأطراف ، كما يرفضون اعتبار التحكيم نظاماً مختلطاً تحكمه القواعد المنظمة للعقود والقواعد المنظمة للقضاء في وقت واحد لأنه يصعب في الواقع توحيد نظامين مختلفين وإدماجهما في نظام واحد⁴⁰⁹.

ولكن يثور التساؤل ، من أين يستقي التحكيم هذا الطابع الخاص وهذه الذاتية المستقلة ؟ فيجيب بعض الشراح بأن التحكيم لا يجد أساسه في القوانين الداخلية فحسب وإنما أيضاً في أنظمة ولوائح هيئات ومراكز التحكيم الدائمة المنتشرة في كل دول العالم والتي يلجأ إليها الأطراف في صورة ما يعرف بالتحكيم النظامي ، وكذلك ما تتضمنه المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم سواء كانت ثنائية أم جماعية ، ونماذج القوانين الدولية الموضوعية من قبل هيئات دولية وقرارات المنظمات الدولية⁴¹⁰.

لذلك فإن الطبيعة الخاصة والمستقلة لنظام التحكيم تنحدر من أن هناك طريقان معتمدان لمباشرة الوظيفة القضائية في الدولة : الطريق الأول ، هو الطريق ، العام والأصلي ، وبمقتضاه يلجأ الأفراد والجماعات إلى القضاء في الدولة للفصل فيما هم مختلفين فيه ، والطريق الثاني ، فهو طريق استثنائي خاص يُمكن مباشرة نفس العمل بواسطة أفراد عاديين ، لا يعدون من العضو القضائي في الدولة ، والطريقان المذكوران هما طريقان متوازنان ، لا يمكن دمجهما ، وكذلك لا يمكن إنكار وجود تقارب بينهما⁴¹¹.

لذلك فالتحكيم هو نظام متفرد قائم بذاته فالعقد عقد والقضاء قضاء والتحكيم تحكيم ، بمعنى أن لكل منهم نظامه الخاص ، بل هو جنس مواز للقضاء ولا يجوز أن تطبق قواعد القضاء على التحكيم إلا على سبيل القياس وبشروطه ، وأهمها عدم وجود قاعدة تحكيمية تحكم المسألة المثارة أما التطبيق الآلي لقواعد القضاء على التحكيم ، فإنه يمسخ التحكيم ويشوّهه ويخرج به عن طبيعته الأصلية ، ويؤدي إلى تنكيب غايته الرضائية

407 النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص 24.

408 قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية ، ص 30.

409 شرط التحكيم في العقود التجارية ، ص 29 .

410 قوانين ونظم التحكيم في الدول العربية ، المصدر السابق ، ص 45 .

411 التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني ، ص 83 .

البحثة ، فالقانون هو الذي أعتترف بسلطة هذه المسارات جميعاً في فصل النزاعات وهو من أعطاه القوة التنفيذية ، وهو الذي خلع عنها تلك الأوصاف ، وليست إرادة المتنازعين ، ومن هنا فقد أكتسب التحكيم صفته كوسيلة مستقلة لحل المنازعات بغير القضاء⁴¹².

كما أن النظريات السابقة (العقدية والقضائية والمختلطة) ، لا تصلح لتحديد طبيعة عمل المحكم فإن كان يمكن الإقرار بإحدى تلك النظريات والأخذ بها في إطار التحكيم الداخلي إلا أنه لم يعد مقبولاً الاستناد إليها على الصعيد الدولي وعليه لابد من الإقرار صراحةً بنظام التحكيم أولاً كونه نظاماً خاصاً يتفق مع متطلبات التجارة الدولية في الوقت الراهن أكثر مما سبق ، وإن طبيعة عمل المحكم يمكن إعطائها الطبيعة الخاصة المتميزة بعيداً عن القضاء الداخلي ، كما أن عمل المحكم له قواعد خاصة تحكمه وهي منتقاة من واقع التجارة الدولية ، فهو لم يعد عمل ذو طبيعة إرادية خالصة ، فواقع التجارة الدولية يكشف عن أن حرية الخصوم في اختيار محكميهم أصبحت غير مطلقة بشكل كبير لذلك ففي مجال التجارة الدولية نجد أن عمل المحكم متحرر من القيود الوطنية ، وله استقلالته ومجاله الحيوي ليؤسس له كياناً خاصاً وذاتي⁴¹³.

لكن هذه النظرية أيضاً لم تسلم من النقد : فإذا كان أنصارها يستندون إلى كون التحكيم أسبق من القضاء ، فكيف يكتسب الأقدم في النشأة طبيعة الأحداث ، فهذه الحجة مردود عليها ، بأنه عندما ظهر التحكيم لم يجد الدولة التي تتعهد وتشرّف عليه ، ولما ظهرت الدولة إلى حيز الوجود ، هيمنت على القضاء كما أسبغت على التحكيم القواعد التي تتفق مع الفلسفة التي يقوم عليها ، فالخلاف إذاً في وجود أو عدم وجود الدولة ، ولا يغير هذا مطلقاً من كونها من طبيعة واحدة وهي الطبيعة القضائية ، كما أن خصوصية وضع المحكم واختلافه عن وضع القاضي يرجع لأنه قاضٍ خاص يبحث عن عدالة تصون وتحمي علاقات الأطراف بحكم سريع ، يقتصد في النفقات ، ويتسم بالسرية والخصوصية ولا يبرر ذلك فكرة الطبيعة المستقلة لحكم التحكيم ، كما أن هذه النظرية غير مقبولة لأن القاضي في حالة عدم وجود نص فإنه يستطيع الاستناد إلى العرف أو قواعد العدالة ، كما أن أول سؤال يتبادر إلى ذهن القاضي عند تكوين رأي في النزاع هل هذا الحكم يتفق مع قواعد العدالة أم لا ، فضلاً عن أن المحكمين قد يفضلون عدم الخروج من على القانون ، إلا في حدود ضيقة ، حتى ولو كانوا مفوضين بالصلح ، ليضمنوا تنفيذ أحكامهم⁴¹⁴.

أما بالنسبة للقول بأن النظريات السابقة لا تصلح لتحديد طبيعة المحكم ولا يمكن العمل بها ولا سيما على الصعيد الدولي ألا أن هذه النظرية أيضاً لا تتماشى مع ما يقوم به المحكم من دور في حل النزاعات وذلك على أساس قيامها بوجود مجتمع رجال أعمال متخصصين بالتجارة الدولية بعيداً عن مجتمع الدول وأن مثل هذه النظرية تذهب إلى عدم الاعتراف بالأنظمة الوطنية للدول وعليه فالمحكم يقوم بعمله في فض النزاع وحسمه وفقاً للمبادئ العامة التي قد وضعها النظام القانوني وأهمها مبدأ المساواة والمواجهة ، لذلك فعمل المحكم يشابه إلى حد ما عمل القاضي ، لكن لا يمكن مساواته بالقاضي في إطار العمل القضائي العادي⁴¹⁵. لذلك فقد ذهب جانب كبير من الفقه بأن النظرية المستقلة لا تختلف عن النظرية القضائية بل تؤكد لها وإن كانت قد حرصت على بيان أصالة التحكيم وذاتيته ، حتى تبرر ما يختلف فيه التحكيم عن قضاء الدولة ، وما تختلف فيه أحكام المحكمين ، عن الأحكام القضائية من بعض الوجوه ، سواء من حيث حجيتها أو قوتها التنفيذية ،

412 التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي ، ص 49 .

413 المحكم التجاري الدولي ، ص 61 .

414 بطلان حكم التحكيم ص 62 وما بعدها .

415 المحكم التجاري الدولي ، ص 62 .

أي من حيث الآثار القانونية المترتبة على كل منهما بصفة عامة ، ويذكر البعض بأن النظرية المستقلة للتحكيم بهذا الشكل تتداخل في النظرية المختلطة للتحكيم ومن أجل ذلك يمكن أن يوجه لها ما تم توجيهه من نقد لهذه النظرية⁴¹⁶.

ويرى الباحث بأنه من الصعب تحديد أو إضفاء صفة وطبيعة معينة للتحكيم وبالتالي حصره وقولته فيها ، لأن ذلك يتنافى مع الطبيعة المتميزة لهذا النظام فطريق التحكيم هو أصلاً طريق استثنائي ومتميز بمميزات كثيرة ذكرناها سابقاً وبالتالي فإن حصره بإضفاء صفة معينة عليه يتنافى مع كل ميزاته فكيف يكون متميزاً عن القضاء وهو قضاء؟ وكيف يصدر عنه حكم يتمتع بحجية وقوة تنفيذية وهو مجرد اتفاق أو عقد ناتج عن إرادة أطراف النزاع؟ فإذا كان مجرد اتفاق فما هو الفرق إذاً بينه وبين الوسائل الأخرى لتسوية النزاعات التي ذكرناها ، مثل الصلح والتوفيق الخ ؟

كما أن القول بطبيعته الاستثنائية المتميزة لا يعني بأنه قضاء مستقل تماماً فهذا القول أيضاً غير منطقي ، فصحيح أن التحكيم يختلف عن القضاء في أمور كثيرة ذكرناها سابقاً ، لكن هذا لا يعني بأنه مستقل عنه تماماً فهو يخضع لرقابته ، كما أن الحكم التحكيمي لا يتمتع بقوته التنفيذية إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه من قبل القضاء ، فلو كان قضاءً مستقلاً تماماً فلماذا هذه الرقابة إذاً؟ فهل من المنطقي القول برقابة القضاء على قضاء آخر مثله تماماً لا يختلف عنه ويوازيه؟ كما أن القول بطبيعة التحكيم المركبة لا يعني بأن ذلك يؤدي إلى الخلط والإرباك بشأن طبيعته ، لأنه نظام متميز منذ نشأته فهو سابق على وجود القضاء ، كما أن القول بهذه الطبيعة لا يعني الهروب من المشكلة نفسها في تحديد طبيعته فلا يمكن تقييده بالصفة القضائية المحضة أو العقدية المحضة فقط لإضفاء صفة معينة عليه فهذا لا يعتبر حلاً للمشكلة بل قد يكون هو المشكلة ذاتها ، لذلك فعدم قولته بطبيعة معينة لا يعني هروباً بل هذه هي حقيقة التحكيم منذ أن وجد لذلك يؤيد الباحث مقولة الأستاذ الدكتور محسن شفيق فهي الأكثر اعتدالاً والأقرب إلى المنطق والصواب ، فلم ينشأ هذا النظام لقولته بطبيعة معينة ، بل نشأ ليكون متميزاً ويواكب تطورات الحياة بصورة عامة والتجارة بصورة خاصة .

الفصل الثاني

النظام العام وبطلان حكم التحكيم

إن فكرة النظام العام كما هو معروف هي فكرة صعبة التحديد فهي تختلف من مجتمع لآخر ومن دولة لأخرى ، لذلك فسوف نتطرق في هذا الفصل لمعنى هذه الفكرة وتأثيرها على حكم التحكيم في حالة صدوره مخالفاً لها وذلك عن طريق ربطها باتفاق التحكيم وشروط صحته وبطلانه وسلطات المحكمين في حال صدور الحكم مخالفاً للنظام العام لذلك قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين يتناول المبحث الأول مفهوم النظام العام وشروط صحة اتفاق التحكيم وحوالات البطلان المنصوص عليها في قانون المرافعات العراقي والاتفاقيات الدولية ، أما المبحث الثاني فهو يتناول سلطات المحكمين وحجية أحكامهم عند مخالفة النظام العام ، وواجبات المحكمين وحقوقهم ، والآثار المترتبة على البطلان والدفع بالنظام العام .

2.1. الموازنة بين فكرة النظام العام وبطلان حكم التحكيم:

سوف نتطرق أولاً في هذا المبحث إلى مفهوم النظام العام وأنواعه ، لكي نوازن ونربط بين هذه الفكرة الواسعة والمختلفة باختلاف المجتمعات ، وبين بطلان حكم التحكيم باعتبار أن مخالفة النظام العام هي إحدى حالات بطلان حكم التحكيم ولكن قبل التطرق لهذه الحالات ينبغي أولاً التعرض لشروط صحة اتفاق التحكيم لكي نستنبط من هذه الشروط الحالات التي يبطل فيها اتفاق وحكم التحكيم وهي مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية التي ينبغي توفرها في اتفاق التحكيم وبدونها يبطل هذا الاتفاق ، بالإضافة إلى حالات البطلان التي نص عليها قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 وذلك في المادة (273) ولا سيما الفقرة الثانية منها والتي تنص على الحالة التي يبطل فيها الحكم عند مخالفته لقاعدة من قواعد للنظام العام أو الآداب وماهي قواعد النظام العام التي يلتزم بها المحكم هل هو النظام العام الدولي أم الداخلي؟ ، بالإضافة إلى البطلان لمخالفة النظام العام في قانون التحكيم المصري ، مع بيان موقف بعض الدول الموسعة والمضيقة لمفهوم البطلان ..مع الإشارة إلى موقف بعض الاتفاقيات الدولية من ذلك ، بالإضافة إلى حجية احكام المحكمين وسلطاتهم عند مخالفتهم للنظام العام وهذا ما سنتناوله في المبحث الثاني من هذا الفصل .

2.1.1. النظام العام واتفاق التحكيم:

أن فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية التي يركز عليها علم القانون فما من نظام قانوني معاصر إلا وبه حاجة إلى هذه الفكرة ، باعتبارها آلية من آليات الارتكاز تمكنه من الاضطلاع بالمهام الموكلة إليه وهي لذلك لا تتصل بفرع معين من فروع القانون بل تعمل في فروع كافة ، إلا أنها ليست فكرة قانونية خالصة ابتدعها علم القانون فانحصرت فيه وتوقفت داخله ، بل أنها تطالعنا إلى خارج علم القانون ، فنجد لها مكاناً بين العلوم الإنسانية المختلفة لتقع في منطقة التماس بين علم القانون وعلوم السياسة والاجتماع والاقتصاد ، ففكرة النظام العام في وضعها المعاصر توصف بأنها صمام أمان لأي نظام اجتماعي مما قد يتهدد أسسه التي ينبنى عليها ، فضلاً عن كونها الغطاء الشرعي لدفع حركة المجتمع لتحقيق أهدافه ، لذلك فهي تتصل اتصالاً مباشراً بالمجتمع ، فهي مستمدة من مجموع القواعد المعبرة عن القيم والأسس الكامنة بالضمير الجمعي للمجتمع انطلاقاً من وضعه الفلسفي والأيدولوجي الذي يدين به ، حيث تقوم فكرة النظام العام بترجمة هذه الأسس والأصول ، سواء الدينية أم المجتمعية أم السياسية أم الاقتصادية الخ .. في صورة قواعد قانونية ذات طبيعة مخصوصة من حيث إلزامها ، أي أن لها قوة إلزام تفوق قوة إلزام القواعد القانونية العادية ، كما أن هذه الفكرة تقوم بحماية تلك الأسس مما قد ينالها من تهديد سواء كان داخلياً على يد السلطة أو الأفراد أم خارجياً في صورة اعتداء من قانون أجنبي آخر عليها⁴¹⁷.

مشكلة تعريف النظام العام : هناك مشكلة في وضع تعريف موحد أو محدد لفكرة النظام العام فهي من المسائل المهمة والمعقدة في القانون التي يركز النقاش حولها في الأبحاث المتعددة لعلماء القانون الداخلي والدولي ، ويكاد يكون الاتفاق معدوماً على تبني ضابط مستقر للنظام العام ، لذلك خلت نصوص أغلب القوانين في أكثر الدول من تعريف جامع مانع يحدد المقصود بفكرة النظام العام المعقدة ورغم عدم تمكن العلماء من الاتفاق على تحديد فكرة النظام العام فإن الاتفاق تام في مفعولها فكلما أتضح للقاضي في دولة ما أن أحكام القانون المراد العمل به غير مقبولة في بلده وأنها تتنافى مع الأفكار الأساسية التي يقوم عليها نظام مجتمعه فإنه يمتنع عن تطبيقه ، حيث أن مجال تطبيق فكرة النظام العام واسع جداً ولا يقتصر على نوع معين من القوانين كما ذكرنا ، فيعمل بها في الميراث والعقود والأهلية والزواج الخ . وقد بُذلت محاولات فردية وجماعية في سبيل الوصول إلى تعريف مشترك لفكرة النظام العام إلا أن الجهود التي بذلت بهذا الصدد لم تحقق هدفها المنشود فقد جاءت التعاريف غامضة لم تحدد بشكل دقيق المقصود من النظام العام فهي فكرة متغيرة وتتطور وتختلف من مكان لآخر ومن زمان لزمان⁴¹⁸.

⁴¹⁷انظر: عماد طارق عبد الفتاح البشري، فكرة النظام العام في التشريع الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية - كلية الحقوق ، ص 1 وما بعدها .
⁴¹⁸انظر: د. حسن الهداوي وغالب علي الداودي ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية - القسم الثاني ، بدون جهة نشر ، ط 1 ، 1982 ، ص 176 وما بعدها .

2.1.1.1. فكرة النظام العام وتعريفه في القانون العراقي:

نجد أصل هذه الفكرة متجسداً في الأساطير البابلية التي تحدثنا عن وجود إلهين عندهم ، إله السماء وهو أنو وإله في الأرض وهو أنليل وأن إله السماء يصدر أوامر إلى إله الأرض الذي يلتزم بإطاعتها و احترامها دون معارضة أو جدل ، وإذا نظرنا إلى هذه الأسطورة بمنظور حديث نجد أنها عبارة عن تصور بدائي ساذج للصفة الجوهرية للنظام العام وهي صفة الإلزام والجبر ، لذلك أتسمت القوانين العراقية القديمة بطابع الأمر والإلزام فكل ماجاء في نصوص هذه القوانين لا يستطيع الأفراد الاتفاق على خلافه ، فكل تصرف يخالف هذه القوانين له جزاء دنيوي وجزاء أخروي ، فعلى سبيل المثال ما جاء في المادة (27) من قانون أورنمو (إذا تسلط رجل وزرع حقلاً يعود إلى شخص آخر ... فإنه (المغتصب) سوف يخسر حتى المصروفات التي دفعها عن الحقل) ، وكذلك ماجاء في المادة (10) من قانون لبت عشتار إذا قطع رجل شجرة في بستان رجل آخر ، فعليه أن يدفع (كغرامة) نصف المن من الفضة ، وواضح أن هذه النصوص التشريعية القديمة تخص النظام العام حيث لايجوز الاتفاق على خلافها ، وذلك لأنها تحقق مصلحة عامة للمجتمع إذ أنها توفر الحماية للأشخاص وأموالهم ، وكذلك حماية المزروعات ومنها ماوضع لحماية العلاقات التعاقدية ومنها ما وضع لحماية الاسرة ..⁴¹⁹

وبما أن هذه الفكرة ليست ثابتة ومتغيرة ، لهذا فقد درجت أغلب التشريعات ومنها التشريع العراقي على عدم وضع تعريف خاص لمعنى النظام العام وتركت تقديره لفتنة القاضي وذكائه ومعرفته ، بالأحوال والعادات ، ولا مانع إن تعذر عليه تقدير أمر ما بنفسه من أنه يدخل في نطاق النظام العام أم لا ، أن يستعين على حله بواسطة الخبراء ، وقد نصت المادة (32) من القانون المدني العراقي (لا يجوز تطبيق أحكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في العراق) والنص العراقي هذا يؤيد ما سبق وذكرناه من أن مفهوم النظام العام في بلد ما ، يجوز أن يكون له مفهوم مختلف عما هو في بلد آخر ، ولذلك فقد صرحت هذه المادة على أن أحكام القانون الأجنبي لا يمكن تطبيقها في العراق إذا كانت مخالفة لما هو معتبر من النظام العام في العراق.⁴²⁰

وقد يهدف المشرع من تحريم التعامل في بعض الأشياء إلى حماية النظام العام والآداب كتحريره لإتجار المخدرات والتعامل في تركة مستقبلية ، إلا أن المشرع العراقي لم يحدد في نصوص خاصة كل الأشياء المخالفة للنظام العام والآداب العامة بل أكتفى بالنص عليه في المادة (130) مدني عراقي وإزاء صعوبة إعطاء تعريف جامع للنظام العام فقد أكتفت الفقرة الثانية من هذه المادة بإيراد بعض المسائل التي أعتبر المشرع أن أحكامها من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافها ، وكذلك نصت المادة (132) على أنه : " يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام أو للآداب " وهذا يعني أن يكون سبب التزم المتعاقد ، لا يتعارض مع تحريم صريح في القانون ، ولا يخالف النظام العام والآداب ، مثال ذلك التزم شخص بدفع مبلغ من النقود مقابل تعهد شخص آخر بارتكاب جريمة من الجرائم، ففي هذا المثال التزم الطرف محله مشروع وهو دفع مبلغ من النقود ولكن سببه غير مشروع المتمثل بارتكاب جريمة من الجرائم.⁴²¹

⁴¹⁹د. حسين عبد الله الكلابي ، النظام العام العقدي ، دار السنهوري ، بيروت ، ط1 ، 2016 ، ص 19 .

⁴²⁰الوجيز في التحكيم ، ص 51 .

⁴²¹د. ثامر حمود الخزاعي ، النظام العام والقانون الواجب التطبيق في علاقات الاسرة ، مكتبة الوفاء القانونية ، ط1 ، 2017 ، ص 40 .

وبالرجوع إلى نص المادة (130 ف 2) من القانون المدني العراقي نجد أنها نصت على سبيل المثال على بعض الحالات التي تعتبر من النظام العام ومنها " ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث و الأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية"⁴²². وكذلك يعتبر التعامل بما هو محرم بموجب القوانين الخاصة لأي سبب كان من النظام العام كالتعامل بالأسلحة والأفيون أو الحشيش أو بأوراق العملات المزورة وما شاكل ذلك ، أما بالنسبة للأمور المخالفة للأداب العامة فمفهومها هي الأخرى مختلف في بلد عنه في البلد الآخر ، فيجوز فتح نادٍ للعبارة في بعض البلدان الأوروبية – كألمانيا الغربية مثلاً – غير أنه محرم في العراق وبقية البلاد الإسلامية ومن أمثلة الأمور المخالفة للأداب كما لو ورد العقد على المتاجرة بالفواش ، أو على التعاقد على فتح محل للمقامرة ، فحيث أن التعاقد على هذه الأمور باطل ، فالتحكيم بشأنها ، وكذلك القرار الصادر في أية مسألة فيها يعتبر باطلاً أيضاً لأنه إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه⁴²³.

ونجد أن المشرع العراقي متابع لغيره من مشرعي الدول الأخرى فلم يكتف في المادة (32) التي أشرنا إليها بمخالفة أحكام القانون الأجنبي للنظام العام ، بل نص أيضاً على مخالفتها للأداب ، فالآداب تكون جانباً من جوانب نظام المجتمع الأعلى وبعبارة أخرى أن الآداب العامة تكون جانباً من جوانب النظام العام ، وهي تتحدد بالمبادئ الدينية ، فيكون الدين أساساً للأخلاق ، وراعياً لها ، فالآداب العامة مثلاً تحمي كيان الأسرة من التفتت اعتماداً على الزواج الشرعي ومن ثمة جاء تحريم كل علاقة غير شرعية تتم خارج إطار ذلك الزواج ويمكن أن يؤدي مبدأ الآداب إلى إعطاء الصفة القانونية أو الشرعية للعقود التي تمت في الخارج ولم تكن مباحة هناك لعدم اتفاقها مع تلك القوانين الأجنبية ، وكمثال على ذلك : أن يتزوج عراقي من زوجة ثانية في لندن وع احتفاظه بزوجه الأولى ، فالقانون الانجليزي لا يعترف بهذا الزواج الثاني في حين أنه مسموح في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل وكذلك نجد أن القانون العراقي لا يعترف بالقانون الأجنبي الذي يسمح لزواج المسلمة من غير المسلم لمخالفته للأداب في العراق⁴²⁴.

لذلك فالآداب هي : مجموعة من القواعد الأخلاقية أو الوجدانية أو الدينية التي وجد الناس أنفسهم أنهم بطريقة أو أخرى ملزمون باتباعها واحترامها في روابطهم الاجتماعية ، فالآداب في المجتمع هي مجموع العادات المتأصلة والعرف المتوارد والتقاليد المتوارثة والمعتقدات الدينية والروح السامية عند الإنسان ، وينص القانون المدني العراقي في المادة (975) : يكون باطلاً كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان لمخالفته للأداب) ، فهذا النوع من العقود (المقامرة) المعقودة خارج العراق لا يمكن تنفيذها والاعتراف بها من قبل السلطات العراقية حتى وإن كانت في الخارج قانونية أو شرعية كما لو كانت قد عقدت في لاس فيجاس⁴²⁵.

و نجد أن فكرة النظام العام تعتبر أحد موانع تطبيق القانون الأجنبي ، وهي فكرة كمات ذكرنا لا تقتصر على نوع معين من القوانين ، فهي كما تشمل الزواج تشمل الميراث أيضاً حيث يتدخل النظام العام كمانع يحول دون تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي يفرضه الوارث للمتبنى التي لا يمكن قبولها في الدول التي رفض

⁴²²أنظر: المادة 130 ف2 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وتعديلاته .

⁴²³الوجيز في التحكيم ، ص52 وما بعدها .

⁴²⁴د. ثامر حمود الخزاعي ، المصدر نفسه ، ص 42 .

⁴²⁵أنظر: د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، مبدأ النظام العام وتنازع القوانين ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الخامس ، دار الطباعة الحديثة ، البصرة ، ص 112-

قانونها التبني ولا يرتب عليه الميراث كالعراق ، كما يرفض القانون الأجنبي الذي يعتبر اختلاف اللون مانعاً من موانع الميراث ، ويتدخل النظام العام أيضاً في العقود ليحول دون تطبيق قانون أجنبي مختص فلا يمكن إقرار عقد متعلق بالرق فعلاً في بلد يشجب قانونه هذا النظام ويقرر المساواة بين الناس ، والعقود الواقعة على بيع التركات المستقبلية التي تجيزها بعض القوانين كالقانون السويسري والألماني ، ولا يعتد بها ولا تعتبر صحيحة في الدول التي تعتبر التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلاً⁴²⁶.

وبعد ان بينا مفهوم النظام العام في القانون العراقي سوف نتناول مفهوم النظام العام في القانون المصري ومفهوم القاعدة الامرة والمكملة وعلاقتها بالنظام العام بالاضافة الى مفهوم النظام العام في القانون الفرنسي وعلى النحو التالي :

ا- مفهوم النظام العام في القانون المصري :

من النصوص التشريعية المصرية التي تعتمد فكرة النظام العام نتوقف مثلاً عند المادة (135) من القانون المدني ، (إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً) ، أن المشرع المصري من خلال هذه المادة يعترف بفكرة النظام العام ويجعل منها أداة قانونية لإبطال التصرفات التي تخالفها ، كما اعتبر هذه الفكرة قيماً على مبدأ سلطان الإرادة بالنسبة إلى القانون الداخلي وحائلاً أمام تطبيق القانون الأجنبي ، ومع ذلك فهو أيضاً لم يعرف أو يحدد هذه الفكرة بل تركها إلى الفقه والقضاء ، ذلك أن النظام العام يقترن استخدام مصطلحه في كافة فروع القانون الداخلي بالحديث عن القواعد القانونية الأمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ولهذا أخذ المشرع المصري من النظام العام معياراً للفرقة بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة أو المفسرة وأعتبره قيماً على مبدأ سلطان الإرادة بالنسبة للقانون الداخلي ، وقيماً على تطبيق القانون الأجنبي في دولة القاضي ، فهو يهدف إلى حماية المبادئ العامة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية التي يقوم عليها كيان المجتمع⁴²⁷.

لذلك فقد وضع المشرع المصري معياراً للفرقة بين القواعد الأمرة والمفسرة ، ولكنه لم يضع تعريفاً للنظام العام ولم يحدد فكرته إلا أن الفقه والقضاء قد حاول معالجة ما أغفل عنه المشرع ، ولكن محاولتهما باءت بالفشل نظراً لأن فكرة النظام العام فكرة مرنة وتتغير بتغير الزمان والمكان ، وقد عرف بعض فقهاء القانون النظام العام بأنه وسيلة قانونية يستبعد بها النزاع المطروح أمام القاضي ، الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي ، وقد عرفه الفقيه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بأنه مجموعة من القواعد الخلقية التي استقرت في خدمة الجماعة وأصبحت ملزمة طبقاً لما يقتضي به شعور تلك الجماعة وقد وجد الناس أنفسهم ملزمين باعتمادها ، طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية⁴²⁸.

ويرى بعض الفقهاء أن القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد ويرى البعض الآخر : " أنها مجموعة المصالح الأساسية للجماعة أي مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها ، وقد عرفته محكمة النقض المصرية :

⁴²⁶.د. غالب علي الداودي ، د. حسن محمد الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، ج2 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2017 ، ص198 وما بعدها .

⁴²⁷.د. أبو جعفر عمر المنصوري ، فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقه ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2010 ، ص 104 .

⁴²⁸ النظام العام والقانون الواجب التطبيق في علاقات الأسرة ، ص 29 وما بعدها .

بأنه يشمل القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصلحة الأفراد ، وقد حددت محكمة النقض القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام بأنها تلك القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد حيث ينبغي على جميع الأفراد مراعاة تلك المصلحة ولا يجوز لهم الاتفاق على ما يخالفها نظراً لأن المصلحة العامة تسمو على المصلحة الفردية⁴²⁹.

وهذا بينته المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ 17 يناير 1979 وذلك في خصوص النزاع الداخلي بين الشريعة والشرائع الملوية لغير المسلمين ، ويستخلص من هذا الحكم في رأي الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة ، أن النظام العام هو حالة أو وضع وليس قانوناً أو مبدأ ، تشكل مضمونه المبادئ العليا والأساسية الاجتماعية الروحية والسياسية التي يقوم عليها المجتمع وهذا يعني سموه وإن تعارض قانون أجنبي معه ، وقد عرف الأستاذ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة النظام العام بأنه " دفع يتم بمقتضاه منع تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي واجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان حكمها يرتطم ويتعارض مع المبادئ والقيم العليا الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية التي يقوم عليها مجتمع القاضي "430.

وبما أن المشرع المصري أتخذ من النظام العام كما ذكرنا معياراً للتفرقة بين القواعد الأمرة والمكملة لذلك ينبغي توضيح ما المقصود بهذه القواعد ؟ حيث يذهب الفقه في مجموعه إلى أن القواعد القانونية تنقسم إلى قسمين : القسم الأول يهدف إلى حماية المصالح الأساسية والجوهرية للجماعة ، والقواعد القانونية التي يعهد إليها بأداء هذه المهمة هي قواعد أمرة بما يفيد عدم جواز الاتفاق على مخالفتها ، وكل اتفاق من هذا القبيل يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ، أما القسم الثاني (القواعد المكملة) فيهدف إلى حماية المصالح الخاصة للأفراد ، وذلك في حال عدم قيام المتقدمين بمثل قيام هذه المهمة ، أما إذا قام المعنيون بتنظيم علاقتهم تنظيمياً كاملاً وشاملاً هنا يتوقف عمل هذه القواعد لأنها لا تعمل إلا حال صمت المعنيين عن ذلك⁴³¹.

2- مفهوم القاعدة الأمرة والمكملة وعلاقتها بالنظام العام :

وتسمى القواعد الأمرة بهذا الاسم لأنها تتوجه إلى الأفراد بأمر أو بنهي معين لا يجوز لهم الاتفاق على خلافه ، وإذا اتفق الأفراد على خلاف الأمر أو النهي الواردة بالقاعدة القانونية الأمرة فإنها تكفل الجزاء المقرر لهذه القاعدة بردهم إلى أحكامها ، فالقاعدة القانونية التي تحرم القتل أو السرقة أو تفرض أداء الضرائب مثلاً قاعدة أمرة ، ومن الأمثلة الأخرى أيضاً تلك القواعد المدنية التي تحظر على الأفراد أن يتقاضوا فيما بينهم فوائد عن القروض ، أو التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة ، ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال التي نص عليها القانون ، أما القواعد المكملة هي تلك القواعد التي يحق للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمها واستبعادها إذا ما ارتضوا ذلك لأنفسهم ، والعلة في ذلك ترجع إلى وظيفة هذا النوع من القوانين ، فهي ليست وثيقة الصلة بأسس المجتمع ولا تمس كيانه في الصميم ، وهذه القواعد لا تمثل إرادة المجتمع العليا ، بل هي تمثل إرادة

⁴²⁹د. أشرف عبد العليم الرفاعي ، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2006 ، ص 28 .

⁴³⁰ النظام العام والقانون الواجب التطبيق في علاقات الأسرة ، المصدر نفسه ، ص 30 وما بعدها .

⁴³¹د. هشام خالد ، قواعد الاختصاص القضائي وتعلقها بالنظام العام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2000 ، ص 11 .

الأفراد المفترضة في تنظيم نشاطهم الحر ، ولكن هذا لا يعني إن القانون يترك المجال كلياً للأفراد ، بل أنه يتعرض له بالبيانات ، ويضع من القواعد ما يكون منظماً لهذه العلاقات متى سكت الأفراد عن هذا التنظيم ، ومثال هذه القاعدة : القاعدة التي تقضي بأن ثمن المبيع يكون مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع⁴³² . ويذهب الفقه في مجموعه إلى إمكان التفرقة بين هذين النوعين من القواعد بأحد الطريقتين التاليتين : الطريق الأول هو (المعيار اللفظي) : يرى أنصار هذا المعيار أن هناك ثمة ألفاظ إذ أوردتها المشرع في نص معين أمكن لنا التعرف على طبيعة هذا النص ما إذا كان أمراً أم مكملاً ، فإذا ما حوى النص على بعض الألفاظ مثل : يقع باطلاً ، يمتنع ، لا يجوز ، هنا نكون بصدد نص أمر بدلالة الألفاظ المتقدمة ، في حين أن لفظ يجوز ، يمكن أو مالم يوجد اتفاق مخالف ، فكل الألفاظ المتقدمة تدل على أن النص المائل ، هو نص مكمل بدلالة الألفاظ المتقدمة ، ويذهب البعض إلى أن الأصل أن القواعد القانونية كلها أمرة مالم ينص فيها على جواز الاتفاق على مخالفتها ، بينما ذهب البعض الآخر إلى عكس ذلك بأن الأصل أن القواعد القانونية هي قواعد مكملة مالم يتضمن النص ما يفيد بطلان كل اتفاق مخالف ، فوفقاً لما تقدم فإن الفاعل النص ، هي المعيار الحاسم في تحديد طبيعته ، أما الطريق الثاني وهو (المعيار المعنوي) : حيث يذهب الفقه في مجموعه إلى وجوب الاحتكام إلى فكرة النظام العام والآداب لتحديد طبيعة النص محل البحث ، فالنصوص التي تتعلق بالنظام العام وتحمي الآداب هي نصوص أمرة في حين أن النصوص التي تحمي المصالح الخاصة للأفراد ولا تمس المصلحة العامة هي نصوص مكملة أو مفسرة لإرادة الأشخاص⁴³³ .

ولكن يبقى السؤال هنا هل أن معيار النظام العام هو المعيار الصحيح لتمييز القاعدة الأمرة من المكملة؟ وهل أن كل قاعدة أمرة متعلقة بالنظام العام؟ يميل الغالب من فقه القانون الخاص وبمساعدة غالب فقه القانون العام ، إلى أن فكرة النظام العام إنما هي معيار للتمييز بين القاعدة الأمرة والمكملة ، فالأستاذان السنهوري وأبو ستيت يذهبان إلى أن القواعد الأمرة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها نهائياً هي تلك المتعلقة بالنظام العام ، أما القواعد التي يجوز مخالفتها فهي لا تتصل بالنظام العام ، فالذي يميز بين النوعين هو مدى اتصال القاعدة بالنظام العام أو عدم اتصالها به ، لذلك فالقاعدة الأمرة هي القاعدة التي تتعلق بالنظام العام أو تمس الآداب ، والقاعدة المكملة -المقررة هي التي لا تتعلق بالنظام العام ولا تمس الآداب ، ولكن هذا الرأي غير صحيح فافتراض كون كل أمر ناهٍ هو بالأساس وثيق بأصول الجماعة وكيانها وأسس الدولة وكيانها على نحو يجعله ذا تأثير مباشر على صوالح الدولة العليا ومصالح الجماعة الكلية هو افتراض غير محقق عملياً ولم يقدم هذا الفقه أدلته العملية على صحته وهذا النقص يشوب الفرض الأساس الذي يبني عليه الفقه معيار فكرة النظام العام ضابطاً للتمييز بين القواعد الأمرة والمكملة من حيث اعتماده أصلاً لاعتبار كافة قواعد وأحكام القانون العام من النظام العام ، وصحيح الأمر كما يذهب الأستاذ الدكتور حسن كيره - " أن كل القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب هي قواعد أمرة حال كون العكس غير صحيح فليست كل القواعد الأمرة متعلقة بالنظام العام " ، ومن أمثلة القواعد الأمرة التي ليست من النظام العام تلك التي يقصد بها حماية القاصر ، فالقانون لم يرتب البطلان المطلق جزاء تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر بل قرر قابليتها للأبطال (البطلان النسبي)⁴³⁴ .

432 فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقه ، ص 26 وما بعدها .

433 انظر: د. هشام خالد ، المصدر نفسه ، ص 14 وما بعدها .

434 فكرة النظام العام في التشريع الإسلامي ، ص 169 وما بعدها .

لذلك فالصحيح هو أن كل قاعدة أمرية ليست بالضرورة متعلقة بالنظام العام لكن العكس صحيح ، أن كل قاعدة متعلقة بالنظام العام ، هي قاعدة أمرية⁴³⁵.

3- مفهوم النظام العام في القانون الفرنسي :

وباستعراض هذه الفكرة في القانون الفرنسي نجد أن المشرع الفرنسي أيضاً لم يضع تعريفاً للنظام العام تاركاً هذا الأمر للفقه والقضاء ، ويرتكز النظام العام على نص المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على مايلي " كل اتفاق خاص مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب يكون باطلاً ولا يعمل به " وقد بذل الفقه قصارى جهده لتعريف النظام العام ولكن محاولته هي الأخرى لم تكفل بالنجاح ، نظراً لصعوبة تحديد هذه الفكرة المرنة والمتغيرة عبر الزمن ، فتعدد الزوجات مثلاً مخالفاً للنظام العام في فرنسا في حين أنه ليس كذلك في مصر ، كما أن هذه الفكرة لا تختلف فقط من بلد إلى بلد آخر بل قد تختلف وتتغير في البلد نفسه بتغير الزمان ومن الأمثلة على ذلك أن القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 كان يبيح الطلاق غير أنه في عام 1811 حرم الطلاق وأعتبر هذا التحريم متعلقاً بالنظام العام ثم عاد المشرع الفرنسي في عام 1844 وأجاز الطلاق مرة أخرى وأعتبر هذا المسلك الجديد من النظام العام⁴³⁶.

وقد عرف الفقيه الفرنسي "مالوري" النظام العام : هو حسن سير المؤسسات الضرورية للمجتمع أو اللازمة للجماعة ، فهذا الفقيه يعطي مفهوماً مرناً للنظام العام حسب رأيه من الزاوية التقليدية أو الحديثة ، فمن حيث الزاوية التقليدية يعتبر النظام العام حامياً لأمن وسلامة المجتمع وتنظيمه تجاه التصرفات الفردية ، وهو يحافظ على القيم الأساسية في المجتمع في زمن معين ولا سيما حرية التعاقد بين الأفراد ، أما من الزاوية الحديثة فإن النظام العام ينقسم إلى نظام عام اجتماعي واقتصادي توجيهي وآخر حمائي ، ويكون مصدرهما التشريع حيث يعود للمشرع تحديد نطاق هذا النظام ، وخير مثال على ذلك مايقوم به هذا الأخير من تحديد أجور وشروط العمل ، ومنع الشروط التعسفية في العقود ، وكل ذلك من أجل توفير الحد الأدنى من الحماية لأطراف العلاقة التعاقدية وخاصة الطرف الضعيف ، إلا أن هذا التعريف يعاب عليه أنه يربط في الواقع النظام العام بالمصلحة العامة ، دون النظر إلى المصلحة الخاصة ، وبذلك يظهر النقص في تحديد مفهوم النظام العام تحديداً دقيقاً⁴³⁷.

فمن المعروف أن من أهم خصائص المصلحة العامة هو أنها مرجحة دائماً على المصلحة الفردية ولذلك فإن القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية المصلحة العامة هي من قبيل القواعد الأمرية التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على ماخالفها ، لأن في ذلك خروجاً على النظام العام ، لكن المصالح الأساسية التي يقوم عليها المجتمع تختلف عن تلك التي يقوم عليها مجتمع آخر ، بل أنها تختلف في المجتمع الواحد كما ذكرنا من حقبة زمنية إلى أخرى فالمجتمعات القائمة على المذهب الفردي ، حيث تعلق قيمة الفرد وتتقدم مصلحته على مصلحة الجماعة وتقل القواعد الأمرية التي تحد من سلطان الإرادة ، وبالتالي تنحصر فكرة النظام العام في أضيق الحدود وعلى العكس من ذلك تتسع حدود هذه الفكرة في المجتمعات القائمة على المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي حيث تزداد تدخلات الدولة في حياة الأفراد ويضعف سلطان الإرادة نتيجة كثرة القواعد القانونية

⁴³⁵أماني أبو العلا، أبو العلا النمر، العودة إلى التحكيم بعد بطلان الحكم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق -جامعة عين شمس، 2017، ص 313.

⁴³⁶اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، ص 33 وما بعدها .

⁴³⁷فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون والفقه ، ص 93 .

الأمرة ، ولكن يبقى مدلول النظام العام صعب التحديد فهو يختلف داخل المجتمع الواحد نتيجة اختلاف مفهوم المصالح الأساسية التي يقوم عليها المجتمع بسبب تغير كيان المجتمع وبنائه أو بسبب التطور الذي تفرضه الظروف المحيطة به⁴³⁸.

لذلك فإن ربط فكرة النظام العام بالمصلحة العامة لا يعني اغفال المصلحة الخاصة تماماً فلكل دولة نظامها العام الوطني ، ففي فرنسا يعد من القواعد المتعلقة بالنظام العام القواعد التي تنظم الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين والنظام المالي لهما وأهلية الزوجين وفتح حساب في بنك والحق في طلب الطلاق للفرنسي المقيم في فرنسا ، يتعين أن يتم وفق القانون الفرنسي ، وكذلك النصوص التشريعية المتعلقة بالإفلاس ، وقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن مرونة هذه الفكرة بعبارة شهيرة " (تعريف النظام العام الوطني ، يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل وقت في فرنسا)⁴³⁹. والأصل أن يتدخل المشرع عن طريق القواعد القانونية الأمرة التشريعية والدستورية – لحماية ما يستجد من قيم عليا في المجتمع غير أن تدخل المشرع غالباً مالا يكون في الوقت المطلوب ، علاوة على أنه من الصعب على المشرع أن يحيط دفعة واحدة بكل التطورات التي طرأت على المجتمع من النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية في وقت من الأوقات ولذلك فإن على القاضي أن يلعب دوراً هائلاً في هذا الخصوص ، حيث ينبغي عليه من خلال قضاؤه – أن يراعي مقتضيات النظام العام بأن يستلم المصلحة العامة وأن يتقيد بالنظم والأداب السائدة في المجتمع ، وأن يضمن لها ما قد يغفله التشريع ضمانه من حماية كافية ، ويزيد من مهمة القاضي ، أن فكرة النظام العام ذاتها تستعصي على التعريف الدقيق ، كما أنها فكرة نسبية ومتطورة كما أشرنا سابقاً ، ولعل هذا ما دعا أحد الفقهاء الفرنسيين إلى القول – ساخراً – بأن النظام العام يختلف باختلاف طول أقدام القضاة⁴⁴⁰.

2.1.1.2. أنواع النظام العام :

بناءً على ما تقدم يقسم النظام العام إلى :

1- النظام العام النصي والاجتهادي : يتجسد النظام العام النصي بالنصوص القانونية الإلزامية وهذا النوع محدد بشكل صريح وواضح ومقتن عبر نصوص أمرة وملزمة بصيغة المنع وهي تحدد ماهيته ومضمونه وترتب البطلان بوصفه جزاءً على مخالفتها ، ففي بعض المسائل يحدد القانون أن طابعه من النظام العام ، كما في النصوص المتعلقة بحماية المستهلك مثلاً ، وأحياناً طبيعة النصوص تحدده كما في عقد الإغواء ، لأنه يعد جرمًا جزائياً ، وكذلك في السبب الغير مشروع عندما يكون مناقضاً للنظام العام ، أما النظام العام الاجتهادي وهو حالة مفترضة كرسها الفقه القانوني والاجتهاد القضائي ، يضاف إليهما الاحكام الغير مكتوبة في الأنظمة القانونية التي تأخذ وتتوسع بسططان العرف (كالقانون الإنكليزي) ويمكن تلمس حالات هذا النوع من النظام العام واستنباطها في روح التشريع ، وفي المبادئ العامة ، ويعد الاجتهاد القضائي حامياً للنظام العام ومفسراً له ، فبإمكانه أن يعلن أن اتفاقية ما أو بنداً ورد فيها هو غير قانوني إذا ظهر أنه يخالف النظام العام ، والفيصل في تحديد مفهوم النظام العام المضمّر أو الاجتهادي هو المصلحة العامة ، ويقع على القاضي في هذا النوع من النظام العام عبء تحديد النص من خلال استقراء معناه بعمل ذهني تحليلي يقوم به⁴⁴¹.

⁴³⁸د.عبد أحمد العفلول، فكرة النظام العام الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط2، 2006 ، ص10 .

⁴³⁹ النظام العام والقانون واجب التطبيق في علاقات الأسرة ، ص 19 وما بعدها .

⁴⁴⁰ فكرة النظام العام الدستوري ، ص 11 .

⁴⁴¹ أنظر : مفهوم النظام العام على الموقع الإلكتروني:

2- النظام العام السياسي : لقد عبر القانون المدني الفرنسي سنة 1804 عن النظام العام المتولد من الثورة الفرنسية ، فلقد أشارت المادة (6) منه إلى منع ممارسة الاتفاقات التي تخالف هذا النظام وكان المقصود تأمين احترام القواعد التقليدية ، ولقد تبلور عن هذه القواعد التقليدية فرع جديد للنظام العام أطلق عليه الفقه الحديث (النظام العام السياسي) ، وقد اختلف الفقه في اتجاهات عديدة حول ماهية القواعد التي يحميها النظام العام السياسي إلا أن الاتجاه الجدير بالتأييد هو الاتجاه الذي يذهب بأن النظام السياسي يشمل كافة ما يتعلق بتنظيم الحكم والسلطات في الدولة بحيث يمكن تقسيمه تقسيماً فرعياً إلى نظام عام دستوري وآخر إداري وآخر مالي ، وآخر قضائي ، وقد أيد القضاء العراقي النظام السياسي في إحدى قراراته القضائية رقم 556-ح-1955 في 21-3-1956 التي قضت بأن : (أن منح السيارة إجازة السير في شارع الرشيد من اختصاص السلطة العامة لا يصح للطرفين التعاقد عليها ولا أن تكون محلاً للالتزام لمساس الموضوع بالنظام العام)⁴⁴².

3- النظام العام الاقتصادي والاجتماعي : يعرف النظام العام الاقتصادي بأنه مجموعة من المبادئ العليا التي تعمل قواعد القانون الاقتصادي على حمايتها وتحقيقها وينقسم النظام العام الاقتصادي بدوره إلى نوعين وهما النظام العام التوجيهي والنظام العام الحمائي وهذا الأخير يهدف إلى حماية المصلحة الخاصة عموماً وفي خصوص الروابط الاقتصادية يهدف إلى حماية الطرف الضعيف اقتصادياً كالمزارع في عقد المزارعة والمستهلك في عقد البيع ، والعامل في عقد العمل والمقترض في عقد القرض .. الخ ، أما الأول فهو على العكس يعمل على حماية المصلحة العامة عن طريق توجيه كافة الأنشطة لخدمة ما تتبغيه الدولة من وراء سياستها الاقتصادية والاجتماعية ، ويدخل في نطاق النظام العام التوجيهي القوانين الخاصة بتنظيم الائتمان ، والصرف والاسعار والاستثمارات والنقل والبيئة والتجارة،⁴⁴³.

وقد يبدو أن المقصود بفكرة النظام العام الموجه (تدخل الدولة) ، والواقع أن الفارق بينهما كبير فقد تتدخل الدولة دون أن توجه الاقتصاد والعكس بالعكس ، فتدخل الدولة المجرد في الإنتاج بقصد حماية افراد المجتمع من جشع التجار بوضع التسعيرة الجبرية بغض النظر عما إذا كان الاقتصاد موجهاً أم حراً ، أما توجيه الاقتصاد فهو تدخل الدولة في تنظيم عملية الإنتاج نفسها لتتنفق مع الحاجة الاستهلاكية ، وتنظيم التبادل التجاري مع الدول الأجنبية حتى لا تتسرب عملتها إلى الخارج ، لذلك فالنظام العام الموجه هو تركيز الدولة لكل مواردها الاقتصادية تدعياً لكيانها الدولي ، أما بالنسبة لمفهوم النظام العام الاجتماعي ، فهو يشمل كافة ما يتعلق بالقيم الاجتماعية ومركز الفرد والأسرة وغيرها من التشكيلات الاجتماعية ومن الأمثلة على مخالفة محل الالتزام لما يندرج في هذا القسم من اقسام النظام العام ، الالتزام بقتل احد الافراد أو بالتنازل عن الاسم أو الابوة أو النفقة الواجبة مقدماً⁴⁴⁴.

4- النظام العام الداخلي والدولي : يرى البعض بان وجود نوعين من النظام العام " الدولي والداخلي غير صحيح " لأن النظام العام هو واحد في كل الأحوال ، ولا يوجد نظام عام ما بين الدول وآخر

<https://www.bibliodroit.com/2016/08/blog-post-77.html?m>، تاريخ الزيارة 1019-3-30

⁴⁴² النظام العام العقدي ، ص 93 وما بعدها

⁴⁴³ د. أشرف عبد العليم الرفاعي ، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط 1 ، 2003 ، ص 80 .

⁴⁴⁴ النظام العام العقدي ، ص 97 وما بعدها .

لعلاقات الافراد الوطنية ، فالنظام العام دائماً يستمد من معايير وطنية تعكس الأسس والمبادئ العليا في المجتمع ويطبقة القاضي الوطني ، لأن القول بوجود النظام العام الدولي معناه صدوره من سلطة عليا تعلق الدولة الواحدة وهذا أصلاً غير وارد ، ولهذا يقال النظام العام في العلاقات الدولية أو في القانون الدولي الخاص أو في المعاملات ذات الصفة الدولية ، فيشكل النظام العام في الحياة الداخلية قيد وارد على حرية الافراد في التقيد بالنصوص الأمرة وعدم السماح لهم بالاتفاق على خلافها ، فتطبيق النظام العام في القانون الداخلي هو إبطال أي اتفاق أو تصرف جرى بصورة مخالفة لأحكام القانون وله مجال واسع ورحب يشند سعة أوضيقاً حسب المعايير والمفاهيم الفلسفية والاقتصادية والقانونية السائدة في المجتمع⁴⁴⁵.

فالنظام العام الداخلي : هو مجموعة النظم والقواعد الوطنية التي تهدف إلى حسن أداء المصالح العامة وسلامة العلاقات بين الأفراد واتفاقها مع الآداب ولا يستطيع هؤلاء تجنب تطبيقها في اتفاقاتهم⁴⁴⁶.

أما بالنسبة لمفهوم النظام العام في مجال تنازع القوانين : فهو دفع أو أداة استثنائية عامة تقيد القاضي في إعماله قاعدة الاسناد – أو قاعدة تنازع القوانين ، إذا ما أشارت باختصاص قانون أجنبي معين لحكم النزاع ذو الطابع الدولي ، وتبين حال تطبيق هذا القانون والفصل في الدعوى بموجبه مخالفته للأسس الجوهرية للمجتمع الوطني لدولة القاضي وهدف الدفع استبعاد هذا القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي وإحلال هذا الأخير صراحةً أو ضمناً كلياً أو جزئياً محل القانون المخالف ، ومخالفة القانون الأجنبي لأسس مجتمع دولة القاضي ، مسألة تقديرية تقوم على فكرة غير محددة -مخالفة المبادئ والمصالح الحيوية العليا في المجتمع الوطني لدولة القاضي ، أياً كانت اقتصادية أو اجتماعية أو دينية ، أو غيرها – يستشعرها القاضي من واقع أفكاره ومفاهيمه آخذاً في الاعتبار الطبيعة الدولية للمسألة المطروحة⁴⁴⁷.

وفي نطاق تنازع القوانين لا يشترط تطابق نطاق فكرة النظام العام الداخلي مع نطاق النظام العام الدولي ، لأن مجرد تعارض مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع أحكام القواعد الأمرة لا يعني حتماً مخالفته لفكرة النظام العام ومثال ذلك القواعد الأمرة بالنسبة للمسائل المقررة في المادة 130 من القانون المدني العراقي التي أشرنا إليها سابقاً التي تتعلق بمسائل الأحوال الشخصية (الاهلية الميراث .. الخ) ، فمثلاً لو حدد القانون الأجنبي سن الرشد بحد يختلف عما هو عليه في القانون العراقي فإن هذا لا يعتبر متعارضاً مع النظام العام رغم أن القانون العراقي لا يسمح للأفراد بالاتفاق على سن الرشد غير ما تقرره القاعدة الخاصة بذلك باعتبارها قاعدة أمر ، ومع ذلك فإن تجاوز القانون الأجنبي لفحوى قاعدة أمر في القانون الوطني بتقريره حكماً يتعارض مع السياسة التشريعية في العراق فإن هذا يستتبع بظهور فكرة النظام العام، ويتم عندها التطابق بين نطاق النظام العام في المجال الداخلي (في مجال تنازع القوانين) ، أي بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي⁴⁴⁸.

وقد يكون النظام العام الدولي والداخلي لدولة من الدول هو ذاته في دولة أخرى أو عدة دول إلا أن هذا لا يعني وجود نظام عام مشترك لجميع الدول في جميع المسائل لأن مثل هذا لم يظهر لحيز الوجود بعد وما تزال فكرة النظام العام نسبية ومتغيرة بتغيير الزمان والمكان كما أشرنا سابقاً ، ومن هنا تبدو الصعوبة في ضبط فكرة

445 د. ممدوح عبد الكريم ، تنازع القوانين ، دار الثقافة ، عمان ، ط1 ، 2005 ، ص 198 .

446 د. جمال محمود الكردي ، النظام العام الدولي العربي حلم أم حقيقة أم خيال ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2010 ، ص 11 .

447 د. جمال محمود الكردي ، جنسية حكم التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2007 ، ص 121 .

448 القانون الدولي الخاص، ج2 ، المصدر السابق ، ص 209.

النظام العام ، ويبقى الأمر متروكاً للقاضي وهو يتمتع فيه بسلطة تقديرية واسعة ينظر في كل واقعة تعرض عليه ما إذا كان حكم القانون الأجنبي فيها يتعارض مع النظام العام في دولته أو لا يتعارض معه ، ولكن ماهي اللحظة التي يجب أن يحدد القاضي فيها مفهوم النظام العام ؟ أيرجع فيها إلى وقت نشوء العلاقة أم إلى وقت رفع النزاع أم إلى وقت صدور الحكم ؟ يتجه الفقه والقضاء إلى وجوب تقيد القاضي بمفهوم النظام العام السائد في دولته ، في الوقت الذي يصدر القاضي فيه حكمه لأنه هو الوقت الذي يتم فيه تطبيق القانون الأجنبي ، ومتى كان ذلك القانون في وقت تطبيقه يصطدم مع المفاهيم القانونية السائدة في بلد القاضي كان عليه أن يمتنع عن العمل به⁴⁴⁹.

وكما أشرنا سابقاً أن القاضي يتقيد في تقديره للنظام العام بالأفكار السائدة في مجتمعه والمتمشية مع مصالح أمته ، لأن تمتعه بسلطة تحديد مفهوم النظام العام لا يعني أن في مقدوره أن يفرض في هذا المجال نظريته الشخصية للأمور ، ولهذا فإن تقدير القاضي في تحقق متطلبات النظام العام يعتبر مسألة قانونية ومن ثم يخضع لرقابة المحاكم العليا⁴⁵⁰.

لذلك فالغرض من استخدام " اصطلاح النظام العام الدولي هو التمييز بين النظام العام المطبق في نظرية تنازع القوانين عن النظام العام المطبق في العلاقات الداخلية البحتة، وقد أكد المشرع الوطني في العديد من الدول على هذا المعنى ومنها مصر فقد ورد بالمذكرة الإيضاحية للتقنين المدني المصري " وينبغي التنويه بأن إعمال فكرة النظام العام لترتيب الأثر الذي تقدمت الإشارة إليه فيما يتعلق باستبعاد تطبيق القوانين الأجنبية (الواجبة التطبيق حسب قواعد الإسناد) ، يختلف عن إعمال هذه الفكرة في نطاق روابط الالتزامات التي لا يدخل في تكوينها عنصر أجنبي " ، وقد جرت عادة بعض التشريعات الوطنية على استخدام اصطلاح النظام العام الدولي كما هو الحال في نص المادة 5/1502 من قانون المرافعات الفرنسي وخلافاً على ذلك فقد جرت عادة البعض الآخر من القوانين ، على استخدام مصطلح النظام العام دون نعتة بالدولية كما هو الحال في نصوص المادتين 28 من القانون المدني المصري والمادة 58 من قانون التحكيم المصري ، بل وذات الأمر من قبل بعض الاتفاقيات الدولية كاتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية ، نص المادة الخامسة منها⁴⁵¹.

كما أن المشرع العراقي أيضاً التزم السكوت في تعريف النظام العام الدولي إذ خلت قواعد الإسناد فيه من تعريف له وأكتفى في المادة 32 التي أشرنا إليها سابقاً ، بمنع تطبيق القانون الأجنبي المختص إذا كانت أحكامه تتعارض مع فكرة النظام العام ، وهو نص لم يحدد المقصود بالنظام العام بل ترك ذلك إلى القاضي المرفوع أمامه النزاع⁴⁵².

وقد جاء في الأسباب الموجبة في المذكرة الإيضاحية حول هذه المادة ما يأتي : "... وهذا الحكم انعقد عليه الاجماع وحذا المشرع في تقنينه حذو كثير من التشريعات الأجنبية وينبغي التنويه بأن إعمال فكرة النظام العام والآداب لترتيب الأثر الذي تقدمت الإشارة إليه فيما يتعلق باستبعاد القوانين الأجنبية يختلف عن إعمال هذه الفكرة في نطاق روابط الالتزامات التي لا تدخل في تكوينها عنصر أجنبي " ، لذلك فإن للنظام العام أثران

449 تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الأجنبية ، ص 184 .

450 - القانون الدولي الخاص ، ج2 ، ص 211 .

451 النظام العام الدولي العربي حلم أم حقيقة أم خيال ، ص 12 وما بعدها .

452 تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الأجنبية ، ص 183 .

: الأول الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، والثاني أن تشرع المحكمة بتطبيق قانونها الوطني بحكم هذا النزاع ، ولو أن البعض يطالب بتطبيق حكم آخر متوفر في ذلك القانون الأجنبي ولو كان هذا التطبيق جزئياً وليس كلياً⁴⁵³.

فالنظام العام الدولي في التحكيم : وهو الذي يعبره من وجهة نظر الدكتور جمال محمود الكردي عن النظام العام الذي ينبغي أن يسود العلاقات الخاصة الدولية بصفة عامة – أي بما فيها نظرية تنازع القوانين ومجال تنفيذ الاحكام الأجنبية قضائية كانت أو تحكيمية – على وجه الخصوص ، فالمقصود من النظام العام الدولي هنا هو مجموعة من القوانين والمعايير والتي تُخضع لها الدول (التحكيم ذو الطابع الدولي) والتي تراعي الحاجة إلى تماسك التجارة الدولية والتعاون الدولي بوجه عام وتستدعي أن تكون القوانين المنظمة للتحكيم الدولي أكثر تحراً من تلك التي تنظم التحكيم الداخلي ، وعلى الرغم من المحاولات الدؤبها التي تبذلها العديد من الدول من أجل إيجاد أنظمة قانونية تتلاقى في أحكامها مع تطورات التجارة وتلبي احتياجاتها ، وبالرغم من أن القانون الدولي الاتفاقي في مجال التحكيم قد حقق تطوراً ملحوظاً في مجال إرساء دعائم نظام قانوني موضوعي موحد للتحكيم ، إلا أن الوصول إلى فكرة محددة لهذا النظام العام الدولي ومجاله مازال قيد البحث ، وبالتالي فما يزال الخلاف قائماً أيضاً فيما بين التشريعات الوطنية بحيث تظل قائمة الخشية ماثلة من أن تتخذ الفكرة مطية لتعطيل أحكام هذا القانون الدولي الاتفاقي ومنع تنفيذ أحكام التحكيم الغير وطنية⁴⁵⁴.

2.1.2.1 "شروط صحة اتفاق التحكيم"

الاتفاق على التحكيم هو عقد من عقود القانون الخاص يقوم على مبدأ الإرادة وتسري عليه القواعد العامة في العقود ومعنى ذلك أنه لا بد لقيام هذا العقد من وجود الرضا بمعنى أن يكون لكلا طرفيه إرادة معبر عنها ويتطابق التعبير عن الإرادتين حول هدف واحد هو إخضاع النزاع للتحكيم بالشروط المتفق عليها ، والأصل في العقود الرضائية ، بمعنى أن العقد ينعقد بمجرد تبادل التعبير عن الإرادتين بصورة متطابقة إلا إذا اشترط المشرع شكلاً يلغي فيه هذا التراضي فيكون العقد شكلياً بحيث إذا لم يتوافر في العقد الشكل الذي نص عليه القانون كان العقد باطلاً فضلاً عن ذلك يجب أن يكون محل العقد مشروعاً وإلا كان باطلاً وقد ينص المشرع أيضاً على شروط وجوبية تتعلق بالنظام العام ويترتب على عدم احترامها بطلان العقد⁴⁵⁵.

ولذا يجب أن تتوافر الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون والشروط الموضوعية اللازمة لصحة أي اتفاق فإذا ما استكمل الاتفاق شرائط صحته رتب آثاره القانونية ، وعلى هدى ذلك سوف نقسم هذه الشروط إلى شروط شكلية وأخرى موضوعية⁴⁵⁶.

1- الشروط الشكلية : أن الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم يمكن أن تتلخص في شرط واحد فقط نصت عليه أغلب الاتفاقيات والتشريعات الوضعية ومنها قانون المرافعات العراقي ، وهذا الشرط الوحيد هو الكتابة ، أي أن يكون عقد التحكيم مكتوباً ، وهذا ماجاءت به المادة (252) من القانون العراقي " بأنه لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة "، من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع العراقي يشترط أن يكون عقد التحكيم مكتوباً ، غير أن هذا لا يعني أن المشرع أراد بعقد التحكيم أن يكون عقداً

⁴⁵³ تنازع القوانين ، ص 203 .

⁴⁵⁴ جنسية حكم التحكيم ، ص 121 .

⁴⁵⁵ التحكيم واجتهاد القضاء في القانون العراقي ، ص 19 .

⁴⁵⁶ د. مختار أحمد بربري ، الأثر المانع لاتفاق التحكيم ، مجلة التحكيم والقانون ، المجلد الثالث ، 1997 ، ص 109 .

شكلياً ، فالعقد يصبح شكلياً عندما تكون الكتابة ركناً من أركانه ولكن الكتابة هنا يمكن اعتبارها وسيلة لإثبات هذا العقد لا ركن فيه⁴⁵⁷.

لذلك اختلفت الآراء بشأن ما إذا كانت الكتابة هي شرط لازم للإثبات أم للانعقاد وفيما إذا كان عقد التحكيم جائز بطرق الأثبات الأخرى كالإقرار واليمين ، فيرى البعض أن شرط الكتابة لازم للأثبات وليس للانعقاد بينما يذهب البعض الآخر إلى أن الكتابة في عقد التحكيم تعتبر من أركان عقده فإن لم توجد فالتحكيم باطل ، ويذهب القاضي نبيل عبد الرحمن حيوي إلى ترجيح الرأي الثاني لأن عقد التحكيم وإن كان عقداً رضائياً لاشكلياً ، فإنه عقد ذو طبيعة خاصة وعلى درجة كبيرة من الأهمية والخطورة من حيث النتائج والآثار مما جعله خارج القواعد العامة للتقاضي ، وعلى رأي الأستاذ السنهوري فإن العقد الرضائي هو ما يكفي في انعقاده تراضي المتعاقدين ، أي اقتران الإيجاب بالقبول ولا يمنع من أن يكون رضائياً أن يشترط في إثباته شكل مخصوص ، والكتابة أن كانت لازمة للإثبات فإن العقد غير المكتوب يجوز إثباته بالإقرار أو اليمين أما إذا كانت الكتابة ركناً شكلياً في العقد فإن العقد غير المكتوب غير موجود حتى مع الإقرار واليمين⁴⁵⁸.

وبالرجوع إلى نص المادة (252) من قانون المرافعات العراقي التي أشرنا إليها ، التي تنص على أنه (لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة ويجوز الاتفاق عليه أثناء المرافعة ، فإذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق على التحكيم وإذا أقرت اتفاق الطرفين عليه أثناء المرافعة فتقرر اعتبار الدعوى مستأخرة إلى أن يصدر قرار التحكيم)⁴⁵⁹.

حيث تقضي هذه المادة كما ذكرنا بأن إثبات عقد التحكيم يكون بالكتابة ، وتلزم الكتابة كذلك بإثبات كل شرط من شروطه ، فإذا أنفق الخصوم على عدم جواز استئناف حكم المحكم وجب أن يكون ذلك بالكتابة أيضاً ولا تجدي في ذلك شهادة الشهود مهما تكن قيمة النزاع المتفق بصدده على التحكيم أو نوعه كما إذا كان في المواد التجارية ، والجدير بالذكر أن إقرار الخصم يعني عن الكتابة ، إذ كلما يتطلبه القانون أن يكون شرط التحكيم صريحاً وثابتاً بصورة لا تقبل لأشك ، فالكتابة إذاً شرط لإثبات العقد لا لوجوده ، وإذا لم يتم عقد التحكيم بالكتابة فلا يعتد به⁴⁶⁰.

حيث جاء في الأسباب الموجبة لقانون المرافعات العراقي أنه ولأهمية عقد التحكيم وخطورته فلا سبيل لإثباته بغير طريق الكتابة ، نظراً لطبيعته الخاصة التي خرج بها على القواعد العامة ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية (أن التحكيم في القانون نوع واحد حسب نص المادة (251) المعدلة من قانون المرافعات وأن الشرط الوحيد لوجوده وترتيب أثره هو أن يكون ثابتاً بالكتابة حسب نص المادة (252) المعدلة من قانون المرافعات ، ويستوي في ذلك أن يكون الاتفاق عليه قد تم وقت التعاقد أو تم باتفاق مكتوب مستقل أو تم الاتفاق عليه أثناء المرافعة وفي جميع هذه الحالات يكون من حق أحد الطرفين مراجعة المحكمة المختصة لتعيين الحكم والمحكمين عند استقالتهم أو اعتزالهم ويكون عقد التحكيم مهياً وقاطعاً للخصومة حتى ولو كان أحد طرفي الدعوى دائرة رسمية)⁴⁶¹.

457 احكام عقد التحكيم وإجراءاته ، ص 77 .

458 مبادئ التحكيم ، ص 69 .

459 انظر نص المادة (252) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1996 المعدل .

460 شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، ص 416 .

461 د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية ، مكتبة السنهوري، بيروت، ط 1، 2016، ص 400 .

واشترط الكتابة أيضاً جاء رغبةً في تفادي النزاع حول محتويات العقد وحتى لا يتجاوز المحكمون مهمتهم إلى شيء آخر أو التطرق إلى ما يتفرغ عن النزاع وإلا بطل قرار المحكمين ، وقد أجازت المادة (252) حالة ثالثة للتحكيم وهي حالة الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع بعد رفع الدعوى أمام المحكمة ، فقد سوغت هذه المادة اتفاق الطرفين على التحكيم واثباته في محضر جلسات المرافعة أي أثبات الاتفاق على التحكيم بعد بيان دقيق لموضوع النزاع فإذا أثبتت المحكمة هذا الاتفاق وأقرت الطرفين على اتفاقهما عندئذٍ يجري تعيين المحكمين وفق القانون وتقرر المحكمة جعل الدعوى مستأخرة حتى يصدر قرار التحكيم في موضوع النزاع عندئذٍ تقوم المحكمة بنظر الدعوى باعتبارها مصدقة لقرار التحكيم⁴⁶².

وقد تباينت التشريعات واتجهت أغلبها إلى إحاطة اتفاق التحكيم بضمانات معينة أكثرها شيوعاً هو إخراجها من دائرة التصرفات الرضائية وضمه إلى التصرفات الشكلية "كالهبة والصلح والوصية" بهدف التحقق من إرادة الأطراف قد اتجهت بالفعل إلى التحكيم ، لذلك تعد الكتابة في بعض التشريعات ركناً من أركان اتفاق التحكيم يترتب على تخلفه البطلان ، ومن هذه التشريعات نص المادة (10-أ) من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 على ما يأتي " يجب أن يكون الاتفاق على التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ... كذلك يتطلب المشرع الفرنسي وفقاً للمادة 1443 من قانون المرافعات ، الكتابة لوجود شرط التحكيم وإلا كان باطلاً، كما يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم عن طرق الإحالة إلى عقد نموذجي يحتوي على شرط التحكيم سواء في العقد الأصلي أو في اتفاق مستقل ويشترط في الإحالة أن تكون صريحة ومكتوبة لكن لم يشترط نظام التحكيم العراقي إلى هذه الحالة بينما أشارت إليها المادة (3/10) من قانون التحكيم المصري والمادة (10/ب) من قانون التحكيم الأردني⁴⁶³. (وقد تطلبت أيضاً الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم "اتفاقية نيويورك" بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية حيث نصت في مادتها الثانية "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم)⁴⁶⁴.

وقد رتب قانون التحكيم اليمني أيضاً البطلان على عدم كتابة اتفاق التحكيم وذلك في المادة 15 من قانون التحكيم اليمني ، وإذا تم التحكيم بدون اتفاق مكتوب فإن حكم التحكيم يكون باطلاً قانوناً ، وهذا ما اقرته المادة (53/أ) تحكيم يمني⁴⁶⁵.

وكذلك هو موقف المشرع المصري حيث تنص المادة (12) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرراً وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ماتبادله الطرفان من رسائل أو بقرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة⁴⁶⁶. غير أن بعض التشريعات أخذت نفس موقف المشرع العراقي باعتبار الكتابة وسيلة لإثبات التحكيم وليس كشرط من شروط صحته كما هو الحال بالنسبة للمادة 190 من قانون المرافعات القطري التي نصت " بأنه لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا كتابةً " والمادة 742 من قانون المرافعات الليبي ، والمادة 766 من قانون أصول المحاكمات اللبناني والمادة 173 من قانون المرافعات الكويتي والمادة 6 من قانون التحكيم التونسي الصادر بالقانون رقم 42 لسنة 1993 والمادة 509 من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري والمادة

⁴⁶² شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، ص 417 .

⁴⁶³ التحكيم واجتهاد القضاء في القانون العراقي ، ص 21 وما بعدها.

⁴⁶⁴ الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 ، ص 89 .

⁴⁶⁵ النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص 142 .

⁴⁶⁶ د. محمود السيد عمر التحويي ، ص 89 .

443 من قانون المرافعات الجزائري التي نصت على أنه " يحصل الاتفاق على التحكيم أمام المحكمين .. ويثبت الاتفاق إما في محضر أو في عقد رسمي أو عرفي " والمادة 2/233 من قانون المرافعات المدنية والتجارية لمملكة البحرين لسنة 1971 والتي نصت على أنه "لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا كتابة" 467. وكذلك قانون الإجراءات المدنية الإماراتي وذلك في المادة 2/ 203 التي تنص على أنه لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا كتابة " والكتابة هنا هي شرط لإثبات العقد لوجوده وبناءً عليه فإن إقرار الخصم بوجود الاتفاق على التحكيم يعني عن الكتابة⁴⁶⁸.

وأن المشرع العراقي أراد بموقفه من خلال المادة 252 الابتعاد عن كل ما يمكن أن يثور بخصوص مسألة الإثبات وبالذات مسألة إثبات موضوع اتفاق التحكيم على اعتبار أن الكتابة من أفضل الطرق في الإثبات ولها القوة المطلقة فيه إذ بالإمكان اعتمادها في إثبات الوقائع القانونية والتصرفات القانونية دون تمييز ، علماً أن ما يلزم لإثبات اتفاق التحكيم يلزم أيضاً لإثبات كل شرط من شروطه ، ومن مفهوم المخالفة يفهم بأن اتفاق التحكيم لا يمكن اثباته بالادعاء الشفوي ولا بتوجيه اليمين ولا شهادة الشهود أو بالقرائن القانونية الأخرى⁴⁶⁹. وبما أن عقد التحكيم من العقود الرضائية وليس الشكلية فإن القانون لم يوجب للكتابة شكلاً خاصاً أو الفاظاً معينة بل كل الذي أوجبه القانون هو كتابة العقد بأي طريقة كانت وبحسب اتفاق الطرفين ، وبالإضافة إلى توافر هذا الشرط فإن هناك عناصر محددة من الواجب توافرها في شرط الكتابة وهي أن يشتمل شرط الكتابة على بيان دقيق لموضوع النزاع الذي أبرم من أجله اتفاق التحكيم ، أما في حالة تخلف هذا البيان فإن الجزاء هو البطلان وان لم ينص بذلك قانون المرافعات العراقي صراحةً ، إلا أنه بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن البيان المتعلق بتحديد محل العقد هو من البيانات الجوهرية التي في حال تخلفها يبطل العقد⁴⁷⁰.

ونلاحظ مما سبق أن بعض التشريعات قد خلطت بين الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم وبين الكتابة كوسيلة لإثبات اتفاق التحكيم ، والتمييز بين المعنيين في غاية الأهمية إذ يترتب على اعتبار الكتابة من شروط صحة اتفاق التحكيم ، أنه يترتب على تخلف الكتابة بطلان شرط التحكيم ، وهو ما يجعل من اتفاق التحكيم نوع من الاتفاقيات الشكلية ، أما إذا كانت الكتابة وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم فلا يترتب على تخلفها بطلان اتفاق التحكيم ، ويجب ملاحظة الطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم وعدم اشتراط تحريره في شكل محدد كما هو الحال في عقد الهبة والرهن الرسمي إذ يجوز تحريره في أي صورة من الصور كما ذكرنا وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة 12 من قانون التحكيم المصري "...ويكون اتفاق لتحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة" 471.

ويرى الباحث بأن الكتابة هي ركن من أركان التحكيم فمن الضروري اعتبار الكتابة ركن ، وهذا ما كان يجب أن يأخذ به المشرع العراقي ، لأن اتفاق التحكيم وإن كان رضائياً ولا يتم إلا بتوافق إرادة الأطراف ، إلا أن ذلك لا يمنع من اعتبار الكتابة شرطاً أساسياً فيه لتأكيد هذه الإرادة تفادياً للنزاعات التي قد تحصل في حالة عدم تثبيتها كما أن اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم لا يخرج من دائرة التصرفات الرضائية فاتفق التحكيم كما ذكرنا هو ذو طبيعة خاصة وهو قضاء من نوع خاص بل أن العلة في هذا الشرط تكمن في خطورة هذا

467. د. أحمد أبراهيم عبد التواب ، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2009 ، ص 397 .

468 قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية ، ص 154 .

469 أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، ص 79 .

470 المصدر نفسه ، ص 80.

471 اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به ، المصدر السابق ، ص 393 وما بعدها .

الاتفاق الذي يرتب أثراً معروفاً وهو منع القضاء العادي من سماع الدعوى التي اتفق بشأنها على التحكيم ، بالإضافة إلى الرغبة في تفادي النزاع حول إثبات محتويات أو بنود العقد ، ولكي لا يتجاوز المحكمون مهمتهم إلى شيء آخر أو التطرق إلى ما يتفرع عن النزاع ، وإلا بطل قرارهم .

2- الشروط الموضوعية : الأصل أن التحكيم تصرف إرادي جوازي ولذلك يشترط لانعقاده على النحو الصحيح توافر الشروط اللازمة لانعقاده وهذه الشروط هي الأهلية والتراضي والمحل والسبب ويجب أن يتحقق ركن التراضي صراحة أو ضمناً سواء بالنسبة للمحكم أو الأطراف المتنازعة أما المحل فهو إجراء عملية التحكيم لتسوية النزاع الناشئ عن عقد معين بين أطرافه ، أما السبب فهو رغبة الأطراف في حل النزاع عن طريق التحكيم والنزاع يجب أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب⁴⁷².

أولاً: الأهلية وتقسّم الأهلية الى عدة أنواع كالتالي:

أ- أهلية التصرف : تنص المادة 11 من قانون التحكيم المصري " لا يجوز الاتفاق على التحكيم للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه " فالأهلية اللازمة فيمن يبرم اتفاقاً على التحكيم هي أهلية الطرف للتصرف في الحقوق محل التحكيم ، ذلك أن الاتفاق على التحكيم يعني التنازل عن رفع النزاع إلى قضاء الدولة ، وهو ما قد يعرض الحق المتنازع عليه للخطر ، وتطبيقاً لهذا الشرط يجوز للولي الطبيعي أن يبرم اتفاق التحكيم بشأن أموال القاصر ، مع مراعاة القيود التي أوردها قانون الولاية على المال على سلطة الولي في التصرف في أموال القاصر⁴⁷³.

وهذا مانصت عليه أيضاً المادة (2059) من القانون المدني الفرنسي ، والمعدلة بالقانون الوضعي الفرنسي رقم (626) الصادر في 5 يوليو 1994 على أنه " يستطيع الأشخاص الاتفاق على التحكيم في كل الحقوق التي يستطيعون بإرادتهم التصرف فيها " ، ومفاد هذا النص ، أنه ينبغي أن يكون لدى الأطراف المحتكمين "أطراف الاتفاق على التحكيم " أهلية التصرف بالنسبة للحق المتنازع عليه ، ولا تكفي لصحة الاتفاق على التحكيم شرطاً كان أم مشاركة - أن تتوافر لديهم أهلية الاختصاص ، ومن ثم لا يستطيع أن يكون طرفاً في الاتفاق على التحكيم الشخص الذي لا يكون له التصرف في حقوقه⁴⁷⁴.

فكما هو معلوم أن العقود تنقسم من حيث الأهلية إلى أربعة أقسام عقود اغتناء : وهي عقود يغتني صاحبها دون أن يدفع عوضاً لذلك ، كالهبة بالنسبة للموهوب ، وعقود إدارة : وهي عقود ترد على الشيء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة للمؤجر ، وعقود تصرف : ترد على الشيء للتصرف فيه بعوض كالبيع بالنسبة إلى البائع والمشتري ، وعقود تبرع : وترد على الشيء للتصرف فيه بغير عوض ، كالهبة بالنسبة للواهب ، فمن توافرت فيه الأهلية كاملة كان صالحاً لمباشرة هذه الأقسام الأربعة من العقود ، ومن كان ناقص الأهلية فهو لا يصلح إلا لمباشرة بعض هذه الأقسام ، فالصبي المميز يصلح لمباشرة عقود الاغتناء وعقود الإدارة ولا يصلح وحده لمباشرة عقود التبرع ، وقد تكون الأهلية معدومة كما في حالة الصبي غير المميز فلا يصلح لمباشرة أي قسم من هذه الأقسام الأربعة في العقود⁴⁷⁵.

⁴⁷² ، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية ، ص 399 .

⁴⁷³ التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، ص 126 .

⁴⁷⁴ د. محمود السيد عمر التحيوي ، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، بدون رقم ط ، 2008 ، ص 231 .

⁴⁷⁵ الأبعاد القانونية لامتناد شرط التحكيم ، ص 76 .

لذلك فلا يجوز لعديم الأهلية أو للقاصر ما لم يكن مأذوناً له بالإدارة ، أو للحارس القضائي على المال المتنازع عليه إبرام عقد تحكيم ، ولا يجوز للوصي على القاصر أن يتفق على التحكيم بشأن مال للقاصر إلا بعد الحصول على إذن بذلك من القضاء ، ولا يجوز لمن أشهر إفلاسه -منذ شهر إفلاسه - أن يبرم اتفاقاً على التحكيم ، فإن فعل فإن الاتفاق لا ينفذ في مواجهة جماعة الدائنين⁴⁷⁶.

أما بالنسبة للقانون العراقي فهو أيضاً أشتراط أهلية التصرف فتنص المادة (254) من قانون المرافعات المدنية العراقي على ما يأتي :

" لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح ، ولا يصح إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه .
477"

لذلك فالأهلية اللازمة لأبرام اتفاق التحكيم وفقاً للقانون العراقي هي أهلية التصرف في الحقوق محل التحكيم وتطبيقاً لذلك فلا يجوز أبرام هذا الاتفاق كما ذكرنا بالنسبة لعديم الأهلية أو للقاصر ، والمقصود كذلك بأهلية التصرف أن يكون أطراف اتفاق التحكيم قد بلغوا سن الرشد وهي في القانون المدني العراقي ثمانية عشر سنة كاملة ، ويلاحظ أن حكم التصرفات القانونية قد تكون الصحة أو البطلان المطلق أو النسبي ، وجميع تصرفات عديم الأهلية تكون باطلة بطلاناً مطلقاً أيّاً كان تأثيرها على ذمته المالية ، لأن عديم التمييز لا إرادة له ومن ثم يختل ركن التراضي في العقد ، ولا يجوز لمن توافرت فيه الأهلية وقت إبرام اتفاق التحكيم التمسك بانعدام الأهلية ، ويلاحظ إذا كان اتفاق التحكيم مبرماً بواسطة وكيل فيجب أن تكون هذه الوكالة خاصة فلا تكفي الوكالة العامة أو وكالة المحامي في مباشرة القضايا⁴⁷⁸.

فالوصي مثلاً يملك حق تمثيل القاصر كقائب قانوني عنه أمام القضاء في الدعوى المقامة عنه أو عليه لكنه لا يملك حق التصرف في حقوق القاصر إلا بناءً على إذن خاص من الجهة ذات الولاية العامة على حقوق القاصرين وهي في العراق دائرة رعاية القاصرين ، ولا يلزم للاتفاق على التحكيم أهلية التبرع ، لأن الركون إلى التحكيم لحل منازعات ليس من قبيل التبرع بالحق ، ولما كان القاصر والمحجور ، لأي سبب كان لا يملكان حق التصرف في حقوقهما فإن كلاً منهما لا يملك حق الاتفاق على التحكيم لأنه ليس لهما حق التصرف في أموالهما أصلاً ويجوز للوصي أن يستأذن من دائرة رعاية القاصرين المختصة للدخول في اتفاق على التحكيم إذا وجد أن مصلحة القاصر في ذلك ، ولا تصدر الدائرة المذكورة الأذن ببسر وتسرع وإنما يخضع الأمر لإجراءات ودراسات تتيح الاطمئنان التام على مصلحة القاصر ، وقد نصت المادة (43) من قانون رعاية القاصرين على أنه (لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم مباشرة التصرفات التالية إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين العراقي المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك :- ثالثاً - الصلح والتحكيم فيما زاد عن مائة دينار لكل قاصر)⁴⁷⁹.

لذلك فلا تكفي أهلية التقاضي في التحكيم ، ففي مصر وإن كان القاصر يملك حق التقاضي عندما يباشر إدارة أعماله وأملكه - وبخصوص هذه الإدارة فقط - إلا أنه لا يملك التصرف في صافي دخله إلا في الحدود

⁴⁷⁶ قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص 109 .

⁴⁷⁷ أنظر : المادة : 254 من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 .

⁴⁷⁸ التحكيم واجتهاد القضاء في القانون العراقي ، ص 28 .

⁴⁷⁹ مبادئ التحكيم ص 73 .

الضيقة المقررة في قانون الولاية على المال ويملك القاصر إذا ما بلغ سن الرشد أن يتفق على التحكيم في شأن أي خلاف بينه وبين وصيه حول تصفية الحساب بينهما وقت أن كان الأول قاصراً⁴⁸⁰.

حيث تنص المادة 3/39 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 الخاصة بأحكام الولاية على المال في مصر ، بأنه " لايجوز للوصي إجراء الصلح أو التحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بإعمال الإدارة، وإلا وجب استئذان المحكمة " لذلك فإن التقاضي لايتطلب توافر أهلية التصرف فيمن يباشره ، فالقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة من عمره يملك تسلم أمواله لإدارتها بإذن من الولي أو المحكمة وذلك عملاً بالمادة 54 و55 من المرسوم بقانون السالف الذكر ، ويملك أن يتجر بإذن من المحكمة عملاً بالمادة 57 منه ، وفي الحالتين له حق التقاضي فيما إذن له فيه عملاً بالمادة 64 ، وإنما هو لا يملك التصرف في صافي دخله إلا في الحدود الضيقة المقررة في قانون الولاية على المال⁴⁸¹.

لكن من الجدير بالذكر أنه إذا كانت للقاصر أهلية التصرف في نوع معين من دخله كانت له بالتالي أهلية التحكيم بصدده فالمادة 61 من القانون المصري (قانون الولاية على المال) تنص على أن للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصبح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط ، والمادة 63 من ذات القانون المتقدم تنص على أن القاصر الذي بلغ السادسة عشرة يكون أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته ففي الأحوال المتقدمة وفيما أشبهها يجوز للقاصر قبول التحكيم بصددها مع مراعاة القيود المقررة في القانون⁴⁸².

أما في فرنسا فإن المشرع يساوي بين حق التقاضي والتحكيم في هذا الصدد ، ويجيز للقاصر الذي له سلطة الإدارة أو حق التجارة – يجيز له لتحكيم فيها على اعتبار أنه يملك وحده حق التقاضي في المسائل المتقدمة ويملك وحده حق التصرف في دخله⁴⁸³.

والحكمة من تطلب أهلية التصرف في اتفاق التحكيم هو أن هذا الأخير قد يترتب عليه فقدان الحق إذا قضى المحكمون لغير مصلحة أحد الخصوم ، أو قد يتضمن على الأقل تعديلاً في نطاق مزايا هذا الحق ، ذلك أن المحكمين رغم ما يكونوا عليه من خبرة وكفاءة فقد لا تكون لديهم قدرة القضاء في دراسة القضايا وتحقيقتها والوقوف على مواطن النزاع فيها وتكييفها تكييفاً فنياً صحيحاً ومن ثم قد تتعرض الحقوق للضياع لهذا السبب، كما أن اتفاق التحكيم يتضمن تنازلاً عن بعض الحقوق الإجرائية كالتنازل عن حق رفع الدعوى أمام القضاء، كما يترتب أيضاً على اتفاق التحكيم منع القضاء من نظر المنازعة التي اتفق على التحكيم فيها ، وهو ما يعني التخلي عن الضمانات التي يوفرها القضاء ، كما أن عدم توافر أهلية التصرف لدى أطراف اتفاق التحكيم ، تجعل حكم التحكيم محلاً لرفع دعوى البطلان لأنه بني على اتفاق باطل ، ويعني ذلك إعادة الأمر على قضاء الدولة مما يعني ضياع الجهد والوقت والمال⁴⁸⁴. لذلك فإذا رضي بالتحكيم من لا يملك التصرف فإن التحكيم يكون باطلاً بطلاً مطلقاً⁴⁸⁵.

480 التحكيم الاختياري والإجباري ، ص 52.

481 التحكيم بالقضاء وبالصلح ، ص 35 .

482 التحكيم الاختياري والإجباري ، ص 52 .

483 مبادئ التحكيم ، المصدر نفسه ، ص 74 .

484 النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص 100 .

485 شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، ص 436 .

ب- أهلية الوكيل في إبرام اتفاق التحكيم : عرفت المادة (927) من القانون المدني العراقي : الوكالة : بأنها عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ، وتنص المادة 52 ف2 من قانون المرافعات العراقي (الوكالة العامة المطلقة لاتخول الوكيل العام – بغير تفويض خاص -الإقرار بحق ولا التنازل عن عنه ولا الصلح ولا التحكيم ولا أي تصرف آخر يوجب فيه القانون تفويضاً خاصاً)⁴⁸⁶.

يتضح من هذا النص بأن الوكيل لا يجوز له إبرام عقد التحكيم نيابة عن الأصيل إلا بتحويل صريح ووكالة خاصة لهذا الشأن ، فنص المادة (52) والتي عدلت المادة (931) من القانون المدني العراقي الخاصة بالوكالة العامة المطلقة ، بأن جعلت الوكالة المذكورة لاتخول الوكيل العام إجراء التصرفات المبينة فيها ومن جملتها التحكيم دون تفويض خاص من الموكل ، وهذا ماقررته الهيئة العامة لمحكمة التمييز العراقية بقرارها المرقم (160) بتاريخ 1973/8/11 ، والذي يقضي بأنه " ليس للوكيل طلب إحالة النزاع إلى التحكيم إذا لم يخول بذلك صراحةً في وكالته الخاصة أو العامة " ⁴⁸⁷.

وتنص المادة(702) من القانون المدني المصري على أنه لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء ، وتنص في فقرتها الأخيرة على أن الوكالة الخاصة لاتجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وماتقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري ، وتنص المادة(76) من قانون المرافعات على أنه لا يصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم فيه .. الخ ، ومن ثم وفقاً للنصوص المتقدمة لا يمكن للوكيل العام الاتفاق على التحكيم لأن سلطته مقصورة على الإدارة عملاً بالمادة (1/701) من القانون المدني⁴⁸⁸.

لذلك فخلاصة القول أن المشرع المصري ينص على أنه لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء ، كما أن الوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر ووفقاً للعرف الجاري ، لذلك فالوكيل العام في مصر لا يملك حق الاتفاق على التحكيم لأن سلطته مقصورة كما ذكرنا على أعمال الإدارة فقط ، غير أنه في أحوال معينة يجوز للوكيل العام الاتفاق على التحكيم بغير ذلك التفويض الخاص الذي يشترطه المشرع المصري ، فثمة أعمال تصرف تقتضيها الإدارة كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذي يسرع إليه التلف وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله ، ففي هذه الأحوال يجوز للوكيل أن يعقد اتفاقاً على التحكيم⁴⁸⁹.

وإذا قام الوكيل العام بالاتفاق على التحكيم كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحة الأصيل فيكون له وحده حق التمسك بالبطلان ، ويزول هذا البطلان بإجازة العقد ضمناً إذا ماتكلم في الموضوع أمام المحكم دون أي تحفظ ، أما إذا كان الحاضر أمام المحكم هو الوكيل العام فأن تكلمه في الموضوع لا يصح الأوضاع ، ويظل عقد التحكيم باطلاً بطلاناً نسبياً ، ولا يصح إلا بإجازة الأصيل الصريحة أو الضمنية ، هذا ويلاحظ أن عقد التحكيم الذي يجريه الوكيل الخاص غير المفوض به يكون باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحة الأصيل دون خصمه

⁴⁸⁶أنظر:المادة (927) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951،والمادة (52) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 .

⁴⁸⁷أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، ص 88.

⁴⁸⁸ التحكيم الاختياري والاجباري ، ص 65 .

⁴⁸⁹ مبادئ التحكيم ، المصدر السابق ، ص 78 .

فيكون للأصيل وحده حق التمسك بالبطلان ، مع ملاحظة أن مجرد حضوره أمام المحكم لا يسقط حقه في التمسك ببطلان التحكيم ، وإنما الذي يسقطه هو تكلمه في الموضوع أمام المحكم دون أي تحفظ إذ يعتبر هذا بمثابة تصحيح للأوضاع وإجازة ضمنية للتحكيم⁴⁹⁰.

ج- اتفاق المفلس على التحكيم : متى أمتنع على المدين المفلس بحكم القانون ، إدارة أعماله ومتى زالت صفته في هذا الصدد ، فلا تكون له بالتالي أية صفة في الاتفاق على التحكيم ، فإن اتفق عليه لا ينفذ اتفاهه في حق الدائنين ، غير أن تصرفات المفلس وعقوده ، ومنها الاتفاق على التحكيم التي سبقت اشهار الافلاس تبقى صحيحة ونافذة في حق الدائنين ، إلا أنه وتبعاً لقاعدة أن المفلس يفقد حق التقاضي ولا تكون له صفته في إدارة أمواله بمجرد شهر إفلاسه ولو عن دعاوى رفعت منه أو عليه قبل الافلاس ، فإن المفلس لا يملك أن يوالي بنفسه الخصومة أمام المحكم وإنما الذي يواليها عنه هو السنديك ، أما التصرفات التي تصدر عن التاجر في فترة الريبة ، ومنها الاتفاق على التحكيم فإن للمحكمة سلطة تقديرية في الحكم بنفاذها أو عدم نفاذها في حق الدائنين بعد أن تتحقق من علم المتعاقد الآخر باختلال أوضاع المدين المالية⁴⁹¹.

د- أهلية المحكم : تنص المادة 255 من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه " لا يجوز أن يكون المحكم من رجال القضاء إلا بإذن من مجلس القضاء ولا يجوز أن يكون قاصراً أو محجوراً أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره "492.

توضح هذه المادة بأن المحكم يمكن أن يكون من رجال القضاء بعد حصوله على موافقة من مجلس القضاء الأعلى على تعيينه محكماً حيث يشرف مجلس القضاء على حسن اختيار المحكم بعد اطلاعه على الموضوع وملابساته وابعاده عن الشبهات ويصون مظهر الحيطة الذي يتحلى به القاضي ، ولا يجوز تعيين أحد الخصوم في الدعوى محكماً كما لا يجوز للدائن أو الكفيل أن يكون محكماً بين المدين والغير ، وذلك لأن الدائن والكفيل مصلحته في تأييد مركز المدين ، كما لا يصح أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً لم يرد له اعتباره ذلك لأن القاصر لا يملك أن يتعاقد بنفسه أو يتصرف في ملكه حيث لا يمكن أن يسمح له بأن يلي القضاء في شأن من شؤون الغير وتكون لمطلق إرادته التصرف في حقوق الغير وقيل أن القاصر الذي يجوز له القيام بأعمال الإدارة أو التجارة يجوز تعيينه محكماً في حدود تلك الأعمال ، وما ذكرناه بالنسبة إلى القاصر يطبق بالنسبة إلى المحجور لسفه ولذي الغفلة فكل منهما لا يكون محكماً لأنه لا يملك التصرف في ذات حقوقه متى تم توقيع الحجر عليه⁴⁹³.

هـ - أهلية الشخص الاعتباري في إبرام اتفاق التحكيم : وهذه الأشخاص قد تكون أشخاصاً عامة مثل الدولة والوزارات والمصالح والمؤسسات والهيئات العامة وقد تكون أشخاصاً خاصة مثل الشركات وغيرها ، وإذا كانت للأشخاص الاعتبارية الشخصية القانونية وهو ما يستتبع الاعتراف لها بأهلية الوجوب الموضوعية وأهلية الاختصاص الإجرائية ، وقد اختلف الفقه في هذا الخصوص إلا أن الرأي الراجح هو الاعتراف للشخص الاعتباري بأهلية الأداء بالنسبة لحقوقه والتزاماته التي تدخل في الغرض من إنشائه ، وترتيباً على ماتقدم فإن الشخص الاعتباري يقاضي ويتقاضى ، يلزم ويلتزم ، كل ما في الأمر أن الممثل القانوني لهذه الأشخاص

490 التحكيم بالقضاء وبالصلح ، ص 48 وما بعدها .

491 مبادئ التحكيم ، المصدر نفسه ، ص 76 .

492 أنظر : المادة 255 من قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 .

493 شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، المصدر السابق ، ص 437 .

الاعتبارية هو الذي يُعبر عن إرادتها في كافة التصرفات ومنها التحكيم شريطة أن يتم ذلك في حدود سلطة هذا الممثل القانوني ، وبعد اتخاذ الإجراءات التي تنص عليها القوانين واللوائح المنظمة لهذا الشخص⁴⁹⁴. فمثلاً بالنسبة لمدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية حيث تختلف دول العالم في موقفها بشأن هذه العقود ففي فرنسا تسمح للأطراف باللجوء إلى الوسائل الآتية : الوساطة ، التوفيق ، الصلح ، التحكيم ، وذلك كوسائل بديلة لتسوية منازعات العقود الإدارية ، أما في العراق فتتبع ثلاثة وسائل هي التسوية الإدارية الودية والتحكيم والتوفيق ، حيث وردت هذه الصور في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 والصادرة من وزارة التخطيط الاتحادية ، وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية في إقليم كردستان العراق رقم (1) لسنة 2011 والصادرة من وزارة التخطيط في الإقليم اللتان تشيران إلى إمكانية اللجوء إلى التحكيم والتوفيق كوسائل بديلة عن القضاء ، لذلك فقد يجري التحكيم في مجال العقود الإدارية الداخلية والدولية داخل العراق وفقاً للإجراءات المقررة في قانون المرافعات المدنية حيث أقر المشرع العراقي الاتفاق على التحكيم (في نزاع معين) أو ما يسمى بشرط التحكيم ، كما أجاز الاتفاق عليه (في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين) وهو ما يسمى بمشارطة التحكيم⁴⁹⁵.

و في مصر فقد ثار الخلاف حول مدى جواز إدراج شرط التحكيم في العقود التي تبرمها الدولة أو تكون طرف فيها هي أو أحد الأشخاص الاعتبارية التابعة لها باعتبار أن هذه العقود ينعقد الاختصاص بنظرها للقضاء الإداري أي قضاء مجلس الدولة ، وهذا ينطبق على العقود الإدارية على المستوى الداخلي أما العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، والتي قد تبرمها الدولة أو أشخاص القانون العام كعقود التنمية الاقتصادية فقد تضرر الدولة أو أشخاص القانون العام التابعة لها إلى البحث عن حلول ودية لفض المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود⁴⁹⁶.

ففي البداية ثار الخلاف حول إمكانية التحكيم في العقود الإدارية بين مؤيد ومعارض ، وحلاً لهذا الخلاف ، ونظراً لأن التحكيم قد يعرض المصالح العليا للدولة للخطر مما يقتضي عدم عرض المنازعات الخاصة ببعض المشروعات العامة القومية على التحكيم ، إذ أن المصلحة العامة يقدرها القضاء الوطني أفضل من تقدير هيئة التحكيم التي تشكل عادة بالنسبة لهذه المشروعات من محكمين أجانب⁴⁹⁷.

لذلك فالمشرع المصري قرر تقييد سلطة جهة الإدارة في الاتفاق على التحكيم فأضاف إلى المادة (10) من قانون التحكيم فقرة ثانية نصها الآتي " وبالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك " وبهذا النص حسم المشرع المصري الخلاف ، وأكد صحة الاتفاق على التحكيم بالنسبة للعقود الإدارية وأضاف قيماً على سلطة الإدارة في الاتفاق على التحكيم هو وجوب أن يتم الاتفاق بعد موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية ، مع عدم جواز قيام الوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة في تفويض أي شخص في الموافقة على التحكيم⁴⁹⁸.

494 اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية ، ص 261 .

495 أنظر: د. مازن ليلو راضي ، تسوية منازعات العقود الإدارية بالوسائل البديلة عن القضاء ، مجلة جامعة دهوك ، المصدر السابق ، ص 38 وما بعدها .

496 الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم ، ص 83 .

497 قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص 116 وما بعدها.

498 المصدر نفسه ، ص 118 ،

فإذا لم يوافق الوزير المختص أو من يتولى أو من يتولى اختصاصه على التحكيم بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة فإن الاتفاق على التحكيم يقع باطلاً سواء كان شرطاً أم مشاركة على أن هذا البطلان يزول بالإجازة اللاحقة كالإذن السابق ، ويترتب على صحة اتفاق الدولة على التحكيم فيما تبرمه من عقود إدارية ، أن يعتبر قبولها للتحكيم تنازلاً منها عن حصانتها القضائية بالنسبة لإصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم وبالنسبة لتنفيذ هذا الحكم ضدها⁴⁹⁹.

وعلى ذلك فإن التحكيم وجميع إجراءاته الجارية ممن لأهلية له باطلة بطلاناً مطلقاً لتعلقها بالنظام العام ، ويستتبع ذلك أنه يجوز للمحكمة إما من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصمين ، أن تحكم ببطلانها وبعدم الاعتداد به ، وبعبارة أخرى إن هذا الحق مقرر للمحكمة ، ولكلا الخصمين ، فكما يجوز لفاقد الأهلية التمسك ببطلان التحكيم يجوز التمسك به أيضاً من قبل خصمه الآخر حتى لا يجبر على موالاته إجراءات خصومة معرضة للبطلان ، فتضار مصلحته ببطلان الحكم الصادر فيها ، غير أنه إذا بلغ القاصر سن الرشد ولم يتمسك بالبطلان ، كما لو أجاب بما يفيد موافقته على التحكيم ، أو ناقش موضوعه ، فحينئذ يسقط حق التمسك بالبطلان ، فلا يملك كلا الخصمين الاحتجاج بالبطلان ، كما يمتنع على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها أما بالنسبة للورثة ففي الأمر خلاف ، فقد قيل أن التحكيم لا يلزم القاصر من ورثة الطرفين ، وقيل أن الوارث خلف عام لموروثه يخلفه في جميع ماله وما عليه ولذلك فيسري عقد التحكيم على كافة الورثة ، سواء البالغين منهم أو القاصرين وهذا ما أخذ به قانون المرافعات العراقي في المادة 259 " ولا ينقضي عقد التحكيم بوفاة أحد الخصوم "500.

وقد نصت المادة 262 من قانون المرافعات المدنية العراقي في الفقرة الثالثة منها على أنه " في حالة وفاة أحد الخصوم أو عزل المحكم أو تقديم طلب برده ، يمتد الميعاد المحدد لإصدار قرار التحكيم إلى المدة التي يزول فيها هذا المانع "501.

ومن هنا تتضح سمات التحكيم الخاصة فإذا توفي المحكم المتعاقد قبل صدور حكم المحكمين وكان بين الورثة قاصراً ، أو فقد المحكم المتعاقد أهليته ، فيقف سريان الميعاد المحدد لإصدار قرار الحكم إلى المدة التي يزول فيها المانع (مرافعات 262 ف3)502.

وقبل أن ننهي من الكلام عن الأهلية هناك سؤال مهم من الضروري الإجابة عنه ، وهو ما الحكم إذا اتفق الخصم على التحكيم ثم توفي أو فقد أهليته قبل تعيين المحكم ؟ حيث أن المشرع العراقي أجاز للخصوم في مثل هذه الأحوال مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع بعريضة لتعيين المحكم أو المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع أقوالهم ، إلا إذا كان الخصوم الذين توفي فيما بعد أحدهم أو فقد أهليته قد حددوا ميعاداً معيناً لتسمية المحكم أو المحكمين فوُقت الوفاة أو فقدان الأهلية عند أو عقب انقضاء الميعاد فيعتبر الاتفاق على التحكيم مُنقضيًا بحكم القانون ، وهذا ما نصت عليه م256 ف1 (مرافعات) ، أما في التشريع المصري فإن الحكم يختلف لأنه إذا توفي الخصم أو فقد أهليته قبل تعيين المحكم فإن التحكيم لا ينفذ ولا تترتب له أية آثار

499 الأبعاد القانونية لشرط التحكيم ، ص 58 .

500 الوجيز في التحكيم ، ص 22 .

501 انظر : نص المادة 262 من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 .

502 الوجيز في التحكيم ، ص 23 .

وبداية فإن الأهلية المطلوبة في المحتكم لازمة بذاتها لإبرام عقد التحكيم وللاتفاق على شخص المحكم ، وإلا كان عقد التحكيم باطلاً أو قابلاً للإبطال⁵⁰³.

ثانياً: الرضا : كما عرفنا أن التحكيم ينشأ عن إرادة الأطراف المحتكمين ومن غير الممكن تجاوز إرادة الأطراف في خلق هذا الاتفاق ، لأن إرادة الأطراف يجب أن تكون حرة غير مشوبة بعيب أي أن أطراف الاتفاق قد رضوا بهذا الاتفاق بمحض إرادتهم دون ضغوط أو إكراه عند توقيعهم على الاتفاق ، إلا أن إرادة الأطراف لوحدها لا تكفي لإبرام العقد بل يستوجب توافقها مع الأنظمة القانونية الوضعية الخاضع لها أطراف اتفاق التحكيم ، فإذا لم تنص الأنظمة القانونية الوضعية على جواز التجاؤ الأفراد والجماعات داخل الدولة على اختيار نظام التحكيم ، للفصل في المنازعات التي تدخل أصلاً في الولاية القضائية فإن إرادة الأطراف المحتكمة غير كافية لخلق هذا الاتفاق⁵⁰⁴.

والمقصود بالرضا من الناحية القانونية هو " اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني " ، وقد يكون هذا الرضا مشروطاً بأن يكون على صيغة معينة فتكون الشكلية هنا ركناً في العقد ولكن هنا يجب أن تكون هناك إرادة صحيحة غير معيبة بعيب من عيوب الإرادة كما ذكرنا وأن تتطابق هذه الإرادة مع إرادة الطرف الآخر مطابقة تامة ، ولا يكون هذا إلا بالاتفاق على جميع المسائل الجوهرية التي يشتمل عليها العقد ، والمسألة المهمة في ركن الرضا هي تحديد الأهلية اللازمة لأبرام العقد على النحو الذي بيناه بخصوص الأهلية المطلوبة في هذا الصدد⁵⁰⁵.

لذلك فإن طريق الالتجاء إلى التحكيم هو طريق استثنائي لفض الخصومات والمنازعات وأساسه التراضي بين الأطراف المحتكمين إذ لا يجوز للدولة أن تفرضه قسراً على أشخاص لا يسعون إليه ، أو لا يرغبون الدخول إليه ، وإذا ماتم ذلك قسراً فإن إرادة الأطراف تكون معيبة وبالتالي يقفد الاتفاق شروط صحته ، ومن ثم يجوز لمن حكم ضده بالتنفيذ ، أن يطعن بالبطلان مستنداً إلى عدم صحة اتفاق التحكيم ، وبهذا تكون إرادة الأطراف هي الأصل في اتفاق التحكيم ، فإذا لم يحدد الأطراف قانوناً لتطبيقه على صحة اتفاق التحكيم الذي أبرموه طبق قانون مكان صدور حكم التحكيم ، ونستنتج مما جاء في القانون المدني العراقي المادة 134/1 بخصوص الإكراه : بأنه إذا أكره أحد الطرفين على اللجوء إلى التحكيم بوسيلة غير مشروعة عُقدت موقوفاً ، وله أن ينقض العقد أو يجيزه بعد رفع الإكراه⁵⁰⁶.

لذلك فالرضى بالتحكيم لا يفترض وإنما لا بد من وجود الدليل عليه فإذا كان الرضا يعد ركناً أساسياً في التحكيم فإنه لا يفترض بل لا بد من وجود الدليل عليه ، ذلك لأن اتفاق التحكيم يشكل خروجاً عن الأصل العام في التقاضي ، فكان لا بد التعبير عنه صراحة وعدم افتراضه ، وذلك باعتباره نظاماً استثنائياً يتضمن خروجاً على الأصل العام في اختصاص القضاء بالفصل في المنازعات ، والغالب أن يقع التعبير عن إرادة طرفي التحكيم على اتخاذ التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ مستقبلاً بينهما صريحاً ، فيبرم الأطراف مشاركة تحكيم يتفقون فيها على إحالة النزاع إلى التحكيم أو ينصون في العقد الأصلي على اللجوء للتحكيم عند قيام النزاع ، أو يوقعون المشاركة أو العقد النموذجي الذي يتضمن شرط التحكيم ، أو

⁵⁰³ مبادئ التحكيم ، ص 75 ،

⁵⁰⁴ التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني ، ص 56 .

⁵⁰⁵ أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، ص 84.

⁵⁰⁶ التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني ، ص 58.

يتبادلونه الوثائق المكتوبة -كالرسائل والبرقيات وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة -والتي تظهر بوضوح إبرامها لاتفاق التحكيم⁵⁰⁷.

ولا يثير الأمر مشكلة عندما يأتي التعبير عن الإرادة صريح اللفظ قطعي الدلالة لا يشوبه لبس أو غموض ، وإنما تثار المشكلة حينما لاتظهر هذه الإرادة في شكل صريح ، فهل يمكن أن نستنتج هذا الرضا ضمناً؟ يرى الأستاذ المغفور له الدكتور محسن شفيق أن من الممكن ذلك إذا ما درج الأطراف في سياق معاملاتهم على التحكيموسيلة لفض منازعاتهم فيما يبرمونه من عقود ، ثم أغفلوا في عقد من نفس النوع عند تجديد نفس العقد النص على ذلك ، مالم يتضح من ظروف العقد وملابساته أن الطرفين تعمدوا إسقاط ذكره لأنهما لا يريدان التحكيم لكن هذا يتعارض مع شرط الكتابة في التحكيم المتمثل باشتراط ضرورة كتابته وإلا كان باطلاً ، وهوما يقطع بضرورة الاتفاق على التحكيم صراحة ، فلا يجوز أن يستفاد ضمناً مما درجت عليه علاقات الطرفين ، ويختلف الأمر حين يحيل الأطراف في اتفاقهم إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم ، كالإحالة إلى شروط عقد بيع نموذجي تتضمن شرط التحكيم ، إذ يعد ذلك اتفاقاً على التحكيم ورضاً به ، بشرط أن تكون الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد⁵⁰⁸.

أما بالنسبة لحالة التعاقد بين غائبين ، عن طريق البرقيات أو خطابات أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة ذات الطابع التوثيقي ، ففي هذه الحالة يكون ماضي به كل طرف ثابتاً في المراسلات الصادرة عنه دون أن يكون هناك اتفاقاً واحداً جامعاً لما تم التوصل إليه بين الطرفين ، ويؤدي ذلك إلى استخلاص زمان ومكان تلاقي الإيجاب بالقبول والذي يعد هو نفسه زمان ومكان انعقاد اتفاق التحكيم ، حيث أن الإيجاب عن طريق المراسلات بأنواعها يعد إيجاباً ملزماً في جميع الأحوال أما الحالة الثانية وهي حالة التعاقد عبر وسائل الاتصالات الحديثة (كوميبيوتر- إنترنت) ، فيذهب الفقه الحديث إلى اعتبار وقت صدور أي تعبير (إيجاب أو قبول) هو الوقت الذي يتفق فيه الطرفان على ذلك وفي حالة عدم الاتفاق يكون الوقت الذي تدخل فيه الرسالة إلى النظام (كوميبيوتر-إنترنت) بحيث تخرج عن نطاق السيطرة للمنشئ لها ولا يستطيع استرجاعها ، وإذا أمكن بوسيلة فنية استرجاع الرسالة قبل وصولها إلى المرسل إليه وهو في طريق الإرسال فإن الرسالة لاتعد خارجة عن سيطرة المنشئ⁵⁰⁹.

ثالثاً: المحل : المقصود بالمحل في عقد التحكيم هو ما ينعقد رضا الطرفين عليه وهو عبارة عن نزاع قائم بالفعل أو محتمل الوقوع ، وللمحل بصورة عامة في كل عقد شروط وهي أولاً أن يكون المحل موجوداً أو ممكن الوجود فقد يتفق الطرفان على إبرام التحكيم بعد وقوع النزاع فمثلاً لو اتفق الطرفان حول ملكية سيارة معينة ثم بعد حصول النزاع اتفقا على إحالة النزاع المذكور إلى هيئة تحكيم مختارة من قبلهم ، فهنا يكون المحل موجوداً وقد تم تحديده وتحديد كل أبعاده ، أما في حالة كون اتفاق التحكيم يرد في صيغة شرط ضمن بنود عقد معين فإن شرط الوجود يكون متحققاً أيضاً في ركن المحل لأن شرط التحكيم سوف يرد على نزاع من الممكن وجوده مستقبلاً عند تنفيذ ذلك العقد ، الشرط الثاني هو أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين لذلك فمن الواجب على الطرفين أن يحددا وبشكل دقيق كل جوانب وأبعاد النزاع وهنا يجب التمييز بين اتفاق التحكيم الذي يعقد بعد النزاع واتفاق التحكيم الذي يعقد بصورة مستقلة بعد قيام النزاع ففي الحالة الأولى تكون مسألة تعيين النزاع وتحديده مسألة اعتيادية لأن كل طرف يعرف ما يريد من الطرف الآخر فالمسألة ليست

507 اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، ص 209 .

508 التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، ص 83 .

509 النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص 94 وما بعدها.

مستحيلة ولا صعبة أما بالنسبة للحالة الثانية فإن المشرع أراد بأن يكون النزاع قابلاً للتعيين وهذا ما يمكن تحقيقه بالنسبة إلى شرط التحكيم⁵¹⁰.

ويهدف المشرع من وراء اشتراط تحديد موضوع النزاع تحديد ولاية المحكمين بهذا الموضوع كي تتسنى رقابة التزامهم بحدود ولايتهم من عدمه ، وقد نصت المادة 10 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 أن تتضمن وثيقة التحكيم تعييناً لموضوع النزاع لكي تتحدد ولاية المحكمين ويتسنى رقابة مدى التزامهم بحدود ولايتهم وأجاز المشرع في ذات المادة أن يتم هذا التحديد أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم ورتبت المادة 2/512 منه البطلان جزاء مخالفة ذلك⁵¹¹.

ويجب بالإضافة إلى ذلك أن يكون المحل مما يجوز التعامل فيه حيث تنص المادة 254 من قانون المرافعات العراقي " بأنه لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح .."⁵¹².

ونصت المادة 704 في فقرتها الثانية " من القانون المدني العراقي على ما لا يجوز فيه الصلح " ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب أحد الجرائم"⁵¹³.

لذلك فالأصل أن التحكيم جائز في جميع المسائل التي يجوز فيها الصلح ، لذلك يجب أن يكون عقد التحكيم مما يجوز أخذ البديل في مقابلته ، وأن يكون معلوماً فيما يحتاج إلى القبض والتسليم ، وأن لا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، وعليه فلا يجوز التحكيم في دين قمار أو في مسائل الأحوال الشخصية (البنوة والميراث) ومسائل الجنسية وصحة الزواج وبطلانه والولاية على الصغار والوصاية عليهم ، والجرائم التي تعتبر حقاً للهيئة الاجتماعية ، وبناءً عليه فإن التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام آفة الذكر تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً ويجوز التمسك بها في جميع مراحل التحكيم وعلى المحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها لأن هذه القضايا من النظام العام ولا يصح الصلح فيها⁵¹⁴.

فقد بينت المادة 130 من القانون المدني العراقي في فقرتها الأولى بأنه " يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب وإلا كان العقد باطلاً " وبينت في

فقرتها الثانية المسائل التي تتعلق بالنظام العام "ويعتبر من النظام العام بوجه خاص المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ، ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية " وكما رتبت المادة 273 من قانون المرافعات المدنية العراقي بطلان الحكم التحكيمي في حال صدوره مخالفاً للنظام العام وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في المطلب الثاني⁵¹⁵. كما وأوضحت المادة 551 من القانون المدني المصري المسائل التي تتعلق بالنظام العام بأنها المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام مع مراعاة جواز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة

⁵¹⁰ أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، ص 90 وما بعدها .

⁵¹¹ التحكيم واجتهاد القضاء العراقي ، ص 31 .

⁵¹² أنظر : نص المادة 254 من قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 .

⁵¹³ أنظر: نص المادة 704 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1950 .

⁵¹⁴ أنظر نص المادة 130 من نفس القانون ، المادة 273 من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 .

⁵¹⁵ التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي والمقارن ، بدون جهة نشر ، ط 1 ، 2015 ، ص 27 .

الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم على أنه تجدر ملاحظة أنه يجوز بموجب هذه المادة التحكيم بشأن الحقوق المالية التي تترتب على الحالة الشخصية كنفقة المتعة وأجر الحضانة وسكن الحاضنة⁵¹⁶.
 رابعاً: السبب: من الدوافع الرئيسية التي تجعل الأطراف تلجأ إلى التحكيم هو إبعاد ما ينشب عنهم من نزاعات وعدم طرحها أمام القضاء الوطني، وأن هذا السبب يجب أن لا يتعارض مع النظام العام وبالتالي يكون مشروعاً⁵¹⁷.

وقد نصت المادة 132 من القانون المدني العراقي في فقرتها الأولى " يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام والآداب وتنص الفقرة الثانية ، بأنه يفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ...)⁵¹⁸.

لذلك فيشترط في الاتفاق على التحكيم أن يكون سببه مشروعاً وإلا كان باطلاً ويكون السبب غير مشروع إذا أنطوى على إحدى حالات الغش نحو القانون ، كما لو كان اللجوء إلى التحكيم بقصد التهرب من تطبيق أحكام القانون فيما لو طرح النزاع على القضاء أو الإفلات من العلانية و ضمانات إعلانات الخصوم التي توفرها إجراءات التقاضي أمام المحاكم ، أو الاحتيال على الإجراءات الواجبة لإثبات ملكية العقار أو التصرف فيها بطريق التواطؤ بغية الاعتداء على ملك الغير خفية أو ابتزازه .. الخ ، وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بأن الاتفاق على التحكيم بشأن صحة و نفاذ عقد بيع العقار يكون باطلاً لعدم مشروعيته ، لكونه ينطوي على إحدى حالات الغش نحو القانون والتحايل عليه ، كما قضت بأن قاعدة الغش يبطل التصرفات هي قاعدة قانونية سليمة ولولم يجر بها نص خاص في القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية ، وهي محاربة الخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن حسن النية الواجب توافرها في التصرفات والإجراءات عموماً صيانةً لمصلحة الأفراد⁵¹⁹.

وهناك نظريتان في القانون تبينان السبب الذي يدفع الأطراف للاتفاق على التحكيم إحداهما نظرية تقليدية وأخرى حديثة ، فالنظرية التقليدية ترى بأن السبب في عقد التحكيم يجب أن يحدد من خلال الغاية المباشرة التي يقصدها المحتكمين ، وأن الهدف الذي يريده كل من الملتزمين في أي عقد ، هو التزام الطرف الآخر بالعقد ومنها عقد التحكيم ، ولذلك جاء في القانون المدني العراقي (في كل التزام أن يكون له سبباً مشروعاً) ، فإن أطراف التحكيم عندما أتجهوا إلى التحكيم بدلاً من

القضاء هذا يعني أن على طرفي اتفاق التحكيم الامتناع عن طرح الخصومة أمام القضاء بدلاً من التحكيم⁵²⁰.
 أما النظرية الحديثة فهي تنظر إلى السبب على أنه هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، ولهذا فالسبب هنا يعتبر أمراً نفسياً يختلف من شخص لآخر فالسبب في عقد التحكيم على أساس هذه النظرية قد يكون ما يبغيه الطرفان من تحقيق مزايا التحكيم مثل السرعة في حسم المنازعات والتقليل من نفقات الدعوى مقارنة بالقضاء ، قد يكون السبب هو الرغبة في المحافظة على السمعة التجارية والعلاقات الاقتصادية التي يؤثر عليها النزاع أمام القضاء بسبب علانية جلساته وتعدي أحكامه إلى الغير وقد يكون السبب غير مشروع أيضاً وفق هذه النظرية كأن يريد أحد الطرفين اللجوء إلى شخص لا يتمتع بالحياد والنزاهة لحل مثل هذا النزاع وبذلك يكون قد خالف

⁵¹⁶ الوجيز في التحكيم ، طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 ، ص 80 .

⁵¹⁷ التحكيم الجاري وتدخلات القضاء الوطني ، ص 62.

⁵¹⁸ انظر : نص المادة 132 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1950 .

⁵¹⁹ الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون لرقم 27 لسنة 1994 ، ص 86 .

⁵²⁰ التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني ، ص 63 .

القانون والأعراف والعدالة ، وبالرجوع إلى التشريع العراقي نجد أن المشرع قد ذكر السبب في القانون المدني دون أن يرجح إحدى النظريتين مما جعل بعض الفقه العراقي يذهب بالقول إلى أن ما أراده المشرع من خلال الصياغة المرنة لنص المادة 132 هو أن يشمل النظريتين معاً بغية أن يكون للقضاء حرية لتكوين موقفه على أي من النظريتين إلا أنه يبدو قد ظهر ما يدل على ميل القضاء إلى النظرية الحديثة من خلال كما أصدرته محكمة التمييز بقولها " أن السبب في القانون هو الباعث الدافع "521.

2.1.2. بطان حكم التحكيم في القانون العراقي والاتفاقيات الدولية

لقد حدد القانون العراقي اربع حالات يجوز من خلالها ابطال حكم المحكمين وذلك على النحو التالي :

2.1.2.1. حالات البطلان في القانون العراقي:

لقد نص القانون العراقي على الحالات التي يجوز فيها ابطال حكم المحكمين وذلك في المادة (273) من قانون المرافعات المدنية والتي تنص على أنه : يجوز للخصوم ، عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة ، أن يتمسكوا ببطلانه ، وللمحكمة – من تلقاء نفسها – أن تبطله في الأحوال الآتية :

1-إذا كان قد صدر بغير بيئة تحريرية ، أو بناءً على اتفاق باطل ، أو إذا كان القرار قد خرج عن حدود الاتفاق .

2-إذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب ، أو قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في هذا القانون.

3-إذا تحقق سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها إعادة المحاكمة .

4-إذا وقع خطأ جوهري في القرار أو في الإجراءات التي تؤثر في صحة القرار⁵²².

الحالة الأولى : إذا كان القرار قد صدر بغير بيئة تحريرية أو بناءً على اتفاق باطل ، أو إذا كان القرار قد خرج عن حدود الاتفاق : فقد أو ضحت هذه الفقرة الحالة الأولى التي يتقرر فيها البطلان وهي حالة صدور قرار التحكيم بدون وجود بيئة تحريرية سابقة وفق ما نصت عليه المادة (252) والتي أشرنا إليها سابقاً حيث اشترطت وجود بيئة تحريرية⁵²³.

وتتمثل هذه الحالة كما لو صدر القرار بدون دليل كتابي على عقد التحكيم أو شرطه ، كأن يصدر القرار استناداً على شهادة الشهود ، أو القرائن ، أو اليمين ، أو على بيانات وأقوال الخبراء ، أو على الكشف والمعينة ، وتنص هذه الفقرة أيضاً على البطلان في حالة صدور القرار بناءً على اتفاق باطل أصلاً ، كما لو كان أصل العقد وارداً على المتاجرة بالمخدرات ، أو على فتح محل للمقامرة ، أو على الحصة الإرثية التي ستؤول إلى أحد الخصمين ، أو على أي عقد آخر محرم قانوناً ، على أن هذه الأمور تدخل ضمن النظام العام التي سنتكلم عنها في الفقرة التالية⁵²⁴.

⁵²¹ أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، ص 93 .

⁵²² أنظر : المادة (273) من قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 ، وراجع في مايقابل هذه المادة في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 الذي نص على البطلان في المادة (53) منه .

⁵²³ شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، ص 484 .

⁵²⁴ الوجيز في التحكيم ، ص 50 وما بعدها.

والأصل كما أشرنا سابقاً أن يكون اتفاق التحكيم صحيحاً، أي يجب أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لصحته أي الرضا الصحيح وأن يرد هذا الرضا على محل ممكن ومشروع وأن يستند على سبب مشروع ، وأن تتوافر لدى أطراف التحكيم الأهلية اللازمة لإبرامه، وشرط الكتابة⁵²⁵.

وقد أوضحت الفقرة الأولى من المادة 273 حالة أخرى للبطلان وهي إذا كان قرار التحكيم قد خرج عن حدود الاتفاق ، فالتحكيم على نحو ما قدمناه قوامه إرادة الطرفين التي انصرفت إلى حل النزاع بالتحكيم وليس بالقضاء ، ومقتضى ذلك التزام هيئة التحكيم بنطاق النزاع الذي تضمنه اتفاق الأطراف ، فلا يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أمر لم يتفق الأطراف على طرحه على التحكيم حتى ولو كان الأمر مرتبطاً بموضوع النزاع المطروح عليهما ، كما لو قضت هيئة التحكيم ببطلان عقد الشركة في حين أن الذي كان معروضاً عليها هو حسم النزاعات الناشئة عن تنفيذ هذا العقد ، وتعد هيئة التحكيم متجاوزة الحدود إذا كانت ملزمة بالفصل في النزاع طبقاً للقانون وقضت وفقاً لقواعد العدل والانصاف ، وفي المقابل فإن هيئة التحكيم المفوضة بالصلح لا تعد متجاوزة لسلطاتها بتطبيقها القانون متى اعتقدت أن هذا التطبيق هو الأكثر عدالة ، وكذلك تعد هيئة التحكيم متجاوزة لحدود الاتفاق إذا قضت باختصاصها بالرغم من أنها غير مختصة⁵²⁶. ومن أمثلة خروج القرار عن حدود الاتفاق أو عن الخصوص الذي جرى التحكيم من أجله ما جاء بقضاء محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها قالت فيه بأنه " التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات فهو مقصور حتماً على ما تنصرف إليه إرادة المحكمتين إلى عرضه على هيئة التحكيم ولا يصح تبعاً لإطلاق القول في خصومة بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أبطل حكم هيئة التحكيم ببطلان عقد الشركة لعدم مشروعية الغرض منها ، وذلك بناءً على أن مشاركة التحكيم لم تكن تجيز ذلك ، لأنها تقصر ولاية المحكمتين على بحث المنازعة الخاصة بتنفيذ عقد الشركة فضلاً عما أعترض به أمام هيئة التحكيم من أنها ممنوعة من النظر في الكيان القانوني لعقد الشركة ، فهذا الحكم لا يكون قد خالف القانون في شيء " ⁵²⁷. وبناءً على ماتقدم ، إذا فصل المحكمون في مسائل خارجة عن الأمور المحددة في اتفاق التحكيم ، ففي مثل هذه الحالة ينظر إلى القرار التحكيمي كوحدة واحدة ، فإن كان قابل للتجزئة تكون فقط المسائل التي تجاوز فيها المحكمون سلطاتهم باطلة ، أما البقية فتعتبر صحيحة ، أما إذا كان القرار التحكيمي غير قابل للتجزئة وتجاوز المحكمون فيه حدود اتفاق التحكيم فيعد باطل بطلان مطلق ، أما إذا كان بطلان اتفاق التحكيم ناشئ عن عدم تحديد موضوع النزاع أو عدم ذكر أسماء المحكمتين أو عدم تحديد مدة قانونية معينة ، ففي مثل هذه الحالة يمكن الاتفاق على عقد تحكيم جديد ، والذي يترتب على بطلان اتفاق التحكيم بطلان القرار التحكيمي الصادر بناءً على ذلك⁵²⁸. وقد نص قانون التحكيم المصري على هذه الحالة وذلك في الفقرة (1- و) من المادة 53 من قانون التحكيم المصري التي نصت على البطلان إذا " فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق . ومع ذلك إن أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها⁵²⁹.

⁵²⁵د. حميد لطيف نصيف ، الرقابة القضائية على قرارات المحكمتين في القانون العراقي ، مكتبة صباح ، بغداد ، بدون رقم طبعة ، 2018 ، ص 38 .

⁵²⁶ الرقابة القضائية على قرارات المحكمتين في القانون العراقي ، ص 40.

⁵²⁷التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي والمقارن، ص 90.

⁵²⁸ أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، ص 266.

⁵²⁹أنظر: نص الفقرة (1- و) من المادة (53) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

الحالة الثانية : إذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب أو قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في هذا القانون ، فالأصل أن المحكمين المفوضين بالصلح معفون من التقيد بإجراءات المرافعات ومن التزام قواعد القانون الموضوعية فلهم مثلاً أن يرفضون تطبيق قاعدة قانونية ، أو أن يحكموا بمقتضى قواعد العدالة ، ولكن حق المحكم المطلق يقتصر على القواعد الغير إلزامية ، أما القواعد المتعلقة بالنظام العام فهي تفرض على الخصوم كما تفرض على المحكمين أنفسهم الذين يجب عليهم التقيد بها ، كما لو خالف قرار التحكيم قاعدة موضوعية أو إجرائية تتعلق بالمرافعات وكانت متعلقة بالنظام العام أو الآداب ، وكذلك إذا أصدر المحكمون قرارهم خلافاً لقواعد الإرث أو خلافاً للآداب في عمل غير مشروع⁵³⁰. وقد نصت المادة (254) من قانون المرافعات العراقي التي سبق أن أشرنا إليها على أنه " لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح ولا يصح إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه ...) كما وتنص المادة (704) من القانون المدني العراقي على أنه " :

أولاً: يشترط في المصالح عنه مما يجوز أخذ البديل في مقابله ويشترط أن يكون معلوماً أن كان مما يحتاج إلى القبض والتسليم.

ثانياً: ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام والآداب ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب أحد الجرائم⁵³¹. وبالرجوع إلى هاتين المادتين نجد أن المادة (254) تنص على جواز التحكيم في كل الأمور التي يجوز فيها الصلح ، أي أن موضوع التحكيم يجب أن يكون مما يجوز أخذ البديل في مقابله وأن يكون معلوماً فيما يحتاج إلى القبض والتسليم وألا يكون مما يتعلق بالنظام العام والآداب ، وبناءً على ذلك يجب الرجوع إلى المادة (704) من القانون المدني العراقي التي عدت الأمور التي يجوز فيها الصلح لمعرفة المسائل التي يصح فيها التحكيم والأخرى التي لا يصلح فيها ، ومن خلال نص هذه المادة يتضح بأن التحكيم غير جائز في العقود بلا مقابل كالهبة والاعارة مثلاً ، ويجوز في العقود الأخرى كالبيع والشراء .. الخ ما لم تكن مخالفة لأحكام النظام العام والآداب⁵³². ولما كانت الحالة الشخصية للإنسان من النظام العام فليس لأحد باتفاق خاص أن يعدل من أحكامها وكذلك الأهلية من النظام العام ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو الأهلية ، فلا يجوز التحكيم مثلاً فيما يتعلق بالبنوة أو بصحة الزواج أو ببطلانه أو فيما يتعلق بالجنسية ثبوتاً أو نفياً ، أو فيما يتعلق بأحكام الولاية أو الوصاية والقوامة ، أو بشأن الحضانة، ولا يجوز التحكيم بقصد تعديل أحكام الأهلية ، ولكن سبق وأن أشرنا إلى أنه يجوز التحكيم في الحقوق المالية التي تترتب على الحالة الشخصية ، فمثلاً يجوز للمطلقة أن تحتكم بشأن مؤخر صداقها أو فيما يتعلق بأعراضها الجهازية أو نفقة العدة ، ويجوز لمن له حق النفقة على غيره أن يحتكم بشأن ما يستحقه من نفقة مدة معينة ، ولكن لا يجوز التحكيم في حق النفقة في ذاته⁵³³. وقد نص قانون التحكيم المصري أيضاً في المادة (53) ف2 منه على أن المحكمة التي تنتظر دعوى البطلان لها أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها لمخالفة النظام العام في جمهورية مصر العربية⁵³⁴.

⁵³⁰ شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 ، ص 485.

⁵³¹ انظر: المادة 254 من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 والمادة 704 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

⁵³² د. نزار الطبقلي ، مجلة القضاء ، العدد الثالث والرابع ، 1989 ، ص 17 .

⁵³³ مبادئ التحكيم ، ص 83 وما بعدها.

⁵³⁴ انظر : نص الفقرة (2) من المادة (53) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 .

ويجوز للوارث أن يحتكم وبقية الورثة على نصيبه في الميراث وصولاً إلى التخارج وإياهم على ذلك ولا يجوز له أن يحتكم على صفته كوارث ، ويجوز التحكيم في المصالح المالية التي تترتب على الأهلية ، فيجوز للقاصر بعد رشاده أن يتفق على التحكيم مع من تعاقده معه وهو قاصر على إجازة العقد بشروط معينة ، وكذلك يقع باطلاً الاتفاق على التحكيم بشأن الجرائم ، فإذا ارتكب شخص جريمة فلا يجوز الاتفاق وإياه على التحكيم بشأنها سواء من جانب السلطة أو من جانب المجني عليه وذويه لأن الدعوى الجزائية من حق المجتمع وهي من النظام العام فلا يجوز الصلح عليها ولا التحكيم بشأنها وهذا هو المبدأ العام ، غير أن المشرع سوغ الصلح والتنازل في بعض الجرائم نظراً لقلّة أو انعدام خطورتها الاجتماعية ، وهذه الجرائم يتوقف تحريك الدعوى الجزائية عند وقوعها على شكوى المجني عليه وهي محددة قانوناً تحديداً بيئاً في المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات الجزائية المرقم 23 لسنة 1971 المعدل ، وهي جرائم لصيقة بحق المجني عليه أو المضرور شخصياً ، غير أنه يجوز التحكيم بشأن الحقوق المالية التي تنشأ من ارتكاب الجريمة ، فيجوز ذلك بشأن التعويض المدني أي بشأن الدعوى المدنية التي تتضمنها الشكوى الجزائية⁵³⁵. فضلاً عن ذلك فقد أوجب المشرع العراقي على المحكمين أن يلتزموا بالإجراءات الخاصة والتي نص عليها في باب التحكيم والتي منها إجراءات تعيين المحكمين وردهم والمسائل التي يجوز فيها التحكيم ، وكذلك تحديد عدد المحكمين وإجراءات التحكيم وغيرها من إجراءات المحاكمة ، وهذه الإجراءات وضعها المشرع من أجل انتظام سير عملية التحكيم وتوفير الضمانات اللازمة للفصل في النزاع ، لذا فلا يجوز مخالفتها لأن في مخالفتها بطلان للقرار التحكيمي⁵³⁶. وفي العودة إلى موضوع النظام العام ، أشرنا سابقاً بأن موضوع النظام العام من الأمور المعقدة التي لم يهتد فقهاء القانون إلى رأي معين بشأنها ، أو وضع تعريف خاص لها ، إذ هو مسألة غير مستقرة تتغير بحسب الظروف والزمان والمكان ، على أنه من المقرر بصورة عامة إن النظام العام ، قوامه فكرة⁵³⁷. المصلحة الجوهرية الأساسية للمجتمع ، سواء أكانت هذه المصلحة سياسية أم اجتماعية أم أدبية لكن عرف بعض الشراح قواعد النظام العام : هي القواعد التي يقصد بها تحقيق المصلحة العامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد ، أما الآداب : فهي مجموعة من القواعد التي تمثل الحالة الخلقية السائدة في بيئة معينة وفي عصر من العصور والتي يتبعها الناس طبقاً لعرف أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية ، وهكذا يمكن القول أنه لا توجد قاعدة عامة يمكن الاهتداء بها في تحديد النظام العام والآداب العامة تحديداً مطلقاً ، بل كل ما يستطيع في هذا الشأن هو الاسترشاد بمعيار المصلحة العامة وبمعيار العرف الأدبي وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان⁵³⁸.

وقد سبق وإن أشرنا إلى موقف القانون العراقي من تعريف النظام العام ، حيث لم يضع له تعريف خاص وترك أمر تحديد مفهومه ونطاقه إلى تقدير القاضي مسترشداً بالعادات والتقاليد والأعراف الخاصة بمجتمعه ، لذلك لن نخوض بتلك التفاصيل مرة ثانية ، لكن السؤال المهم هنا ، ما هو النظام العام الذي ينبغي على المحكم الالتزام به عندما يصدر حكمه التحكيمي هل هو النظام العام الداخلي أم الدولي؟.

للإجابة على هذا السؤال ينبغي الإشارة إلى مفهوم النظامين والتفرقة بينهما ، فقد أشرنا سابقاً إلى مفهوم النظام العام الداخلي بالتفصيل أما فكرة النظام العام الدولي فهي فكرة متسعة عن فكرة النظام العام الداخلي فهي

⁵³⁵ مبادئ التحكيم ، المصدر السابق ، ص 84 .

⁵³⁶ احكام عقد التحكيم وإجراءاته ، ص 267 .

⁵³⁷ الوجيز في التحكيم ، ص 51 .

⁵³⁸ الرقابة على قرارات المحكمين في القانون العراقي ، المصدر السابق ، ص 43

تحتوي على العالم أجمع بأنظمتها المختلفة ومصالحه المختلفة ، وتطلعاته التي تصطدم في الكثير من الأحيان مع الكيان الواحد المتمثل في الدولة ، ولقد فرق الفكر القانوني في العالم بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي ، فالمصلحة العليا للمجتمع هي شيء والمصلحة العليا لكل المجتمعات هي شيء آخر فالنظام العام الدولي يترفع عن نسبية المكان ، ويحاول الارتباط بمبادئ عامة مثل تلك التي أشاد إليها نظام محكمة العدل الدولية في لاهاي ، وهي الاتفاقيات الدولية ، والأعراف الدولية ، والمبادئ العامة للقانون المعترف بها في الأمم المتحدة واجتهاد كبار العلماء فقواعد القانون الدولي العام هي قواعد دولية غير صادرة عن سلطة تشريعية ومن مصادر هذه القواعد نجد الاتفاقيات الدولية ، العرف الدولي ، اجتهاد القضاء الدوليين ، وهي قواعد غير معترفة بجزء دولي عند مخالفتها ، لذلك فاحترامها طوعي منوط باحترام الدول لها والالتزام بأحكامها بإرادتها⁵³⁹.

لذلك فالنظام العام الداخلي يرتبط بالمصلحة العليا الاجتماعية والاقتصادية والخلقية ، لمجتمع ودولة ما ، أما النظام العام الدولي فهو يرتبط بالمصلحة العليا الاجتماعية والاقتصادية والخلقية للمجتمع الدولي ، فما يتطلبه النظام العام الداخلي لكل بلد ولكل مجتمع هو نسبي ، ويختلف من بلد لآخر ، أما النظام العام الدولي فهو مشترك بين كل دول العالم ، لذلك فهناك نظامين عامين ، النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي ، ومن قواعد النظام العام الداخلي في الدولة الإسلامية ، قاعدة منع الربا (الفائدة) ، وهي ليست في ذات الوقت قاعدة من قواعد النظام العام الدولي ، ومن قواعد النظام العام الدولي المشتركة بين الدول ، الرشوة ، الشهادة المزورة ، الإتجار في المخدرات ، منع تجارة الرقيق ، فكلها أمور من النظام العام الدولي ، لذلك فالنظام العام الدولي نظريته شاملة وأحكامه عامة تشمل العالم بأسره ، وهذا يعني أنه ليس شرط أن تكون كل قاعدة من النظام العام الداخلي تكون من النظام العام الدولي مثل (منع الربا) ، وقد توجد قواعد من النظام العام الدولي قد لا تكون ضمن النظام العام الداخلي لإحدى الدول⁵⁴⁰.

ويختلف أيضاً النظام العام الداخلي عن الدولي من حيث الاعتراض فيكون الدفع بالنظام العام الداخلي بشأن علاقة وطنية بجميع عناصرها ، أما الدفع بالنظام العام الدولي فيكون بخصوص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي ، ويختلف النظامين الداخلي والدولي من حيث الآثار أيضاً فيترتب على الأخذ بالنظام العام الداخلي بطلان التصرف الذي يتعارض وفكرة النظام العام الداخلي وكما هو مقرر في المادة (1/30) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه " يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو الآداب وإلا كان العقد باطلاً " .في حين أن الأخذ بالنظام العام الدولي لا يؤدي إلى بطلان التصرف وإنما يرتب أثراً في تغيير القانون الذي يحكم التصرف إذ يستبدل القانون الأخير المختص المخالف للنظام العام بقانون آخر وهذا ما قرره المادة 32 مدني " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قرره النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق"⁵⁴¹.

وكذلك يختلف النظامين من حيث الوظيفة ، فعلى الرغم من أن هدفهما واحد هو حماية المصالح العليا للمجتمع إلا أن وظيفتهما مختلفة فالنظام العام الداخلي يستخدم للحيلولة دون الخروج الإرادي عن أحكام القواعد الأمرة بينما تستخدم فكرة النظام العام الدولي لمنع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد باختصاصه ، فهي أداة لاستبعاد القانون الأجنبي بصفة استثنائية ويترتب على هذا الطابع الاستثنائي لفكرة النظام العام

⁵³⁹. بلعيد جميلة ، التحكيم التجاري بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي ، مجلة مصر المعاصرة ، العدد 505 ، 2012 ، ص 422 .

⁵⁴⁰ نظام الطعن على حكم التحكيم ، ص 730.

⁵⁴¹ القانون الدولي الخاص ، ج2 ، ص212.

وجوب أعمالها في أضيق نطاق لتقليص مجال استبعاد القانون الأجنبي وقصرها على تلك الحالات التي يهدد فيها تطبيق القانون الأجنبي مصلحة أساسية لحياة المجتمع بحيث لا يجوز تخطيها ، فمثلاً شرط الوفاء بالذهب يعتبر باطلاً في العقود الوطنية لمخالفته لقاعدة أمره تقضي بوجوب التعامل بالعملة الوطنية ولأن الخروج عنها يؤدي إلى إضعاف الثقة بالعملة الوطنية ، أما في مجال العلاقات الدولية فإن توافرت ضمانات معينة كشرط الدفع بالذهب يعمل على تنشيط العلاقات الخاصة بين أبناء الدول المختلفة دون أن يؤدي ذلك إلى إضعاف الثقة بالعملة الوطنية ، ولهذا فليس هناك ما يدعو إلى استبعاد القانون الأجنبي الذي يجيز شرط الدفع بالذهب⁵⁴². وإذا كانت هذه هي الفروقات بين النظامين (النظام العام الداخلي والدولي) فيبقى السؤال هنا أيهما يطبق المحكم النظام العام الداخلي أم الدولي ؟ نجد أن المشرع العراقي من بين القوانين التي التزمت السكوت في تعريف النظام العام الداخلي والدولي كما أشرنا سابقاً في بداية الفصل ، وهذا يعني أنه لم يميز بينهما ولم يضع تعريف خاص لهما كما منع تطبيق القانون الأجنبي إذا كانت أحكامه تتعارض مع فكرة النظام العام ، حيث نصت المادة 32 من القانون المدني العراقي على أنه " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي .. إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في العراق " وبالنسبة للنظام العام الداخلي فقد أشرنا سابقاً إلى المادة 130 التي اشترطت أن يكون محل الالتزام غير مخالف للنظام العام أو الآداب وكذلك المادة 132 التي نصت على بطلان العقد إذا كانت فيه مخالفة للنظام العام والآداب ، وهذا كله قد أشرنا إليه في بداية الفصل عندما تحدثنا عن مفهوم النظام العام⁵⁴³. كما أن غالبية بلدان الشرق الأوسط تشترط ضرورة ملائمة الحكم التحكيمي مع النظام العام الداخلي ، باستثناء لبنان ، تونس ، الجزائر ، التي تفرق بين التحكيم الداخلي والدولي ، فاشترطت في التحكيم الداخلي أن يراعي المحكم النظام العام الداخلي ، وفي التحكيم الدولي أن يراعي المحكم أحكام التحكيم الدولي ، أما غالبية الدول العربية ومنها مصر تشترط موافقة حكم التحكيم للنظام العام الداخلي ، بل أن بعض الدول مثل اليمن تشترط في أن الحكم يجب أن يكون متوافقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية ، ويختلف الوضع في فرنسا حيث يشترط المشرع الفرنسي في التحكيم الداخلي ضرورة توافقه مع النظام العام الداخلي ، أما في حالة التحكيم الدولي فيجب أن يكون متوافقاً مع النظام العام الدولي ، وقد استقر القضاء الفرنسي على ذلك فقضت محكمة باريس في حكمها الصادر في 27 مايو 2003 على أن " في الطعن بالبطلان المقدم ضد حكم تحكيم صادر في مادة دولية ، فلا يكون الحكم صحيحاً إذا خالف النظام العام الدولي وليس بناءً على النظام العام الداخلي "⁵⁴⁴.

والنظام العام يبقى دائماً يتميز بالوطنية مهما كان وضعه داخلي أو دولي فكلاهما يشكل جزءاً من النظام العام الداخلي (الوطني) ، وإن اختلفت وضعيته في العلاقات الداخلية والدولية⁵⁴⁵. لذلك يرى جانب من الفقه بأن هذه التفرقة بين النظامين (الداخلي والدولي) مصطنعة فالنظام العام يصطبغ دائماً بصبغة وطنية لا يصح تجاهلها تحت ستار فكرة غامضة تتوسل بها الدول المتقدمة لإهدار مصالح الدول النامية ، استناداً إلى عدم تعلق نصوصها الوطنية بالأمره بالنظام العام الدولي الذي يعلو على النظام العام الداخلي ، فتأمل فكرة هذا النظام العام الدولي يكشف عن أنه ليس شيئاً آخر سوى تجسيد وتكريس لتغاييب

⁵⁴² القانون الدولي الخاص ، المصدر السابق ، ص 212 وما بعدها.

⁵⁴³ أنظر المواد 32 ، 130 ، 132 من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .

⁵⁴⁴ نظام الطعن على حكم التحكيم ، ص 731.

⁵⁴⁵ أ. بلعيد جميلة ، التحكيم التجاري بين النظام العام الداخلي والدولي ، المصدر السابق ، ص 422 .

وترجيح مصالح دول الشمال على دول الجنوب ، ولن يتسنى القول بوجود نظام عام دولي حقيقي إلا عندما تتلاشى هذه الهوة التي تفصل بين دول العالم المتقدم والدول المتخلفة والتي تسمى تادباً بالدول النامية⁵⁴⁶.

في حين يرى جانب من الفقه في تبريره لاستخدام فكرة النظام العام الدولي بأن النظام العام الدولي لبلد ما هو في الحقيقة نظام عام وطني يتم إعماله في مجال العلاقات الدولية ، الأمر الذي تكون معه الانتقادات السابقة موجهة في حقيقة الأمر إلى النظام العام الدولي الحقيقي ، أو عبر الوطني⁵⁴⁷. والمقصود بفكرة النظام العام عبر الوطني وهي فكرة كانت محل نقد من قبل الفقه المصري والذي كان يعبر عنها بالنظام العام الدولي رغم تباين المفهومين ، فالنظام العام الدولي يخص دولة من الدول فنجد النظام العام الدولي الفرنسي والنظام العام الدولي التونسي واللبناني .. الخ أما النظام العام عبر الوطني فهو مجموعة من المبادئ المستقاة من الاتفاقيات الدولية ومن النظام العام للغالبية العظمى من الدول كتجريم الرشوة والاتجار غير المشروع بالمخدرات ، واحترام مبدأ حسن النية ، ومن أهم تطبيقاته حظر تزرع الدول والأشخاص الاعتبارية العامة بتشريعاتها الداخلي للتصل من اتفاق تحكيم سبق وإن ارتضته ، ويذهب الفقه وقضاء التحكيم حديثاً أن ثمة " نظام عام إجرائي " عبر وطني ، فالنظام العام الإجرائي في مجال التحكيم يكفل احترام حزمة من المبادئ الأساسية للتقاضي كاحترام حق الدفاع ومبدأ المواجهة بين الخصوم وحيادة المحكم كما يكفل نزاهة إجراءات التحكيم وخلوها من الغش الإجرائي ، واللد في الخصومة ، بيد أنه يستلزم أن تطبق تلك المبادئ على نحو يتفق وطبيعة إجراءات التحكيم والتي تختلف عن إجراءات التقاضي أمام القاضي الوطني ، ويكون النظام العام الإجرائي عبر الوطني هو القاسم المشترك لقواعد النظام العام الإجرائي للغالبية العظمى للدول⁵⁴⁸.

لكن ان القول بتطبيق النظام العام الدولي الحقيقي (عبر الوطني) من قبل قضاء التحكيم ، هو وهم وخداع لأن المحكم يقوم في غالب الأحوال ببحث الأمر فيما يتعلق بالمنازعة المطروحة عليه ، وفقاً للدولة المعنية ، ثم يقرر في مرحلة لاحقة مدى اتفاق ذلك مع النظام العام الدولي الحقيقي ، وبالتالي فإن المحكم لم يطبق فعلياً إلا النظام العام الوطني⁵⁴⁹.

كما ويبرر بعض الفقه استخدام لفظ (النظام العام الدولي) بان من وظائف استخدام النظام العام الدولي ، يكفل مصالح التجارة الدولية ، من خلال انحصار نطاقه عن قواعد أمرة داخلياً ، والتي يتكون منها النظام العام الداخلي ، ومن ذلك تكون قاعدة تسببب حكم التحكيم من النظام العام الداخلي وليس من النظام العام الدولي ، وبالتالي فإذا طبق المحكم قواعد النظام الدولي فإنه لا يشترط أن يسببب حكمه ، ويكون حكمه صحيحاً وغي قابل للبطلان ، والعكس إذا طبق النظام العام الداخلي فإن حكمه يتعرض للبطلان إذا لم يسببب حكمه وأيضاً يؤدي تطبيق النظام العام الدولي إلى اتساع نطاق القابلية للتحكيم ، فكانت هناك أمور في الماضي حسب قواعد النظام العام الداخلي غير قابلة للتحكيم ، لكن بعد أن أعتنق المشرع الفرنسي مفهوم النظام العام الدولي أستقر القضاء الفرنسي أن العبرة في عدم القابلية للتحكيم هي مخالفة النظام العام الدولي ، لا الداخلي الأمر الذي أدى إلى اتساع نطاق القابلية للتحكيم ليشمل جميع المسائل المتعلقة بالنظام العام الاقتصادي ، وذلك في مجال التحكيم الدولي قبل أن يمتد إلى التحكيم الداخلي⁵⁵⁰.

⁵⁴⁶. محمود مختار بربري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط4 ، 2010 ، ص 134 .

⁵⁴⁷ نظام الطعن على حكم التحكيم ، ص 732 .

⁵⁴⁸. إسماعيل سليم ، النظام العام الدولي لصالح التحكيم ، مجلة التحكيم العربي ، العدد 13 ، 2009 ، ص 181 .

⁵⁴⁹ النظام العام الدولي العربي حلم ام حقيقة أم خيال ، ص 37.

⁵⁵⁰ نظام الطعن على حكم التحكيم ، المصدر نفسه ، ص 732 .

وفي كل الأحوال هذه التسمية معيبة بحسب تعبير الفقه المصري لما توحى به من وجود نظام عام يشمل الدول جميعاً وصادراً عن سلطة أعلى من الدول وهذا غير حقيقي لذلك يحبذ رائد فقه القانون الدولي الخاص الأستاذ فؤاد رياض الاستعاضة عن تلك التسمية باصطلاح النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص او النظام العام في مجال العلاقات ذات الطابع الدولي ، فلا يوجد نظام عام عالمي مشترك بين جميع الدول ، وإذا كانت الأنظمة القانونية المتعددة تشترك فيما بينها بحد أدنى من المبادئ الجوهرية أو الأساسية كذلك المرتبطة بحقوق الإنسان وعدم التمييز بين الافراد بسبب لونهم أو عرقهم أو معتقداتهم فإن هذه القيم والمثل تعد جزءاً لا يتجزأ من النظام العام الداخلي للدول على الرغم من صفتها العالمية وفي الواقع أن النظام العام سواء كان داخلياً أم دولياً لا يمكن إلا أن يكون وطنياً باعتبار أنه في الفرضين يعكس الأفكار الوطنية السائدة في دولة ما ، كما أن كلاهما يتحدد وفقاً لمعيار مستمد من المجتمع الداخلي ، وكلاهما يطبفه القاضي للمحافظة على نظامه القانوني الوطني⁵⁵¹. وبصورة عامة وكما هو معروف أن من واجب المحكم الوصول إلى حكم عادل بين أطراف النزاع ، وهذا الواجب يفرض عليه إقامة التوازن بين مراعاة مصالح أطراف النزاع من ناحية ووجوب مراعاة مصلحة المجتمع أو المجتمعات التي قد تتأثر بنتيجة الحكم من ناحية أخرى ، لذلك فيمكن ضبط التزام المحكم في ممارسة الواجب الأخير من خلال احترامه لقواعد النظام العام ، وصحيح أن المحكم يجب عليه احترام مبدأ سلطان الإرادة وبالتالي احترام تطبيق ما أختاره الأطراف من قواعد قانونية وفقاً لما يجدونه مناسباً لحكم نزاعهم ، لكن على الرغم من هذا فإن المحكم ليس ملزماً بالطاعة العمياء لإرادة الأطراف وذلك بتجنبه تطبيق القواعد القانونية التي اختاروها خاصة في الأحوال التي يجد فيها المحكم أن تطبيق تلك القواعد قد يؤدي إلى مخالفة المبادئ الأساسية للنظام العام في الدول التي يكون لها ارتباط وثيق بموضوع النزاع وبالنتيجة يمكن القول أنه على الرغم من أن المحكم لا يمارس وظيفة عامة مقارنة مع القاضي المحلي ، إلا أن التزامه بتزويد أطراف النزاع بحكم قابل للتنفيذ يلقي على عاتقه التزاماً بتحري صحة قراره وذلك من خلال مراعاته واحترامه لقواعد النظام العام للدول ذات الصلة الوثيقة بالنزاع⁵⁵². وبالرغم مما سبق ذكره، لكن من الصعب القول بأن على المحكم مراعاة تطبيق النظام العام لجميع الأنظمة القانونية ، لذلك فقيام المحكم بمراعاة النظام العام الدولي ولاسيما في منازعات التجارة الدولية سيوفر له آلية ملائمة لتجنب مشكلة تنازع قواعد النظام العام ويبرر ذلك عدة أسباب : أولاً يتمتع المحكم التجاري الدولي بفرصة أفضل من فرصة القاضي العادي من حيث فهمه لما تحتاج إليه عمليات التجارة الدولية ، وهذا السبب بالذات هو من الأسباب التي تدفع أطراف العلاقة التجارية الدولية لتفضيل اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض النزاعات ، ثانياً أن المحكم في عمليات التحكيم التجاري الدولي ، ليس مقيداً بقانون معين أو بنظام عام لدولة معينة ، ولا يتوقع من المحكم التجاري الدولي الالتزام بالنظام العام الداخلي الذي تشكل وفقاً لمعايير محلية ونظام قانون داخلي في دولة ما ، خاصة وأن هذه المعايير عادة ماتكون موضوعة لحكم العلاقات الداخلية في تلك الدولة ، وهو الاتجاه الذي أتبعته غرفة التجارة الدولية ففي نزاع بين طرف إيطالي وآخر بلجيكي ، وكان القانون الإيطالي هو الواجب التطبيق على النزاع ، رفض المحكم تطبيق القواعد الأمرة للقانون البلجيكي وذلك على أساس أنها غير ملزمة للمحكم في نزاع تجاري دولي⁵⁵³. فمثلاً نجد أن في منازعات التجارة الدولية مصدر الحل فيها هو الأعراف التجارية ، وليس القواعد القانونية لدولة معينة إلا عندما لا توجد أعراف تجارية –

551 النظام العام الدولي العربي حلم أم حقيقة أم خيال ، ص 35 .

552 د. حسام التلهواني ، مدى إلزام المحكم في مراعاة النظام العام في منازعات التجارة الدولية ، مجلة التحكيم ، العدد 3 ، 2009 ، ص 207 وما بعدها .

553 المصدر نفسه ، ص 218 وما بعدها .

بالقدر الذي يحتاجه فض النزاع لكل حالة على حده ، كما أن الدولة أو الأفراد أصلاً يوجد علاقات تجارية بينهما وبين الأطراف الأخرى ، وهذه العلاقات تحكمها إتفاقات ، فيها بنود وشروط معروفة لكل طرف ، ماله وما عليه ، و هيئة التحكيم ، تصدر حكمها وفقاً لما أتفق عليه الطرفين ، وفي حدوده فليس لها بعد صدور الحكم عليها بما تم الاتفاق عليه مسبقاً أن تدفع ببطلانه على أساس مخالفته للنظام العام الداخلي وأن تتخذ من النظام العام سلاح تهدد به نظام التحكيم⁵⁵⁴. لكن ما المقصود بقواعد النظام العام التي يجب على المحكم مراعاتها فهل يجب عليه مراعاة جميع القواعد التي تتعلق بالنظام العام ؟ أن المحكم ليس عليه التزام باحترام كافة قواعد النظام العام ، فهناك نوعان من قواعد النظام العام والتي سبق وإن أشرنا إليها وهي قواعد النظام العام المباشرة (order public direction) التي تحمي مصلحة عامة ولا يستطيع الخصوم التنازل عنها ، وقواعد النظام الحمائي (order public protection) وهي القواعد التي تحمي مصلحة خاصة ويمكن للخصوم أن يتنازلوا عنها ، فيستطيع المحكم سواء بالقانون أو بالصلح أن يستبعد القواعد المتعلقة بالنظام العام الحمائي ، إذا ثبت أن الخصم اكتسب الحق المحمي بقاعدة شخصية ، ففي هذه الحالة يحق للشخص أن يتنازل عن ذلك الحق وبالتالي يجوز للمحكم أن يأخذ أو يرفض الأخذ بهذا الحق ، على أساس أن الخصم اكتسب الحق ولم يستعمله ، فإنه يكون بذلك قد تنازل عن الحماية الممنوحة له بواسطة القانون ، أما بالنسبة لقواعد النظام العام المباشر والتي تقررت لمصلحة عامة فإن المحكم – سواء بالقانون أو بالصلح – لا يستطيع استبعادها حتى ولو تنازل الخصوم عنها ، وبالتالي يصبح حكم المحكم باطلاً لعدم مراعاة قواعد النظام العام المباشرة التي تضم مصلحة عامة ، ومن الأمثلة على قواعد النظام الحمائي التي يمكن للخصوم أن يتنازلوا عنها ولا تستطيع المحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها ، هي مبدأ المواجهة بين الخصوم وحيدة المحكم واستقلاله ، والمساواة بين الخصوم عند تشكيل هيئة التحكيم فكل ما هو مقرر لمصلحة الخصم يعتبر من النظام العام الحمائي التي يجب لكي تقضي المحكمة ببطلان الحكم الذي خالفها ، أن يتمسك الخصم بها⁵⁵⁵.

ومن الأمثلة على مخالفة قواعد النظام العام المباشرة ما نصت عليه المادة (254) من قانون المرافعات المدنية العراقي بأنه "لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح ... "فقد أوضحنا بالتفصيل شروط المحل وما يجوز ولا يجوز أن يكون محلاً للتحكيم فهذه أيضاً تعتبر من النظام العام المباشر الذي لا يجوز التنازل عنه ومخالفته كالتحكيم في المسؤولية الجنائية .. الخ مما سبق ذكره⁵⁵⁶. وفي نهاية الحديث عن النظام العام يذهب الباحث إلى تأييد رأي الدكتور معتز عفيفو هو نفس ما نأمل أن يقوم به المشرع العراقي ، حيث يرى الدكتور معتز عفيفي بأنه : "كان من الأجدر بالمشرع المصري أن يفرق بين النظام العام الداخلي والدولي وبالتالي يراعي قواعد النظام العام الداخلي إذا كان التحكيم داخلياً ، أما في حالة التحكيم الدولي الذي يجري في خارج مصر ولكن طبقاً للقانون المصري ، فعلى المحكم أن يراعي أحكام النظام العام الدولي ، أما في حالة التحكيم الدولي الذي يجري في مصر ، فعلى المحكم أن يراعي أحكام النظام العام الدولي والداخلي ، وإذا أصطدم النظام العام الداخلي بقاعدة من قواعد النظام العام الدولي فإنه يفضل في هذه الحالة تغليب قواعد النظام العام الداخلي على الدولي"⁵⁵⁷. ونضيف إلى ذلك بأنه كان من الأجدر بالمشرع العراقي أن يجعل هذه الفقرة (م273ف2) أكثر تفصيلاً ووضوحاً لتحديد مفهوم النظام العام الذي ينبغي على المحكم احترامه وإلا

⁵⁵⁴د. سعد سالم حمد مسلم ، إلغاء حكم المحكم ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2017 ، ص 95 .

⁵⁵⁵ نظام الطعن على حكم التحكيم ، المصدر السابق ، ص 733 .

⁵⁵⁶أنظر :نص المادة (254) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969.

⁵⁵⁷أنظر : رأي الدكتور معتز عفيفي ، مصدر سابق ، ص 732 وما بعدها .

تعرض حكمه التحكيمي المخالف للنظام العام للبطلان ، فكان من الأجدر به أن يحذو حذو المشرع الفرنسي بشأن التفرقة بين النظام العام الدولي والداخلي ، ولا سيما في مجال التجارة الدولية التي تتسم بالتطور المستمر والسرعة والمرونة ولهذه الأسباب يفضل اللجوء إلى التحكيم بشأن المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود المهمة والخطيرة والتي لا تتحمل بطبيعتها التعقيد والتأخير كما ذكرنا ، وهذا ما يبرر فائدة اللجوء إلى التحكيم من ناحية ، ومن ناحية أخرى ليس من المنطقي إلزام المحكم بجميع قواعد النظام العام الداخلية لجميع الدول التي تكون طرفاً في هذا النزاع كما أن المحكم من المستحيل أن يكون ملماً بجميع القوانين وما يعد مخالفاً للنظام العام في كل دولة وما لا يعد كذلك فهذا الأمر قد يكون صعباً أو بالأحرى مستحيلاً ويحتاج إلى وقت وجهد كبير وهو ما يخالف طبيعة التحكيم السهلة والمرنة ، ولكن هذا الكلام لا يعني تحرير المحكم من كل القواعد القانونية التي تتعلق بالنظام العام فهناك قواعد لا يجوز مخالفتها وتتفق عليها أغلب الدول ولا سيما في مسألة تحديد مسؤولية الجاني مثلاً وغيرها مما سبق توضيحه من المسائل التي تمس المصلحة العليا والأساسية للمجتمع والتي لا يمكن التغاضي عنها فهناك مصلحة أولى من مصلحة بالرعاية وبالتأكيد مراعاة نظام وأمن ومصلحة دولة بأكملها أولى من مراعاة مصالح خصمين قد لجأوا إلى التحكيم ، وقد سبق أن أوضحنا ما يجوز للمحكم مخالفته من هذه القواعد المتعلقة بالنظام العام وما لا يجوز مخالفتها منها. وبالنسبة للقانون المصري حيث يبدو أن عدم ذكر المشرع المصري للفظ "الدولي" إلى جانب النظام العام وبحسب رأي الدكتورة حفيفة السيد حداد يرجع إلى أن قانون التحكيم المصري الجديد لا يعالج فقط التحكيم التجاري الدولي ولكنه بسري على التحكيم الداخلي أيضاً دون تفرقة بين النصوص التي تخص كل من النوعين من أنواع التحكيم، ولعل هذه هي أبرز الانتقادات التي يمكن أن توجه لهذا القانون الذي كان حرى به أن يقرر لكل من النوعين من أنواع التحكيم ، القواعد الخاصة والذاتية به . وفي ضوء هذه الحقيقة فإنه يبدو من المفهوم عدم إقران المشرع المصري لفكرة النظام العام بلفظ الدولي⁵⁵⁸

ما الشق الثاني من هذه المادة وهي إذا تضمن القرار مخالفة لقواعد التحكيم المبينة في هذا القانون والمقصود بها هنا إجراءات التحكيم وفي حالة إذا ماتضمن قرار التحكيم مخالفة لقواعد إجراءات التحكيم ، فتنص المادة 265 /1 من قانون المرافعات العراقي على مايلي : " يجب على المحكمين إتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أ وأي اتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين منها صراحةً أو وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون" وقد نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه " إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح يُعفون من التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون إلا ما تعلق منها بالنظام العام "559. حيث أن حكم المحكمين لا يخرج عن أن يكون قضاءً بين الخصوم ، للفصل في النزاع المعروف عليهم ، لذلك فقد أوجب القانون عليهم إتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات ، أي إن على المحكمين أن يراعوا القواعد والأوضاع التي تقوم بها المحاكم العادية ، من مواعيد وتبليغات والاستماع إلى أقوال الخصوم ، وتكليفهم بتقديم أدلتهم خلال المواعيد المحددة لهم ، وغير ذلك من الإجراءات التي تتبعها المحاكم العادية في أصول المرافعات ، وأن يتولوا مجتمعين جميع إجراءات التحقيق موقفاً عليها من قبلهم (مرافعات م/265/وم 267) ، لكن مع ذلك يجوز للخصوم إعفاء المحكمين صراحةً من إتباع هذه الإجراءات سواء أجاز هذا الإعفاء في عقد التحكيم ، أو في أي اتفاق لاحق آخر ، أو كانوا رسموا للمحكمين

⁵⁵⁸ حفيفة السيد حداد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، بدون رقم ط، 1997، ص 206 .

⁵⁵⁹ أنظر المادة : 265/ف1/م2، من قانون المرافعات العراقي رقم 38 لسنة 1969 .

إجراءات معينة يسيرون عليها لحسم نزاعهم ، على أن لا تكون مخالفة للنظام العام والآداب ، أي أن المشرع ألزم المحكمين باتباع القواعد المدنية والتجارية ومانص عليه في باب التحكيم ، مالم يكن الخصوم قد فوضوا المحكمين بالصلح ورسوموا لهم إجراءات معينة فعندئذٍ ليس عليهم مراعاتها⁵⁶⁰. لذلك فالأصل أن يلتزم المحكمين كقاعدة عامة بقواعد قانون المرافعات من حيث استيفاء حقوق الطرفين في الادعاء والدفع ومناقشة كل مايطرح والرد عليه ، لكن يجوز باتفاق لاحق إعفاء المحكمين من تلك القواعد أو منع قواعد يسير عليها المحكمون والأمريسير في سياق تبسيط الإجراءات والبعد عن إجراءات التقاضي لإيجاد مجال أوسع في إنهاء إجراءات التحكيم في أقل وقت وجهد ونفقات دون أن يؤدي ذلك إلى الأخلال بحق الادعاء والدفاع والمناقشة التي يلزم احترامها تماماً ، فالمحكمين مثلاً في حالة إعفائهم من التقيد بإجراءات المرافعات ومن الالتزام بالقواعد الموضوعية ، لهم أن يرفضوا تطبيق قاعدة قانونية أو أن يحكموا بمقتضى قواعد العدالة ، وعلّة ذلك أن المحكمين المفوضين بالصلح يقومواختيارهم على أساس الثقة التي اعطيت لهم من أطراف التحكيم ، ويكون الصلح الذي أرادوه معتبراً ولا يجوز الطعن فيه إلا ما خالف قاعدة من قواعد التحكيم أو حكماً من أحكام النظام العام⁵⁶¹. لذلك فحق المحكمين في الصلح بعد الأخذ بالقواعد القانونية قاصر على القواعد غير الإلزامية ، أما القواعد المتعلقة بالنظام العام فهي تفرض عليهم ويتقيدون بها فلا يجوز لهم الشذوذ عن مبدئ المحاكمة الأساسية المتعلقة بحق الدفاع أو بتعليل الحكم لأنها متعلقة بالنظام العام كما أنهم مقيدون بنصوص عقد التحكيم وبسائر بنود هذا العقد⁵⁶² وقد نص قانون التحكيم المصري في المادة (39) ف (4) على أنه " يجوز لهيئة التحكيم – إذا إتفق طرفا التحكيم صراحةً على تفويضها بالصلح – أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون⁵⁶³.

ومن الجدير بالذكر أنه ينبغي على المحكمون إعلان الخصوم ووكلائهم بالحضور في المواعيد المقررة لعملهم وأن يمكنوا الخصوم من الإدلاء بأقوالهم وتقديم دفوعهم ، وأن يحددوا موعداً لتقديم لوائحهم ومالديهم من أوراق ومستندات ودفاتر ورسائل وغير ذلك من الأدلة ، كما لهم أن يستمعوا إلى شهادات الشهود ، وأن يستعينوا بأهل الخبرة ، وأن يقوموا بإجراء الكشف والمعاينة على المحل موضوع النزاع ، وغير ذلك مما يوفر للخصوم حق الدفاع عن حقوقهم ، وما يروونه لازماً للفصل في النزاع ، وتقتضيه طبيعته ، مالم يكونوا معفون من القيام به من قبل الخصوم صراحةً أو بنص القانون م (1/265) وم (266) من قانون المرافعات العراقي ، على أن يتولى المحكمون ذلك مجتمعين ، غير أن لهم أن يندبوا واحداً منهم لإجراءات معينة على أن يثبتوا ذلك في المحضر ، وفي جميع الأحوال يجب على المحكمين أن يفسحوا المجال كاملاً أمام للخصوم في الدفاع عن حقوقهم ، ذلك أن تمكين الطرفين من تقديم أدلتهم وأوجه دفاعهم ، حق لايجوز للمحكمين التفريط به ، أو التساهل فيه ، وقد جاء في قرار لمحكمة استئناف مصر (حق الدفاع حق مقدس وبخاصة في مسائل التحكيم)⁵⁶⁴. ويترتب على مخالفة إجراءات التحكيم ، بطلانها وبالتالي بطلان قرار التحكيم فهي تتعلق من ناحية بتشكيل هيئة التحكيم وتعيين المحكمين ومن ناحية أخرى بحق الدفاع ، ومثال ذلك أيضاً أن يتقيد المحكم بمسائل واقعية لم يثرها الخصم إطلاقاً واعتماد هيئة التحكيم في قرارها على المعلومات التي حصلت عليها بناءً على هذا الاجراء الباطل ، غير أن طبيعة التحكيم تقتضي عدم التوسع في مفهوم البطلان الذي

⁵⁶⁰ الوجيز في التحكيم ، ص 37 .

⁵⁶¹ الرقابة القضائية على قرارات المحكمين ، ص 44 .

⁵⁶² شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، ص487.

⁵⁶³ أنظر : نص المادة (39 ف4) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

⁵⁶⁴ الوجيز في التحكيم ، ص 38 .

يعيب الأجراء ويؤثر بالتالي في قرار التحكيم ، فلا ينبغي اعتبار قرار التحكيم باطلاً إلا إذا كانت المخالفة التي لحقت بالإجراء جوهرية تتعلق بعدم مراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي والمساس بحقوق الدفاع ومبدأ المواجهة بين الطرفين ومعاملة الخصوم على قدم المساواة بحيث تنعكس آثاره على كيان قرار التحكيم ولا تتحقق به الغاية المقصودة من الإجراء⁵⁶⁵. وإستناداً إلى هذا المعيار ، فإن إغفال القواعد والأحكام المتعلقة ، بشكل الحكم من ضرورة إشماله على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم إلى آخره ، لا يؤدي إلى إمكانية الطعن بالبطلان على حكم التحكيم الذي أهمل ذكر هذه البيانات ، إذا أن مخالفة هذه القواعد ليس من شأنه الإضرار بالأطراف المشاركة في التحكيم ولا المساس بمصالحهم بشكل مباشر. وعلى العكس من ذلك فإن عدم قيام هيئة التحكيم بالمداولة قبل إصدارها للحكم ، قد يكون سبباً لإمكانية الطعن عليه بالبطلان ، إذ أن إغفال إجراء المداولة يعتبر إنتهاكاً لحقوق الدفاع ولمبدأ المواجهة وللمصالح المباشرة للأطراف في الدعوى، ويجعل حكم التحكيم قابلاً للطعن عليه بالبطلان بسبب هذا العيب الذي لحق به ، إستناداً إلى نص المادة 53-1- من قانون التحكيم المصري⁵⁶⁶. لذلك فالتحكيم قضاء والمحكم قاضٍ ، وهيئة التحكيم محكمة، وقرار التحكيم قرار قضائي ، لذلك لا بد لمن يتولى أمر التحكيم أن يكون ملماً بإجراءات التحكيم على بساطتها ، فمن الضروري الإلمام بها سواء كان المحكم قانونياً أو من أصحاب المهن الأخرى، لأنه في الواقع العملي وأثناء الإجراءات يواجه المحكم أو المحكمون مسائل إجرائية يحتاج حسمها لمعرفة ودراية ، لأن تجاهلها كما ذكرنا أو حسمها بطريقة غير صحيحة قد يؤثر على عملية التحكيم برمته وبالتالي قد يكون سبباً للطعن بالبطلان وإلغاء قرار التحكيم⁵⁶⁷.

ومن ناحية أخرى فإن عدم الخبرة والمعرفة بالمجال موضوع النزاع يعد من عقبات التحكيم ، على سبيل المثال قد يختار المتنازعان في مجال عقود التشييد الهندسية محامياً أو محاسباً أو طبيباً لا خبرة له في المجال موضوع النزاع وبالتالي قد يجد صعوبة كبيرة في تفهم مايقدمه الطرفان من حجج وبراهين (مستندات أو شهود) ، وقد لا يسعه حتى إذا استعان بخبير في هذا المجال وبالتالي هذا القصور في الفهم قد يؤثر في صحة القرار الذي سيصدر في المستقبل⁵⁶⁸.

لذلك فخلاصة الكلام أن خروج المحكمين عن أسس الخصومة وقواعد التقاضي ينبغي أن تنظر إليه المحكمة المختصة بتصديق قرارهم بعين التمحيص والدقة والحذر فإذا وجدت أن المحكمين خالفوا قاعدة من قواعد النظام العام أو قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في قانون المرافعات ، أو أن خطأً جوهرياً شاب الإجراءات بما يؤثر في صحة القرار ، أو أنهم خرجوا عن حدود الاتفاق ، فإن لها أن تبطل قرارهم ، سواء تمسك أحد الخصوم بالبطلان لأحد الأسباب المتقدمة أو لم يفعل ، لأن للمحكمة هذه السلطة فتقضي بالبطلان من تلقاء نفسها وفق ما تقرره المادة 273 من قانون المرافعات ، ومن مفهوم المخالفة ، فإن للمحكمة أن تصادق على قرار المحكمين إذا كان الخطأ في الإجراءات ليس جوهرياً ، أو كان خروج المحكمين عن حدود الاتفاق لا يؤثر في صحة الإجراءات وأقترن برضا الخصوم⁵⁶⁹. أما الحالة الثالثة : للبطلان والتي نص عليها المشرع العراقي في الفقرة الثالثة من م (273) وهي " إذاتحقق سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها إعادة المحاكمة

⁵⁶⁵الرقابة القضائية على قرارات المحكمين ، ص 44.

⁵⁶⁶ الطعن الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، ص 202، وراجع في هذا المعنى نص المادة 53 ف1- ز من قانون التحكيم المصري التي تنص على بطلان حكم التحكيم "إذا وقع بطلان في حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم".

⁵⁶⁷التحكيم واجتهاد القضاء في القانون العراقي ، ص 75 .

⁵⁶⁸المصدر نفسه ، ص 76.

⁵⁶⁹مبادئ التحكيم ، ص 131 .

" : أجاز المشرع بموجب هذه الفقرة إقامة دعوى بطلان قرار التحكيم تأسيساً على أحد أسباب إعادة المحاكمة المنصوص عليها في المادة (196) من قانون المرافعات ، باعتبارها أنها تقوم أصلاً على الغش والمخالطة مما تفسد القرار ، ذلك أن الغش يؤثر على المحكمين فيتصورون الباطل صحيحاً ويصدر القرار بناءً على هذا التصور لصالح من ارتكب الغش ضد الآخر الذي يجهل أن هناك غشاً أو أنه كان يستحيل عليه أن يدحضها ويثبته ، والحالات المبحوث عنها في المادة (196) هي :

- 1- إذا وقع من الخصم الآخر غش في الدعوى كان من شأنه التأثير في الحكم
- 2- إذا حصل بعد الحكم إقرار كتابي بتزوير الأوراق التي أسس عليها أو قضى بتزويرها .
- 3- إذا كان الحكم بني على شهادة شاهد وحكم عليه بشهادة الزور.
- 4- إذا حصل طالب الإعادة بعد الحكم على أوراق منتجة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها .

فهذه الحالات جميعها أو منفردة صالحة للطعن ببطلان قرار التحكيم على وفق مانص عليه عند شرح المادة 196 من هذا القانون بما يتلائم وهذا القرار⁵⁷⁰. والسبب الأول من أسباب إعادة المحاكمة يتكلم عن الغش وهو كل عمل يقصد به خداع كاذب يقوم به الخصم ليخدع المحكمة فتعتقد الباطل صحيحاً وتصدر وتحكم بناءً على هذا الغش وأن ما يعد غشاً يترك لتقدير المحكمة ، وإن مجرد إنكار الخصم للدعوى لا يعد غشاً ، أما السبب الثاني فهو يتحدث عن التزوير ويقصد به تحريف مفتعل للحقيقة التي تتضمنها الأوراق التي قام عليها الحكم ، ولا يهيم أن يقع التزوير من قبل المحكوم له أو شخص ثالث ، وأن يكون هناك إقرار مكتوب أو حكم جزائي مكتسب درجة البتات قضى بتزوير هذه الأوراق ، أما السبب الثالث هو إذا كان الحكم صدر بصدد واقعة يجوز اثباتها بشهادة الشهود ، ثم أتضح بأن هذه الشهادة زور وكانت ذات أثر بين في صدور الحكم معرضاً للطعن فيه بطريق إعادة المحاكمة ، وعليه يستلزم للطعن بهذا السبب أن يثبت زور الشهادة بحكم قضائي فإذا أقر الشاهد خارج المحكمة بأنه شهد زوراً فهذا لا يكفي⁵⁷¹.

وأن يصدر الحكم على شهادة الزور بعد صدور الحكم واكتسابه درجة البتات ، وأن تكون الشهادة من الأمور المؤثرة التي قام عليها الحكم ، أما السبب الرابع وهو أن يخفي الخصم أوراقاً منتجة في الدعوى وذات أثر بين على الحكم فيها ويطلبها منه خصمه أثناء المرافعة فيدعي عدم وجودها بطريق الغش ، وأن يتمكن من الحصول على هذه الأوراق بعد المحاكمة واكتساب الحكم الصادر فيها درجة البتات ، مع الأخذ بنظر الاعتبار واستناداً إلى المادة 198 من قانون المرافعات إن مدة طلب إعادة المحاكمة خمسة عشر يوماً تبدأ من اليوم التالي لظهور الغش أو الإقرار بالتزوير أو ظهور الورقة التي حيل دون تقديمها⁵⁷².

وعلى هذا الأساس فقد جعل المشرع حالات إعادة المحاكمة هي نفسها حالات الطعن بالبطلان ، إلا أن المشرع العراقي قد حدد بنص المادة (198) موعداً لتقديم طلب إعادة المحاكمة ، أما دعوى البطلان فلا يوجد أي موعد لتحديد رفعها ، وبما أن هذه الدعوى هي من حق الخصوم فلا يسقط هذا الحق إلا بانقضاء الأجل المسقط للحقوق⁵⁷³.

⁵⁷⁰ عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، ص 486 .

⁵⁷¹ الرقابة على قرارات المحكمين في القانون العراقي ، ، ص 46 وما بعدها .

⁵⁷² المصدر نفسه ، ص 47.

⁵⁷³ أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، ص 268.

أما السبب الرابع والأخير للبطلان والذي نصت عليه المادة (273) في فقرتها الرابعة "إذا وقع خطأ جوهري في القرار أو في الإجراءات التي تؤثر على صحة القرار " :

كما لو أصدر المحكمون كل واحد قراراً على حدة ، أو كان القرار غير مسبب أو خالياً من التاريخ أو من توقيع المحكمين عملاً بأحكام المادتين (مرافعات 267 و270)⁵⁷⁴.

حيث تنص المادة (270) من هذا القانون على الإجراءات القانونية الواجب إتباعها عند إصدار قرار التحكيم وما يجب أن يشتمل عليه القرار ، فتتص هذه المادة على أنه "

أولاً: يصدر المحكمون قرارهم بالاتفاق أو بأكثرية الآراء بعد المداولة القانونية فيما بينهم مجتمعين وطبقاً لما هو مبين في هذا القانون ، ويجب كتابته بالطريقة التي يكتب بها الحكم الذي يصدر من المحكمة .

ثانياً: يجب أن يشتمل القرار بوجه خاص على ملخص اتفاق التحكيم وأقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب القرار ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره وتواقيع المحكمين⁵⁷⁵.

حيث يخضع حكم المحكم لقواعد موضوعية وشكلية خاصة ، وإذا لم يتعدد المحكمون ، فإن المحكم يصدر حكمه بغير مداولة بطبيعة الحال ، فمن المبادئ الأساسية أن يصدر الحكم ذات المحكم الذي كلف بالمهمة والذي سمع المرافعة ، وفي حدود سلطته ، فلا يملك أن يشرك غيره في المهمة أو المداولة لأن مهمته ذات طابع شخصي ، حتى إذا اتفق في التحكيم على تعيين خبير فلا يملك أن يشترك في الحكم وإنما يبدي الرأي في المهمة ويصدر حكم المحكمين أما باتفاق الآراء أو بأغليبتها وليس معنى أغلبية الآراء أن يصدر القرار من اثنين في غياب الثالث ، وإنما يلزم أن يشترك الجميع في المداولة التي تسبق إصدار الحكم وإذا تعددت آراء المحكمين بتعدددهم وجب على الفريق الأقل عدداً أن ينضم لأحد الرأيين الأكثر عدداً⁵⁷⁶.

وإذا تمسك كل برأيه وجب تطبيق القاعدة المقررة من أن الأحدث رأياً من القضاة عليه أمن ينضم لأحد الرأيين وقد جاء في الأسباب الموجبة لقانون المرافعات العراقي بأن (القانون أوضح طريقة إصدار القرار من المحكمين وجعله أسوة بالأحكام وأوجب الإشارة فيه إلى اتفاق التحكيم وشروطه حتى يراقب القضاء فيما بعد التزام المحكمين بهذا الاتفاق أو تجاوزه) وقد أوجبت المادة(270) كتابة حكم المحكم كما يكتب الحكم الذي يصدر من المحكمة وهذه قاعدة أساسية واجبة الاتباع ولو بالنسبة إلى التحكيم بالصلح بحيث يجب أن يشتمل الحكم بوجه خاص على صورة عقد التحكيم أو مشارطته وعلى ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب القرار ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره وتوقيعات المحكمين ، وإذا نقص واحد أو أكثر من المحكمين توقيع الحكم ذكر ذلك فيه ويكون الحكم مع ذلك صحيحاً إذا وقعت أغلبية المحكمين ، والنقص أو الخطأ في أسماء الخصوم وصفاتهم وكذلك عدم بيان أسماء المحكمين الذين أصدروا الحكم أيضاً يترتب عليه بطلان الحكم⁵⁷⁷.

لذلك فقد تطرقت هذه المادة إلى تسبب قرار الحكم وتاريخه والمكان الذي صدر فيه ويفهم مما تقدم أن حكم المحكم يعد بمثابة حكم قضائي بقوة القانون وبمقتضى أحكامه ، فقانون المرافعات هو الذي منحه هذا الوصف سواء في صدد تحريره وإصداره أو في صدد آثاره والظعن فيه وهو يعتد به كحكم لا كاتفاق ، وبناءً على

⁵⁷⁴الوجيز في التحكيم ، ص 52 .

⁵⁷⁵أنظر: نص المادة 270 من قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 .

⁵⁷⁶ شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، ص 475.

⁵⁷⁷ شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، ص 475.

ذلك يكون القرار النهائي لهيئة التحكيم بموجب المادة 270 مُتضمناً ما يأتي : (اتفاق التحكيم ، أسماء المحكمين وأطراف النزاع ، ملخص وافي لموضوع النزاع ، طلبات ودفع أطراف النزاع وأسباب قبول أو رفض أي طلب ، منطوق القرار وأسبابه وحيثياته ، تكاليف التحكيم وبيان الطرف الذي يتحملها أو نسبة توزيعها بين الأطراف ، تاريخ ومكان صدور القرار ، تواريخ المحكمين)⁵⁷⁸.

وهناك سؤال ضروري يمكن طرحه هنا هل تشمل الإجراءات التي يجب اتباعها من قبل المحكمين بموجب المادة 270 والتي ترتب البطلان عند مخالفتها الإجراءات العامة التي نص عليها قانون المرافعات في المادة 265؟ المقصود بالإجراءات بموجب هذه المادة هي ليست الإجراءات التي سبق وأن ذكرناها وهي الإجراءات الثانوية العامة التي تخص القرار القضائي بشكل عام والتي أشارت إليها المادة 265 التي تقضي بوجوب اتباع الإجراءات والأوضاع المقررة في قانون المرافعات فأن وقع خطأ جوهري في هذه الإجراءات لا يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم كما ذكرنا إذا تضمن اتفاق التحكيم إعفاء المحكمين من هذه الإجراءات صراحة أو إذا تضمن ذلك الاتفاق إجراءات معينة يسير عليها المحكمون ، وعليه فمن باب أولى فأن المحكمين المفوضين بالصلح لا يتقيدون بهذه الإجراءات التي نص عليها القانون وبالتالي فإن الاخلال بهذه الإجراءات لا يؤثر على صحة القرار التحكيمي ، أما بخصوص الإجراءات الأساسية الخاصة بإصدار القرار التحكيمي بموجب المادة (270) من قانون المرافعات فمن الواجب على المحكمين اتباعها حتى وإن كانوا مفوضين بالصلح ، وبالتالي فإن أي خطأ جوهري في تلك الإجراءات يؤثر على صحة القرار التحكيمي ويؤدي به إلى البطلان ومن الأمثلة على هذه الأخطاء الجوهرية عدم صدور القرار التحكيمي بالأكثرية إذا اختلفت الآراء أو صدر القرار بدون توقيع المحكمين وغيرها من الأخطاء التي تؤثر على صحة القرار التحكيمي⁵⁷⁹.

وفي النهاية وبعد مصادقة المحكمة على قرار المحكمين ، إذا ظهرت إشكالات عند تنفيذه كتفسير بعض العبارات التي بدت للدوائر التنفيذية إنها غامضة ، أو مبهمة ، فإن المحكمة المختصة هي التي تقوم بتفسيرها وإيضاحها لا المحكمون ، وللمحكمة بعد أن تبحث في قرار المحكمين وتدققه أما أن تصادق عليه إذا جاء موافقاً لقواعد التحكيم ، ولم تجد فيه مخالفة لقواعد النظام العام والآداب ، ولم يخرج عن حدود الاتفاق أو الخصوص الذي جرى التحكيم فيه ، وليس فيه خطأ جوهري في الإجراءات أو سبب من أسباب إعادة المحاكمة ، كما لها إن رأت أن فيه لبساً أو غموضاً – سواء أكان ذلك في الإجراءات ، أم في صلب المنطوق – أن تبطله كلاً أو قسماً أو أن تعيده إلى المحكمين لتوضيحه وجلائه ، أو لاستكمال نواقصه ، وإصلاح العيوب التي شابته ، كما ولها أيضاً إن وجدت أن الإجراءات التي قام بها المحكمون غير صحيحة ، وأن القضية صالحة للفصل فيها ، أن تطرح حكم المحكمين جانباً ، وتحكم في النزاع بنفسها وفقاً للقانون (مرافعات م 274)⁵⁸⁰.

وفي نهاية الكلام عن البطلان في القانون العراقي فأن وجود أي سبب من الأسباب التي سبق ذكرها ، يؤدي إلى بطلان القرار التحكيمي ، ويكون ذلك بطلب يقدمه أحد الخصوم عندما يطرح القرار التحكيمي على المحكمة المختصة للتصديق عليه ، وكذلك يمكن للمحكمة المختصة أيضاً أن تحكم ببطلان القرار التحكيمي من تلقاء نفسها ، على اعتبار أن طبيعة الطعن بالبطلان من النظام العام ويجوز للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها ، أما بالنسبة للمدة الزمنية لرفع دعوى البطلان فلم يحدد المشرع العراقي المدة الزمنية اللازمة لرفعها

⁵⁷⁸ التحكيم واجتهاد القضاء في القانون العراقي ، ص 54 .

⁵⁷⁹ أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، ص 270.

⁵⁸⁰ الوجيز في التحكيم ، ص 54 .

وإنما نص على جواز تمسك الخصوم ببطلان القرار التحكيمي عندما يطرح على المحكمة المختصة للتصديق عليه ، وبالتالي فإنه يجب على الخصم أن يطالب ببطلان القرار التحكيمي عندما يعرض على المحكمة المختصة لغرض التصديق عليه وإلا فلا يجوز له بعد ذلك أن يرفع هذه الدعوى ، لأن سكوته يعتبر تنازلاً ضمناً عن حقه في الطعن ، علماً أنه ليس هناك ما يمنع من أن ترفع دعوى البطلان قبل تقديم القرار للمصادقة عليه ، لأن مصلحة الخصم فيها محتملة⁵⁸¹.

ويتضح من خلال نص المادة (273) أن المشرع العراقي قد وسع المجال أمام الخصوم للطعن في قرار التحكيم ، فقد جاء في الفقرة (3) من هذه المادة كلاماً عاماً وكان من الاجدر به أن يحدد ويحصر الأسباب التي يجوز من اجلها إعادة المحاكمة ، لكي لا تتوسع المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ، والذي ينعكس بدوره على سرعة حسم الخصومة ، والتي يهدف أطراف التحكيم تحقيقها من خلال الالتجاء إلى التحكيم دون القضاء (3) إضافة إلى ذلك يرى الباحث بأن هناك خلط وتناقض كبير بين ما نصت عليه المادة 252 من قانون المرافعات المدنية العراقي وما نصت عليه المادة 273 ف1 من نفس القانون حيث تنص المادة 252 بأن الكتابة وسيلة للأثبات وليست ركن يترتب عليه البطلان بينما تنص المادة 273 في فقرتها الأولى على البطلان في حالة عدم وجود هذا الاتفاق أي عدم كتابته ، وقد لاحظ الباحث هذا التناقض في شأن هاتين المادتين أيضاً من خلال آراء المؤلفين والأساتذة ، فالأستاذ أسعد فاضل منديل يرى بأن الكتابة وسيلة للأثبات فقط وليست ركن وهذا ما ذهب إليه أيضاً القاضي عبد الرحمن العلام ، بينما ذهب الأستاذ المحامي حسين المؤمن بأنها ركن يترتب عليه البطلان وليس فقط وسيلة للأثبات وهو ما ذهب إليه نبيل عبد الرحمن حياوي ، ومن خلال إطلاع الباحث على هذه الآراء ونص المادتين المذكورتين آنفاً نجد بأنه هناك تناقضيين ما تنص عليه المادة (252) والتي لم تنص لا صراحةً ولا ضمناً على بطلان اتفاق التحكيم في حالة تخلف شرط أو ركن الكتابة ، بينما عاد المشرع لينص صراحةً على البطلان في حالة عدم وجود هذا الاتفاق وكتابته في المادة (273) ، وهذا مما يسبب الخلط للباحث أو القارئ بشأن مفهوم الكتابة الوارد في قانون المرافعات المدنية العراقية هل هي ركن أم وسيلة للأثبات ؟ ويرى الباحث بأنه من الضروري جداً أن تكون الكتابة ركن أساسي في اتفاق التحكيم لما ينطوي عليه هذا الاتفاق من خطورة تتمثل في الاستغناء عن حق التقاضي الذي يكفله القانون لكل شخص واللجوء إلى التحكيم بدلاً منه لذلك فلا بد من وجود دليل قاطع عليه لا مجال للشك فيه ألا وهو الكتابة حصراً لكي تكون ركناً يترتب عليه البطلان وليس فقط وسيلة للأثبات .

2.1.2.2. البطلان وفقاً للاتفاقيات الدولية

1- اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 :

أبرمت اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية النزاعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى في 18 مارس عام 1965 وتهدف هذه الاتفاقية إلى تيسير منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لتشجيع الاستثمارات الأجنبية وذلك من خلال تأمين وسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه الاستثمارات بطرق التوفيق والتحكيم ، وقد أنشأ لهذا الغرض المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والذي يتميز باعتماد أسلوب المراجعة الداخلية لحكم التحكيم ، وأهم ما يميز أحكام التحكيم الصادرة في إطاره

⁵⁸¹ أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، المصدر السابق ، ص 271.

هو الأسلوب الذي استحدثته الاتفاقية بإعطاء أحكامه قوة النفاذ المباشر، والمقصود من النفاذ المباشر أن أحكام التحكيم الصادرة من المركز هي أحكام نهائية ولا يمكن استئنافها وقابلة للتنفيذ في أقاليم الدول المتعاقدة ولا تخضع لإشراف المحاكم الداخلية للدولة⁵⁸². لذلك يعتبر حكم التحكيم طبقاً لاتفاقية واشنطن ملزماً للطرفين ولا يجوز التحلل منه (م1/53) إلا عن طريق التقدم بطلب إلى السكرتير العام لمركز التحكيم بواشنطن لإلغاء الحكم لأحد الأسباب التي نصت عليها المادة (52) من الاتفاقية وهذه الحالات أو الأسباب طبقاً للمادة (52):
إولاً: الخطأ في تشكيل محكمة التحكيم ، ويتسع هذا السبب للخطأ في تشكيل المحكمة على وجه مخالف لنصوص الاتفاقية أو للاتفاق .

ثانياً: أستعمال محكمة التحكيم سلطة زائدة عن اختصاصها ، ويتسع هذا السبب لاستبعاد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع أو فصل في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق .

ثالثاً: عدم صلاحية عضو من أعضاء محكمة التحكيم سواء لرده أو عزله ، والواقع أن هذا السبب يندرج في عموم السبب الأول الذي يتعلق بالخطأ في تشكيل المحكمة .

رابعاً: الإهمال الخطير لإجراء أساسي من الإجراءات ، ويتسع هذا السبب للإخلال بحق الدفاع أياً كانت صورته وسببه⁵⁸³.

خامساً: فشل المحكمة في ذكر الأسباب التي بني عليها الحكم ، ويتسع هذا السبب لحالة عدم ذكر الأسباب ، أو ذكرها على نحو غي كافي ، أو تعارضها مع بعضها أو مع المنطوق إلى غير ذلك من عيوب التسبيب ، كما يشمل أيضاً الخطأ في تطبيق القانون . ومع ذلك فإن هذه الأسباب لا تتسع لكل عوار يمكن أن يلحق بحكم التحكيم كما إذا كان الاتفاق على التحكيم باطلاً ، أو قابلاً للإبطال، وكذلك لا تتسع هذه الأسباب للأحوال التي يقع فيها البطلان في حكم التحكيم ذاته ، إذ اقتصرت الاتفاقية على التصدي فقط للإهمال الخطير لإجراءات التحكيم ، والأهم من ذلك صممت الاتفاقية تماماً عن إمكانية الطعن في حكم التحكيم بالبطلان على أساس مخالفته للنظام العام⁵⁸⁴.

ولتوضيح أكثر لهذه الأسباب المذكورة سابقاً فبالنسبة للسبب الأول الذي يتعلق بعدم صحة تشكيل هيئة التحكيم، فيجب أن يتم تشكيل هيئة التحكيم على وجه صحيح غير مخالف للشروط التي تطلبها اتفاقية واشنطن في تشكيل هيئة التحكيم ، فإذا كان تشكيل هيئة التحكيم غير صحيح كان لك سبباً من أسباب بطلان حكم التحكيم أما بالنسبة للسبب الثاني وهو تجاوز هيئة التحكيم لنطاق الاختصاص فالمقصود هنا استعمال هيئة التحكيم سلطة زائدة عن اختصاصها ، كأن تقوم بالفصل في مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم ، أو أن تغفل عن الفصل في بعض المسائل الواردة في اتفاق التحكيم ، أو عدم تطبيق هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم أما السبب الثالث وهو عدم صلاحية عضو من أعضاء هيئة التحكيم أي إذا كان أحد أعضاء هيئة التحكيم غير صالح لنظر موضوع التحكيم وذلك إذا توافرت فيه شروط عدم الصلاحية⁵⁸⁵.

⁵⁸²د.وثام نجاح إبراهيم السيد تعليب ، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون رقم طبعة ، 2015 ، ص 62.

⁵⁸³ الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 ، ص 384.

⁵⁸⁴ المصدر نفسه ، ص 385 .

⁵⁸⁵ النفاذ الدولي لأحكام التحكيم ، ص 231.

حيث تنص المادة (37) فقرة 2/أ من الاتفاقية على أنه تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو عدد فردي من المحكمين الذين يعينون باتفاق الطرفين ، ب/ في حالة عدم اتفاق الطرفين على عدد المحكمين وطريقة تعيينهم تشكل المحكمة من ثلاثة محكمين يقوم كل طرف بتعيين محكم واحد أما المحكم الثالث وهو رئيس المحكمة فيتم تعيينه بموافقة الطرفين و وفقاً للمادة 38، .. ولا يجوز أن يكون المحكمين المعينين من قبل الرئيس طبقاً لنصوص هذه المادة أن يكونوا من بين رعايا الدول المتعاقدة التي تشكل طرفاً في النزاع أو أن يكون من الدول المتعاقدة التي يكون أحد رعاياها طرفاً في النزاع⁵⁸⁶ أما السبب الرابع الذي يتعلق بإهمال خطير لإجراء أساسي من إجراءات المحكمة ويعد هذا السبب من أسباب البطلان معبراً عن وجهة نظر واضعي المعاهدة من أن البطلان يعد مجرد إجراء استثنائي إذ يتطلب التمسك بهذا السبب تحقق قيدان الأول أن تكون قاعدة الإجراءات التي تمت مخالفتها قاعدة أساسية وأن يكون الإهمال الذي تعلق بها على درجة من الخطورة والمقصود بالقواعد الأساسية للإجراءات هو المبادئ التي يطلق عليها مبادئ العدالة الطبيعية مثل ضرورة سماع وجهات نظر كل من الطرفين واحترام مبدأ المواجهة ، أما سبب البطلان الذي يستند إلى فشل المحكمة في ذكر الأسباب التي بني عليها الحكم فبالرجوع إلى الوثائق الخاصة بإعداد المعاهدة فإن هذا السبب كان ينظر إليه على أنه بمثابة انتهاك خطير لقاعدة أساسية من قواعد الإجراءات إلا أنه أصبح فيما بعد سبباً مستقلاً من أسباب البطلان ، فهناك ارتباطاً ضرورياً بين التزام المحكمة بذكر الأسباب والجزاء الذي يوقع عند فشلها في الوفاء بهذا الالتزام والمادة الرابعة من الفصل السابع من المشروع التمهيدي للمعاهدة كانت تتطلب أن يذكر الحكم الأسباب التي بني عليها والمادة الرابعة من الفصل كانت ترجع الفشل في ذكر الأسباب التي بني عليها الحكم من بين الأسباب التي يمكن الطعن في صحة الحكم لسبب يحكمها⁵⁸⁷.

2- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي :

في 1961/4/21 أبرمت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي بمجهودات منظمة الأمم المتحدة والتي صدقت عليها 29 دولة أوروبية والقصد من هذه الاتفاقية إيجاد تحكيم دولي على المستوى الأوروبي في شأن منازعات التجارة الدولية فيما بين أطراف يقيمون أو تتركز أعمالهم في دول مختلفة من الدول الموقعة ، وقد خصصت هذه الاتفاقية لوضع قواعد الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وأشارت إلى ذلك في المادة التاسعة منها حيث حظرت على الدول المتعاقدة الامتناع عن الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي على سند صدور حكم ببطلانه في دولة متعاقدة أخرى إلا إذا توافر شرطان لعدم الاعتراف والتنفيذ هما 1- أن تكون الدولة التي صدر فيها الحكم ببطلان حكم التحكيم إحدى الدول المتعاقدة في الاتفاقية الأوروبية سالف الذكر ، وأن تكون هذه الدولة المتعاقدة هي التي صدر فيها حكم التحكيم أو الدولة التي صدر الحكم وفقاً لقانونها 2- أن يكون بطلان الحكم مؤسساً على أحد الحالات المحددة على سبيل الحصر⁵⁸⁸.

وهذه الحالات هي أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً وفقاً لأحكام القانون الذي أتفق الأطراف على تطبيقه أو أحكام قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم أو إذا كان أحد طرفي التحكيم وقت إبرامه عقد التحكيم فاقد الأهلية أو ناقصها ، وفقاً للقانون الذي يحكم الأهلية . ب- إذا لم يبلغ الطرف الذي يطلب

⁵⁸⁶ انظر نص المادتين 37 و38 من اتفاقية واشنطن على الموقع الإلكتروني

Washington-agreement <www.aifa-eg.com>، تاريخ الزيارة 8-4-2019

⁵⁸⁷ الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، ص 273 .

⁵⁸⁸ الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، ص 324 .

الإبطال تبليغاً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم ، أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه . ج- عندما يتم الفصل في مسائل لم يشملها اتفاق التحكيم ، أو تم تجاوز هذا الاتفاق ، أما إذا كان الحكم يقبل التجزئة فإن البطلان لا يشمل المسائل التي تدخل في نطاق الإتفاقد- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم خلافاً لما اتفق عليه الأطراف ، أو خلافاً للأحكام المنصوص عليها في المادة الرابعة ن هذه الاتفاقية ، وقد حددت هذه الاتفاقية المرجع الذي يختص بالإبطال وهو 1- القاضي الوطني في البلد الذي صدر حكم التحكيم فيه ، 2-القاضي الذي صدر حكم التحكيم بموجب قانونه الوطني⁵⁸⁹.

وبناءً على ما تقدم فإن المادة التاسعة من الإتفاقية أخذت بنظر الإعتبار الأسباب التي أوردتها إتفاقية نيويورك في الفقرة الأولى (هـ) من المادة الخامسة منها والخاصة بالأسباب التي يجوز فيها عدم الإعتراف وعدم تنفيذ قرار التحكيم التي سوف نتطرق لها بالتفصيل فيما بعد ، ورغم تسمية الإتفاقية بالأوروبية فلا يوجد فيها نص يحصر الإنضمام إليها في الدول الأوروبية ، فقد كان الغرض من هذه الاتفاقية هو تشجيع التجارة بين دول غرب ودول شرق أوروبا ولكن لم تعد هذه الاتفاقية لأوروبا فقط فقد صادقت عليها كل من كوبا وفولتا العليا أما بالنسبة للمادة الرابعة ، المذكورة آنفاً فقد نصت على الحرية الواسعة التي يتمتع بها الأطراف في تنظيم عملية التحكيم بما في ذلك إختيار المحكمين وإختيار نوع التحكيم (خاص أو مؤسسي) وكذلك إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وقانون الإجراءات الواجب إتباعه في سير عملية التحكيم وكذلك تعيين مكان التحكيم كما عالجت الاتفاقية كيفية تعيين المحكم في حالة عدم الاتفاق على تعيينه ، والخلاصة أن المادة الرابعة قد جاءت بنصوص تنظيمية لعملية التحكيم ووضعت حلولاً للمشاكل التي قد تنجم في حالة عدم إتفاق الطرفين على أمر من أمور التحكيم⁵⁹⁰.

3- بروتوكول جنيف المتعلق بشروط التحكيم (جنيف 1923/9/24) وإتفاقية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (جنيف 1927):

أقرت عصبة الأمم بروتوكول جنيف في 1923 /9/24 وصدقت عليه 53 دولة ويتميز هذا البروتوكول بالإعتراف بمبدأ سلطان الإرادة في شأن تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ، وتتعهد الدول المتعاقدة فيه بتنفيذ أحكام التحكيم طالما تم هذا التحكيم بناءً على إتفاق تحكيم⁵⁹¹ وقد صادق العراق عليه بموجب القانون رقم (34) لسنة 1928 ، ولم يحتوي هذا البروتوكول إلا على ثمانية مواد فقط ، غير أن عصبة الأمم لم تكتفِ بما أعدته من قواعد في بروتوكول جنيف 1923 فقد وجدت أن الحاجة تقتضي إلى إيجاد قواعد مكملة للبروتوكول المذكور وعلى هذا الأساس أقرت في جنيف في 26 أيلول 1927 إتفاقية لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، وتتألف هذه الإتفاقية من إحدى عشرة مادة وقد نصت المادة السادسة منها على أن " هذه الإتفاقية لا تطبق إلا على أحكام التحكيم الصادرة بعد نفاذ البوتوكول المتعلق بشروط التحكيم (جنيف 1923) ، وقد نصت المادة الثانية من هذه الإتفاقية على الحالات التي يمكن فيها للقاضي أن يرفض تنفيذ حكم التحكيم وهذه الحالات هي : أ- أن قرار التحكيم كان قد أبطل في البلد الذي صدر فيه ، ب- إذا كان الطرف الذي صدر حكم التحكيم ضده لم يعلم في الوقت الملائم بإجراءات التحكيم بحيث يستطيع أن يقدم دفاعه ، أو إذا لم يكن متمتعاً بالأهلية اللازمة ، أو أنه لم يكن ممثلاً بشكل أصولي ، ج- إذا كان حكم التحكيم لا يشمل

⁵⁸⁹ التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني ، ص 153.

⁵⁹⁰ التحكيم التجاري الدولي ، ص 53.

⁵⁹¹ الأساس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، المصدر نفسه ، ص 323.

الخلاف المشار إليه في مشاركة التحكيم أو في شرط التحكيم أو أن الحكم يتضمن قرارات تخرج عن ما يتضمنه شرط التحكيم . ومن الجدير بالذكر العراق كان قد صادق على بروتوكول جنيف لعام 1923 إلا أنه لم يصادق على الاتفاقية المذكورة أعلاه ، وأن عدد الدول التي أنضمت إلى هذه الاتفاقية هي 24 دولة فقط⁵⁹².

4- اتفاقية نيويورك لعام 1958:

وتسمى باتفاقية نيويورك للتحكيم أو ماتسمى رسمياً باتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها ، وقد جرى توقيعها إثر مؤتمر الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي المنعقد بمدينة نيويورك في الفترة الواقعة بين 5/20 و 6/10 وكانت الحاجة لوجود إتفاقية لتنظيم الأحكام الأجنبية قد ظهرت بعد ، تأسيس غرفة التجارة الدولية في باريس عام 1919 ، والتي بدورها وضعت نظاماً خاصاً بها لحل المنازعات التجارية عن طريق التحكيم ، وقد حددت المادة الخامسة من إتفاقية نيويورك الحالات التي يمكن إذا توافرت إحداها – أن تقوم المحكمة – الناظرة بطلب الاعتراف بحكم التحكيم وإنفاذه – برفض الاعتراف بالحكم من تلقاء نفسها ومن دون الحاجة لطلب ذلك من قبل الطرف المعارض للإنفاذ فقد نصت الفقرة 2 من م 5 من الإتفاقية على أنه " يجوز كذلك رفض الاعتراف بقرارات التحكيم ورفض تنفيذها إذا تبين للسلطة المختصة في البلد الذي يطلب منه الاعتراف بالقرار وتنفيذه أ- أنه لا يمكن تسوية موضوع النزاع بالتحكيم طبقاً لقانون ذلك البلد أو: ب – أن الاعتراف بالقرار أو تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لذلك البلد⁵⁹³.

والحالات التي يجوز فيها للمحكمة المرفوع إليها الدعوى بموجب هذه الاتفاقية أن تقضي من تلقاء نفسها أو بناءً على دفع من المدعي عليه ، برفض الاعتراف أو أمر التنفيذ هي:

أولاً: إذا كان الحكم صادراً في مسألة لا يجوز فيها التحكيم وفقاً لقانون الدولة المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم حيث نصت المادة 2/5/أ على أنه " يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها " (أ) أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم ، ويلاحظ أن الأحكام القضائية في هذا المجال قد ساهمت في تفسير هذه الفقرة من اتفاقية نيويورك وقد رفض القضاء تنفيذ العديد من أحكام التحكيم الدولية بسبب كونه قد وقع على موضوع لا يمكن إخضاعه للتحكيم طبقاً لأحكام قانون بلد القاضي المراد تنفيذ الحكم فيه⁵⁹⁴. فكما هو معروف أن الأنظمة القانونية تختلف في موقفها من التحكيم كوسيلة لحل النزاعات ، فهناك الأنظمة الصديقة للتحكيم التي تقبل اللجوء إلى التحكيم في جميع المنازعات كأصل عام ، وهناك الأنظمة المناهضة للتحكيم التي تحصر إمكانية اللجوء للتحكيم في أضيق الحدود ، ولذلك وحيث أنه لا يوجد قاعدة موضوعية موحدة تحدد النزاعات التي يجوز فيها التحكيم ، جاءت هذه الفقرة لتترك للمحكمة الناظرة بطلب الإنفاذ أن تتعامل مع هذه المسألة وفق قانونها المحلي ، وأن المعيار الذي جاءت به هذه الفقرة هو أنها أعطت لقانون البلد المطلوب الإنفاذ فيه حقاً حصرياً في تحديد ماهية المواضيع التي لا تقبل التسوية عن طريق التحكيم ، فالمحكمة الناظرة بطلب الاعتراف ستقوم بتطبيق القواعد الإلزامية في قانونها المحلي لا قانون مكان التحكيم ، وعندما تجد – المحكمة وفق

⁵⁹² التحكيم التجاري الدولي ، ص 32 وما بعدها .

⁵⁹³ أنظر: د. سامي محمد خالد الشمعة ، إتفاقية نيويورك للاعتراف بالأحكام الأجنبية وإنفاذها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دار النهضة العلمية ، دبي ، 2018 ، ص 15 وما بعدها .

⁵⁹⁴ النفاذ الدولي لأحكام التحكيم ، ص 58 .

مفهومها القانوني الخاص – عائقاً قانونياً يحول دون تسوية موضوع النزاع عن طريق التحكيم كأن يكون موضوع النزاع لا يتم تسويته إلا أمام المحاكم فإنه يمكن لها أن ترفض الاعتراف بحكم التحكيم ، على أن هذه الفقرة لا تشمل الحالة التي يكون فيها حكم التحكيم قد صدر في نزاع لم يتفق الأطراف على حله عن طريق التحكيم⁵⁹⁵.

ثانياً: إذا كان حكم التحكيم يتضمن ما يخالف النظام العام :لقد نصت المادة الخامسة /2/ب من اتفاقية نيويورك على جواز رفض الاعتراف أو التنفيذ إذا تبين " أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد " ، والمقصود بالنظام العام هنا النظام العام الوطني وليس الدولي ، وفي هذا الصدد ، ينص القانون الفرنسي (م1498مرافعات) على تطلب أن يكون مخالفاً بوضوح *manifestement* للنظام العام الدولي ، وفي ضوء هذا النص يذهب الفقه الفرنسي إلى أن المقصود وفقاً للمادة 2/5/ب من اتفاقية نيويورك بمخالفة " النظام العام في هذا البلد " النظام العام الدولي وليس النظام العام في فرنسا ، فالقاضي الفرنسي لا ينظر عند الامر بتنفيذ حكم أجنبي إلى النظام العام الداخلي ولا إلى النظام العام الدولي بصفة مجردة ، وإنما إلى النظام العام الدولي في فرنسا ، لا وهو ما يذهب إليه بعض الفقه المصري الذي يرى الامر بتنفيذ حكم التحكيم الدولي مادام لم يخالف النظام العام الدولي ولو كان مخالفاً للنظام العام الداخلي في مصر ويعطى كأمثلة لهذا الاختلاف أن حجية الامر المقضي به تعتبر من النظام العام في مصر ولكنها ليست من النظام العام الدولي ، كما أن ضرورة تسبيب الحكم تعتبر من النظام العام في بعض الدول ولا تعتبر كذلك في دول أخرى كمصر مثلاً⁵⁹⁶.

ويعتبر مخالفاً للنظام العام الدولي الحكم الصادر بناءً على غش والحكم الذي يخالف الضمانات الأساسية في التقاضي كمخالفة كمبدأ المواجهة أو حقوق الدفاع ، وتطبيقاً لهذا تم رفض الامر بتنفيذ حكم أجنبي صادر صدر مبنياً على مستندات لم ترسل إلى أحد الأطراف أو من هيئة لم تبين لأحد الأطراف أسماء المحكمين و صدر مبنياً على شهادة شاهد انتزعت شهادته بالقوة⁵⁹⁷.

ويلاحظ البعض أن هناك توافقاً شبه تام بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي ، فالقيم الخلقية والاجتماعية والسياسية في المجتمعات المتحضرة ، أيأ كانت ديانتها أو نظامها السياسي هي قيم واحدة ، وهو ما دعا البعض إلى أن يطلق على النظام العام الدولي ، النظام العام عبر الأوطان ، ويجب أن تفسر فكرة النظام العام المانعة لتنفيذ حكم تحكيم أجنبي تفسيراً ضيقاً ، كما يجب ملاحظة التفرقة بين النظام العام والقواعد الأمرة ، كمثل على ذلك فإن حكم التحكيم الأجنبي يؤمر بتنفيذه في مصر حتى وإن كان مخالفاً لقاعدة أمرة في القانون المصري مادام لم يخالف النظام العام في مصر ، فقد ذكرنا سابقاً بأنه ليست كل قاعدة أمرة من النظام العام⁵⁹⁸.

ونتساءل عن مدى إمكانية تنفيذ الحكم الذي يتضمن ما يخالف النظام العام في جزء منه دون بقية الأجزاء الأخرى ؟ لقد تصدى لهذا التساؤل بعض الفقهاء مقررراً أنه بالرغم من أن الإتفاقية لم تورد إمكانية ذلك صراحة ، كما فعلت بشأن حال خروج التحكيم عن الإتفاق ، فإنه يرى جواز ذلك طالما أمكن فصل الجزء المخالف للنظام العام عن باقي الحكم كما هو الحال في تجاوز حدود الفوائد القانونية عن في العقود

595 اتفاقية نيويورك للاعتراف بالأحكام الأجنبية وإنفاذها ، ص 223 .

596 قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص515.

597 المصدر نفسه ، ص 515.

598 التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية والدولية ، ص 648.

التجارية⁵⁹⁹. هذه كانت الحالات التي يجوز فيها للمحكمة المختصة من تلقاء نفسها أن تحكم برفض الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي أما بالنسبة للحالات الأخرى التي نصت عليها هذه المادة نفسها في فقرتها الأولى التي نصت على أنه "لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناءً على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليه الاعتراف والتنفيذ الدليل على⁶⁰⁰:

- أ- عدم أهلية أطراف التحكيم طبقاً للقانون الواجب التطبيق أو عدم صحة اتفاق التحكيم طبقاً للقانون الذي اختاره أطراف النزاع، أو في حالة عدم الاتفاق على ذلك طبقاً لقانون مكان صدور القرار التحكيمي.
- ب- أن الطرف الذي صدر ضده القرار لم يكن يعلم بشكل صحيح بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب أو لآخر أن يقدم دفاعه .
- ت- أن القرار قد أنصب على نزاع لم يرد في مشاركة التحكيم أو في شرط التحكيم ، إلا أنه إذا كان القرار يتضمن فقرات تتعلق بالمسائل الخاضعة للتحكيم ويمكن فصلها عن المسائل التي لا تخضع للتحكيم عندئذ يمكن الاعتراف وتنفيذ الفقرات الأولى .
- ث- أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم لا تتطابق مع ما أتفق عليه الأطراف أو لم تكن كذلك في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق بين الأطراف مع قانون البلد الذي جرى فيه التحكيم على ذلك مع قانون البلد الذي جرى فيه التحكيم .
- ج- أن القرار لم يصبح ملزماً للأطراف أو أنه قد ألغي أو أوقف العمل به من قبل السلطة المختصة طبقاً لقانون البلد الذي صدر القرار بموجبه⁶⁰¹.

وبالنسبة للحالة الأولى والتي نصت عليها الفقرة (أ) وهي بطلان الاتفاق على التحكيم فللمدعي عليه في طلب الأمر بالتنفيذ أن يدفع الدعوى بأن يتمسك بأن اتفاق التحكيم الذي صدر الحكم بناءً عليه -باطل أو قابل للإبطال سواء كان هذا الاتفاق شرطاً أو مشاركة ، كما يستوي أي سبب للإبطال أو البطلان سواء تعلق بالأهلية أو بإعلان الإرادة أو بعيوبها ، ولا يقدر توافر الإبطال أو البطلان بالنظر إلى قانون القاضي الذي يطلب منه الأمر بالتنفيذ ، ولكن وفقاً للقانون الذي أخضع له الأطراف اتفاق التحكيم أو - عند عدم إخضاعه بإرادة الأطراف لقانون معين - وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم ، ويستثنى من هذا عيب انعدام أهلية أحد الطرفين أو نقصه إذ ينظر بالنسبة له إلى قانون الشخص الذي يوجد عيب في أهليته باعتباره القانون الواجب التطبيق على الأهلية ، وتتوافر هذه الحالة أيضاً إذا لم يوجد اتفاق على التحكيم ، وتثور مسألة عدم وجود اتفاق تحكيم في حالة ما إذا تمسك المدعى عليه في طلب الأمر بالتنفيذ بأنه ليس طرفاً في اتفاق التحكيم الذي يستند إليه الطالب ، أو يتمسك بأن هذا الاتفاق ليس اتفاقاً على التحكيم وإنما هو مجرد مشروع اتفاق لم يكتمل أو مجرد عقد له تكييف قانوني آخر⁶⁰².

كما تتوافر هذه الحالة إذا كان الطرفان قد اتفقا على فسخ اتفاق التحكيم وذلك مع ملاحظة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه ، أخيراً فإن هذه الحالة تتوافر أيضاً إذا كان اتفاق التحكيم قد سقط بانتهاء مدته ويلاحظ أن التجاوز عن حدود الاتفاق أو عدم وجود اتفاق أو فسخه أو سقوطه يجب أن يكون

⁵⁹⁹. عاشور مبروك ، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط3 ، 2006 ، ص 290 .

⁶⁰⁰ الطعن بالإبطال على أحكام التحكيم ، ص 248.

⁶⁰¹ التحكيم التجاري الدولي ، ص 388.

⁶⁰² التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، ص 638.

واضحاً للقاضي من ظاهر الأوراق المقدمة له حتى يقضي برفض إصدار الأمر بالتنفيذ ، أما الحالة الثانية التي نصت عليها الفقرة (ب) وهي عندما يكون الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم وبإجراءات التحكيم ، هذا الدفع يتعلق بانتهاك الحق في الدفاع أيّاً كانت صورته ، مادام قد أستحال على المحكوم عليه بحكم التحكيم أن يقدم دفاعه أمام هيئة التحكيم على أنه يجب أن تكون هذه الاستحالة راجعة إلى عيب إجرائي وليس إلى ظرف خاص بالمحكوم عليه أو إلى إهماله⁶⁰³.

وفي الحقيقة هذا النص ليس بحاجة إلى تبرير ، فاحترام حقوق الدفاع مطلب أساسي في مجال إجراءات التحكيم ، حيث من الواجب بل من الطبيعي ، السماح لكل الأطراف بالتعبير بكامل حريتهم عن أوجه دفاعهم ، ومن ثم ينبغي على هيئة التحكيم توفير ذلك لجميع الخصوم ، وحقوق الدفاع كثيرة لا حصر لها ، ولكن يمكن أن نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر (تكليف المدعي بالحضور – المرافعة الحضورية – تبادل المستندات – توفير مكنة الإثبات – سماع الأطراف أو الشهود – تحديد مدد كافية لتبادل المذكرات – الإخطار بمواعيد عقد الجلسات – تبليغ الخصوم باسم المحكم الذي عينه الطرف الآخر أو عينته هيئة التحكيم ... وغير ذلك من الحقوق التي ينبغي على هيئة التحكيم أن تكفلها لجميع الأطراف المتنازعة) ، وبناءً على ذلك إذا ثبت عدم كفاية أحد الخصوم لأي من هذه الحقوق فإن الشخص يمكن له طلب رفض تنفيذ الحكم الذي صدر ضده وذلك تحقيقاً لمبدأ المساواة وضمان الحقوق بين الأطراف المتنازعة⁶⁰⁴.

أما الحالة الثالثة التي نصت عليها الفقرة (ج) من الاتفاقية وهي الفصل في نزاع غير وارد في اتفاق التحكيم أو تجاوز حدوده ، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلاً للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم الغير متفق على حلها بهذا الطريق ، وفصل الحكم في نزاع غير وارد في اتفاق التحكيم أو يتجاوز حدوده يعني صدور الحكم دون اتفاق تحكيم بالنسبة لما فصل فيه ، وهو ما يبطل الحكم ، فإذا كان الحكم قد فصل في عدة نزاعات وكان اتفاق التحكيم يشمل بعضها دون البعض الآخر ، فإن هذا يعني أن هناك اتفاق تحكيم بالنسبة لبعض النزاعات ، ولهذا فإنه يجوز للقاضي الذي طلب منه الأمر ، أن يصدر ولو من تلقاء نفسه أمر تنفيذ بالجزء من الحكم الذي تعلق بهذه النزاعات ، إذا أمكن فصل هذا الجزء عن أجزاء الحكم الأخرى⁶⁰⁵.

أما الحالة الرابعة التي نصت عليها الفقرة (د) من الاتفاقية وهي عدم صحة تشكيل هيئة التحكيم أو عدم سلامة الإجراءات التحكيمية : ومعنى ما نصت عليه هذه الفقرة أنه يعد من أسباب رفض تنفيذ الحكم تشكيل هيئة التحكيم على غير على غير ما اتفق عليه الأطراف ، أو أن الإجراءات المتبعة من قبل هيئة التحكيم كانت مخالفة لهذا الاتفاق ، وفي حالة وجود اتفاق مبرم بين أطراف النزاع على ذلك فإن هيئة التحكيم تكون ملتزمة بالقواعد القانونية التي يقرها قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم ، أما الحالة الخامسة والتي نصت عليها الفقرة (هـ) من المادة (1/5) ، حيث تضمنت هذه الفقرة وقف الأمر بتنفيذ الحكم إذا أثبت الطرف الخاسر " أن حكم التحكيم لم يصبح بعد ملزماً للأطراف ، أو أنه قد ألغي أو أوقف تنفيذه من قبل السلطة المختصة في البلد التي تم فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم "⁶⁰⁶.

⁶⁰³ قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص 506 .

⁶⁰⁴ اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، ص441.

⁶⁰⁵ التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، المصدر نفسه ، ص 642 .

⁶⁰⁶ اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، ص 443 وما بعدها .

وقد ثار خلاف حول المقصود بهذا المصطلح (ملزم) فذهب رأي إلى أن المقصود هو أن يكون الحكم نهائياً أي غير قابل للطعن فيه بالاستئناف وذهب رأي على أن الحكم يعتبر منذ صدوره حكماً ملزماً بالمفهوم الذي تقصده اتفاقية نيويورك - حتى ولو كان قابلاً للطعن فيه بالاستئناف ، باعتبار أنه منذ صدوره يعتبر حائزاً لقوة الأمر المقضي مادام قطعياً ، وبالتالي ملزماً ، وذهب الرأي الغالب إلى أنه لا يجب أن يكون الحكم قابلاً للطعن فيه بطريق من الطرق العادية (الاستئناف أو المعارضة) أي حائزاً لقوة الأمر المقضي ، فلا يكفي عدم قابليته للاستئناف إذا كان يقبل الطعن بالمعارضة ووفقاً لأي رأي من هذه الآراء ، فإن قابلية حكم التحكيم لدعوى البطلان لا ينفي كونه حكماً ملزماً ويقع عبء إثبات أن الحكم لم يصبح ملزماً على عاتق المدعى عليه في طلب أمر التنفيذ ، ولا يلزم أن يكون حكم التحكيم الأجنبي قد صدر أمر بتنفيذه في تلك الدولة⁶⁰⁷.

ويظهر أيضاً من نص المادة السابقة أنها تتحدث عن الحكم الذي ألغته (أي أبطلته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجبها صدر حكم التحكيم موضوع البطلان أو الوقف ولذلك فسوف نعالج كل من هذين الفرضين فرض البطلان والوقف في بندين مستقلين⁶⁰⁸.

أولاً: البطلان : قررت معاهدة نيويورك أن بطلان حكم التحكيم في الدولة التي صدر فيها يؤدي إلى عدم إمكانية خضوع هذا الحكم إلى معاهدة نيويورك ، حيث تعترف هذه المعاهدة لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم بأهمية بالغة ويتضح ذلك من خلال ما تفرضه هذه المعاهدة من انعقاد الاختصاص بنظر دعاوى بطلان حكم التحكيم إلى محاكم الدولة التي صدر الحكم فيها دون غيرها من الدول ، ويكون على جميع الدول أن ترفض الاعتراف بحكم التحكيم الذي تم إبطاله في دولة المقر ، ويشترط في الحكم الصادر ببطلان حكم التحكيم أن يكون قاضياً بالبطلان وليس مجرد حكم يلغي حكم التحكيم بعد التعرض لفحص موضوع النزاع أساس حكم التحكيم ، ومعنى ذلك أن مجرد طلب البطلان في الدولة التي صدر فيها أو طبقاً لقانونها لا تعتبر سبباً لرفض التنفيذ ، فحالات رفض التنفيذ وردت على سبيل الحصر وليس من بينها هذه الحالة ، كما أن تحديد السلطة المختصة بنظر دعوى البطلان أو وقف التنفيذ ، على هذا النحو من شأنه الحد من العقبات التي قد تحول دون تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ، لأن قاضي التنفيذ لن يأخذ في اعتباره البطلان أو وقف التنفيذ الصادر من سلطة تابعة لدولة أخرى غير المحددة صراحة في معاهدة نيويورك في المادة 1/5 هـ⁶⁰⁹.

وتطبيقاً لما جاء في هذه الفقرة من المادة (5) قد صدر حكم من محكمة نيجيريا بإبطال حكمي تحكيم صدرا في نيجيريا ، وعندما طلب المحكوم له من محكمة ضاحية شمال نيويورك الأمر بتنفيذ الحكمين ، رفضت الأمر بتنفيذه مطبقة المادة 1/5 هـ من اتفاقية نيويورك ، ومقررة أن هذا النص يجيز للمحكمة رفض الأمر بتنفيذ حكم تحكيم أجنبي أبطل أو أوقف تنفيذه من سلطة مختصة في البلد الذي صدر الحكم فيه أو الذي صدر طبقاً لقانونه ، ويقع عبء إثبات أي من الحالات السابقة الذكر والتي من شأنها منع إصدار أمر التنفيذ على عاتق المدعى عليه في الدعوى⁶¹⁰.

ويرى جانب من الفقه أنه على الرغم من فقد حكم التحكيم لصلاحيته خضوعه لاتفاقية نيويورك أي (حكم التحكيم الباطل) فإن حكم التحكيم الذي قضي بإبطاله من محاكم الدولة التي صدر على إقليمها يمكنه مع ذلك أن يرتب آثاره ويعترف به في النظام القانوني لدولة أخرى ، حتى وإن كانت هذه الدولة طرفاً في المعاهدة

⁶⁰⁷ قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص 510 .

⁶⁰⁸ الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، ص 249.

⁶⁰⁹ النفاذ الدولي لأحكام التحكيم ، ص 226.

⁶¹⁰ قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص 512 .

وذلك وفقاً للقواعد العامة السارية في هذه الدولة وليس وفقاً لأحكام الاتفاقية فمعاهدة نيويورك لاتضع إلا حداً أدنى من الشروط المتطلبة في حكم التحكيم من أجل الاعتراف به وتنفيذه ولا تتعارض مطلقاً مع أن يكون قانون أي دولة متعاقدة يتمتع بقدر أكبر من الحرية والمبادرة عن ذلك الذي تضعه المعاهدة ، وينزل بذلك عن الحد الأدنى الذي تضعه المعاهدة ، ويبدو أن هذا الرأي يتماشى مع روح المعاهدة بل ومع نصوصها ولا سيما نص (المادة السابعة) منها والتي تنص على أنه (لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها ولا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من احكام المحكمين بالكيفية وبالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ⁶¹¹.

لذلك فإن هذه الاتفاقية قد أوردت قاعدة هامة من شأنها أن تضمن للأطراف في منازعات التحكيم أفضل حماية لحقوقهم ، وذلك متى كانت هذه الحماية مقررة في معاهدة دولية أو تشريع وطني يبتغي الأطراف التمتع به ويترتب على هذا النص أنه ليس لإحدى الدول الأطراف في اتفاقية نيويورك رفض الاعتراف باتفاق تحكيم أو حكم تحكيم ، بالاستناد إلى تخلف أحد الشروط التي تتطلبها هذه الاتفاقية طالما أن تشريع هذه الدولة أو معاهدة أبرمتها ، لا يتطلب توافر هذه الشروط للاعتراف باتفاق أو بحكم التحكيم⁶¹².

ولقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها صادر في 23 مارس 1994 إلى إعمال النظر المتقدم ، وأيدت حكم محكمة استئناف باريس ، الذي ، قرر ، بالتطبيق لنص المادة السابعة من معاهدة نيويورك الموقعة 10 يونيو 1958 ، أن للطرف الحق في التمسك بالقواعد الفرنسية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في الخارج في مسائل التحكيم الدولي ولا سيما نص المادة 1502 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد والتي لاتعد من بين حالات رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم ، الحالات المنصوص عليها في المادة الخامسة من المعاهدة المذكورة ، فحكم التحكيم الصادر في المسائل الدولية في دولة أجنبية ، طالما أنه لم يتم اندماجه في النظام القانوني لهذه الدولة ، يظل حكماً قائماً وذلك على الرغم من القضاء ببطلانه في دولة مقر التحكيم ، ومن ثم فإن الاعتراف به في فرنسا لا يعد متعارضاً مع النظام العام الدولي فيها⁶¹³.

ثانياً: وقف حكم التحكيم : وفقاً للمادة السادسة من اتفاقية نيويورك ، للسلطة المختصة المطروح أمامها الحكم إذا رأت مبرراً " أن توقف الفصل في هذا الحكم إذا كان قد طلب إلغاء هذا الحكم أو وقفه أمام السلطة المختصة المشار إليها في الفقرة (هـ) من المادة الخامسة ولهذه السلطة أيضاً بناءً على التماس طالب التنفيذ أن تأمر الخصم الآخر بتقديم تأمينات كافية " ، يرمي هذا النص إلى تمكين المطلوب ضده أمر التنفيذ من تعطيل صدور الأمر إذا كانت هناك دعوى قد رفعت في بلد المنشأ ترمي إلى بطلان حكم التحكيم أو وقف تنفيذه ، حتى لا يتحمل تنفيذ حكم قد يبطل أو يوقف تنفيذه في بلده ، وذلك مع ترك السلطة التقديرية لمحكمة بلد التنفيذ في عدم الحكم بوقف خصومة الأمر بالتنفيذ لمجرد طلب البطلان أو وقف التنفيذ في بلد المنشأ ووفقاً لهذا النص ، يجوز للمحكمة التي تنظر طلب الأمر بالتنفيذ أن توقف الخصومة في طلب الأمر بالتنفيذ ويشترط للحكم بهذا الوقف : 1- أن يطلبه المدعي عليه ، فليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها⁶¹⁴.

⁶¹¹ الطعن بالبطلان على احكام التحكيم في المنازعات الخاصة الدولية ، ص 250 .

⁶¹² التحكيم الدولي الخاص ، ص 325.

⁶¹³ الطعن بالبطلان على احكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، ص 251

⁶¹⁴ النفاذ الدولي لأحكام التحكيم ، ص 228.

ثالثاً: أن يكون المدعى عليه قد طلب من المحكمة المختصة في البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم الغاء هذا الحكم أو وقف تنفيذه ، أو أن يكون هذا الوقف قد ترتب بقوة القانون في هذا البلد ، وفقاً للمادة الخامسة /هـ من الاتفاقية ، ويلاحظ أن النص يكتفي بأن يكون المدعى عليه في طلب الأمر بالتنفيذ قد طلب من المحكمة المختصة في البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم الغاء هذا الحكم أو وقف تنفيذه ، فلا يشترط أن يكون قد صدر فعلاً حكم بالبطلان أو بوقف التنفيذ⁶¹⁵.

رابعاً: أن يكون هناك مبرر لهذا الوقف ، كما لو كان يترتب على تنفيذ حكم المحكمين ضرر جسيم بالمحكوم عليه . ، ويدخل الوقف في السلطة التقديرية للقاضي المطلوب منه الامر بالتنفيذ ، وجدية طلب البطلان أو الوقف في بلد المنشأ ، فإذا رأت جسامه الضرر أو جدية الطلب فإنها تقضي بوقف خصومة الامر بالتنفيذ ، ومع ذلك فإنه إذا كان قد صدر بالفعل في البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم حكم بوقف تنفيذه ، فإن القاضي المطلوب منه إصدار أمر التنفيذ يلتزم بذلك الحكم ، ويجب عليه أن يوقف الفصل في هذا الطلب⁶¹⁶. ويجوز للمحكمة إذا أمرت بالوقف أن تلزم المدعى عليه - بناءً على طلب المدعي - بتقديم تأمين كافٍ لتغطية الاضرار التي تصيب المدعي من جراء تأخير التنفيذ نتيجة لهذا الوقف ، وإذا أمرت المحكمة بوقف الخصومة ، فإن الخصومة تظل موقوفة حتى يفصل في دعوى إلغاء حكم التحكيم أو في طلب وقف تنفيذه من المحكمة المرفوع إليها في البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم⁶¹⁷. وإذا أمرت المحكمة في الدولة التي يطلب فيها التنفيذ برفض طلب وقف خصومة الامر بالتنفيذ استعمالاً لسلطتها التقديرية ، وتم التنفيذ ، ثم قضي ببطلان حكم التحكيم في بلد المنشأ ، فإن التنفيذ الذي تم يعتبر تنفيذاً باطلاً ، ويمكن للمنفذ ضده الحصول على حكم ببطلانه من قاضي التنفيذ باعتبار أن التنفيذ قد تم دون سند تنفيذي ، ذلك أن السند التنفيذي بالنسبة لحكم التحكيم هو سند مركب من حكم التحكيم وأمر التنفيذ فلا يكفي صدور أمر تنفيذ إذا كان حكم التحكيم باطلاً ، باعتبار أن أمر التنفيذ لا يحوز حجية الأمر المقضي إذ هو عمل ولائي لا يحوز حجية الامر المقضي ، ويتضح من هذه المادة أن للمحكمة التي يطلب منها تنفيذ الحكم أن تقرر وقف هذا التنفيذ بناءً على طلب الطرف الآخر ، والاتفاقية لا تفرق بين ابطال الحكم وإيقاف تنفيذه ، ووقف التنفيذ لا يعني رفض هذا التنفيذ ، وإنما قد تأمر به المحكمة إذا وجدت مبررات معقولة تؤيد احتمال وجود أحد أسباب رفض تنفيذ الحكم ، ووقف التنفيذ في هذه الحالة يفيد إعطاء من صدر الحكم ضده مهلة لإثبات وجود إحدى حالات رفض تنفيذ الحكم ، متى كان من شأن الامر بتنفيذ الحكم إضاعة فرصته في إثبات إحدى هذه الحالات وخوفاً من إضاعة حقوق طالب التنفيذ فقد قررت الاتفاقية في نهاية المادة (6) للمحكمة أن تكلف الطرف الذي صدر الحكم ضده لتقديم ضمانات مناسبة لضمان حقوق طالب التنفيذ وذلك متى تمسك طالب التنفيذ بذلك⁶¹⁸.

ويمكن تلخيص ما تقدم بالنسبة لرفض تنفيذ القرار التحكيمي بما يأتي :

1- أن القرار الخاص برفض تنفيذ القرار التحكيمي يصدر من السلطة المختصة في البلد المراد تنفيذ القرار فيه وهي في الغالب المحكمة المختصة للنظر في النزاع موضوع التحكيم في ذلك البلد ، وقد

⁶¹⁵ قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص 537.

⁶¹⁶ المصدر نفسه ، ص 537.

⁶¹⁷ التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، ص 678.

⁶¹⁸ النفاذ الدولي لأحكام التحكيم ، ص 229.

- بينت اتفاقية نيويورك حول الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية الأسباب التي يمكن بموجبها رفض التنفيذ إذا تمكن طالب التنفيذ من اثبات وجودها⁶¹⁹.
- 2- أن رفض تنفيذ القرار التحكيمي في إحدى الدول لا يؤدي إلى رفضه من الدول الأخرى، كما أن تنفيذه في بعض الدول لا يستتبع تنفيذه في البعض الآخر⁶²⁰. ويترك لكل دولة تقرير ذلك عن طريق السلطة المختصة التابعة لها ،
- 3- أن إبطال الحكم التحكيمي أو وقف العمل به مؤقتاً تقررره السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه الحكم ، أو البلد الذي صدر الحكم بموجب قانونه ، ولا يطلق مصطلح (رفض التنفيذ) إلا على عدم تنفيذ الحكم في بلد غير البلد الذي صدر فيه الحكم.
- 4- أن أبطال الحكم التحكيمي من قبل السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه الحكم ، أو البلد الذي صدر الحكم بموجب قانونه ، يعتبر سبباً كافياً لرفض التنفيذ في البلد المراد تنفيذ الحكم على إقليمه ،
- 5- إذا رفعت دعوى بطلان أو وقف تنفيذ الحكم التحكيمي في بلد إصداره أو البلد الذي صدر الحكم بموجب قانونه فإن ذلك يكون مبرراً لتأجيل النظر في طلب تنفيذ ذلك الحكم من قبل السلطة المختصة في البلد الذي يراد تنفيذ الحكم على إقليمه لحين الفصل في دعوى البطلان.
- 6- أن هناك حالات تمكن السلطة المختصة في البلد موطن التنفيذ من رفض تنفيذ الحكم من تلقاء نفسها، وهذا ماقرره نص المادة (2/5) من اتفاقية نيويورك حيث تضمنت حالتين وهما : عدم قابلية موضوع التحكيم للنزاع ، وتعارض تنفيذ الحكم مع النظام العام⁶²¹.
- 7- بالنسبة للدول الغير منضمة لاتفاقية نيويورك لعام 1958 يترك طلب رفض تنفيذ حكم التحكيم إلى أحكام التشريعات الوطنية لكل دولة وتتفق جميع التشريعات الوطنية على رفض تنفيذ الحكم إذا كان متعارضاً مع قواعد النظام العام في البلد الذي يراد تنفيذ الحكم على إقليمه ، ومسألة كون الحكم يتعارض مع النظام العام للدولة من المسائل التي يترك تقديرها للقاضي الذي يطلب منه إعطاء الصيغة التنفيذية على الحكم.
- 8- ويُلاحظ أخيراً أن القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته الأونسترال قد نقل النص الخاص برفض تنفيذ حكم التحكيم وحالات هذا الرفض الذي أوردهته اتفاقية نيويورك وضمنها في المادة (36) منه ، أما بالنسبة لموقف اتفاقية نيويورك من تنفيذ أحكام التحكيم التي قضي ببطلانها في دولة المقر فقد حاولت الاتفاقية أن تضع حلاً لهذه المسألة ، فنصت في المادة الخامسة منها على أنه "لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناءً على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليه الاعتراف.
- والتنفيذ الدليل على ف (هـ) "أن الحكم لم يصبح ملزماً للخصوم أو الغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم"⁶²².
- ومن الجدير بالذكر أن هناك دول عربية لم تضع نصوصاً خاصة بكيفية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ولدينا مثال واحد هنا وهو العراق حيث لم ينص في قانون المرافعات المدنية لعام 1969، على كيفية تنفيذ حكم

⁶¹⁹ التحكيم التجاري الدولي ، ص 398.

⁶²⁰ اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، ص 451.

⁶²¹ الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، ص 451 وما بعدها .

⁶²² انظر : النفاذ الدولي لإحكام التحكيم ، ص 60 وما بعدها .

التحكيم الأجنبي علماً أن القانون المذكور قد نص في المادة 272 على كيفية تنفيذ الاحكام المحلية ، أما عن الاحكام الأجنبية فهناك قانون خاص يسمى بقانون تنفيذ الاحكام الأجنبية رقم 30 لسنة 1928 حيث نصت المادة (2) من هذا القانون على أنه " يجوز أن ينفذ الحكم الأجنبي في العراق وفقاً لأحكام هذا القانون بقرار يصدر من محكمة عراقية يسمى قرار التنفيذ " أما عن الإجراءات الخاصة بإصدار القرار فقد بينتها المادة الثالثة من القانون المذكور ويذهب غالبية الفقه في العراق إلى عدم شمول نص المادة الثانية المشار إليه أحكام التحكيم الأجنبية وإنما يقتصر النص على تنفيذ الاحكام التي تصدر من محاكم اجنبية⁶²³.

وأحكام التحكيم الأجنبية فلا تعامل معاملة الاحكام القضائية ولا يوجد في العراق نص ينظم كيفية تنفيذها ، غير أن أحكام التحكيم الأجنبية التي تنفذ في العراق هي تلك الاحكام التي تصدر في دولة ترتبط مع العراق باتفاقيات ثنائية أو بموجب اتفاقيات جماعية خاصة بالتعاون القضائي أو بتنفيذ الاحكام القضائية والتحكيمية ، أما بالنسبة للدول العربية المنظمة لاتفاقية نيويورك ،فبالنسبة لهذه الدول تطبق مواد الاتفاقية المذكورة الخاصة بكيفية تنفيذ الحكم الأجنبي ، وذلك طبقاً لما جاء في المادتين الرابعة والخامسة من الاتفاقية ، ووفقاً للإجراءات الموجودة في القانون الوطني ، هذا في حالة صدور قرار التحكيم في دولة منضمة إلى الاتفاقية ويراد تنفيذه في دولة عربية غير منضمة إلى الاتفاقية ، وكذلك الحال عند صدور القرار في دولة غير منضمة ، إلا إذا كانت الدول العربية المراد تنفيذ القرار فيها قد وضعت عند انضمامها أو تصديقها شرط المعاملة بالمثل طبقاً لما ورد في هذه الاتفاقية فعندئذ يصار إلى التنفيذ عند تحقق الشرط والدول العربية التي وضعت هذا الشرط هي (مصر، الأردن ، المغرب ، سوريا) أما بالنسبة للدول العربية التي لم تنضم للاتفاقية فيجب عليها اتباع الإجراءات المنصوص عليها في قوانينها فبعض الدول جاءت بنصوص خاصة بتلك الإجراءات في قوانين المرافعات المدنية وأغلب هذه الدول ساوت بين الإجراءات المتبعة لتنفيذ الحكم القضائي الصادر في دولة اجنبية واحكام التحكيم الأجنبية ،وبعض الدول لديها قوانين خاصة حول تنفيذ الاحكام⁶²⁴.

والدول العربية التي لم تنضم لاتفاقية نيويورك حتى مطلع عام 2018 هي : (السودان ، الصومال ، العراق ، ليبيا ، اليمن) أما الدول العربية التي انضمت إلى الاتفاقية هي : (المغرب ، سوريا ، مصر ، تونس ، الكويت ، الأردن ، جيبوتي ، البحرين ، الجزائر ، السعودية ، موريتانيا ، لبنان ، عُمان ، قطر ، الامارات العربية المتحدة ، فلسطين ، جزر القمر) مع ملاحظة أنه تم انضمام مصر وسوريا في ذات التاريخ 1959/3/9 ضمن إطار الجمهورية العربية المتحدة⁶²⁵.

وهكذا فقد تناولنا اتفاقية واشنطن والاتفاقية الاوربية واتفاقية نيويورك كنموذج للاتفاقيات الدولية التي تناولت موضوع بطلان أحكام التحكيم وقد ذكرنا اتفاقية نيويورك بصورة مركزة وذلك لأنها تعد من أهم الاتفاقيات الدولية في مجال تنفيذ احكام التحكيم الأجنبية ، ونتمنى أن يخطو العراق خطوة إيجابية في المستقبل للتوقيع عليها ، وهناك اتفاقيات عربية أيضاً الا انها تعتبر اتفاقيات إقليمية وليست دولية مثل اتفاقية تنفيذ الاحكام لجامعة الدول العربية لعام 1952 والتي انضم اليها العراق ، وقد حلت محلها اتفاقية الرياض لعام 1983.

⁶²³ التحكيم التجاري الدولي ، ص 455 .

⁶²⁴ المصدر نفسه ، ص 454 وما بعدها .

⁶²⁵ اتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وأنفاذها ، ص 324 وما بعدها .

2.2. سلطات المحكمين وحجية أحكامهم عند مخالفة النظام العام:

سوف نتناول في هذا المبحث الأخير من دراستنا واجبات المحكمين في القانون العراقي وسلطاتهم و حجبية أحكامهم ومدى تعلقها في النظام العام والآثار المترتبة على بطلان التحكيم والدفع بالنظام العام ، وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين على النحو التالي : المطلب الأول : التزامات المحكمين وشروطهم وسلطاتهم وفقاً للقانون العراقي . والمطلب الثاني : حجبية أحكام المحكمين وتعلقها بالنظام العام وتنفيذها والآثار المترتبة على بطلانها .

2.2.1. التزامات المحكمين وشروطهم وسلطاتهم وفقاً للقانون العراقي

2.2.1.1. واجبات المحكمين وحقوقهم :

أولاً وقبل التطرق إلى واجبات المحكم وحقوقه والتزاماته وسلطاته ينبغي أولاً أن نتطرق بصورة سريعة إلى تعريف المحكم ، فمن هو المحكم ؟ المحكم : هو من يعهد إليه الفصل في النزاع المطروح على التحكيم ، أما عن موقف القوانين من إيراد تعريف خاص بالمحكم ، فنجد أن أغلب التشريعات لم تضع تعريفاً محدداً للمحكم بشكل مستقل ، ومن بينها قانون المرافعات العراقي النافذ رقم 83 لسنة 1969 وإنما ترك ذلك للفقهاء والقضاء وهو أفضل وأرجح ، أما فيما يتعلق بموقف القضاء من تعريف المحكم فنجد أن محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها أشارت إلى أن المحكم : هو الشخص الذي يعهد إليه – بمقتضى الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل – بفض النزاع بين طرفين أو أكثر ويكون له نظر النزاع ، والاشتراك في المداولة بصوت معهود وفي إصدار الحكم والتوقيع عليه⁶²⁶.

أما بالنسبة لالتزامات المحكم وواجباته ، حيث أن القاعدة العامة تقضي بأنه يجب على المحكم أن يلتزم بقواعد قانون المرافعات المدنية عند القيام بمهمة التحكيم ، وإلا فإن لم يلتزم بهذه القواعد فإن القرار التحكيمي الذي يصدره يكون عرضة للبطلان من قبل المحكمة المختصة ، ويمكن القول أن الفكرة السائدة في قانون المرافعات هي أن المحكمين هم قضاة اتفاقيون عليه فإنه يجب أن يراعوا أحكام القانون الموضوعية والشكلية ، لكن هذا لا يعني بأن على المحكم أن يطبق دائماً أحكام القانون فقط بل من الممكن أن يطبق الأعراف والعادات الاجتماعية وبالأخص في مجال النشاط التجاري ، حيث تعتبر الأعراف الموافقة للقانون من ضمن القواعد التي يتعين على المحكم احترامها⁶²⁷.

وقد ذكرنا سابقاً المادة (265) من قانون المرافعات العراقي والتي تنص في فقرتها الأولى على أنه : " يجب على المحكمين إتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين منها صراحةً ، أو وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون " ⁶²⁸. حيث يستمد المحكمون ولايتهم من اتفاق الفرقاء الذين أرادوا فصل النزاع بينهم عن طريق التحكيم ، لذلك يجب الرجوع إلى عقد التحكيم نفسه لتحديد ولاية المحكمين سواء من حيث موضوع النزاع أو من حيث تطبيق قواعد الشكل والأساس والفصل في القضية ، فمن حيث موضوع النزاع لا يجوز للمحكمين كما ذكرنا سابقاً الفصل إلا في المسائل المعينة في عقد التحكيم⁶²⁹.

⁶²⁶ المحكم التجاري الدولي، ص 27 وما بعدها .

⁶²⁷ أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، ص 123 .

⁶²⁸ انظر نص المادة (265) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969.

⁶²⁹ شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 ص 462 .

ولا يجوز للمحكّمين النظر في مسائل خارجة عن العقد المذكور إلا إذا كانت مرتبطة بموضوع النزاع المطروح عليهم ارتباطاً بحيث لا يمكن فصلها عنه ، أو إذا كانت مترتبة على هذا النزاع كنتيجة حتمية له ، هذا من ناحية الموضوع أما من ناحية الإجراءات فإن القانون قضي باتّباع إجراءات المرافعات ألا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق يباح فيه للطرفين أن يتفقوا اتفاقاً صريحاً على إعفاء المحكّمين من اتباع قواعد المرافعات فقط أو أن يتفقوا على إجراءات أخرى يسير عليها المحكّمون وينبني على ذلك أن المحكّمين ملتزمون في جميع الأحوال باتّباع أحكام القانون الموضوعية ولا يجوز إعفائهم منها، وعليه ينبغي عليهم إتباع الأصول القانونية الأساسية وما تقتضيه إجراءات الترافع من استماع أقوال الطرفين، ولكن هذا لا يعني أن المشرع أراد إلزام المحكّمين بمراعاة كافة الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات وإنما المراد هو مراعاة القواعد الأساسية كاحترام حق الدفاع⁶³⁰. ومن تطبيقات حق الدفاع (احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم) والذي يعني تمكين الخصوم من إجراء مناقشة حرة فيما بينهم بحيث يستمع المحكم لكل من الرأي والرأي الآخر وتقديم أوجه الدفاع والادعاء وطرحها لغرض مناقشتها ، فما يضيفه هذا المبدأ هو تمكين كل خصم من العلم بالطلبات وأوجه الدفاع المقدمة من خصمه مما يؤدي بالنتيجة لإجراء مناقشة بينهم ، ويعد هذا المبدأ من المبادئ الأساسية المفروضة عالمياً والذي يهدف إلى عدم مفاجأة الطرف الآخر وعد البعض أن هذا المبدأ يتفرع من حق الدفاع ليشكل جزءاً من الكل ويعد حق الدفاع أوسع نطاقاً من مبدأ المواجهة وذلك بسبب ما يفرضه حق الدفاع من على المحكم والأطراف من واجبات تزيد عن مجرد حصول الإجراءات بمواجهة الخصوم ، ولقد جاء في قرار لمحكمة استئناف مصر والصادر عام 1931 بانه : " حق الدفاع حق مقدس وبخاصة في مسائل التحكيم" ويرتبط بحق الدفاع واجب آخر يلتزم به المحكم وهو مكمل له وهو معاملة الأطراف على قدم المساواة ، لأن الإخلال بمبدأ المساواة بين الأطراف يخل كذلك بحق الدفاع ، وأن الإخلال بحق الدفاع قد ينتج عن عدم المساواة بين الخصمين ، فإفساح المجال لخصم للدفاع عن حقه دون الخصم الآخر يخل بمبدأ المساواة وفيه إخلال بحق الدفاع⁶³¹. وقد أفصحت عن ذلك صراحة المادة (26) من قانون التحكيم المصري بنصها على أن يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وبأن تُهيأ لكل منهما فرصة متكافئة لعرض دعواه ، فمن خلال هذا المبدأ تتحقق ثقة أطراف التحكيم في محكميهم ويصبحون موضع ثقتهم وطمأنينتهم ، ومن الجدير بالذكر بأن المقصود بمبدأ المساواة ليس فقط المساواة الإجرائية بمنح الخصوم فرصاً متساوية لإبداء طلباتهم ودفعهم ودفاعهم وإنما أيضاً المساواة في تعامل هيئة التحكيم معهم ، فلا يجوز للمحكم أن يخص أحد المتخاصمين بالدخول عليه ، والقيام له ، أو بصدور المجلس ، أو الإقبال عليه ، أو البشاشة له والنظر إليه ، لأن في ذلك دليل حيفه وظلمه ، ويخل بالمساواة بينهما ، فقاعدة المساواة في معاملة طرفي التحكيم وتهيئة الفرص المتكافئة والكاملة لكل منهما لعرض قضيته من القواعد الأساسية لإجراءات دعوى التحكيم ، فلا يجوز لهيئة التحكيم أن تستمع إلى دفاع أحد الخصوم ولا تعطي هذا الحق للخصم الآخر طبقاً لمبدأ تكافؤ الفرص بين الخصوم⁶³².

لذلك نجد أن المشرع العراقي قد ألزم المحكّمين بالتقيد بالقواعد الموضوعية وأجاز للخصوم الاتفاق على إعفاء المحكم من الالتزام بالقواعد الشكلية دون الموضوعية ، هذا ما يخص المحكّمين بالقضاء أما المحكّمون المصالحون فإنه يتم اختيارهم على مبدأ الثقة الكبيرة من قبل الخصوم وعلى هذا فإنهم يكونون في حل من

630 المصدر نفسه ، ص 463.

631 المحكم التجاري الدولي ، ص 159 وما بعدها .

632 الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 ، ص 195 وما بعدها .

التقيد بكل قواعد المرافعات الموضوعية والشكلية إذا قضى الاتفاق بذلك ، وعليه فإن التحكيم في هذا المجال يقترب جداً من الصلح ومن الممكن الجمع بينهما إذ تنص المادة (258) من قانون المرافعات " إذا أذن طرفا النزاع للمحكّمين بالصلح يعتبر صلحهم " وبذلك يكون رأيهم عنواناً للصحة ويكون صلحهم معتبراً ولا يجوز الطعن فيه إلا إذا خالف قاعدة من قواعد التحكيم أو من قواعد النظام العام⁶³³.

كما وقد أوجب القانون على المحكّمين أن يفصلوا في النزاع خلال الأجل المحدد لهم من قبل الطرفين ، أما إذا لم يحدد لهم ميعاد لإصدار قرارهم ، فيتوجب عليهم أن يصدروا قرارهم خلال مدة أقصاها ستة أشهر من تاريخ قبولهم التحكيم ، وإلا اعتبر عقد التحكيم كأن لم يكن ، وليست له أية قيمة قانونية ، مالم يتفق الخصوم على تمديد الأجل (مرافعات 262) فقرة 1 و2 ، أما إذا حصل مانع من إصدار المحكّمين قرارهم في موعده كما لو توفي أحد الخصوم ، أو عزل المحكّم ، أو قدم طلب برده ، فإن ذلك يعتبر سبباً مشروعاً ، ومعدرة قانونية يمتد بموجبه الأجل تلقائياً إلى المدة التي يزول فيها المانع (مرافعات 262 ف3) ، ومع ذلك فإذا لم يقيم المحكّمون بالفصل في النزاع خلال المدة المشروطة في اتفاقهم أو المحددة في القانون ، أو تعذر على المحكّمين تقديم تقريرهم بسبب قهري كما لو توفي أحد المحكّمين أو اعتذر عن القيام بمهمته ، جاز لكل خصم مراجعة المحكمة المختصة أصلاً بالنظر في النزاع لكي تقرر حسب الأحوال - أما بإضافة مدة جديدة أو تعيين محكّمين آخرين أو أن تفصل هي بنفسها في النزاع⁶³⁴.

وهذا ما نصت عليه المادة 263 من قانون المرافعات التي نصت على " إذا لم يقيم المحكّمون في الفصل في النزاع خلال المدة المشروطة في اتفاقهم أو المحددة في القانون ، أو تعذر على المحكّمين تقديم تقريرهم لسبب قهري، جاز لكل خصم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع لإضافة مدة جديدة أو للفصل في النزاع أو لتعيين محكّمين آخرين للحكم فيه ، وذلك على حسب الأحوال "635.

وبالرجوع إلى المادة 262 من قانون المرافعات ف(3) التي نصت على حالة وفاة أحد الخصوم أو في حالة عزل المحكّم أو في حالة طلب رد المحكّم فإن الميعاد يمتد إلى المدة التي يزول فيها هذا المانع ولا تعود إلى سيرها إلا بعد زوال التوقف بعد تبليغ أطراف التحكيم حيث يجري تبليغ الورثة في حالة الوفاة وفي حالة عزل المحكّم إلى أن يتم تعيين البديل والسبب في هذا التوقف أن الفصل في النزاع عن طريق التحكيم ينبغي أن لا يكون في غفلة من أحد طرفي التحكيم وإلا كان قرار التحكيم باطلاً مقررراً لمصلحة هذا الطرف ، كما تقف المدة كلما أقتضى الأمر للفصل في نزاع لا يملك المحكّم نظره ، أو كلما وجدت استحالة مادية أو قانونية تمنع المحكّم من إصدار قرار التحكيم⁶³⁶. لذلك فمن أهم التزامات المحكّم بموجب عقد التحكيم هو النظر في النزاع وإصدار القرار النهائي بشأنه ، وأن يتم إصدار القرار خلال مدة معينة كما ذكرنا وقد يرد مثل هذا الشرط في عقد التحكيم ، كما ويلتزم المحكّم بإصدار قرار حكم التحكيم وفقاً للصيغة التي يتطلبها القانون بحيث يمكن تنفيذ الحكم المذكور فيما بعد من الجهات المختصة ، وعلى المحكّم توقيع القرار⁶³⁷.

أما تسبب القرار فتنص المادة (1/159) من قانون المرافعات المدنية على ضرورة اشتغال الحكم القضائي على الأسباب التي بني عليها ، وبخصوص أحكام التحكيم فتنص المادة (2/270) على أنه " يجب أن يشتمل

⁶³³ أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، ص 124 .

⁶³⁴ الوجيز في التحكيم ، ص 36 .

⁶³⁵ انظر : نص المادة 263 من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 .

⁶³⁶ شرح قانون المرافعات رقم 83 لسنة 1969 ، ص 460 .

⁶³⁷ التحكيم التجاري الدولي ، ص 239 .

القرار بوجه خاص على ملخص اتفاق التحكيم وأقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب القرار..."، ويقصد بأسباب قرار التحكيم ضرورة التزام هيئة التحكيم ببيان الأسباب الواقعية والقانونية التي ركنت إليها فيما أصدرته من حكم وكونت منها عقيدتها فيما انتهت إليه وهذا التسبب يدفع القاضي أو المحكم إلى الرؤية في مضمون الحكم الواجب إصداره فالتسبب يجيز للقاضي أو المحكم على دراسة موضوع الدعوى وما تقدم فيها من طلبات ودفع وبيانات دراسة متأنية تشمل جميع نقاط النزاع الواقعية والقانونية قبل إصدار احكامهم ويؤدي إلى اطمئنان الخصوم إلى عدالة الحكم وإلى خلوه من تحكم القاضي أو المحكم كما أن التسبب يمكن المحكمة المختصة بنظر النزاع من الرقابة على قرار هيئة التحكيم للتأكد من سلامة تطبيق القانون وتفسيره⁶³⁸.

والأسباب تتضمن عرض أدلة الطرفين ومستنداتها ومناقشتها بصورة تفصيلية، وتبيان الأسانيد القانونية التي اعتمدها بشكل مبسط، لا غموض فيه ولا إبهام، ويعيد عن العمومية، وقائم على أسباب الثبوت القانونية، ومبني على قواعد العدل، أو الأعراف التجارية المستقرة مما أفنع المحكم بما حكم به، وحمله على الاتجاه في حكمه إلى أن أطمأن إليه ضميره وأستقر عليه رأيه فإن خلا الحكم من الأسباب كان باطلاً، ومن أسباب حكم المحكمين: عقد التحكيم أو مشارطته، والمستندات المقدمة من قبل الطرفين، وما قام به المحكمون من إجراءات وتحقيقات، كالانتقال إلى محل النزاع لإجراء الكشف والمعينة، أو إلى شهادات الشهود أو إلى خبرة من رؤي الاستعانة بهم من الخبراء⁶³⁹.

أما قانون التحكيم المصري فقد نص على تسبب القرار في المادة (43) التي نصت على أنه " يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم"، فلم يعد تسبب الحكم أمراً وجوبياً كما كان عليه في ظل المادة (507) من قانون المرافعات الملغاة، فتسبب الحكم في ظل قانون التحكيم الحالي مرجعه إرادة المحتكمين، كما قضت محكمة استئناف القاهرة على "أن قانون التحكيم أجاز إصدار الحكم من هيئات تحكيم دون تحرير أسباب للحكم وذلك إذا اتفق طرفا التحكيم على ذلك أو كان القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم (2/43) بينما هذا الوضع غير جائز في أحكام القضاء"⁶⁴⁰.

وتجدر الإشارة إلى سكوت المحتكمين عن التعرض لمسألة تسبب الحكم في اتفاقهم، فالأصل هو استلزام التسبب، مع مراعاة أن تكون أسباب حكم التحكيم كافية، متعلقة بموضوع النزاع، وغير متناقضة، ومخالفة ذلك تعرض التحكيم للبطلان أما بالنسبة للقانون الفرنسي فقد نصت المادة (1471) على أنه " يجب أن يتضمن الحكم التحكيمي ملخصاً لادعاءات الأطراف وأسبابهم ويجب أن يكون الحكم التحكيمي معللاً (مسبباً)"⁶⁴¹. وهكذا قد بينا المقصود باحتراف المحكم لحق الدفاع للطرفين والمقصود بمبدأ المساواة واحترام مدة التحكيم وتسبب القرار التحكيمي لكن بقي أن نوضح التزام آخر على المحكم وهو التزامه بالحياد والاستقلال فما المقصود بأن يكون المحكم محايداً ومستقلاً وما الفرق بين المصطلحين؟ أن المحكم عندما يباشر نظر النزاع فعمله كما أوضحنا سابقاً شبيه بالقاضي فعلى المحكم بناءً على ذلك أن يكون مستقلاً ومحايداً، لأن وجود هذين العنصرين يحقق نجاح التحكيم، فلا يصح للمحكم أن يأخذ صورة المحكم المحامي ولا صورة المحكم الخصم، وأنه ينبغي عدم الخلط بين بين استقلال المحكم وحياده، فالاستقلال: هو عدم تبعية المحكم

⁶³⁸ الرقابة القضائية على قرارات المحكمين في القانون العراقي، ص 15.

⁶³⁹ حسين المؤمن، الوجيز في التحكيم، المصدر السابق، ص 47.

⁶⁴⁰ دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ص 178.

⁶⁴¹ المصدر نفسه، ص 179.

لأي من طرفي النزاع أو عدم ميل العاطفة تجاه أحد الخصوم وأن لا يستلم توجيهات من أحدهم وعدم وجود تأثيرات من عداوة أو مودة يرجح معها عدم قدرته على الحكم ، أما الحياد فهو عدم الميل أو الحكم بالهوى لأحد الطرفين وعدم وجود مصلحة للمحكم في النزاع وذكر البعض بأنه " موقف ذهني بحث بينما الاستقلال يتصل بالعلاقة بين الخصوم والمحكم المتصلة مثلاً بالعلاقة التجارية أو الاجتماعية وغيرها " ويعد مبدأ حياد المحكم من النظام العام الاجرائي الذي يرمي إلى تحقيق المصلحة العامة⁶⁴².

وتأكيداً لحياد المحكم بالمعنى الواسع تتطلب لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس أن يراعى عند تعيين المحكم المنفرد أو رئيس هيئة التحكيم أن يكون من جنسية مختلفة عن جنسية الأطراف (م5/9) وكذلك أيضاً لائحة محكمة لندن للتحكيم ، والجمعية الأمريكية للتحكيم واتفاقية واشنطن بشأن تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار م(5/11) ، وذلك حتى لا ينتصر المحكم لبني جنسه ، أو يميل إليه دون أن يتعمد ذلك بحكم الانتماء ، ومن الجدير بالذكر أن عدم إفصاح المحكم بما قد يؤثر على حيده واستقلاله من شأنه أن يكون سبباً لرده فيما بعد أو رفع دعوى ببطلان الحكم⁶⁴³. حيث إن بعض القواعد الدولية تنص على الشخص حين يفتح لتعيينه محكماً أن يصرح بالظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً ولها ما يبررها حول حيده واستقلاله ، هذا قبل التعيين ، ونفس الواجب أو الالتزام يبقى في حالة تعيين المحكم وسيره في إجراءات التحكيم ، وذلك عندما تستجد ظروف قد تثير الشكوك حول حيده واستقلاله ، فعليه في هذه الحالة أيضاً أن يخبر طرفي النزاع بذلك ، وهذا ما نص عليه القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة في المادة (12) وكذلك في المادة (9) من قواعد التحكيم التي وضعتها أيضاً اللجنة المذكورة ، وسبب النص على هذا الالتزام كما ذكرنا هو أن الظروف المذكورة تعتبر سبباً من أسباب رد المحكمين في حالة علم الطرفين بها⁶⁴⁴.

وبقي أن نذكر التزام أخير للمحكم وهو التزامه بالسرية ، فالسرية من أهم المميزات التي يتميز بها نظام التحكيم وذلك لأن لجوء الأطراف إلى هذا النوع من وسائل حسم النزاعات يعود بالدرجة الأساسية لما يتميز به من سرية في الإجراءات وعدم جواز نشر الحكم التحكيمي بعد فض النزاع والحفاظ على سرية الأسرار الخاصة بالأفراد أو المؤسسات عند عرض نزاعهم على هيئة التحكيم ، فالالتزام المحكم أساسي هنا لأن الشركات والأفراد عندما تلجأ إلى التحكيم ترغب في الابتعاد عن ساحات القضاء القائم على العلانية لكي تتجنب التشهير بسمعتها الدولية إذا ما خسرت دعواها ، وإذا كان مبدأ علانية الجلسات يعد من المبادئ الأساسية في النظام القضائي العادي إلا أنه في التحكيم الأصل هو السرية فيه وفي جميع مراحلها مالم يتفق الأطراف على خلافه ، وذلك حفاظاً على أسرار أطراف النزاع واقتصار الجلسات على أطرافه ومن يمثلهم فقط ، فيجب اصدار الحكم وتسليمه للأطراف مع عدم جواز نشره إلا بموافقة الأطراف ، فإجراءات التحكيم يجب أن تتسم بالسرية بشأن الجلسات وكذلك المداولة التي بين الهيئة لا بد أن تتم بشكل سري حتى ولو لم تنص القوانين عليها كونها من الأعراف التحكيمية ، وعليه إفشاء السرية الخاصة بالمداولة يؤدي إلى بطلان الحكم على أساس أنه خالف قاعدة إجرائية متصلة بالنظام العام في التقاضي⁶⁴⁵. ونرى أهمية هذه السرية بالنسبة لعقود التجارة الدولية

⁶⁴²، المحكم التجاري الدولي ، ص 154.

⁶⁴³ الوجيه في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 ، ص 177.

⁶⁴⁴ التحكيم التجاري الدولي ، ص 240.

⁶⁴⁵المحكم التجاري الدولي ، ص 163 وما بعدها.

حيث يحرص أطراف هذه العقود على سرية ما تتضمنه من شروط ، خاصة في عقود نقل التقنية أو تراخيص استغلال براءات الاختراع وما تتضمنه من كشف الاسرار الصناعية ومعرفة الكيف Know-How، فإذا عرفنا أن علنية الجلسات والمرافعة تعتبر من أسس النظم القضائية ، لبدا واضحاً أهمية النص في مثل هذه العقود على اختيار التحكيم وسيلة لفض المنازعات حيث لا يوجد مبدأ العلانية ، لذلك فلا يجوز نشر الاحكام إلا بموافقة الأطراف ، وهو أمر لا يتسنى تحقيقه بالنسبة لأحكام القضاء ، وإذا كان صحيحاً أن أحكام التحكيم يتم نشرها وهناك العديد من الدوريات المتخصصة في هذا المجال فإن هذا النشر لا يتم رغم إرادة الأطراف والمحكمين⁶⁴⁶. وهكذا قد بينا التزامات المحكم وواجباته لكن ما هي حقوق المحكم؟ أن من أهم حقوق المحكم في مقابل الالتزامات الوجب قيامه بها ، هي حقه في أجره التحكيم ، وقد نصت على ذلك المادة (276) من قانون المرافعات العراقي أن أجور المحكمين تحدد باتفاق الخصوم عليها في عقد التحكيم أو في اتفاق لاحق والا فتحددها المحكمة المختصة بنظر النزاع في حكمها أو بقرار مستقل قبل التظلم والطعن تمييزاً ، فضلاً عن ذلك أن من حقه المطالبة بالمصاريف التي أنفقها بسبب التحكيم مثل نفقات السفر والإقامة ومصاريف الطباعة أو الترجمة أو غير ذلك من المصاريف التي تقتضيها مهمة عملية التحكيم ، ويجب على الخصوم أن يمنحوا المحكم سلطة اتخاذ القرار لحسم النزاع بالتحكيم وأن يزودوه بالوثائق والمعلومات التي لها صلة بموضوع النزاع⁶⁴⁷.

لقد ذكرنا بأن المصاريف تشمل نفقات السفر وانتقال المحكم من مسكنه إلى حيث تعقد جلسات التحكيم أما الاتعاب فهي التعويض المقابل لما تكبده المحكم من عناء فكري وبدني وما بذله من وقت وجهود ، على أساس جسامه المهمة والمدة التي اقتضاها الفصل في النزاع والصعوبات والعناء اللذين لاقاهما المحكم وقيمة الدعوى ومراكز الخصوم الاجتماعية والمالية مع الاعتداد بالعرف الجاري وإذا كانت المصاريف أمراً مفروغاً منه ، باعتبار أن المحكم يقدم قائمة بالمصاريف إلى المحكمة التي ستقضي بها على من سيعتبر في حكم الخاسر للدعوى تطبيقاً للقواعد العامة ، إلا إذا كان هناك اتفاق بين الخصوم بشأن من يتحملها كأن يتحمل الخصوم جميعاً بحصص متساوية أو يتحملها أحدهم أو تقسم عليهم نسبياً ، فإن أجور وأتعاب المحكم هي ما التفت إليه المشرع ووضع قاعدة قانونية لها فقد نص في القانون على أن تحدد أجور المحكمين في عقد التحكيم أو بموجب اتفاق لاحق⁶⁴⁸. وهو ما نصت عليه المادة 276 التي ذكرناها سابقاً والتي نصت على أنه " تُحدد أجور المحكمين باتفاق الخصوم عليها أو في اتفاق لاحق وإلا فتحددها المحكمة المختصة بنظر النزاع في حكمها أو بقرار مستقل يقبل التظلم والطعن تمييزاً وفقاً لما هو مقرر في المادتين 153 و216 من هذا القانون"⁶⁴⁹. وبالتالي فإذا لم يتفق الخصوم على هذه الأجرة فإن المحكمة المختصة هي التي تحدد الأجرة ويكون قرارها قابلاً للطعن بطريق التظلم عملاً بنص المادة (153) من قانون المرافعات العراقي وأن القرار الذي يصدر نتيجة التظلم يجوز الطعن فيه بطريق التمييز وذلك عملاً بنص الفقرة الأولى من المادة 216 من نفس القانون ويفهم من هذا أن المشرع العراقي اعتبر قرار المحكمة بتحديد أجور المحكمين من قبيل الأوامر على العرائض "القضاء الولائي" ، وفي المقابل هناك اتجاه آخر يذهب إلى عكس ما ذهب إليه الاتجاه العراقي السابق إذ يرى انصار هذا الاتجاه بأنه يمكن أن يتم تحديد الأجرة من قبل المحكمين أنفسهم ، ذلك على أساس

⁶⁴⁶د. محمود مختار أحمد بربري ، التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص 13 .

⁶⁴⁷د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية ، المصدر السابق ، ص410.

⁶⁴⁸مبادئ التحكيم ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ط3، 2004، ص120.

⁶⁴⁹انظر: نص المواد 276، 150، 216 من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969.

أن الاتجاه السابق في تحديد الأجرة يجعل من المحكم قاضياً مأجوراً ، فمن الممكن تفويض المحكم لتقدير اتعابه ويكون هذا التحديد بعد حسم النزاع وصدور القرار التحكيمي ،⁶⁵⁰ . على أن تمارس المحكمة المختصة رقابتها طبقاً للقواعد العامة عندما يلجأ الأطراف إليها ، وذلك لسد الطريق بوجه المحكم من أن يكون متعسفاً في استعمال حقه وهذا هو موقف الفقه والقضاء في فرنسا ، بينما نجد أن المشرع العراقي لم يعطي للمحكم أي دور في تحديد أجوره وأتعابه بنفسه عند عدم وجود الاتفاق على ذلك بين الطرفين ، ولقد أعتبر القضاء العراقي أن من يخسر الدعوى يتحمل مصاريف التحكيم ، أما المشرع المصري فإنه لم يضع نصوصاً خاصة لهذا الأمر ، وبالتالي من الممكن معالجة مثل هذه المسألة باتفاق الأطراف على قبول نصوص أجر المحكم ونفقاته المتبعة لأحد المراكز أو حسب أحد القواعد أو الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم ، وأن حق المحكم في الحصول على أتعابه قد يثير بعض الصعوبات وخصوصاً عندما ينتهي التحكيم بدون إصدار حكم فيه كحالة وفاة المحكم أو توقفه عن السير بالإجراءات ، فهل يستحق أتعاب في هذه الحالة؟⁶⁵¹ .

في هذه الحالات وغيرها ينبغي التمييز بين فرضين ، الأول: إذا كان عدم صدور الحكم ناتجاً عن سبب لا يد له فيه فهو يستحق أتعابه وما أنفقته كتعويض ، ويتم تقدير ذلك على أساس ما أنجزه من عمل وما بذله من جهد وما حُرّم منه من مكاسب مادام هو حسن النية ، أما الثاني : أي أن سبب عدم الاستمرار في التحكيم يعود إليه (عدا حالة الوفاة) وعن سوء نية فهو لا يستحق الأتعاب ، وفي جميع الأحوال لا بد أن يعاد إليه ما أنفقته من نفقات في سبيل ما قام به من مهمته بحدود الاتفاق وبحسن نية ، وكذلك في حالة إبطال الحكم (القرار) الذي أصدره وكان سبب الإبطال يعود لخطئه وإهماله فلا يستحق شيئاً ، لأنه تسبب في ضياع جهد ووقت الأطراف بينما إذا كان العكس فيستحق الأتعاب والمصاريف⁶⁵² . وبالإضافة إلى حق المحكم في الحصول على الأتعاب والمصاريف فله حق آخر وهو قبول مهمة التحكيم حيث أن قبول المحكم للقيام بمهمته متى ما عينته المحكمة لا يعني إجباره إنما له الخيار في قبولها أو عدم قبولها وهذا ما أكدت عليه المادة 259 من قانون المرافعات التي نصت على أنه يجب أن يكون قبول المحكم للتحكيم كتابياً ما لم يكن معيناً من قبل المحكمة ويجوز أن يثبت القبول بتوقيع المحكم على عقد التحكيم ... " ، ولم يحدد المشرع شكلاً معيناً للكتابة فمن الجائز أن تثبت في صلب عقد التحكيم أو في خطاب يرسله المحكم إلى الخصوم سواء كان ذلك معاصراً للاتفاق على التحكيم أو بعد قيام الخصومة ، ولا يترتب أي بطلان إذا لم تتوافر الكتابة ، لأنها شرط لإثبات قبول المحكم وليست شرطاً لصحة التحكيم أو لصحة إجراءاته ، فالقانون يوجب أن يكون قبول المحكم صريحاً وأن يثبت بالكتابة حتى يتفادى كل نزاع قد ينشأ في المستقبل بصدد حصول القبول أو عدم حصوله ، وإذا كانت الشهادة أو القرائن لا تكفي لإثبات قبول المحكم فإن الشروع في القيام بالمهمة من جانبه أو القيام بها بالفعل يقطع في الدلالة على قبوله لها⁶⁵³ . وقد يرد قبول المحكم بصيغة توقيع على عقد التحكيم أو وضع توقيع على اتفاق التحكيم المستقل عن العقد الأصلي أو على الشرط الذي يتضمنه هذا العقد الذي تم بين أطراف النزاع وعلى كل حال فإن الكتابة هنا شرط لإثبات عقد التحكيم⁶⁵⁴ . لذلك فلا يتصور إجبار المحكم على القيام بمهمة التحكيم وإنما يتعين أن يقوم بها بمحض إرادته وبكامل رضائه وقد نص المشرع المصري

⁶⁵⁰ أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، ص 132 .

⁶⁵¹ المحكم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص 141 وما بعدها .

⁶⁵² المصدر نفسه ، ص 142 .

⁶⁵³ شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، ص 450 .

⁶⁵⁴ التحكيم التجاري الدولي ، ص 237 .

على تأكيد ذلك ، فنص على أن يكون قبول المحكم لمهمته كتابة (م3/16) لذلك فالكتابة إذا مظهراً لرضا المحكم في القيام بمهمته ومن ثم فإنها لا تعدو أن تكون إجراءً تنظيمياً وشرطاً لأثبات قبول المحكم لمهمة التحكيم لا يتعلق بالنظام العام وليست ركناً من أركان التحكيم⁶⁵⁵.

ومهما كانت للمحكم من واجبات وحقوق فهو في النهاية ليس قاضياً فلا يتمتع بالضمانات والحصانة مما يتمتع به القضاة ، ولا يلزم الخصوم بإتباع إجراءات الشكوى من القضاة عند مطالبته بالتعويض بسبب ما يقع منه من غش أو تدليس أو خطأ فيما أداه من مهمة بما يخالف أحكام القانون أو بدافع التحيز أو بقصد الأضرار بأحد الخصوم وإنما شأنه شأن أي شخص يسأل مدنياً عن التعويض إذا أخطأ⁶⁵⁶.

وترفع عليه الدعوى بالتعويض طبقاً للقواعد العامة ومن أمثلة خطأ المحكم أن يمتنع عن الحكم بغير عذر مقبول أو يجاوز الميعاد المقرر له ، أو أن يتسبب في بطلان حكمه لأمر يرجع إلى إهماله أو خطاه ، فيكون قد تسبب في ضياع وقت الخصوم وجهدهم دون جدوى ، أما إذا بطل حكم المحكم ولم يكن له دخل في هذا البطلان فلا يسأل ولا يلزم بالتعويض ، ويختلف تقدير الخطأ بحسب شخصية المحكم ودرأيته وعلمه وثقافته ، فما يتطلب من محامٍ عند كتابة حكمه وتحديد بياناته غير ما يتطلب كم مهندس مثلاً ، كما يسأل المحكم إذا تسبب في صرف مبالغ كبيرة عند إجراء تحقيقات لا تتناسب البتة مع قيمة النزاع ، ويسأل إذا أخفى عن أحد طرفي الخصوم علاقته القوية بالطرف الآخر أو قرابته له مما نجم عنه إبطال المحكمة للقرار بالتالي ضياع الوقت والجهد والمال ، كما ويسأل المحكم إذا لم يسبب حكمه عن إهمال وسوء تصرف وإذا كان له بمقتضى اتفاق الخصوم صلاحية تعيين محكمين آخرين معه فيجب عليه أن يراعي أحكام القانون بالنسبة إلى تجديد العدد بحيث يصبح – وترأً وبالنسبة إلى شخوص المحكمين الآخرين فلا يعين قاصراً ولا محجوراً ولا من لا يجوز له التحكيم⁶⁵⁷.

2.2.1.2. شروط المحكمين :

من أبرز الشروط التي يجب توافرها في المحكمين أن يكون عددهم وترأً وهذا ما نصت عليه المادة 257 من قانون المرافعات المدنية العراقي بقولها " يجب عند تعدد المحكمين أن يكون عددهم وترأً ، عدا حالة التحكيم بين الزوجين "658. والعلة من اشتراط العدد الوتري (الفردي) وإن تعدد المحكمين ، وذلك لتلافي الحالة التي قد ينتهي إليها التحكيم وهي حالة اختلاف المحكمين فيما بينهم بدون أن يصلوا إلى قرار واحد الأمر الذي لا يؤدي إلى حسم النزاع بل قد يزيد الأمر سوءاً ، وهذا هو موقف التشريع الفرنسي ومعظم التشريعات العربية أما عن الأثر الذي يمكن أن يترتب على تخلف هذا الشرط هو البطلان كما نص عليه القانون المصري أما موقف المشرع العراقي من هذا الأثر فإنه لم يذكره صراحة إلا أن نص المادة (257) من قانون المرافعات العراقي تعتبر من القواعد الأمرة التي لا يجوز مخالفتها وبالتالي فإن الأثر المترتب على مخالفتها هو البطلان ، والذي يبدو أن هذا البطلان يقتصر على الإجراءات والقرارات التي يصدرها المحكمون وبالتالي فإنه لا ينصرف إلى اتفاق التحكيم ، بحيث يبقى العقد صحيحاً ، وعلى المحكمة في هذه الحالة أن تعين المحكم أو

⁶⁵⁵ الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 ، ص 145 .

⁶⁵⁶ مبادئ التحكيم ، ص 118 .

⁶⁵⁷ مبادئ التحكيم ، ص 118 .

⁶⁵⁸ أنظر : نص المادة 257 من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 .

المحكمن بالصورة التي يصبح فيها العدد فريداً⁶⁵⁹. والسبب الذي حدا بالمشرع العراقي إلى استثناء حالة النزاع بين الزوجين من شرط وترية عدد المحكمن هو الرغبة في عدم مخالفة ما جاء بالآية الكريمة " وإن خفتم شقاقا بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها أن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما ، وبذلك نص قانون الأحوال الشخصية العراقي (م41) ، وكذلك يشترط أن لا يكون المحكم من رجال القضاء مالم يأذن مجلس القضاء بذلك مادة (255مرافعات) ، ويرى بعض الكتاب ضرورة أن لا يكون الأذن مبهماً أو بصيغة عامة كأن يقال أن القاضي الفلاني مأذون بالتحكيم في كل قضية بل يجب أن يكون الأمر خطياً ومحدداً أي ، أن يعين فيه أطراف النزاع وملخص اتفاق الأطراف وموضوع النزاع بصورة إجمالية⁶⁶⁰.

ومن الشروط الأخرى أيضاً هي أن يكون المحكم كامل الأهلية فمن المبادئ الأساسية أن يكون كامل الأهلية بكل ما في ذلك من معنى، كما ليس هناك مانع قانوني من أن يكون المحكم امرأة أو غير متخصص في موضوع النزاع أو حتى ليس له معرفة بالقانون إن كانت المسألة المعروضة ذات طابع قانوني صرف ، أو جاهلاً لغة اطراف النزاع ، أو من غير ديانة المتخاصمين ولو كان النزاع يتعلق بمسألة ذات طابع ديني ،⁶⁶¹. فقد نصت المادة (255) من قانون المرافعات العراقي بأنه " لا يجوز أن يكون المحكم من رجال القضاء إلا بإذن من مجلس القضاء ، ولا يجوز أن يكون قاصراً أو محجوراً أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره⁶⁶². لذلك فالمقصود بأن يكون المحكم كامل الأهلية أي أن لا يكون قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جنابة أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه مالم يرد إليه اعتباره م(16تحكيم مصري) ، والاصل أنه لا يشترط في المحكم مؤهلات معينة ، لأن مناط التحكيم هو الخبرة والصلاحيية ، والدراية بالأعراف الجارية في نشاط معين إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك فقد يتفقا على أن يكون المحكم الفرد أو بعض أعضاء الهيئة ذا تخصص مهني بعينه ، كالمهندسة أو المحاسبة أو غيرها ، وهنا وجب احترام إرادتهم ، وقد ذهب رأي إلى عدم اشتراط أن يكون المحكم متعلماً ، بل ويجوز أن يكون أمياً ، وذهب إلى إمكانية استعانتة بغيره ممن يقرأ ويكتب ، ليكتب له ما يمليه عليه ، ثم يوقعه ببصمته بعد تدوينه ، في حضور الطرفين ولكن الرأي الغالب لا يؤيد هذا الرأي ، فالمحكم وإن كان لا يملك شهادة معينة أو غير متخصص في علم أو فن معين ، لكن لا يجوز أن يكون أمياً ، فالأنسب للتحكيم أن يكون المحكم ممن يجيد القراءة والكتابة فمهمة التحكيم ليست مهمة خاصة وإنما هي مهمة عامة ، وهذه لا يتولاها إلا من يقرأ ويكتب⁶⁶³. لقد ذكرنا بأنه لا مانع من أن يكون المحكم امرأة وليس رجل ولا يشترط أن يكون من نفس ديانة المتخاصمين ، ولا يشترط أن يكون من رجال القضاء ، لكن هل يجوز أن يكون المحكم أو هيئة التحكيم شخصية معنوية ؟ المحكم يجب أن يكون شخصاً طبيعياً وهذا الأمر يعتبر من المسلمات أو من البديهيات في علم القانون ، ذلك لأنه من الضروري أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً لا معنوياً ، والعلة في ذلك هي لكون ما يشترط في المحكم من شروط أخرى لا يمكن أن تنطبق إلا على الشخص الطبيعي فعلى سبيل المثال ما نص عليه القانون بأن لا يكون المحكم قاصراً ولا محجوراً عليه ولا من رجال القضاء دون إذن من مجلس العدل وهذا مالا يمكن أن يتوفر بالنسبة إلى الشخص المعنوي ، وعند الرجوع إلى نصوص القوانين نلاحظ

⁶⁵⁹ احكام عقد التحكيم وإجراءاته ، ص 109 .

⁶⁶⁰ أنظر: د. نزار الطبقلي ، تسوية المنازعات عن طريق التحكيم ، مجلة القضاء ، العددان الثالث والرابع ، 1989 ، ص 19 وما بعدها .

⁶⁶¹ المصدر نفسه ، ص 20 .

⁶⁶² أنظر : نص المادة (255) من قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969 .

⁶⁶³ التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي ، ص 139 وما بعدها .

انعكاس هذا الشرط فيها واضحاً ، فقد نص عليه المشرع الفرنسي بقوله أن " مهمة التحكيم لا يمكن أن تفوض إلا لشخص طبيعي" ⁶⁶⁴.

وأن المحكمين هم دائماً أشخاص طبيعيين حتى وإن تم إسناد مهمة التحكيم إلى هيئة أو مركز متخصص في التحكيم فإن دوره يقتصر على تنظيم عملية التحكيم ، سواء حسب الإجراءات التي يضعها لذلك أو حسب الإجراءات التي يتفق عليها طرفا التحكيم ، ويعني ذلك أن أحكام التحكيم لا تصدر عن باسم هذا المركز وإنما يجب أن تصدر باسم المحكمين الذين تم اختيارهم لهذه المهمة ⁶⁶⁵. وقبل أن نختم حديثنا عن هذه الشروط هناك مسألة مهمة من الضروري الإشارة إليها وهي مسألة المحكم الأجنبي فهل يجوز أن يكون المحكم أجنبياً ، وهل يجوز أن يكون الخصم حكماً ؟ لقد بحث الفقهاء في مدى جواز أن يكون المحكم من غير الوطنيين ، أي من الأجانب ، وبالنسبة للقانون العراقي فلا يوجد أي نص يمنع من اللجوء إلى أجنبي بأن يكون محكماً ، أو أي نص يوجب أن يكون المحكم عراقياً ، وإذا ما رجعنا إلى الاتفاقيات التي عقدتها الحكومة العراقية مع شركات النفط الأجنبية المؤممة ، والاتفاقية التي عقدتها المؤسسة العراقية لتعبئة الطائرات بالوقود والزيوت مع شركة (ايرتوتال) ، نلاحظ ان من بين المحكمين في هذه العقود شخصيات أجنبية ، كما أن العقود التي توافق فيها الدول (ومن ضمنها العراق) على عرض نزاعاتها مع الشركات المتعاقدة معها ، على المحكمة التابعة لعرفة التجارة الدولية في باريس ، على رؤية النزاع الحاصل من قبل محكمين أجنبيين دليل على القول بأن المحكم يمكن أن يكون أجنبياً ، ولقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (ليس هناك ما يمنع أن يكون التحكيم على يد أشخاص غير مصريين)، ذلك أن حكمة تشريع التحكيم تنحصر في أن طرفي الخصومة ، يريدان بمحض إرادتهما واتفاقهما ، تفويض أشخاص ليس لهم ولاية القضاء أن يقضوا بينهم أو أن يحسموا النزاع بحكم أو صلح ⁶⁶⁶. أما بالنسبة لإمكانية أن يكون الخصم حكماً فالقاعدة الأساسية أنه لا يجوز تعيين أحد خصوم الدعوى حكماً إذ لا يتصور أن يكون الشخص خصماً وحكماً في وقت واحد ، وهذه القاعدة من النظام العام ، لأن الخصم أن كان يملك تفويض أمره لخصمه فهو لا يملك تعيينه محكماً إذ في الحالة الأولى هو يفوضه الأمر بغير قيد أو شرط فكأنه ينزل له عن حقه وهذا يملكه ، أما في الحالة الثانية فهو يقصد مراعاة إجراءات التحكيم وتنظيم التحكيم وهي من شأن المشرع الذي يملك إبطال المشاركة التي تبدو عبثاً رعاية للخصوم أنفسهم ⁶⁶⁷. وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في حكم لها حيث قالت في أسباب الحكم " أن المحكم ليس طرف في خصومة التحكيم ، وإنما هو شخص يتمتع بثقة الخصوم واتجهت إرادتهم إلى منحه سلطة الفصل فيما شجر بينهم ، فحكمه شأن أحكام القضاء تحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدوره ، ومن ثم لا يتصور أن يكون خصماً وحكماً في ذات الوقت " ⁶⁶⁸.

2.2.1.3. سلطات المحكمين :

يأخذ المحكم أثناء اعتلائه منصة التحكيم مركزاً خاصاً ومميزاً فيتمتع المحكم أثناء قيامه بإدارة العملية التحكيمية بسلطات إجرائية تجد أساسها في النصوص القانونية ، وتزداد سلطاته اتساعاً كلما تراجعت تلك

⁶⁶⁴.د. أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، ص 111.

⁶⁶⁵قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية ، ص 191

⁶⁶⁶.د. نزار الطبقلي ، تسوية المنازعات عن طريق التحكيم ، المصدر السابق ، ص 21 .

⁶⁶⁷ التحكيم الاختياري والاجباري ، ص 162.

⁶⁶⁸مناحي خالد محمد الهاجري، أثر النظام العام على اتفاق التحكيم ،دراسة مقارنة،رسالةدكتوراه،جامعة عين شمس،كلية الحقوق، 2012،ص271.

النصوص القانونية التي تقيد تلك السلطات التي تضيق وتتسع حسب اتفاق الأطراف فكثيراً ما تنص التشريعات الوطنية ومعظم اللوائح المؤسسية على السلطات والصلاحيات التي يمارسها المحكم ، إلا أنها تقيدةً بعبارة (مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك) حيث يتعين على المحكم ألا يتخطى ما منح من سلطات وأن يلتزم بهذه الضوابط في جميع مراحل العملية التحكيمية ، وهذه السلطات تتحدد بموجب عاملين رئيسيين هما : اتفاق التحكيم والقانون ، فاتفق التحكيم قد يحد من سلطة المحكم أو على العكس من ذلك قد يخوله سلطة واسعة ، فيجب على المحكم أن يتحقق من السلطة المخولة إليه بمقتضى عقد التحكيم وأن يمارس هذه السلطات بالحدود التي يرسمها له المحكّمون⁶⁶⁹.

فالمحكم لا يملك الحكم إلا في نطاق الخصومة المتفق فيها على التحكيم وبين أطرافه فقط ، فليست له سلطة الحكم في نزاع آخر ولو كان مرتبطاً بهذه الخصومة ولا يملك الحكم بين غير المتخاصمين فيما احتكموا إليه فيه وسلطة المحكم لا تتجاوز بأي حال نطاق الجوانب المالية والتجارية فلا يملك توقيع العقوبات الجزائية أو الغرامات المنصوص عليها في قانون المرافعات وغيره مما يملك القاضي توقيعها على الخصوم أنفسهم أو على الشهود أو الخبراء أو على من يخل بنظام الجلسة وذلك لأنه ليست له صفة القاضي ولا تبدأ سلطة المحكم إلا حيث يكون اتفاق التحكيم واضح الصحة فإن على المحكم قبل مباشرة مهمته أن يتحقق من نطاق النزاع المطروح عليه من حيث موضوعه وسببه وأطرافه ، وما إذا كانت له صفة المحكم المصالح بحيث يسوغ له فرض عقد الصلح أم أن عليه الفصل في النزاع وحسب كما أن عليه أن يتحقق من أن موضوع النزاع لا يتصل بالنظام العام أي مما يجوز التحكيم فيه قانوناً وشرعاً⁶⁷⁰.

لذلك سوف نتناول موضوع سلطة المحكم في نقطتين رئيسيتين وهي:

1- سلطة المحكم في نظر الأمور المتعلقة باختصاصه

2- سلطة المحكم عند مخالفة النظام العام .

سلطة المحكم في نظر الأمور المتعلقة باختصاصه : إذا ثار خلاف بين الخصوم حول التحكيم من ناحية صحته أو جوازه أو نطاقه أو أي أمر- بوجه عام - يتصل بسلطته أو مداها في الحكم فإن المحكم لا يملك البت فيه بل يمتنع على الفور عن نظر هذا النزاع الذي يختص به القضاء العادي ، وهذا على خلاف القضاء ، بينما القاضي عليه الحكم أولاً في مدى اختصاصه به متى كان مطروحاً عليه طرْحاً صحيحاً ، فالمحكم لا يملك الفصل في قيام سلطته أو في انتفائها ، أو في صحة أو بطلان الاتفاق على منحه سلطة الحكم في النزاع ، أو في توافر صفته كمحكم أو في انتفائها أو في أنه جاوز ميعاد الحكم أو لم يجاوزه ، وهو لا يقضي بعدم اختصاصه بنظر النزاع ، وإنما يحكم بانتفاء صفته فقط ، وذلك لأن الاختصاص أو عدم الاختصاص يعبر به عن مدى ولاية المحاكم- التي تتبع جهات القضاء في الدولة - بنظر نزاع ما ، أي الاختصاص اصطلاحاً هو توزيع ولاية القضاء على المحاكم المختلفة في الدولة⁶⁷¹.

وما تقدم ذكره من عدم جواز قيام المحكم الفصل في المنازعات المتعلقة باختصاصه سواء تعلقت بالأصل الذي يستمد منه أي بوجود اتفاق تحكيم وصحته ، أو تعلقت بتحديد نطاق هذه السلطة على فرض وجودها هو ما كان سائداً في الفقه والقضاء الفرنسي القديم إلا أن الحال لم يستمر كذلك فقد أخذ المشرع الفرنسي بمبدأ (

⁶⁶⁹المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، ص 241 وما بعدها .

⁶⁷⁰مبادئ التحكيم ، ص 115 .

⁶⁷¹ التحكيم بالقضاء وبالصلح ، ص 197 وما بعدها .

الاختصاص بالاختصاص) ويتضح هذا من نص المادة (1466) مرافعات فرنسي 1980 والتي تنص على أنه : إذا نازع أحد الأطراف أمام المحاكم عن أساس أو مدى سلطة أو نطاق اختصاص المحكم ، فيكون لهذا الأخير الفصل في صحة الاتفاق على التحكيم أو في حدود اختصاصه⁶⁷². فنظر المحكم لاختصاصه يسمى بمبدأ (الاختصاص بالاختصاص) : وهو نظر المحكم بتقرير صحة ولايته في نطاق هذه الولاية ويسمى بالفرنسية (Competence de la Competence) ومعنى ذلك أن المحكمين أو لجنة التحكيم تختص بفحص ونظر صحة ونظام اختصاصه ، بما في ذلك فحص اتفاق التحكيم وصحته وبطلانه ، وهذا المبدأ محل خلاف في الفقه فأنصار النظرية العقدية يرون أن قضاء الدولة هو وحده المختص بالنزاعات المتعلقة باختصاص ولاية المحاكم ، أما أنصار النظرية القضائية يرون أن المحكمين هو المختصون بذلك ، والقول في جميع الأحوال أن المحكم يختص بنظر المنازعات المتعلقة باختصاصه على إطلاقه يبقى محل نظر ولا يتلاءم مع طبيعة التحكيم الاستثنائية ، فإذا كان التحكيم نظاماً اجرائياً إلا أنه نظام استثنائي ، وبالتالي إذا سلمنا للمحكم بنظر جميع المنازعات والدفع التي تتعلق باختصاصه كان من الواجب أن يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي من تأهيل ومؤهلات تجعله قادراً لنظر كل المنازعات المتعلقة باختصاصه سواء كانت منازعات موضوعية أم إجرائية ، وتثور هذه المشكلة من الناحية العملية في حالة تشكيل لجنة التحكيم من أكثر من واحد ويكون الخلاف حول كيفية تشكيل كيفية تشكيل لجنة التحكيم أو عدم صلاحيتها لنظر الحكم لأسباب قد تكون جديدة وموضوعية⁶⁷³.

ولقد أعطت الكثير من القوانين والقواعد الدولية الحق لهيئة التحكيم أو المحكم بالنظر في هذه الأمور بعكس التشريع العراقي الذي لم يعطي الاختصاص للمحكم بهذه الأمور وقد أجاز التشريع المصري للمحكم ذلك في الفقرة الأولى من المادة (22) ولقد حسم المشرع الفرنسي موقفه من ذلك وقد نص على أنه المحكم كالقاضي يفصل في اختصاصه وذلك حسب نص المادة (1466)⁶⁷⁴. حيث أن قانون التحكيم المصري الجديد قد حسم مسألة اختصاص المحكم وأسند إلى المحكم سلطة الفصل ليس فحسب في نطاق سلطاته ولكن في وجودها وأساسها بما في ذلك عدم وجود اتفاق التحكيم ابتداءً أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع وأن المادة (22) من قانون التحكيم المصري تكاد تطابق المادة (1466)⁶⁷⁵. حيث تنص المادة (22) ف1) من قانون التحكيم المصري على أنه " تفصل هيئة التحكيم في الدفع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع⁶⁷⁶.

فمبررات هذا المبدأ هي :

1- التطور الحديث في فقه وقضاء التحكيم الذي يعطي لهيئات التحكيم سلطات أوسع لإعمال المزاي التي يتميز بها التحكيم .

⁶⁷²النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص 90 .

⁶⁷³ قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية ، ص 295.

⁶⁷⁴ المحكم التجاري الدولي ، ص 91

⁶⁷⁵ اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، ص 342 .

⁶⁷⁶ انظر نص المادة (22) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

2- أن التشكيك في عدم اختصاص المحكم بالنظر في اختصاصه ، وعدم إعطائه هذا الحق يصبح التحكيم لغواً لا قيمة له لأنه في هذه الحالة سيتم اللجوء إلى القضاء وستتوقف إجراءات التحكيم الامر الذي يعني ضياع الجهد والوقت مما يفقد التحكيم أهم مزاياه⁶⁷⁷.
لذلك أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص له جانبان:

1- جانب إيجابي

2- جانب سلبي

وبخصوص الجانب الإيجابي وهو أن تترك للمحكم مهمة الفصل في اختصاصه ، الجانب السلبي وهو أنه ليس لقضاء الدولة أن يفصل في هذا الاختصاص ، وإنما يجب أن يتركه للمحكم ابتداءً وأن يعقب على حكمه انتهاءً إذا لم يرتضه أحد الأطراف ، ولكن هناك مسألة لا بد من مناقشتها وهي هل تملك هيئة التحكيم من تلقاء نفسها التحقق من اختصاصها والحكم بعدم اختصاصها؟ أن اثاره هيئة التحكيم لموضوع الاختصاص من تلقاء نفسها لا يصح إلا حين يكون عدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام ، كخروج النزاع المعروض عن نطاق اتفاق التحكيم ، حيث يجوز للأطراف الموافقة على مدى نطاق اختصاصها صراحة أو ضمناً عند عدم تمسك صاحب الحق بهذا الدفع (الدفع بعدم الاختصاص) في الميعاد المحدد يعتبر نزولاً ضمناً عن حقه في الاعتراض من ناحية ومن ناحية أخرى رضاً ضمناً في مد اختصاص هيئة التحكيم وهو ما يخضع تقديره لسلطة هيئة التحكيم⁶⁷⁸. ومن الجدير بالذكر أن اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص ليس اختصاص حاجز ولا يسلب القضاء في الفصل في تلك الدفوع بشأن المنازعات المعروضة عليه لأن الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع يتعلق من ناحية أخرى باختصاص قضاء الدولة بنظر النزاع من عدمه ، فإن معنى الاختصاص بالاختصاص تقرير حق هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها عند نظر النزاع إذ هي الأقدر من غيرها في تقرير اختصاصها بالنزاع أو عدم اختصاصها ، فلا يجوز الالتجاء لمحاكم الدولة بعد تشكيل هيئة التحكيم للنظر في مدى اختصاص هيئة التحكيم أو عدم الاختصاص ، وتقرير ذلك هو تقرير لسلطة متعلقة بعمل هيئة التحكيم ، واختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص لا يغل سلطة المحاكم في النظر في اختصاصها أو عدم اختصاصها عند الدفع بوجود اتفاق تحكيم ، باعتبار ذلك من الحقوق الفطرية للقضاء وأن الحرص على تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص لهيئة التحكيم هو تقرير لسلطة لم يكن معترف بها لتلك الهيئة وأن الاعتراف بتلك السلطة لهيئة التحكيم لا يسلب القضاء هذا الحق الأصل ، وأن هذا المبدأ هو من قبيل الاستثناء على الاستثناء ، والاستثناء على الاستثناء عودة للأصل باختصاص القضاء صاحب الولاية العامة⁶⁷⁹.

ويلاحظ أن هيئة التحكيم عندما تفصل في الدفع بعدم اختصاصها فإنها لا تقضي ببطلان أو صحة الاتفاق ، إذ هي ليس لها ولاية الفصل في صحة اتفاق التحكيم أو ببطلانه ، فالأطراف لا يخولونها باتفاق التحكيم الاختصاص بهذه المسألة ، كما أن المشرع المصري وفقاً للمادة (22) المذكورة سابقاً يخولها فقط الفصل بعدم اختصاصها المبني على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع ، دون أن يخولها سلطة الحكم بعدم وجود الاتفاق أو بسقوطه أو ببطلانه ، فالمشرع المصري لم، يأخذ بالفكرة التي أخذت بها بعض التشريعات وهي منح هيئة التحكيم سلطة الفصل في عدم وجود أو سقوط أو بطلان

⁶⁷⁷ النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص 94.

⁶⁷⁸ المركز القانوني للمحكم ، ص 258 وما بعدها.

⁶⁷⁹ تفاه التحكيم والدفوع المتعلقة به ، ص 556 وما بعدها .

اتفاق التحكيم وإذا كان صحيحاً أن كل قضاء يختص بالفصل في اختصاصه أو عدم اختصاصه فإن هذا الاختصاص لا ينصرف إلى صحة أو بطلان العمل الذي أنشأ هذا القضاء ، وإذا كان اتفاق التحكيم هو سلطة المحكم فمن التناقض منح المحكم سلطة الحكم حول وجود أو صحة مصدر هذه السلطة ، ذلك أن وجود اتفاق تحكيم صحيح هو مفترض لمباشرة المحكم أي سلطة في خصومة التحكيم⁶⁸⁰.

وبخصوص سلطات المحكم عند مخالفة النظام العام :

السؤال الذي يثور هنا هل يجب على المحكم التخلي عن نظر النزاع عند تحققه من وجود مخالفة للنظام العام أم أن يقضي ببطلانه ؟ ذهبت الدكتورة ناريمان عبد القادر إلى أن المحكم في هذه الحالة يقضي بالبطلان فالصحة كالبطلان ، فطالما يملك المحكم تقرير صحة العقد فإنه يملك تقرير بطلانه لمخالفته للنظام العام ، وأنه يملك تقرير البطلان فوراً لأن القول بتقرير البطلان عند إعلانه لحكمه فقط يعني أنه سيستمر في نظر المنازعة رغم علمه بأنه سيقضي بالبطلان في النهاية ، بينما يرى الدكتور عزمي عبد الفتاح عكس ذلك وهو "وجوب تخلي المحكم عن نظر النزاع لمخالفته للنظام العام ، وذلك تأسيساً على أنه : لا يجوز للمحكم أن يقضي بالبطلان خاصة إذا لم يثر أحد الخصوم مسألة البطلان لأنه ليس كقاضي الدولة الذي يملك اثاراً هذه المسألة من تلقاء نفسه أما إذا أثار أحد الخصوم هذه المسألة جاز له أن يتصدى لها ، فإن سلطة المحكم محدودة بموضوع النزاع كما حدده الخصوم في اتفاق التحكيم ولا يصح له تجاوزها ، كما أن القضاء بالبطلان قد يمس بحقوق الغير مثل القضاء ببطلان الشركة أو براءة الاختراع حيث يكون للبطلان أثر بالنسبة للكافة وهي مسائل لا يمكن قبولها بالنسبة للمحكم الذي يستمد سلطاته من اتفاق الخصوم ولا يجوز مد هذه السلطات للغير"⁶⁸¹. لذلك فليس للمحكم سلطة تطبيق قواعد النظام العام وبالتالي القضاء بالبطلان ، وأن سلطته تقتصر فقط على إعلان عدم اختصاصه عندما يثبت من وجود عدم المشروعية في العقد الأساسي⁶⁸². لذلك فإذا كان سبب عدم الاختصاص ببطلان الاتفاق على التحكيم لمخالفته للنظام العام ، فيكون لهيئة التحكيم تحديد مدى تعلق المخالفة بالنظام العام ، وأثرها في صحة الاتفاق على التحكيم كما يكون لها إذا كان البطلان متعلقاً بالنظام العام أن تنظر في هذا البطلان من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى دفع به ، وتقتضي بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها⁶⁸³.

ولكن كما ذكرنا فإن هيئة التحكيم لا تقضي ببطلان أو صحة اتفاق التحكيم مالم يتفق الأطراف صراحةً على تخويلها هذه الولاية ، فالأطراف لا يخولونها باتفاق التحكيم وحده الاختصاص بهذه المسألة ، ولهذا فإن هيئة التحكيم تبحث الوجود أو الصحة أو البطلان من حيث الظاهر للنظر في اختصاصها أو عدم اختصاصها ، فإن ظهر لها وجود الاتفاق وصحته رفضت الدفع بعدم الاتفاق ومضت في نظر الدعوى التحكيمية ، ولا يكون حكمها برفض الدفع وباختصاصها قابلاً للطعن فيه بدعوى البطلان فوراً إذ هو حكم يصدر قبل الحكم المنهي للخصومة كلها ، بل يطعن فيه بدعوى البطلان مع الحكم المنهي للخصومة كلها⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، ص 234.

⁶⁸¹ اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 ، ص 341 ، راجع : رأي الدكتور عزمي عبد الفتاح مشار إليه لدى الدكتورة ناريمان عبد القادر في هامش نفس الصفحة المشار إليها .

⁶⁸² .إياد محمود بردان ، التحكيم والنظام العام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط1 ، 2004 ، ص505.

⁶⁸³ قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص147 .

⁶⁸⁴ لمصدر نفسه ، ص 147 وما بعدها .

2.2.2. حجية احكام المحكمين والآثار المترتبة على بطلانها:

2.2.2.1. مفهوم حجية أحكام المحكمين :

من المعلوم أن الأحكام والأوامر الصادرة من المحاكم الوطنية تتمتع فضلاً عن - القوة التنفيذية - بحجة الأمر المقضي به ، فالأحكام والأوامر التي صدرت من القضاء تعتبر قرينة لا تقبل إثبات العكس على أنها قد صدرت صحيحة من حيث الإجراءات وأن ماقضي به من حيث الموضوع هو الحق بعينه ، ومن ثم لا يجوز لأي من أطراف النزاع رفع دعوى جديدة بشأن ذات الموضوع أمام القضاء⁶⁸⁵.

لذلك فالمقصود بحجية الحكم القضائي : (ما سبق عرضه على القضاء وتم الفصل فيه لا ينبغي أن يطرح مرة أخرى للنقاش أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم أو أمام أي محكمة أخرى ليفصل فيه من جديد ، إلا بالطرق وفي المواعيد التي حددها القانون) وترجع فكرة حجية الاحكام إلى اعتبارين الأول : هو الضرورة التي تتطلبها مصلحة الأفراد ، كما تقتضيها مصلحة الجماعة ، إذ لا يعقل أن تستمر الخصومات بين الناس لاتقف عند حد فتتأبد المنازعات ، الأمر الذي يترتب عليه عدم استقرار الحقوق والمراكز القانونية وتعطيل المعاملات بين الناس اما الاعتبار الثاني :

هو أنه لو سمح بالفصل من جديد فيما تم الفصل فيه لتعرضت أحكام القضاء للتناقض ، الأمر الذي يضيع هيبة الأحكام ويزعزع ثقة الناس فيها⁶⁸⁶.

وهذه الإعتبارات لا تتحقق إلا إذا تعلقت حجية الأحكام بالنظام العام لكن بعض القوانين لم تنص على مدى تعلقها بالنظام العام كقانون التحكيم المصري والأردني وال فلسطيني⁶⁸⁷.

هذا ويجب ملاحظة الفرق بين حجية الأمر المقضي فيه وقوة الأمر المقضي فيه ، فالأولى تعني أن للحكم حجة فيما بين الخصوم وبالنسبة إلى ذات الحق محلاً وسبباً فيكون للحكم حجة في هذه الحدود⁶⁸⁸

وهي حجة لا تقبل الدحض إلا بطريق من طرق الطعن على الحكم ، وثبتت هذه الحجة لكل حكم قطعي ، وتبقى للحكم حجته إلى أن يزول ، أما قوة الأمر المقضي فيه : فهي مرتبة يصل إليها الحكم إذا أصبح نهائياً غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن الاعتيادية ، وأن ظل قابلاً للطعن فيه بطرق غير اعتيادية ، ومن الجدير بالذكر أن قانون المرافعات المدنية العراقي يخلو من الإشارة إلى الاعتراف بحجية أحكام المحكمين إلا أنه أشار إلى أن حكم المحكمين لا يكون قابلاً للتنفيذ بمجرد صدوره بل لابد من إيداع الحكم لدى المحكمة المختصة وتصديقه ويكون الحكم بعد ذلك قابلاً لجميع طرق الطعن المقررة للأحكام القضائية عدا طريقة الاعتراض على الحكم الغيابي ، أما قانون التحكيم المصري فقد اعترف بحجية أحكام المحكمين شأنه في ذلك شأن الأحكام القضائية حيث نصت المادة (55) منه على أنه "تحوز احكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الاحكام المنصوص عليها في هذا القانون فنلاحظ أن أحكام المحكمين وفقاً للقانون المصري لا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن ، فإنها تصدر حائزة لقوة الامر المقضي فيه منذ لحظة صدورها بالرغم من امكان رفع دعوى البطلان إذا توافرت

⁶⁸⁵د. صالح جاد المنزلاوي، الإختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والإعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام والأوامر الأجنبية في سلطنة عمان ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2008 ، ص 230 .

⁶⁸⁶الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 ، ص 406 .

⁶⁸⁷أشجان فيصل شكري داود ، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، نابلس - فلسطين ، 2008 ، ص 80 .

⁶⁸⁸د. هادي مسلم ويونس نشوان صالح ، حجية أحكام المحكمين في التشريعات الوطنية،مجلة جامعة دهوك،المصدر السابق، ص484.

شروطها⁶⁸⁹. ومن الواضح أن موقف المشرع العراقي من طرق الطعن هو موقف ثابت ولم يتغير لا في قانون المرافعات القديم ولا الحالي ، فقد قرر المشرع العراقي كما ذكرنا الطعن بكل الطرق ماعدا طريق الاعتراض ، وذلك على أساس أن عقد التحكيم هو عقد رضائي وقد تم باتفاق الأطراف لذا فإن عدم حضور أحد الخصوم إلى المرافعة التحكيمية يجعله مقصراً في حقه فلا يمكن إعطائه فرصة للطعن بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي ، أما المشرع المصري فالذي يبدو أنه أعتبر قرارات التحكيم بائنة فقد كان قانون المرافعات المصري الملغي يجيز الطعن بالاستئناف ، أما القانون الجديد رقم 27 لسنة 1994 فقد منع التعرض بالطعن لكل القرارات التي تصدرها هيئة التحكيم بأي طريقة من طرق الطعن المقررة في قانون المرافعات المصري، ومع هذا فإن المشرع المصري لم يغلط باب الطعن ضد قرارات التحكيم دون رجعة ، فقد أجاز المشرع في بعض الحالات الاستثنائية التي حددها والتي تستوجب الطعن بقرارات التحكيم لكي يتم ابطالها من قبل المحكمة المختصة رفع دعوى مستقلة أمام القضاء يطلق عليها أسم دعوى بطلان حكم التحكيم⁶⁹⁰.

وتأسيساً على ما سبق ذكره فالحجية في فقه المرافعات تعني أنه لا يجوز إثارة النزاع نفسه تأسيساً على السبب ذاته بين الأطراف أنفسهم الذين صدر الحكم في مواجهتهم فاصلاً فيما نشب بينهم من نزاع ، ولا يقبل الجدل في إثارة أي دافع أو حجج تهدف إلى نقض هذه الحجية التي يكتسبها الحكم بمجرد صدوره ، حتى لو كان مازال ممكناً الطعن فيه ، وترتيباً على ما سبق فإن من صدر حكم التحكيم لصالحه يحق له التمسك بحجية هذا الحكم إذا قام الطرف الآخر برفع دعوى أمام القضاء للنظر في الموضوع الذي فصل فيه حكم التحكيم وكانت الدعوى مؤسسة على السبب الذي استندت إليه دعوى التحكيم⁶⁹¹. ويتمتع حكم التحكيم بحجية الأمر المقضي بمجرد صدوره وقبل صدور الأمر بتنفيذه حتى لو كان قابلاً للطعن فيه وتبقى هذه الحجية بقاء الحكم وتزول بزواله ولكن اكتساب حكم التحكيم لهذه الحجية لا يعني اكتسابه القوة التنفيذية ولا ينفذ جبراً إلا بعد اصدار الأمر بتنفيذه من السلطة القضائية المختصة⁶⁹².

بعد اكتساب حكم المحكمين الدرجة النهائية يحوز حجية الأمر المقضي فيكتسب نفس حجية احكام المحاكم النهائية ، غير أنه لا ينفذ لدى دوائر التنفيذ إلا بعد مصادقة المحكمة عليه (مرافعات عراقي م 1/272) وهذا ما سنوضحه لاحقاً عند الكلام عن التنفيذ بعد ان نوضح الخلاف حول موعد اكتساب هذه الحجية⁶⁹³.

ولقد نصت المادة (105) من قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 الاحكام الصادرة التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق إذا اتحد أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً "ونصت المادة (106) من نفس القانون على أنه " لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الاحكام الباتة "⁶⁹⁴. وكذلك نص قانون الاثبات المصري في المادة (101) على أن " الاحكام التي حازت قوة الامر المقضي تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ، ولكن لا تكون لتلك الاحكام هذه الحجية إلا في نزاع قائم بين الخصوم انفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها " ويبرر فقه المرافعات تمتع الاحكام بالحجية

689 المصدر نفسه ، ص 484.

690 احكام عقد التحكيم واجراءاته ، ص 249 وما بعدها .

691 انظر : د. محمود مختار أحمد بربري ، التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص 255 وما بعدها .

692 الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثاره وطرق الطعن به ، ص 79.

693 الوجيز في التحكيم ، ص 56.

694 انظر نص المادتين (105) و(106) من قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل.

على اساس ان الحجية ترتبط بوظيفة القضاء ولم يقررها القانون لصالح الخصوم بل للصالح العام⁶⁹⁵. وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بأن " التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية ، ولئن كان في الأصل وليد إرادة الخصوم إلا أن أحكام المحكمين بشأن أحكام القضاء تحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدورها وتبقى هذه الحجية طالما بقي الحكم قائماً ولم يقض ببطلانه ، وهو ما أكدته المادة 55 من القانون رقم 27 لسنة 1994 بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية " ، بل وذهبت إلى أكثر من ذلك فقد أكدت ذات المحكمة أن " حكم التحكيم ورقة رسمية ، لا يجوز إثبات عكس ما تضمنه إلا بالطعن عليه بالتزوير " ، وقد ذهب البعض - متحمساً - إلى أن حكم التحكيم لا يكتسب قوة الامر المقضي فحسب ، وإنما يحوز أيضاً حجية الأمر المقضي ، وهو ما يستشعر منه بأن الحجية المعترف بها لأحكام التحكيم ، تتماثل مع الحجية المعترف بها لأحكام القضاء ومن ثم تتعلق في الحالتين بالنظام العام⁶⁹⁶. لذلك فالسؤال الذي يجب طرحه هنا هو هل أن حجية احكام المحكمين تتعلق فعلاً بالنظام العام؟ أن مدى تعلق الدفع بحجية احكام المحكمين بالنظام العام كان محل خلاف لدى الفقه حيث ذهب جانب منه إلى القول بتعلق الدفع بحجية احكام المحكمين بالنظام العام وأنه يترتب على ذلك أنه لا يجوز للخصوم التنازل عن التمسك بها ، وأن للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه كما وأنه للخصوم أن يتمسكوا به في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بعدم تعلق الدفع بحجية أحكام المحكمين بالنظام العام وبالتالي عدم جواز إثارته من قبل المحكمة نفسها ، وعدم جواز التمسك به من قبل الخصوم⁶⁹⁷. فالحجية لا تتعلق بالنظام العام ، حيث يجوز للخصوم في حالة رفضهم الحكم الفاصل في النزاع الاتفاق على تجاهله ، وإعادة طرح النزاع على ذات هيئة التحكيم أو هيئة جديدة ، دون أن يكون لها الحق بأن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول طلب التحكيم إستناداً إلى حجية حكم التحكيم السابق صدوره⁶⁹⁸.

كما أن حجية الحكم القضائي قوامها القانون ، ويحكم إطارها اعتبارات الصالح العام ، بينما حجية حكم التحكيم قوامها إرادة واتفاق أطراف التحكيم وإطارها مرهون بمشيتهم واعتبارات مصالحهم الخاصة ، لذا تتعلق حجية الحكم القضائي بالنظام العام ، فلا يملك الخصوم أن يطرحوا للنقاش من جديد النزاع الذي سبق الفصل فيه على المحكمة التي أصدرت الحكم ، أو أي محكمة أخرى من نفس الدرجة لتعيد الفصل فيه مرة أخرى من جديد سواء كان باتفاق الخصوم أو بناءً على طلب أحدهم ، إذ توجه الدعوى في هذه الحالة بعدم القبول من تلقاء نفس المحكمة ، لسبق الفصل فيها ، أو بناءً على دفع المدعى عليه بذلك ، وعلى العكس من ذلك تماماً ، يملك أطراف خصومة التحكيم في سبيل تحقيق مصالحهم الخاصة إذا لم يرق لهم الحكم كما ذكرنا آنفاً، الالتجاء إلى نفس هيئة التحكيم أو إلى هيئة تحكيم أخرى دون أي قيد طالما كان ذلك باتفاقهم ، أما إذا لم يتفق الخصوم ، يحوز الحكم الحجية ، ويجوز للخصم صاحب المصلحة التمسك به ، والدفع بسبق الفصل في الدعوى إذا أراد خصمه عرض النزاع من جديد أمام هيئة تحكيم أخرى أو أمام القضاء⁶⁹⁹. وليس من حق هيئة التحكيم أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول دعوى التحكيم بحجة سبق الفصل في موضوع النزاع ، والأمر كذلك إذا لجأ المحكوم عليه إلى القضاء مطالباً بإعادة النظر في النزاع الذي فصل فيه حكم التحكيم ،

⁶⁹⁵د. محمود مختار أحمد بربري ، التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص 256.

⁶⁹⁶شرح قانون التحكيم ، ص 241.

⁶⁹⁷حجية احكام المحكمين ، مجلة جامعة دهورك ، المصدر السابق ، ص 488.

⁶⁹⁸الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به ، ص 81.

⁶⁹⁹الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، ص 408.

فالمحكمة لا تملك الصلاحية بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها إذا حضر الخصم الآخر ، ولم يتمسك بحجية حكم التحكيم ، مما يعني تبعاً لهذا الاتجاه قبول عرض النزاع ثانية أمام القضاء لعدم توفر الاعتبارات المتعلقة بالمصلحة العامة واحترام مرفق القضاء وما يصدر عنه من أحكام ، لأن أحكام التحكيم ترتبط حجيتها بمصالح الافراد الخاصة فهم أحرار في الالتجاء إلى القضاء بعد أن ارتأوا فشل هيئة التحكيم في إصدار حكم يحظى بقبولهم⁷⁰⁰.

كما أن المشرع المصري في قانون المرافعات والاثبات اعتبر حجية أحكام القضاء كما ذكرنا من النظام العام استناداً إلى عدة اعتبارات فسوف نلقي نظرة على ما يتوافر منها بشأن التحكيم ، حيث تقول المذكرة الايضاحية لمشروع قانون المرافعات الحالي (رقم 13 لسنة 1968) " علة ذلك هي احترام حجية الحكم السابق صدوره في نفس الدعوى وهذه الحجية أجدر بالاحترام وأكثر اتصالاً بالنظام العام من أي أمر آخر لما يترتب على إهدارها من تأييد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها" ، كما وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الاثبات (رقم 25 لسنة 1968) " أن هذه الحجية تقوم في المسائل المدنية على ما يفترضه القانون في الأحكام القضائية من صحة مطلقة في حكم القضاء رعاية لحسن سير العدالة واتقاء لتأييد المنازعات وضماناً للاستقرار الاقتصادي والاجتماعي وهي أغراض تتصل اتصالاً وثيقاً بالنظام العام وغني عن البيان أن إقرار الخصوم على حق التنازل عن هذه الحجية ومنع القاضي من إثارتها من تلقاء نفسه يمكن لاحتمال تعارض الاحكام وتجديد المنازعات وهو احتمال قائم فقصد المشروع إلى اتقائه"⁷⁰¹.

وكما هو واضح مما ورد ذكره في المذكرة الايضاحية لكل من قانون المرافعات وقانون الاثبات أن اتجاه المشرع إلى جعل حجية الاحكام القضائية من النظام العام تقوم على اعتبارين : هو عدم تأييد المنازعات واستقرار الحقوق لأصحابها والثاني هو عدم حدوث تعارض في الاحكام مما يؤدي إلى تجديد المنازعات ، لكن أحكام التحكيم لا تختلف عن أحكام القضاء في هذين الاعتبارين فعدم احترام حجية احكام التحكيم يؤدي إلى تأييد المنازعات وإلى عدم استقرار الحقوق لأصحابها مما يؤثر بالسلب على الوضع الاقتصادي والاجتماعي ، كما يؤدي كذلك إلى احتمالات تعارض الاحكام التي نص المشرع على أن لها حجية واجبة الاحترام ، وعلى الرغم من أن التحكيم لا يتم في مرفق عام وأن اللجوء إليه أمر اختياري إلا أنه لا ينبغي قصر النظر على هذا الجانب بل يجب النظر إلى العمل الصادر عنه باعتباره عملاً قضائياً نص المشرع على أن له حجية الامر المقضي⁷⁰². وبناءً على ما تقدم يبدو أن الرأي الراجح هو الرأي القائل بتعلق الدفع بحجية احكام المحكمين بالنظام العام ولا يجوز إثارة النزاع مرة ثانية أمام القضاء لسبق الفصل فيه بموجب التحكيم واكتساب الحكم حجية الامر المقضي فيه ، وعليه فإنه تستطيع المحكمة أن تتمسك بسبق الفصل في النزاع من تلقاء نفسها ، كما وأنه يمكن للخصوم أن يتمسكوا به في أية مرحلة من مراحل الدعوى ، ذلك لأن حكم المحكمين وحسب قانون المرافعات المدنية العراقي لا يكتسب الحجية التي يعتد بها القانون إلا بعد جملة من الإجراءات : فبعد أن يصدر المحكمون قرارهم يجب عليهم إعطاء صورة منه لكل من الطرفين وتسليم القرار مع أصل اتفاق التحكيم إلى المحكمة المختصة بالنزاع خلال الأيام الثلاثة لصدوره وذلك بوصل يوقع عليه كاتب المحكمة فضلاً عن ذلك لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاءً أو اتفاقاً مالم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناءً على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة وبعد مصادقة

⁷⁰⁰ حجية احكام المحكمين ، ص 488 .

⁷⁰¹ قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية الدولية والداخلية ، ص 475.

⁷⁰² المصدر نفسه ، ص 476.

المحكمة المختصة على قرار التحكيم يكون الحكم قابلاً للطعن بجميع طرق الطعن عدا طريقة الاعتراض كما أوضحنا سابقاً وبعد ذلك يكتسب الحكم حجية الامر المقضي وهذا ما نصت عليه المادة (105) من قانون الاثبات كما أوضحنا سابقاً⁷⁰³.

2.2.2.2. نطاق حجية أحكام المحكمين :

أ- نطاق حجية أحكام التحكيم من حيث الأشخاص: أن حكم التحكيم شأنه شأن حكم القضاء ، لا يكون حجة إلا على أطرافه بمبدأ نسبية الاحكام ، فأطراف الدعوى التي صدر فيها الحكم والذين أعلنوا بها وتمكنوا بناءً على ذلك من إبداء أوجه دفاعهم ، هم وحدهم الذين يحتج عليهم بالحكم ، ولا يصح في هذا المقام الخلط بين القوة الملزمة لاتفاق التحكيم وحجية حكم التحكيم الذي يصدر بناءً على هذا الاتفاق ، فالاتفاق قد يتعدد أطرافه فتمتد قوته إلى الجميع ، ومع ذلك لا يكون للحكم الصادر حجية ، إذا لم يتم إعلان الجميع بالحضور أمام هيئة التحكيم ، واقتصرت خصومة التحكيم على بعض اطراف الاتفاق ، فهنا رغم التزام الجميع باتفاق التحكيم ، فالحكم لا يحتج به على اطراف الاتفاق الذين لم يثر بينهم نزاع ولم يشاركوا في خصومة التحكيم⁷⁰⁴.

فإذا تعلق الامر بشركة تضامن تضمن أحد بنودها نصاً يلزم الأطراف بالالتجاء للتحكيم في منازعاتهم فيما بينهم أو فيما بينهم وبين الشركة ، ثم ثار نزاع بين أحد الشركاء والشركة بشأن تصفية حساباته ، وتم الالتجاء للتحكيم ، فإن الحكم الذي يصدر لا يحتج به إلا في العلاقة بين هذا الشريك والشركة ولا يمتد أثره لبقية الشركاء ، فالحكم حجة في مواجهة من أعلن بطلب التحكيم دون سواه ممن لم توجه إليهم الإجراءات ولم يشاركوا في إجراءات التحكيم ، كما تمتد حجية الاحكام في حالة التضامن ، إذا كان صادر لصالح أحدهم مادام لا يرتبط بسبب خاص به ، أما إذا كان صادر ضد أحدهم فلا يحتج به في مواجهة الباقيين وذلك إعمالاً بأحكام التضامن، وإذا تعلق الأمر بمجموعة شركات فإن الحكم الصادر في علاقة إحدى هذه الشركات بالغير لا يحتج به في مواجهة بقية الشركات التي يتمتع كل منها بوجود قانوني مستقل ، وذلك بعكس حالة المشروعات المشتركة (Joint Venture) أو شركات المحاصة ، حيث لا يوجد كيان قانوني مستقل ، فإن التحكيم الذي يتم بين أحد الأطراف في المشروع المشترك أو بين أحد المحاصيين والغير ويكون مؤسساً على سبب يتعلق بالمشروع المشترك أو بشركة المحاصة ، فإن الحكم تكون له حجية بالنسبة للجميع وذلك إذا كان عقد الشراكة أو المحاص الذي أبرم اتفاق التحكيم أبرز صفته كنائب عن شركائه ومثل في خصومة التحكيم اصيلاً وبصفته نائباً⁷⁰⁵.

كما أن حكم التحكيم الذي يصدر في خصومة تحكيم مُثل فيها شخص عن طريق وكيله يكون حجة على الأصيل لا على الوكيل ، ولذا لا يجوز للأصيل أن يجدد الدعوى بنفسه أو عن طريق وكيل آخر ، والعكس أيضاً صحيح ، بمعنى أنه يجوز لمن كان وكيلاً عن غيره في تحكيم أن يرفع الدعوى أصالة عن نفسه بذات موضوع الدعوى السابق ، دون أن يحتج عليه بحكم التحكيم السابق⁷⁰⁶.

⁷⁰³ حجية احكام المحكمين ، ص 488.

⁷⁰⁴ د. محمود مختار أحمد بربري ، التحكيم التجاري الدولي، المصدر السابق ، ص 262.

⁷⁰⁵ المصدر نفسه ، ص 263 ومابعدها.

⁷⁰⁶ قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية ، ص 482.

وبالنسبة للخلف سواء كان عاماً أو خاصاً فإن أثر الحكم الصادر في مواجهتهم ينصرف إليهم بحكم قواعد الخلافة وليس كنتيجة لحجية الحكم ، وبالنسبة للمرسل إليه في سند الشحن فإن اعتباره طرفاً أم لا يتوقف على بحث كل حالة على حدة لمعرفة ما إذا كانت الإحالة الواردة في سند الشحن إلى شرط التحكيم الوارد في مشاركة إيجار السفينة إحالة واضحة قاطعة في اعتبار هذه الإحالة جزءاً من العقد أم لا وقصارى القول ، أنه بالنسبة لكافة صور العلاقة القانونية كعلاقة الكفيل والأصيل والمؤمن والمستأمن والمودع و المودع لديه يتعين مراعاة أن آثار الحكم في مواجهة أحدهم لا تنصرف إلى الغير كنتيجة لحجية الحكم وإنما نتيجة لطبيعة العلاقة القانونية التي تحكمها كعقد الوكالة وعقد التأمين وعقد الإيداع وعليه فإنه لا يصح الخلط بين حجية التحكيم وبين امتداد أثر الحكم إلى الغير الذي ليس مرجعه حجية الحكم وإنما القواعد القانونية التي تحكم العلاقة بين من صدر الحكم في مواجهته وبين الغير⁷⁰⁷.

ب- نطاق حجية أحكام التحكيم من حيث الموضوع : يرتبط تحديد نطاق حجية أحكام المحكمين من ناحية الموضوع أي محل النزاع وسببه ، ارتباطاً وثيقاً بتحديد نطاق اتفاق التحكيم ، إذ أن حكم المحكمين لا يتمتع بالحجية إلا في حدود ما فصل فيه من خلاف تضمنه اتفاق التحكيم ، فالمسألة التي كانت محل نزاع بين الأطراف والتي طرحت على المحكم وأصدر فيها حكم تحكيمي ، هي وحدها التي تحوز الحجية دون تلك التي لم تعرض على هيئة التحكيم أو طرحت عليها لكنها أغفلت الفصل فيه ، فالعبرة ليست بما تم الاتفاق عليه أن يكون موضوعاً للتحكيم وإنما العبرة بما طرح فعلاً أمام هيئة التحكيم وفصلت فيه ، فإذا كانت المسألة المحكوم فيها هي ذاتها التي يرغب أحد الخصوم طرحها على القضاء أو على أي هيئة تحكيمية أخرى رغبة في الفصل فيها من جديد أمكن لخصمه دفع دعواه وذلك بسبق الفصل فيها بالتحكيم⁷⁰⁸.

ومن الجدير بالذكر أن القانون لا يضيف الحجية على حكم التحكيم في كل ما أشتمل عليه ، وإنما تقتصر هذه الحجية على " منطوق الحكم " أي ما انتهى إليه الحكم من ادانه أو براء لذمة طرف في مواجهة طرف آخر كما تمتد هذه الحجية للأسباب بالقدر لكافي لحمل هذا المنطوق ، فإذا استطرد الحكم وتضمن تقارير أو حيثيات لو قمنا بحذفها لظل المنطوق قائماً مدعماً ، فإن هذا الاستطرد لا تسبغ عليه الحجية ، وإذا كان الأمر ميسوراً في أحكام القضاء حيث اكتسبت صياغة الأحكام نوعاً من الترتيب الذي أصبح دارجاً ، يجعل الأمر واضحاً ، فثم تقرير للوقائع ثم تكييف للنزاع وتحديد النصوص القانونية واجبة الاعمال ثم تسبب الحكم على نحو يفرضي إلى النتيجة التي أنتهى إليها فإن تحرير احكام التحكيم لا يتولاها دائماً قانونيون وإنما قد يعهد بصياغتها لأصحاب الخبرة من المحكمين تبعاً لطبيعة النزاع ، مما يضيف نوعاً من الصعوبة في رسم حدود " الحجية " واستخلاص " المنطوق " وما يلزم من أسباب لحمله ، وتبدو أهمية ذلك ان مالا يدخل في منطوق الحكم لا يعد داخلاً تحت مفهوم حكم التحكيم ، فالمنطوق وما يرتبه من أسباب هما مناط تحديد نطاق الحجية بحيث يظل كل ما لا يدخل في هذا النطاق أمراً من الممكن طرحه أمام القضاء دون امكان التمسك بحجية التحكيم⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، ص 414 وما بعدها.

⁷⁰⁸ حجية احكام المحكمين ، ص 487.

⁷⁰⁹ د.محمود مختار أحمد بربري ، التحكيم التجاري الدولي ، المصدر السابق ، ص 261.

فإن حجبية حكم التحكيم تتحدد موضوعياً تتعلق بالنزاع الذي فصل فيه هذا الحكم ، فإذا كان النزاع المعروف على القضاء (قضاء الدولة أو قضاء التحكيم) للفصل فيه ، مختلفاً عن النزاع الذي سبق أن فصل فيه حكم التحكيم فإنه لا تكون للحكم السابق أي حجبية تمنع من نظر النزاع الجديد والفصل فيه سواء كان وجه الاختلاف بينهما هو موضوع الدعوى (ما يطالب به المدعي) أو سببها (الوقائع التي تبني عليها) ، وإذا كانت هذه القاعدة فقد تساءل بعض الفقه الإنجليزي عما إذا كان بالإمكان أن توجد أحكام تحكيم تسري حجبتها على منازعات أخرى تنشأ في المستقبل بين نفس الخصوم ويؤكد هذا الفقه على أن القاعدة هي أن الحكم الصادر عن محكمة التحكيم لا يمكن أن يمنع من نظر المنازعات الأخرى (المختلفة عن تلك التي صدر فيها هذا الحكم) التي تثور مستقبلاً بين نفس الخصوم ، إلا أنه يعترف بأن حكم التحكيم يمكن أن يحتج به في منازعات مختلفة عن تلك التي فصل فيها هذا الحكم وذلك إذا وجد اتفاق بين الخصوم على أن حكم التحكيم الذي يصدر بينهما يلزمهما في خصوص كل نزاع من نفس الطبيعة يمكن أن يثور بينهما في المستقبل⁷¹⁰.

بيد أن هذا الأمر يبقى استثناءً نادر الحدوث ، إذ نادراً ما تكون المسألة المعروضة للتحكيم الجديد مطابقة لتلك التي فصل فيها التحكيم السابق ، والحال أن هذا التطابق مطلب أساسي لنظرية حجبية الامر المقضي⁷¹¹. كما أنه لاجبية لما طُلب من هيئة التحكيم ولم تفصل فيه ، فإذا كان أحد أطراف التحكيم قد طرح أمام هيئة التحكيم أحد الطلبات التي تدخل في نطاق اتفاق التحكيم إلا أن هيئة التحكيم لم تفصل فيها سهواً منها ، فلا يمكن القول بأن هناك قرار قد صدر في هذا الطلب ، ولذلك فلا يوجد ثمة قرار يحوز حجبية الأمر المقضي ، وتبقى هذه المسألة دون حكم وتحتاج إلى صدور حكم فيها⁷¹². وقد نص القانون العراقي على نطاق التحكيم في المادة (272) في فقرتها الثانية والتي نصت على أنه "لا ينفذ قرار المحكمين إلا في حق الخصوم الذين حكموهم وفي الخصوص الذي جرى التحكيم من أجله"⁷¹³. حيث أوضحت هذه الفقرة بأن قرار التحكيم لا ينفذ إلا في حق الخصوم الذين حكموهم وفي الموضوعات التي جرى التحكيم من أجلها ذلك أنه متى تم الاتفاق على التحكيم فإنه يفرض على المحكمين رغم أنه وليد إرادتهم ، لأنه الإرادة أنصبت في الشكل المقرر قانوناً فهي أخذت شكل الحكم وصفته فهي ملزمة لأطراف التحكيم فقط شأنه شأن الأحكام ونسبيتها بين أطرافها وفي موضوعها الذي فصلت فيه ولأن حكم المحكمين له حجبية الامر المقضي إذ التحكيم جهة قضاء نظمها القانون والحكم كالعقد لا يسري اثره إلا في حق من كان طرفاً فيه ولا يمتد هذا الأثر إلى الغير وعليه لا ينفذ حكم المحكمين على الغير أي على آخرين ممن لم يشتركوا في التحكيم طرفاً كانوا أو غيراً ، كما لا ينفذ حكم المحكمين إلا في المسائل التي جرى عليها التحكيم ، فإذا كان التحكيم مقتصرأ على مسألة فرعية دون المسائل الأخرى فلا يمتد إلى تلك المسائل ، ولا يصح التنفيذ في غير الأمور التي لم يجر التحكيم بشأنها⁷¹⁴. وقبل أن نختم كلامنا عن الحجبية هناك سؤال مهم جداً لا بد من طرحه وهو متى تحوز أحكام التحكيم حجبية الأمر المقضي ؟ ذهب جانب من الفقه والقضاء إلى أن المحكمين ليسوا قضاة وبالتالي ما يصدر عنهم من أحكام ، ليست أحكام قضائية ، وإذا كان الأمر كذلك فإنه لا تحوز حجبية الاحكام القضائية ، فأصحاب هذا الاتجاه يعتبرون أن المحكم هو فرد عادي وليس له سلطة الجبر ، وبالتالي فإن حكم التحكيم لا يعتبر عملاً قضائياً

⁷¹⁰ قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية ، ص 285.

⁷¹¹ المصدر نفسه ، ص 486.

⁷¹² د. الأنصاري حسن النيداني ، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2011 ، ص 171 .

⁷¹³ أنظر : نص المادة (272) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 .

⁷¹⁴ شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، ص 482.

حتى بعد صدور الأمر بتنفيذه فهو يصدر مستنداً إلى إرادة الخصوم وليس عن الولاية القضائية للدولة ، وذهب اتجاه آخر إلى أن احكام المحكمين تحوز هذه الحجية بعد صدور الأمر بتنفيذه ، وهذا هو الاتجاه السائد في الفقه الإيطالي ، وبعض الفقه العربي ، إلى أن حكم المحكم لا يكون عملاً قضائياً إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه من جانب القضاء ، فهو يربط بين الأمر بالتنفيذ وبين حيازة الحكم لحجيته ، أما الاتجاه الثالث الذي ذهب إلى أن احكام التحكيم تحوز هذه الحجية من تأريخ صدوره وهذا هو الرأي السائد في التشريع الفرنسي (1476) والقانون اليمني المادة (56) والتسريع المصري(55) ووفقاً لهذا الرأي فإن احكام التحكيم تحوز حجية الامر المقضي من تاريخ صدورها شأنها شأن الأحكام القضائية⁷¹⁵.

أما فيما يخص الإعراف وتنفيذ الحكم الأجنبي ، فقد سار المنهج التقليدي في القانون الدولي الخاص ، على تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق قواعد تنازع القوانين تمهيداً للإعتراف به وتنفيذه ، لكن مع تنامي وتطور الأعراف التجارية توحدت القواعد القانونية التي تحكم التجارة الدولية بسبب إتفاقات الحكيم وما تتضمنه من إحالات على مراكز التحكيم الدولية فضلاً عن ظهور العديد من الإتفاقيات الدولية في مجال التبادل التجاري ، ومن أهم الجهود الدولية لتسهيل تنفيذ احكام المحكمين الأجنبية كانت إتفاقية نيويورك التي ذكرناها سابقاً حيث نصت في المادة الثالثة منها على أن " تعترف كل الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم ، وتأمّر بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ وطبقاً للشروط المنصوص عليها في المواد التالية."⁷¹⁶.

2.2.2.3. تنفيذ احكام التحكيم :

لحكم التحكيم قوته التنفيذية وقوته الملزمة فينبغي التمييز بين هذين المصطلحين فالقوة التنفيذية وطبقاً للمادة (41) من قانون التحكيم المصري هي " ما لإحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ " ويستفاد من ذلك ما يلي:

1- هذه القوة لا تستغرق كل قوة التحكيم إنما فقط هي قوته بالنسبة للتنفيذ ، أي أثره في مجال التنفيذ الجبري.

2- وهذه القوة ، لاهي قوة حكم التحكيم الملزمة ، ولا هي قوته بالنسبة للإثبات القضائي ، أي قوته الإقناعية.

أما القوة الملزمة لحكم التحكيم المقصود بها حجيته فحكم التحكيم باعتباره عملاً قانونياً ، له قوة ملزمة (force obligatoire) وقد سبق وأوضحنا معنى الحجية⁷¹⁷.

ويقصد بالتنفيذ هو الوفاء بالالتزام بحيث يبرأ منه المدين ، والتنفيذ بصورة عامة ينقسم إلى قسمين تنفيذ رضائي وجبري ، وبما أن القرار التحكيمي هو النتيجة الحتمية لاتفاق التحكيم إذ أن هذا الأخير يمثل إرادة الخصوم الصريحة في الخضوع إلى القرار التحكيمي فلا بد إذاً من أن يكون التنفيذ الرضائي هو ذلك النوع من التنفيذ الذي ينتهي به القرار التحكيمي سواء أكان يمس أحد الأطراف أم كليهما ، أما إذا رفض أحد الخصوم التنفيذ الرضائي أي الطوعي ، فلا بد إذاً من اللجوء إلى التنفيذ الجبري للأحكام القضائية التي نص

⁷¹⁵التحكيم في القوانين العربية ، ص 433 .

⁷¹⁶التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي ، ص 442.

⁷¹⁷أنظر : د. أحمد محمد حشيش ، القوة التنفيذية لحكم التحكيم ، دار الكتب القانونية ، مصر ، بدون رقم طبعة ، 2008 ، ص 31 وما بعدها .

عليها قانون التنفيذ⁷¹⁸. حيث نص قانون التنفيذ العراقي رقم (45) لسنة 1980 في المادة (22) منه " إذا لم ينفذ المدين الحكم أو المحرر التنفيذي رضاءً قامت مديرية التنفيذ بالتنفيذ الجبري وفق احكام هذا القانون "719. ومن الجدير بالذكر أن أمر التنفيذ هو ما يميز أحكام المحكمين عن أحكام القضاء فلا يجوز تنفيذ حكم المحكمين بغير شموله بأمر تنفيذ ، فإذا قُدم حكم الحكم بغيره وجب على المحضر أن يمتنع عن إجرائه وعلّة استلزام هذا الأمر هو أن حكم المحكمين قضاء خاص والأمر وحده هو الذي يرفعه إلى مرتبة أحكام المحاكم فالقوة التنفيذية لا تكون لحكم التحكيم إلا بقرار من قضاء الدولة الذي له وحده منحه قوة التنفيذ المستمدة من سلطة الدولة ، فالحكم وإن كان له ولاية القضاء ، فليس له سلطة أمره "imperium" فهذه السلطة الأخيرة لا يستطيع الأشخاص الخاصون منحها له ويتيح إصدار أمر التنفيذ لقضاء الدولة رقابة حكم التحكيم المأمور بتنفيذه وهي رقابة يختلف مضمونها من تشريع لآخر، ويلاحظ أن الأمر بالتنفيذ لا يضيف للحكم أية قوة إلزامية ، وإنما هو يصنع عليه فقط القوة التنفيذية ، فهو أمر بوضع الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم⁷²⁰.

وسوف نتناول من خلال موضوع تنفيذ أحكام المحكمين المواضيع التالية:

- 1- تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية في العراق
 - 2- تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في العراق .
- أ- تنفيذ حكم التحكيم الوطني في العراق : يصدر المحكمون قرارهم بالاتفاق أو بأكثرية الآراء بعد المداولة فيما بينهم مجتمعين ويجب كتابته بالطريقة التي يكتب بها الحكم الذي يصدر من المحكمة ، ويجب أن يشتمل القرار بوجه خاص على ملخص اتفاق التحكيم وأقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب القرار ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره وتوقيع المحكمين ، وبعد أن يصدر المحكمون قرارهم على الوجه المتقدم يجب إعطاء صورة منه لكل من الطرفين وتسليم القرار مع أصل اتفاق التحكيم إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع خلال الثلاثة أيام التالية لصدوره وذلك بوصل يوقع عليه كاتب المحكمة ، ولا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاءً أو اتفاقاً مالم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناءً على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة ، كما لا ينفذ قرار المحكمين كما ذكرنا إلا في حق الخصوم الذين حكمهم وفي الخصوص الذي جرى التحكيم من أجله⁷²¹. فإذا ما أراد أحد طرفي النزاع المطروح للتحكيم تنفيذ هذا القرار (وهو غائباً ما يكون من صدر قرار التحكيم لمصلحته) فعليه تصديق قرار التحكيم هذا لدى المحكمة المختصة (وفي العراق فإن المحكمة المختصة بذلك هي محكمة البداية) ، أن لم تكن دعوى التحكيم أصلاً مقامة لدى هذه المحكمة ، وبعد عرض قرار المحكمين على المحكمة المختصة لتصديقه فتلاحظ ابتداءً ، مدى مطابقة الإجراءات التي اتبعها المحكمون لقواعد القانون ومدى مطابقة قرارهم لأحكام القانون وعدم مخالفته للنظام العام والآداب ومن الضروري الإشارة إلى أن المحكمة التي يعرض عليها قرار المحكمين لإقراره لا يجوز لها التعرض لسلطة المحكمين التقديرية وعلى ذلك فلا يجوز للمحكمة أن تتعرض لما أنتهى إليه قرار التحكيم من تحصيل لوقائع النزاع مادام قد توصل إلى ذلك

⁷¹⁸ أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، ص 222.

⁷¹⁹ انظر : نص المادة (22) من قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980 المعدل .

⁷²⁰ قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، ص 481.

⁷²¹ النفاذ الدولي لأحكام التحكيم ، ص 181.

على نحو لا يخالف المستندات كما لا يجوز للمحكمة أن تراقب حكم المحكم في ترجيحه للبيانات ، أو فيما للمحكم من سلطة التقدير والموازنة ، وتصدر محكمة البداية عند نظرها لقرار هيئة التحكيم قراراً ما بالمصادقة عليه أو تعديله أو إبطاله كلاً أو قسماً شأن بقية الاحكام الأخرى⁷²². وهذا ما نصت عليه المادة (274) من قانون المرافعات التي نصت على ما يلي : " يجوز للمحكمة أن تصدق قرار التحكيم أو تبطله كلاً أو بعضاً ويجوز لها في حالة الإبطال أن تعيد القضية إلى المحكمين لإصلاح ما شاب قرار التحكيم ، أو تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها وتنص المادة (275) من نفس القانون على أنه " الحكم الذي تصدره المحكمة المختصة وفقاً للمادة السابقة غير قابل للاعتراض وإنما يقبل الطعن بالطرق الأخرى المقررة في القانون⁷²³. وقد ذكرنا بأن الطعن بقرارات التحكيم وفقاً للقانون العراقي لا يجوز بالنسبة للاعتراض على الحكم الغيابي ، وذلك لأن الاعتراض يتنافى مع السرعة التي هي من أهم أغراض التحكيم ولأن الخصوم لا يمكن أن يكونوا على جهل بمهمة التحكيم وما تقتضيه من وجوب الادلاء بدفاعهم وطلباتهم ، ذلك وإن صدر القرار بغيبة أحد الخصوم بعد التأكد من التبليغ وفق القانون ، وقد جاء في الأسباب الموجبة أن الحكم الذي يصدر من في هذه الدعوى لا يقبل الطعن بطريق الاعتراض⁷²⁴.

وانما يقبل الحكم الطعن بالطرق الأخرى كشأن سائر الاحكام ، وبناءً على ذلك فإنه يطعن بقرار المحكمة الصادر بتصديق قرار التحكيم أو بطلانه بالاستئناف والتمييز وإعادة المحاكمة وفقاً للقواعد المقررة لكل طعن، لأن التحكيم لا يحول دون الضمانات التي فرضها المشرع للمتقاضين لدى القضاء العادي ، ويجوز للخصوم أن ينفقوا في عقد التحكيم أو في عقد لاحق عليه على أن القرار الي يصدر من المحكمين لا يكون قابلاً للطعن لأي طريق من طرق الطعن ويكون هذا الاتفاق ملزماً لهم مالم يكن الطعن متعلقاً بالنظام العام ، كما ويجوز للخصوم أن يقصروا عدولهم عن الطعن على بعض الطرق دون البعض الآخر ، فيصبح القرار غير قابل للطعن بالنسبة للطرق التي حصل العدول عنها⁷²⁵.

وعليه فعدم قبول الاعتراض على قرارات المحكمين ، هو أن عقد التحكيم قد تم برضا الطرفين ، فإذا تخلف أحدهما عن الحضور فإنه يكون قد تصرف في حق نفسه لذلك لا يقبل منه الاعتراض على قرار لم يرع هو حرمة ، ويمكن القول بأن حق المحكمة في مراقبة حكم المحكمين ينحصر في أقصى الفروض فيما يلي :

1- التحقق من سلامة الإجراءات التي اتبعت في التحكيم والتي اتبعتها هيئة التحكيم في نظر النزاع وفي اصدار حكمها فيه ، وعلى وجه الخصوص مراعاة مبدأ المواجهة والمجابهة في التقاضي ، وتمكين كل من الخصمين الاطلاع على ادلة خصمه ووجوه دفاعه وإتاحة الفرصة له لمناقشتها .. الخ وذلك لغرض التأكد من احترام مبادئ القانون الأساسية .

2- - التحقق من سلامة النتائج التي توصلت إليها هيئة التحكيم في قرارها ومطابقتها لمبادئ القانون الأساسية وعدم خروجها على قواعد النظام العام والآداب وبهذا الاتجاه سارت محكمة التمييز (النقض) العراقية عندما قررت بتاريخ 1985/9/29 وبالإضبارة عدد 8 الذي جاء فيه " لدى التدقيق والمداولة وجد أن قرار المحكمين يتفق ومقتضيات العقد وحكم القانون كما وجد أن المحكمين قد أجروا التحقيق

⁷²². نزار الطبقلي ، تسوية المنازعات عن طريق التحكيم ، مجلة القضاء ، المصدر السابق ، ص 23.

⁷²³أنظر : نص المادتين (274) و(275) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969.

⁷²⁴ شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، ص 497.

⁷²⁵ المصدر نفسه ، ص 498.

فيما عهد إليهم به متبعين كافة الأوضاع والإجراءات التي قررها قانون المرافعات بعد أن وافقوا على العقد المبرم بين الطرفين وعلى كافة المستندات وما قدمه لهم الخصوم ، أصدروا قرارهم الذي استوفى جميع الشروط الشكلية المنصوص عليها في المادتين 270 و 271 من قانون المرافعات المعدل ..
726"

فإذا تأكدت المحكمة المذكورة من صحة هذه المسائل الجوهرية تدعوا الخصمين لتتلوا عليهم القرار التحكيمي وتستمع لأقوالهم إن كانت لديهم أقوال بهذا الشأن ثم تصدر قرارها بالتصديق علناً ، أما إذا اكتشفت المحكمة المختصة أي نقص في تلك المسائل الجوهرية فإنها تصدر قرارها بإبطال القرار التحكيمي كلاً أو جزءاً وفي مثل هذه الحالة يكون للمحكمة المختصة الخيار في أن ترجع الدعوى إلى هيئة التحكيم لغرض إصلاح كل الأخطاء أو سد كل النواقص التي تخللت قرارها أو تبطل القرار التحكيمي وتفصل هي بذاتها في النزاع محل اتفاق التحكيم وفي الحالتين ، في حالة حكم المحكمة بالتصديق أو ابطال القرار التحكيمي فإن حكمها يكون قابلاً للطعن به بكافة الطرق المقررة قانوناً كما ذكرنا سابقاً⁷²⁷.

ولا تصدق المحكمة قراراً أو أمراً بتنفيذ حكم المحكمين إلا إذا تقدم أحد الطرفين بطلب ذلك ، وهو أمر يتماشى مع القواعد العامة في رفع الدعوى⁷²⁸.

وقرار المحكمة الذي تصدره بهذا الشأن ليس أمراً بالتنفيذ وإنما حكم بالمصادقة على قرار المحكمين صالح للتنفيذ ، ومن الجدير بالذكر أن المشرع العراقي لم يحدد موعداً معيناً يتعين خلاله إقامة الدعوى بطلب بطلان القرار التحكيمي ، لأن هذا القرار لا ينفذ إلا إذا صادقت عليه المحكمة كما رأينا ، وذلك بناءً على طلب أحد الخصوم وفق ما قضت به المادة (272) من قانون المرافعات ، وبالتالي لا تنشأ المصلحة القانونية في التمسك ببطلان القرار إلا إذا أقيمت الدعوى بطلب التصديق عليه ، وعندئذ يكون للخصم التمسك ببطلانه ويكون للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، إنما هذا لا يمنع الخصم من إقامة الدعوى الاصلية بطلب بطلان إقرار التحكيمي ولو قبل إقامة الدعوى بطلب المصادقة عليه ، لتوافر المصلحة القانونية أيضاً في هذا الصدد فإذا ظهر أن أحد الخصوم طلب تصديق قرار المحكمين وعينت المحكمة موعداً للنظر فيه ودعت الخصم الآخر ، وأن هذا الأخير كان قد قدم من جانبه طلباً احتوته دعوى أصلية أقامها لإبطال قرار التحكيم فإن للمحكمة أن توحد الدعويين عملاً بحكم المادة (2/76) مرافعات عراقي⁷²⁹. وفي حالة مصادقة محكمة البداية على قرار المحكمين ينبغي أن يتضمن قرارها (فقرة حكمية) تتضمن إلزام المحكوم عليه بالمحكوم به حتى يكون حكمها مراعيًا لشروط الأحكام وحتى يمكن تنفيذه وفق القانون وهذا ما جاء بقرار محكمة التمييز بأنه " ...إن قرار محكمة البداية بتصديق قرار التحكيم يجب أن يتضمن فقرة حكمية تتضمن الإلزام بالمحكوم به ليكون الحكم مستوفياً لكافة شروطه القانونية ولإمكان تنفيذه " وخالصة الكلام عن تنفيذ الأحكام أنه يجب إيداع نسخة من حكم المحكمين من أصل الاتفاق على التحكيم إلى المحكمة المختصة بالنزاع خلال (3) التالية لصدوره ، وبالطبع كما ذكرنا سابقاً فهذا الحكم لا ينفذ إلا في حق الخصوم الذين حكموهم وفي الخصوص الذي جرى التحكيم من أجله استناداً لأحكام المادة (272) ف2 من قانون المرافعات المدنية⁷³⁰.

⁷²⁶ د. نزار الطبقجلي ، تسوية النزاعات عن طريق التحكيم ، المصدر السابق ، ص 25.

⁷²⁷ أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، ص 237 وما بعدها ،

⁷²⁸ النفاذ الدولي لأحكام التحكيم ، المصدر السابق ، ص 182.

⁷²⁹ مبادئ التحكيم ، ص 154 وما بعدها.

⁷³⁰ التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي والمقارن ، ص 78 وما بعدها .

ب- تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في العراق : الحكم الأجنبي : هو الحكم الصادر من محكمة مؤلفة خارج العراق ومكتسب الدرجة القطعية ومقرر لحقوق مدنية أو تجارية أو قاضي بتعويض من المحاكم الجنائية أو متعلق بالأحوال الشخصية ، ويجب أن تكون المحكمة التي يصدر منها هذا الحكم أجنبية⁷³¹.

وبالنسبة للتحكيم فقد نص المشرع العراقي على التحكيم بصورة عامة في متن قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969 ولم يتطرق إلى كيفية تنفيذ احكام التحكيم الأجنبية في العراق كما أن قانون تنفيذ الاحكام الأجنبية العراقي رقم (30) لسنة 1928 حدد نطاق سريانه في المادة (11) والتي نصت على " يطبق هذا القانون على الاحكام الصادرة من محاكم أجنبية تعين بأنظمة خاصة تصدر من وقت لآخر كلما صارت الاحكام العراقية قابلة للتنفيذ في البلاد الأجنبية بمقتضى اتفاق خاص مع الدولة العراقية أو بمقتضى القوانين المرعية في تلك البلاد سواء أكان ذلك بإصدار قرار التنفيذ أو بإجراءات أخرى تماثله من حيث النتيجة⁷³².

وهو بذلك يطبق فقط على أحكام القضاء الصادرة من محاكم أجنبية ولا يسري على أحكام التحكيم ، كما حدد قانون التنفيذ العراقي رقم (45) لسنة 1980 نطاق سريانه على الاحكام والمحرمات التنفيذية ، وكذلك الاحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ في العراق ، وفقاً لقانون تنفيذ الاحكام الأجنبية وقد نصت المادة الثالثة من هذا القانون على أنه "يسري هذا القانون على : أ-الاحكام والمحرمات التنفيذية . ب-الاحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ في العراق ، وفقاً لقانون تنفيذ الاحكام الأجنبية ، مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في العراق " . كما أن قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 نص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات ولم يشر إلى كيفية تنفيذ احكام التحكيم ، ولكن الفقه العراقي اعتبر قرار التحكيم الصادر في بلد أجنبي ، يخضع للأحكام المقررة لتنفيذ الاحكام الأجنبية ، إلا أن القرار التحكيمي يجب أن يكون صادراً عن القضاء في البلد الصادر فيه ، وذلك عن طريق إعطائه صيغة التنفيذ ، ليصبح حكماً أجنبياً ، وتجدر الإشارة إلى انضمام العراق إلى اتفاقية جامعة الدول العربية لتنفيذ احكام وقرارات التحكيم سنة 1952 وقد حلت اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي مكان هذه الاتفاقية وبذلك تكون للاتفاقيات الدولية الأولية في التطبيق⁷³³. وقد انضم العراق إلى بروتوكول التحكيم الموقع في جنيف بتاريخ 24/أيلول (سبتمبر) 1923 ، واتخذت الإجراءات التشريعية بتصديق هذا النظام بقانون (انضمام دولة العراق إلى البرتوكول في أمور التحكيم الموقع في جنيف في 24 أيلول سنة 1923 رقم (30) لسنة 1928 ، قانون تنفيذ احكام المحاكم الأجنبية في العراق) ومن مجمل الاتفاقيات التي وقع عليها العراق يمكن القول بإمكانية تنفيذ قرار صادر عن هيئة تحكيم عربية او أجنبية في العراق إذا أستوفى الشكل القانوني الذي أشارت إليه تلك الاتفاقيات⁷³⁴. ولكن كما ذكرنا ان العراق لم يصادق على اتفاقية نيويورك التي ذكرناها في المطلب السابق بشأن تنفيذ الاحكام الأجنبية لسنة 1958 ، إلى يومنا هذا ، وأخيراً وقبل أن نختم بحثنا سوف نتطرق إلى تأثير رفع دعوى البطلان على تنفيذ حكم التحكيم.

⁷³¹ القانون الدولي الخاص ، ص 303 .

⁷³² النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، ص 183.

⁷³³ المصدر نفسه ، ص 183.

⁷³⁴ د.نزار الطبقجلي ، تسوية المنازعات عن طريق التحكيم ، المصدر السابق ، ص 26.

2.2.2.4. أثر رفع دعوى البطلان على تنفيذ حكم التحكيم :

هل أن رفع دعوى البطلان يؤدي إلى وقف التنفيذ؟ علنا رغم من عدم ورود نص خاص في التشريع العراقي يقضي بعدم تنفيذ احكام المحكمين في حالة التمسك ببطلان حكم التحكيم إلا أن المشرع العراقي أشار إلى أن "احكام المحكمين لا تنفذ في مديريات التنفيذ مالم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناءً على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة" (م272)، وهذا ما تطرقنا إليه بخصوص التنفيذ) وبعد ذلك يكون الحكم قابلاً للطعن بجميع طرق الطعن عدا طريقة الاعتراض على الحكم الغيابي ، وأن الطعن على الحكم بالطرق العادية يوقف التنفيذ أما بالنسبة لنص المادة (57) من قانون التحكيم المصري فقد أشار صراحة إلى أنه " لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم ، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة الدعوى وكان الطلب مبنياً على أسباب جدية وعلى المحكمة الفصل في طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محددة لنظره ، وإذا أمرت بوقف التنفيذ جاز لها أن تأمر بتقديم ،كفالة أو ضمان مالي ، وعليها إذا أمرت بوقف التنفيذ الفصل في دعوى البطلان خلال "سنة أشهر من تاريخ صدور هذا الامر"735.

ويتضح من خلال نص المادة (57) أن الأصل هو الاستمرار في تنفيذ حكم التحكيم بالرغم من رفع دعوى البطلان ، وإذا كان في ذلك مصلحة لمن صدر الحكم لصالحه ، إلا أن في ذلك بعض المخاطرة في حالة كون أسباب رفع الدعوى تنطوي على شيء من الجدية يحتمل معها إبطاله ، لكن النص المتقدم يحمل استثناء من الأصل ففي حالة أن تضمنت دعوى البطلان طلباً بوقف تنفيذه ، فإن المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان هي المختصة بنظر طلب وقف التنفيذ على أن يبني قرارها هذا على أسباب جدية ، ولها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالي من قبل المدعي ، وذلك كنوع من التأمين لصالح المحكوم له في حالة أن قررت إجابة الطلب736.

وعلى هذا فإنه يجوز للمحكمة التي تنتظر دعوى بطلان حكم التحكيم أن تأمر بوقف تنفيذه إذا توافر شرطان: 1- أن يطلب مدعي البطلان وقف تنفيذ الحكم في نفس صحيفة دعوى البطلان ، فليس له بعد رفع الدعوى أن يتقدم بطلب وقف التنفيذ كطلب عارض كما أنه ليس للمحكمة أن تقضي بوقف التنفيذ من تلقاء نفسها من دون طلب ، ولو كان سبب البطلان يتعلق بالنظام العام ، ذلك أن المشرع المصري في المادة 2/53 خول لمحكمة البطلان ، ابطال الحكم من تلقاء نفسها إذا تضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام ، ولكنه لم يخولها في هذه الحالة سلطة وقف التنفيذ إلى حين الحكم بالبطلان.

2- أن يكون الطلب مبنياً على أسباب جدية وعلى الطالب أن يبين هذه الأسباب في طلبه وله أن يوضحها أو يضيف إليها في مذكرة لاحقة ويخضع تقدير هذه الأسباب للمحكمة ، فهي توقف التنفيذ إذا رأت من ظاهر الأوراق أن دعوى البطلان مما يرجح قبولها أو أن تنفيذ حكم التحكيم من شأنه أن يصيب المحكوم عليه بضرر جسيم يتعذر تداركه737.

وقد نصت المادة (58) من قانون التحكيم المصري على أنه "لا يقبل تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد أنقضى" فليس مجرد التقدم بطلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة المختصة مستوفياً جميع المستندات معناه إمكانية إصدار الأمر فور تقديمه بتنفيذ الحكم ، فقد قيد المشرع المصري المحكمة المختصة

735 حجية احكام المحكمين ، ص 496.

736 أثرالنظام العام على اتفاق التحكيم،ص495.

737 التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، ص 796.

بإصدار الأمر بمدة زمنية ، فأوجب على القاضي عدم إصدار الامر بالتنفيذ إلا بعد فوات ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم ، وهو تسعين يوماً ، ولعل الهدف من الانتظار هو فوات ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم قبل إصدار الامر ، وعدم التسرع في تنفيذ حكم من الممكن أن تقضي المحكمة ببطلانه فيصبح التنفيذ لا محل له ، ولعل هناك تناقضاً بين نص المادة (57) والمادة (58) من قانون التحكيم المصري فالمادة (58) تجيز قبول طلب التنفيذ إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى البطلان قد انقضى في حين أن المادة (57) تنص على أنه " لا يترتب على رفع الدعوى وقف التنفيذ " ، الأمر الذي يثير التساؤل فكيف يسوغ النص عدم جواز تنفيذ الحكم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى البطلان قد انقضى ؟ مع النص على أن رفع الدعوى لا يترتب عليه وقف التنفيذ ، فمن هنا نجد أن المشرع المصري استدرك هذا الامر وحاول التخفيف من ذلك ونص على أنه يجوز للمحكمة التي تنظر دعوى البطلان أن تأمر بوقف الحكم (ولها سلطة تقديرية) في ذلك إذا توافر شرطان أساسيان وقد سبق وأن ذكرناها في الفقرة أعلاه⁷³⁸.

كما أن المشرع المصري قيد المحكمة في الفصل في طلب وقف التنفيذ بستين يوماً من تأريخ أول جلسة محددة لنظره ، وذلك حتى لا تطول الفترة التي تفصل فيها المحكمة في ذلك فإذا أمرت المحكمة بوقف التنفيذ جاز لها أن تأمر المدعي بتقديم كفالة أو ضمان مالي كما ذكرنا ، وعلى الرغم من أن المشرع المصري لم يهتم بتحديد ميعاد يتعين على المحكمة فيه أن تفصل في دعوى البطلان بصفة عامة ، إلا أنه حرص في حالة إذا ما أمرت المحكمة بوقف تنفيذ الحكم ، على النص على ضرورة أن تصدر المحكمة حكمها خلال ستة أشهر من تاريخ الامر بوقف التنفيذ⁷³⁹. لقد تناولنا أثر (رفع دعوى البطلان) على تنفيذ حكم التحكيم ولكن السؤال المهم هنا ما هو (أثر صدور الحكم بالبطلان) على تنفيذ حكم التحكيم ؟ تتفق النظم القانونية على الأثر القانوني المترتب على الحكم ببطلان حكم التحكيم والمتمثل باعتبار حكم التحكيم كأن لم يكن ، أي أن الحكم بمجرد صدور حكم ببطلانه من المحكمة المختصة يتجرد من أي قيمة قانونية سواء فيما يتعلق بالحجة أو القوة التنفيذية ، ولا تثار أية مشكلة عندما تكون الدولة المطلوب منها تنفيذ حكم التحكيم هي ذاتها دولة مقر التحكيم التي أبطل قضائها الحكم التحكيمي ، حيث يرتب القضاء الحكم القضائي الوطني الصادر ببطلان الحكم التحكيمي أثره السالب لحكم التحكيم من القيمة القانونية والقوة التنفيذية داخل إقليم الدولة ، ولكن المشكلة تثار عندما تختلف دولة مقر التحكيم عن دولة تنفيذ حكم التحكيم ، فهل تلتزم الدولة المطلوب فيها تنفيذ حكم التحكيم بالأثر الذي ترتب على بطلان الحكم في دولة مقر التحكيم ؟ لقد أرسى القضاء الفرنسي مبدأ جواز تنفيذ احكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج ، وذلك من خلال بعض القضايا من ضمنها قضية (Norsolor) ففي هذه القضية أسست محكمة النقض الفرنسية حكمها على نص المادة 5/هـ من اتفاقية نيويورك ، والتي تجيز للقضاء الفرنسي رفض تنفيذ حكم التحكيم إذا صدر ببطلانه حكم قضائي من قضاء دولة مقر التحكيم⁷⁴⁰.

فبوجب هذه القضية صدر حكم تحكيم من النمسا ، قضى ببطلانه بحكم من محكمة استئناف فيينا ، على أساس أن حكم التحكيم لم يحدد قانون الدولة الذي طبقه وأقتصر على الإشارة إلى قانون التجارة الدولية Lexmercatoria international وعندما طلب المحكوم له من القضاء الفرنسي الامر بتنفيذه ، رفضت محكمة الاستئناف إصدار هذا الامر على أساس حكم التحكيم قد أبطل من المحكمة في الدولة التي صدر فيها،

⁷³⁸ د.ناصر محمد الشрман ،المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي ، ص 536.

⁷³⁹ المصدر السابق ، ص 537.

⁷⁴⁰ نظام الطعن على حكم التحكيم ، ص 778.

مطبقة بهذا نص المادة (5) من اتفاقية نيويورك ، ولكن محكمة النقض الفرنسية ألغت هذا الحكم استناداً إلى المادة 3/12 من قانون المرافعات الفرنسية الجديد التي تنص على أنه " لا يجوز للقاضي رفض الأمر بالتنفيذ إذا كان قانونه الوطني يجيزه " وبنت على هذا النص أنه إذا كانت محكمة دولة صدور الحكم قد ابطلت الحكم لسبب من أسباب البطلان التي لا ينص عليها القانون الفرنسي فإنه لا يجوز للقاضي الفرنسي رفض الأمر بتنفيذ هذا الحكم ، وعلى القاضي الفرنسي الذي يطلب منه إصدار الأمر بالتنفيذ أن يبحث من تلقاء نفسه هذه المسألة⁷⁴¹.

وقد بدأ هذا الاتجاه بالنمو في فرنسا وذلك إعمالاً لما نصت عليه المادة (1/7) من اتفاقية نيويورك التي نصت على أنه " لا تخل احكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها ولا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية وبالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الاعتراف أو التنفيذ" ويرى هذا الاتجاه الذي ظهر في القضاء الفرنسي أن من حق المحكوم له في حكم تحكيم أجنبي أن يستفيد من أي معاهدة أو نص تشريعي سار في بلد التنفيذ إذا كان ذلك يحقق له تنفيذ الحكم ، ولهذا فإنه إذا كانت هناك معاهدة أصلح للمحكوم له من اتفاقية نيويورك ، نافذة في الدولة المطلوب فيها التنفيذ وفقاً لاتفاقية نيويورك ، فإن نص المعاهدة هو الذي يطبق وهذا الاتجاه يستند إلى الحق في الاستفادة القصوى من كل من المعاهدتين (اتفاقية نيويورك والمعاهدة المبرمة بين دولة صدور حكم التحكيم ودولة تنفيذه) فتطبق المعاهدة التي تؤدي إلى تيسير التنفيذ، فضلاً عن أن التنازع بين اتفاقية نيويورك والنص التشريعي في بلد التنفيذ يجب أن يحل بإعطاء الأفضلية للنص الأكثر تيسيراً للتنفيذ ، وهو ما يسمى بمبدأ وجوب تطبيق القاعدة القانونية الأكثر فائدة **The most favourable law rule**.⁷⁴² ويبقى السؤال هنا وهو إذا قضت المحكمة ببطلان حكم التحكيم فما أثر ذلك على "اتفاق التحكيم"؟ ذهب بعض الفقه بأنه يترتب على إبطال حكم التحكيم قضائياً سقوط اتفاق التحكيم ، لأن القول بغير ذلك يعني دوران الخصوم في حلقة مفرغة ، فصدور الحكم وأبطاله يعني العودة ثانية إلى التحكيم ،استناداً لذات الاتفاق ،فإذا تم ابطال الحكم مرة ثانية نعود مرة أخرى للتحكيم وهكذا إلى مالانهاية ، بينما ذهب فريق آخر إلى أنه يجب التفرقة بين إذا كانت المحكمة أبطلت حكم التحكيم استناداً إلى سبب آخر غير متعلق باتفاق التحكيم ، كما لو قضت ببطلان حكم التحكيم استناداً إلى عيب في تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم ، ففي مثل هذه الأحوال لا يؤثر البطلان على اتفاق التحكيم ويكون لكل ذي مصلحة بعد صدور حكم البطلان الالتجاء إلى التحكيم تنفيذاً لهذا الاتفاق ، أما إذا كان سبب البطلان هو اتفاق التحكيم ففي هذه الحالة يجب التفرقة بين فرضين ، الأول اذا كانت الخصومة التي صدر فيها حكم التحكيم الباطل تتعلق بشق من النزاع الذي يوجد اتفاق التحكيم بشأنه ، فإن الحكم الصادر بالبطلان لا تكون له حجية إلا فيما يتعلق بالنزاع الذي فصل فيه حكم التحكيم ،دون نزاع آخر لم يكن معروضاً في ذلك التحكيم ، ولهذا فإن هذا الحكم لا يؤثر في قوة اتفاق التحكيم بالنسبة للنزاع الاخر الذي لم يطرح على التحكيم ، أما الفرض الثاني إذا كانت الخصومة التي صدر فيها حكم المحكمين الباطل تتعلق بكل النزاع الذي يوجد اتفاق التحكيم بشأنه بين الطرفين، فإن الحكم ببطلان حكم التحكيم يمنع الالتجاء إلى التحكيم ويجب على ذي المصلحة أن أراد المطالبة بحقه ان

⁷⁴¹ التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، ص 651 وما بعدها .

⁷⁴² التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، ص 651 .

يلجأ الى المحكمة المختصة ، مالم يبرم الطرفان اتفاق تحكيم جديد فإذا ابرم الطرفان اتفاق جديد فيجب ان يعتد به⁷⁴³.

وهناك سؤال مهم وأخير يمكن أن نطرحه بخصوص بطلان حكم التحكيم ألا وهو مدى تأثير بطلان أحد أجزاء التحكيم على باقي أجزاء الحكم تنص المادة (53ف1 - و) من قانون التحكيم المصري الخاصة بالبطلان على أنه لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية :- و - إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها إتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الإتفاق . ومع ذلك أمكن فصل أجزاءه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها "⁷⁴⁴.

فإذا تعددت أجزاء التحكيم فيجب علينا أن نفرق بين فرضين على النحو التالي :

أ- إذا كان التحكيم بالقضاء وكان الموضوع قابلاً للتجزئة فإنه يمكن رفع دعوى البطلان ضد أحد أجزاء هذا الحكم دون باقي الأجزاء ، وهذه الدعوى تطرح الجزء المطعون فيه أمام قضاء الدولة التي تلتزم بحدود هذا الجزء وتلتزم المحكمة بإبطال هذا الجزء وحده ، لذلك فإن المحكمة تقرر بطلان حكم المحكم في الحدود التي تزيد فيها أو في الحدود التي حكم فيها بما لم يطلبه الخصوم ، وتقف عند هذا الحد لأن القضية لم تعد في حاجة إلى حكم جديد حيث أن باقي أجزاء الحكم ظلت قائمة وصحيحة ومرتببة لآثارها.

ب- إذا كان التحكيم بالصلح أو كان موضوع التحكيم غير قابل للتجزئة فإن بطلان أحد أجزاء الحكم يؤدي إلى بطلان الحكم كله ، وبالتالي فإن رفع دعوى البطلان سيكون ضد الحكم في مجموعه وستحكم المحكمة ببطلان حكم المحكم بكامل أجزائه ، وفي هذه الحالة فإن موضوع النزاع سوف يصبح بدون حكم فيه ويحتاج إلى حكم ، ورغم ذلك لا يجوز للمحكمة التي تنظر دعوى البطلان أنت تحكم في الموضوع بل ينبغي عليها أن تقف عند حد تقرير بطلان الحكم ، ويكون للخصوم في هذه الحالة : أما اللجوء إلى التحكيم من جديد بموجب نفس إتفاق التحكيم السابق إذا لم يكن قد مسه البطلان ، أو بموجب إتفاق.

ت- تحكيم جديد إذا كان حكم البطلان قد أستند إلى بطلان إتفاق التحكيم ، أو اللجوء إلى قضاء الدولة برفع الدعوى أمام المحكمة المختصة طبقاً للقواعد العامة في توزيع الولايات والإختصاص⁷⁴⁵.

وأن المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان كما ورد في المادة (2/54) من قانون التحكيم المصري التي نصت على أنه " تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون وغير التحكيم التجاري الدولي يكون الإختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع " وتنص المادة (1/9) من هذا القانون على أنه " يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ، أما إذا كان

⁷⁴³ نظام الطعن على حكم التحكيم ، ص 780 .

⁷⁴⁴ أنظر نص المادة 53 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

⁷⁴⁵ الأثر النسبي لإتفاق التحكيم ، ص 176 وما بعدها .

التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الإختصاص لمحكمة إستئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على إختصاص محكمة إستئناف أخرى في مصر "746.

وبناءً على ذلك فإن المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان لحكم التحكيم هي دائماً من محاكم الدرجة الثانية وإختصاصها في هذه الحالة يكون إختصاصاً نوعياً متعلقاً بالنظام العام فلا يجوز رفع دعوى البطلان في هذا المقام أمام أي محكمة من محاكم الدرجة الأولى جزئية كانت أم ابتدائية ، فإذا حصل ذلك يتعين على محكمة الدرجة الأولى في هذه الحالة أن تحكم ومن تلقاء نفسها بعدم الإختصاص، لذلك يُلاحظ أن الإحالة لعدم الإختصاص تتم من محاكم الدرجة الأولى إلى محاكم الدرجة الثانية ، كما ويلاحظ أن دعوى البطلان إذا رفعت أمام محكمة إستئناف غير مختصة محلياً كان لها من تلقاء نفسها أيضاً أن تحكم بعدم الإختصاص والإحالة إلى المحكمة التي تراها مختصة محلياً ، لأن الإختصاص المحلي لمحاكم الإستئناف يتعلق بالنظام العام ،حتى ولو كانت المحكمة الإستئنافية قد تم تحديدها في البداية بالاتفاق حسب ما يسمح به القانون ، فمثل هذا التحديد الإتفاقي يؤدي إلى تحديد المحكمة المختصة محلياً ابتداءً ، فإذا ماتم ذلك صار الإختصاص متعلقاً بالنظام العام رجوعاً إلى القاعدة العامة في الإختصاص المحلي لمحاكم الطعن⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶أنظر نص المادة (54) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

⁷⁴⁷سلام توفيق حسين منصور ، بطلان حكم التحكيم ، دراسة تحليلية مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الأزهر – غزة ، كلية الحقوق ، قسم القانون الخاص ، 2010، ص 70.

الخاتمة

وفي ختام بحثنا (لأثر النظام العام على اتفاق التحكيم) فقد رأينا أن أهم ما يميز نظام التحكيم هو حرية اللجوء إليه ، لأنه قضاء استثنائي والأصل هو اللجوء إلى القضاء العادي لأن حق التقاضي هو حق مكفول لكل فرد في المجتمع ولا يمكن سلب هذا الحق الطبيعي منه ، وقد تبين لنا أن التحكيم سابق على القضاء وبيننا تأريخ التحكيم في العراق ومشروعيته في الشريعة الإسلامية التي أيدته بالقران الكريم والسنة النبوية الشريفة وبالقياس والأجماع والمعقول وبيننا موقف الدول من تنظيمها لهذا القضاء الخاص الاستثنائي فبعض الدول نظمته بقانون خاص كما رأينا ومن ضمن هذه القوانين القانون المصري الذي تمحورت عليه دراستنا وذلك بالقانون رقم 27 لسنة 1994 والبعض الآخر لم يخصص للتحكيم قانوناً خاصاً به بل أفرد للتحكيم باباً خاصاً في قانون المرافعات المدنية ونظم أحكامه ضمن هذا القانون وهذا ما سلكه المشرع العراقي كما رأينا الذي نظم التحكيم في باب خاص ضمن قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل وذلك في المواد (252-276) وكذلك بينا تعريف التحكيم وموقف الدول من ذلك فبعض الدول خصصت له تعريفاً في قوانينها المنظمة للتحكيم وبعض القوانين التزمت الصمت بهذا الشأن كالقانون العراقي الذي لم يتعرض لتعريفه باعتبار أن وضع التعاريف من عمل الفقه والشراح وليس من اختصاص المشرع كما أنه مهما بُذلت الجهود لوضع هذه التعاريف فإنها بالنهاية لن تسلم من النقص و النقد ، وكذلك بينا أنواع التحكيم وصوره بالتفصيل وتعرضنا لمميزات التحكيم كقضاء استثنائي وأسباب اللجوء إليه ولا سيما في مجال المعاملات التجارية التي تتسم بالسرعة والسرية ، وكذلك بينا شروط التحكيم والمحكم وسلطاته وحالات البطلان في القانون العراقي وبعض الاتفاقيات الدولية وركزنا على حالة البطلان لمخالفة القرار التحكيمي للنظام العام وقد بينا ماهية النظام العام وماهي قواعد النظام العام التي يتوجب على المحكم الالتزام بها ومراعاتها ، وماهي سلطات المحكم عند مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام بالإضافة إلى حجية أحكام المحكمين وواجباتهم والتزاماتهم ومدى تعلق الحجية بالنظام العام وما هو المقصود بالقوة التنفيذية والقوة الملزمة للتحكيم وما هو الفرق بين المصطلحين وماهي الآثار التي تترتب على بطلان حكم التحكيم وكما ذكرنا في بداية هذه الدراسة فإن الهدف من طرح كل هذه المواضيع هو لمعرفة مدى تأثير النظام العام على اتفاق التحكيم وماهي قواعد النظام العام التي يترتب البطلان على مخالفتها هل هي قواعد النظام العام الدولي أم الداخلي وما هو الفرق بين النظام العام الداخلي و الدولي وهل من الممكن القول بوجود نظام عام دولي وهل أن مفهوم النظام العام موحد في جميع الدول ، وبعد أن تعرضنا لكل هذه التساؤلات وأجبنا عليها في صلب البحث وفي ختام هذه الدراسة المتواضعة أود أن أوجز أهم ما تم التوصل إليه في هذه الدراسة من نتائج وتوصيات على النحو الآتي :-

أولاً : الاستنتاجات :

1- أن التحكيم وسيلة قديمة لفض المنازعات وهي سابقة على القضاء فقد كان التحكيم معروفاً لدى السومريين والبابليين في العراق وكذلك لدى الشعوب العربية قبل ظهور الإسلام وقد أكدته الشريعة الإسلامية السحاء وذلك في قوله تعالى " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً " .

2- انقسمت الدول في تنظيمها لهذا القضاء الاستثنائي إلى قسمين : فالبعض نظم التحكيم في قانون مستقل مثل قانون التحكيم المصري كما ذكرنا والبعض الآخر نظمته ضمن تشريعاتها المنضمة للتقاضي مثل قانون دولة الإمارات العربية والكويت وفرنسا والعراق .. الخ .

3- تزايد الاهتمام بالتحكيم وكما ذكرنا حتى أن بعض الدول أفردت له قانوناً مستقلاً لتنظيم أحكامه بشكل مفصل ودقيق وذلك نتيجة للميزات التي يتمتع بها هذا القضاء الاستثنائي من سرعة الفصل في النزاعات المعروضة أمامه على عكس القضاء الذي يتسم بالبطء الذي لا يلائم طبيعة المعاملات التجارية التي تتطلب السرعة والسرية والتي لا تحتمل التأخير أو التأجيل لخطورتها ، وهذه الضمانات لا تتوفر لها إلا عن طريق اللجوء إلى التحكيم ، بالإضافة إلى الكثير من المميزات الأخرى التي يتميز بها التحكيم والتي ذكرناها من خلال دراستنا ولأحاجة للخوض فيها مرة أخرى لكن ذكرنا منها السرية والسرعة لأنها من أهم المميزات التي يتصف بها نظام التحكيم وأهم ما يميز التحكيم عن القضاء الذي تتسم جلساته بالعلانية وتأخير الفصل في المنازعات المعروضة أمامه التي قد يستغرق القضاء للفصل فيها عدة شهور بل لا نبالغ لو قلنا عدة سنوات .

4- وانطلاقاً من هذه المميزات المهمة التي يتسم بها نظام التحكيم بالإضافة إلى التغيرات والتطورات الكبيرة التي طرأت على الأعمال التجارية ، كل هذه الأسباب مجتمعة أدت إلى زيادة الاهتمام بنظام التحكيم وذلك عن طريق عقد المؤتمرات والمعاهدات والاتفاقيات وإصدار تشريعات التحكيم من قبل الدول والمنظمات الدولية ومن ابرز هذه الاتفاقيات هي اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والتي انضمت إليها أغلب الدول العربية ماعدا العراق ، وقد جاءت هذه الاتفاقية تجسيدا لبروتوكول جنيف لعام 1923 واتفاقية جنيف لعام 1927 فيما يخص التحكيم الدولي الذي تبنته عصبة الأمم وكما ذكرنا بأن العراق قد انضم إلى بروتوكول جنيف لعام 1923 لتنظيم التحكيم التجاري الدولي وقد صدر بناءً على ذلك قانون رقم 34 لسنة 1928 وهو قانون انضمام العراق إلى البروتوكول المذكور، بالإضافة إلى الكثير من الاتفاقيات المهمة التي نظمت مسائل التحكيم وهي اتفاقية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) واتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار ، واتفاقية موسكو لعام 1972 واتفاقية جنيف الأوروبية و على الصعيد العربي هناك اتفاقية تنفيذ الاحكام بين جامعة الدول العربية لعام 1952 واتفاقية الرياض للتعاون القضائي والسنة 1983.. الخ .

5- لقد ذكرنا بأن الدول قد اختلفت بشأن مسألة تعريف التحكيم فبعضها عرفته والبعض الآخر التزم الصمت كالقانون العراقي الذي لم يعرف التحكيم لا في القانون السابق رقم 88 لسنة 1956 ولا في قانون المرافعات الحالي رقم 83 لسنة 1969 وكذلك هو موقف القانون الأردني والسعودي ولكن نجد بأن قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994 لقد عرف التحكيم في المادة (10) منه وكذلك هو موقف قانون التحكيم السوري لسنة 2008 وقانون التحكيم السوداني لسنة 2005 وقانون التحكيم اليمني رقم (2) لسنة 1992 ، وكذلك قانون المرافعات الفرنسي وذلك في المادة (1442) التي عرفت شرط التحكيم والمادة (1447) التي عرفت مشاركة التحكيم .

6- هناك أنواع وصور متعددة للتحكيم فهناك التحكيم الداخلي (الوطني) والتحكيم الدولي والذي لم ينص عليه المشرع العراقي ولم يُعرفه ، على عكس المشرع المصري الذي بين الحالات . التي يكون فيها التحكيم دولياً ، وهناك التحكيم الحر والمؤسسي ، والتحكيم بالقضاء وبالصلح والتحكيم الاختياري والاجباري (الالزامي) وهذا الأخير غير معروف في العراق على عكس القانون المصري

الذي أخذ بالتحكيم الاجباري ، أما بالنسبة لصور التحكيم فاتفق التحكيم كما ذكرنا أما يكون سابقاً على النزاع وهو ما يسمى بشرط التحكيم أو أن يتم بعد نشوب النزاع وهو ما يسمى بمشارطة التحكيم ، وشرط التحكيم له أنماط عديدة فهو إما أن يكون وارداً كاتفاق مستقل قائماً بذاته (كاتفاق مستقل عن العقد الأصلي) المبرم بين أطرافه كأن يكون ملحقاً من ملحقاته ، وتبرز أهمية استقلال شرط التحكيم عندما يبطل العقد الأصلي فالقول باستقلال شرط التحكيم وعدم بطلانه يساعد على الوصول إلى سريع وقليل الكلفة وأن مبدأ الاستقلال يمكن تبريره من خلال الرجوع إلى القواعد والمبادئ العامة في القانون المدني أهمها مبدأ (انتقاص العقد) الذي نص عليه القانون المدني العراقي في المادة (139) منه ، أما النط الثاني لشرط التحكيم وهو (شرط التحكيم بالإحالة) فشرط التحكيم هنا لا يرد في العقد الأصلي المبرم بين الطرفين ، وإنما يكفي الطرفين في العقد المبرم بينهما بالإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم بحيث تعتبر هذه الإحالة اتفاقاً على التحكيم ، طالما كانت هذه الإحالة واضحة في اعتبار شرط التحكيم الوارد في هذه الوثيقة جزءاً من العقد الأصلي المبرم بين الطرفين .

7- لتحديد موضوع النزاع فقد رأينا بأن هذا التحديد يعد ركن من أركان اتفاق التحكيم في صورة المشاركة أما في صورة الشرط فيكفي تحديد المحل الذي يدور حوله النزاع ويرجع ذلك إلى استحالة تحديده كونه لم يقع بعد (أي النزاع) ، والحكمة من تحديد موضوع النزاع هو أن نظام التحكيم كما ذكرنا سابقاً نظام استثنائي والأصل هو القضاء لذلك يجب أن يكون في حدود معينة لا يتعداها ، ومن ثم يكون الاتفاق باطلاً إذا لم يتم فيه تحديد موضوع النزاع أو إذا تم تحديده بصورة مبهمه ، وقد رأينا بأن موقف المشرع العراقي يختلف بهذا الشأن فلم يشترط ذكر بيان تفصيلي دقيق لموضوع النزاع على عكس القانون المصري تاركاً هذا الأمر لرغبة الطرفين فإن شاء ذكره بالتفصيل وإن شاء أطلقه بصورة عامة وفي هذه الحالة يشمل التحكيم كافة المنازعات ابتداءً من وقت تنفيذ العقد حتى نهايته .

8- بخصوص طبيعة التحكيم فقد رأينا بأن هناك اتجاهات وآراء كثيرة فالبعض أقره بالطبيعة التعاقدية للتحكيم باعتباره عقداً يبرمه أطراف النزاع والبعض الآخر أقر بالطبيعة القضائية للتحكيم باعتباره عملاً قضائياً خالصاً والحكم التحكيمي حكماً قضائياً يحوز قوة الأمر المقضي والبعض الآخر بالطبيعة المختلطة للتحكيم وهذا الرأي الذي ذهب إليه الأستاذ محسن شفيق وهو الرأي الذي يؤيده الباحث أيضاً لأن التحكيم كما وصفه الأستاذ المغفور له محسن شفيق "بأن التحكيم ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً وإنما هو نظام يمر بمراحل متعددة يلبس في كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم وينبغي مراعاة هذه الصور عند تعيين القانون الواجب التطبيق " ، وأخيراً فقد أقر البعض بالطبيعة المستقلة للتحكيم فهو ليس نظاماً تعاقدياً ولا مختلطاً ولا يعد نوعاً من القضاء وإنما ذو طبيعة ذاتية ومستقلة عن القضاء في وظيفته وغايته .

9- أساس هذا البحث هو "النظام العام" فكما رأينا بأن فكرة النظام العام هي فكرة صعبة التحديد والتعريف لأنها تختلف من مجتمع لآخر ومنم دولة لأخرى فما يعد مخالفاً للنظام العام في العراق قد لا يكون كذلك في فرنسا لذلك فمن الصعب وضع تعريف واضح ومحدد أو موحد للنظام العام ، كما أن ليست كل قاعدة أمرة من النظام العام لكن العكس صحيح فكل قاعدة متعلقة بالنظام العام هي قاعدة أمرة .

10- لقد رأينا بأن النظام العام ينقسم إلى النظام العام الداخلي والدولي أما بالنسبة لنوع النظام العام الذي يؤدي إلى البطلان فالمقصود به في دراستنا هذه هو النظام العام الداخلي وليس الدولي (أي النظام العام

الداخلي للدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم التحكيمي) وقد ذهب البعض إلى أن المقصود من فكرة النظام العام والتي يترتب على مخالفته البطلان هو النظام العام الدولي وليس الداخلي ، وقد أنكر البعض فكرة وجود النظام العام الدولي من الأساس وكما رأينا بأن المشرع العراقي كما التزم السكوت في تعريف النظام العام الداخلي فقد سكت أيضاً عن تعريف أو توضيح المقصود بالنظام العام الدولي ، كما أن أغلب الدول العربية لم تأخذ بفكرة النظام العام الدولي واشترطت ضرورة ملائمة الحكم التحكيمي مع النظام العام الداخلي باستثناء لبنان وتونس والجزائر ، التي تفرق بين التحكيم الداخلي والدولي فاشتطرت في التحكيم الداخلي أن يراعي المحكم النظام العام الداخلي وفي التحكيم الدولي أن يراعي المحكم أحكام التحكيم الدولي ، أما مصر فتشترط موافقة الحكم للنظام العام الداخلي ، وبعض الدول اشتطرت أن يكون الحكم موافقاً للشريعة الإسلامية مثل اليمن ، لذلك فالنظام العام يبقى دائماً يتميز بالوطنية مهما كان وضعه داخلي أو دولي فكلاهما يشكل جزءاً من النظام العام الوطني وإن اختلفت وضعيته في العلاقات الدولية والداخلية .

11- بخصوص ما يتعلق بشروط التحكيم فذكرنا منها الرضا والأهلية والمحل والسبب والكتابة ولكن الخلاف كما رأينا ورد بشأن شرط الكتابة فبعض الدول اعتبرته شرطاً للإثبات وبعض الدول اعتبرته شرطاً للانعقاد وليس فقط شرطاً للإثبات أما بالنسبة للقانون العراقي فأختلف المؤلفون بشأن تفسير المادتين 252 من قانون المرافعات والتي نصت بصورة واضحة على أن الكاتبة شرطاً للإثبات والمادة 273 ف1 التي نصت على البطلان إذا كان الاتفاق غير موجود أي بما معنى غير مكتوب فالبعض فسر بأن المشرع ما كان ليرتب البطلان هنا لو كانت الكتابة مجرد شرطاً للانعقاد وهذه المادة دليل على أن الكتابة ركن يترتب على تخلفها البطلان وهنا يبدو التناقض واضحاً في موقف المشرع العراقي كما ذكرنا سابقاً .

12- ما يخص المحكم والتزاماته فإن القاعدة العامة تقضي بضرورة التزامه بقواعد قانون المرافعات المدنية عند القيام بمهمة التحكيم وإلا فإن القرار الذي يصدره سيكون عرضة للبطلان من قبل المحكمة المختصة ، وهذا ما نصت عليه المادة (265) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، ومن أبرز الشروط التي يجب توفرها في المحكمين هو أن يكون عددهم وتراً وقد ذكرنا بأن العلة من اشتراط العدد الوتري (الفردية) هي لتلافي الحالة التي قد ينتهي إليها التحكيم وهي حالة اختلاف المحكمين فيما بينهم دون أن يصلوا إلى قرار واحد الأمر الذي لا يؤدي إلى حسم النزاع بل قد يزداد الأمر سوءاً ومن الشروط الأخرى التي يجب أن تتوفر في المحكم هي الحياد والاستقلال والسرية والأهلية وأن لا يكون من رجال القضاء إلا بإذن من مجلس القضاء كما ذكرنا .

13- وهناك ما يسمى بمبدأ الاختصاص بالاختصاص أي أن المحكم أو هيئة التحكيم تختص بفحص ونظر صحة اختصاصها بما في ذلك فحص اتفاق التحكيم وصحته وبطلانه وقد أعطت الكثير من القوانين والقواعد الدولية الحق لهيئة التحكيم أو المحكم بالنظر في هذه الأمور بعكس التشريع العراقي الذي لم يعطي الاختصاص للمحكم بهذه الأمور أما المشرع .

المصري أجاز ذلك في الفقرة الأولى من المادة (22) وكذلك المشرع الفرنسي في المادة (1466) .

14- بالنسبة لسلطة المحكم عند مخالفة النظام العام فقد ذهب البعض إلى أن المحكم في هذه الحالة يقضي بالبطلان فطالما يملك تقرير صحة العقد فهو يملك تقرير بطلانه لمخالفته للنظام العام فالصحة كالبطلان، بينما ذهب البعض الآخر إلى وجوب تخلي المحكم عن نظر النزاع عندما يكون مخالفاً للنظام العام وذلك تأسيساً على أنه لا يجوز للمحكم أن يقضي بالبطلان لأنه ليس كقاضي الدولة الذي يملك إثارة هذه المسألة

من تلقاء نفسه كما أن القضاء بالبطلان قد يمس حقوق الغير مثل القضاء ببطلان الشركة أو براءة الاختراع حيث يكون للبطلان الأثر بالنسبة للكافة وهي مسائل لا يمكن قبولها بالنسبة للمحكم لأنه يستمد سلطاته من اتفاق الخصوم ولا يجوز مد هذه السلطات للغير فسلطة المحكم محدودة بموضوع النزاع كما حدده الخصوم في اتفاق التحكيم ولا يصح له تجاوزها ، لذلك فليس للمحكم سلطة تطبيق قواعد النظام العام وبالتالي القضاء بالبطلان بل أن سلطته تقتصر فقط على اعلان عدم اختصاصه عندما يثبت من وجود عدم المشروعية في العقد الأساسي .

15- بالنسبة لحجية أحكام المحكمين فإن القانون العراقي يخلو من الإشارة إلى الاعتراف بحجية احكام المحكمين إلا أنه أشار إلى ان حكم المحكمين لا يكون قابلاً للتنفيذ بمجرد صدوره بل لا بد من إيداع الحكم لدى المحكمة المختصة وتصديقه ويكون الحكم بعد ذلك قابلاً للطعن بجميع طرق الطعن ماعدا طريقة الاعتراض على الحكم الغيابي ، أما قانون التحكيم المصري فقد أعترف بحجية احكام المحكمين وذلك في المادة (55) منه .

16- بخصوص طرق الطعن فقد ذكرنا بأن المشرع العراقي منع الطعن بأحكام التحكيم بطريقة الاعتراض على الحكم الغيابي وذلك على أساس أن عقد التحكيم هو عقد رضائي وقد تم باتفاق الأطراف لذا فإن عدم حضور أحد الخصوم إلى المرافعة التحكيمية يجعله مقصراً في حقه فلا يمكن إعطاءه فرصة الطعن بطريق الاعتراض ، أما المشرع المصري فقد كان يجيز الطعن بالاستئناف في القانون الملغي أما القانون الحالي رقم (27) لسنة (1994) فقد منع الطعن بالقرارات التي تصدرها هيئة التحكيم دون رجعة ، لكن أجاز المشرع في بعض الحالات الاستثنائية التي حددها والتي تستوجب للطعن بقرارات التحكيم لكي يتم ابطالها من قبل المحكمة المختصة رفع دعوى مستقلة أمام القضاء يطلق عليها أسم (دعوى بطلان حكم التحكيم) .

17- بخصوص نطاق التحكيم فقد نص عليه القانون العراقي في المادة (272ف2) والتي نصت على أنه " لا ينفذ قرار المحكمين إلا في حق الخصوم الذين حكموهم وفي الخصوص الذي جرى التحكيم من أجله"

18- فيما يتعلق بالقوة التنفيذية والملزمة لحكم التحكيم فهناك فرق بين المصطلحين كما ذكرنا فالقوة التنفيذية كما نصت (41) من قانون التحكيم المصري هي ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ فهذه القوة لا تستغرق كل قوة التحكيم والمقصود بها فقط قوته بالنسبة للتنفيذ أي اثره في مجال التنفيذ الجبري ، أما القوة الملزمة للتحكيم فالمقصود بها حجيته فحكم التحكيم باعتباره عملاً قانونياً له قوة ملزمة (Force obligatoire) .

19- بشأن تنفيذ الاحكام الأجنبية في العراق فقد وجدنا بأن المشرع العراقي قد نص على التحكيم بصورة عامة في متن قانون المرافعات ولم يتطرق إلى كيفية تنفيذ احكام التحكيم الأجنبية في العراق ولكن العراق كما ذكرنا أنظم إلى بروتوكول جنيف بتاريخ 24 ايلول (سبتمبر) 1923 وقد اتخذت الإجراءات التشريعية بتصديق هذا النظام بقانون انضمام دولة العراق إلى البروتوكول في أمور التحكيم الموقع في جنيف في 24 ايلول سنة 1923 وهو قانون رقم (30) لسنة 1928(قانون تنفيذ الاحكام الأجنبية في العراق) ، وبناءً على ما تقدم و من خلال الاتفاقيات التي وقع عليها العراق يمكن القول بإمكانية تنفيذ قرار صادر عن هيئة تحكيم عربية أو اجنبية في العراق إذا أستوفى الشكل القانوني الذي أشارت إليه تلك الاتفاقيات .

20- وأخيراً نذكر أثر دعوى البطلان على تنفيذ احكام التحكيم وقد رأينا بأن القانون العراقي لم يرد فيه نص خاص يقضي بعدم تنفيذ احكام المحكمين في حالة التمسك ببطلان حكم التحكيم ، إلا أنه أشار إلى

احكام المحكمين لا تنفذ في مديريات التنفيذ مالم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناءً على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة ، أما المادة (57) من قانون التحكيم المصري فقد اشارت صراحة إلى بأنه لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ الحكم التحكيمي ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة الدعوى وكان الطلب مبنياً على أسباب جدية .

ثانياً : التوصيات :

بعد إن انتهينا من دراستنا للتحكيم فقد أصبح جلياً بأن القانون العراقي لم يُنظم التحكيم بشكل دقيق ومفصل ، وهناك الكثير من المسائل المهمة الخاصة بالتحكيم التي لم يتعرض لها المشرع العراقي ، ولم ينظمها لذلك ، ومن خلال دراستنا المتواضعة يمكن ان نوصي ببعض التوصيات نذكر منها ما يلي :

1- ندعو المشرع العراقي إلى الإسراع في تشريع قانون خاص ومستقل بالتحكيم لتنظيم كافة امور ومسائل التحكيم كما فعل المشرع المصري وغيره من القوانين العربية والعالمية الخاصة بالتحكيم ، ومن الجدير بالذكر بأنه عند بحث ودراسة الباحث لمسألة (قانون التحكيم في العراق) وجد بانهم هناك مسودة لما يسمى بمشروع قانون التحكيم التجاري في العراق (وجد بأنه هناك مسودة لما يسمى (بمشروع قانون التحكيم العراقي) وهي مسودة تعطي تقريباً جمع الثغرات التي تعترى القانون الحالي لذلك فمن الضروري اتخاذ خطوة جدية وفعالة لتطبيق هذه المسودة وجعلها قانون رسمي في المستقبل القريب.

2- صحيح بأن وضع التعاريف هو من علم الشراح والفقهاء وليس من اختصاص المشرع الخوض في هذه المسائل لكن مع هذا نجد بانه لاضير من وضع تعريف خاص بالتحكيم لمجرد توضيح معناه وليس لقصد الخوض في مسألة التعاريف التي تخرج عن اختصاص المشرع وذلك تماشياً مع الانظمة والقوانين الحديثة للتحكيم حيث نجد ان اغلب قوانين الدول الخاصة بالتحكيم قد وضعت تعريفاً خاصاً به وهذا ما عمل به المشرع العراقي في المسودة التي ذكرناها آنفاً وذلك في المادة الأولى من المشروع.

3- ندعوا المشرع العراقي الى توضيح المقصود من شرط الكتابة في عقد التحكيم ، فهل هو شرط للإثبات فقط كما نصت المادة (252) من قانون المرافعات أم أنه شرط للانعقاد فقد رأينا بأن المؤلفين في مجال التحكيم قد اختلفوا في تفسير قصد المشرع العراقي من هاتين المادتين فبعضهم استند إلى نص المادة 252 والبعض استند إلى المادة (273ف1) لذلك فهاتين المادتين مختلفتين في الحكم وهما محل نظر، فالمادة (252) واضحة بأن الكتابة هي مجرد شرط للإثبات بينما الفقرة الأولى من المادة (273) رتبت البطلان في حالة عدم وجود هذا الاتفاق أي كتابته ، ومن الجدير بالذكر بأنه مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي المشرع قد نص في المادة (12) منه بان يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً وهو موقف في موقفه هذا .

4- ضرورة انضمام العراق الى اتفاقية نيويورك التي انضمت اليها اغلب الدول العربية كما ذكرنا آنفاً فهي من اهم الاتفاقيات الدولية في مجال تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية وتسهيل تنفيذها كما رأينا سابقاً .

5- كان من الأولى للمشرع العراقي الأخذ بنفس المشرع المصري بشأن طرق الطعن وذلك بأن يمنع الطعن بأحكام التحكيم بأي طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات

ونجد ان هذا الموقف المُنتقد قد تداركته المادة (52) من مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي المقترح وهو الموقف الأصح والأنسب.

6- ندعوا المشرع الى بيان الفرق بين التحكيم الدولي والداخلي فكما رأينا ان المشرع في قانون المرافعات لم يبين معنى التحكيم الدولي والحالات التي يكون فيها التحكيم دولياً ، لكن نجد ان المشرع العراقي في المسودة المذكورة الخاصة بالتحكيم التجاري لقد بين المقصود من التحكيم الدولي وعدد الحالات التي يكون فيها التحكيم دولياً وذلك في المادة (4) منه.

7- ضرورة التضييق من اسباب البطلان الخاصة بالتحكيم الموجودة في قانون المرافعات العراقي فما وجد التحكيم لكي تبطله فتشدد من اسباب بطلانه ونجعله نظاماً معقداً محاطاً بالكثير من الشروط والاسباب التي تبطله بما يفقده مزاياه الا ما كان ضرورياً منه لكن المشرع العراقي في المسودة المقترحة لقانون التحكيم التجاري العراقي ايضا لم يضيق من اسباب البطلان وذلك في المادة (53) منه وهي مشابهة تقريبا من مادة (73) المنصوص عليها في قانون المرافعات الحالي ، حيث نص المشرع في المادة (53) من المشروع على (8) حالات تخص البطلان كما ونص على البطلان في حالة مخالفة الحكم التحكيم للنظام العام في جمهورية العراق وهو موقف مشابه لموقف المشرع المصري .

8- النقطة الجوهرية في دراستنا المتواضعة هذه هي فكرة النظام العام التي تؤدي الى ابطال الحكم التحكيمي كما ذكرنا في صلب البحث و وجدنا بانه بعض الدول لم تأخذ بفكرة النظام العام الدولي في مجال التحكيم كما هو الحال في مصر وكذلك العراق أسواء في قانون المرافعات الحالي رقم 83 لسنة 1969 ام في المشروع المقترح فمن الضروري التعمق اكثر في توضيح معنى النظام العام الذي يؤدي الى ابطال الحكم هل هو فقط النظام العام في جمهورية العراق ام هو النظام العام الدولي ايضا ولذلك من الضروري ايراد نصا خاصا ومستقلا ومفصلا لايضاح هذه المسألة .

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : الكتب :

- 1- د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر .
- 2- د. إبراهيم عبد المنعم الشواربي ، ضوابط تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والوطنية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط1 ، 2013 .
- 3- د. أبو الخير عبد العظيم ، التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي ، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1 ، 2017.
- 4- د. أحمد أبو الوفا ، التحكيم الإختياري والإجباري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2007 .
- 5- د. أحمد أبو الوفا ، التحكيم بالقضاء وبالصلح ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة، 2007 .
- 6- د. أحمد أبو الوفا ، التحكيم في القوانين العربية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2015.
- 7- د. أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2007.
- 8- أحمد إبراهيم عبد التواب ، إتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2009 .
- 9- د. أحمد السيد صاوي ، الوجيز في التحكيم ، بدون جهة نشر ، ط4 ، 2013 .
- 10- آزاد شكور صالح ، الوسائل البديلة لتسوية عقود الإستثمارات الدولية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ، ط1 ، 2016 .
- 11- د. أحمد خليفة شرقاوي أحمد ، التنظيم القانوني لبطلان حكم التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2016 .
- 12- د. أحمد محمد حشيش ، القوة التنفيذية لحكم التحكيم ، دار الكتب القانونية ، بدون رقم طبعة ، 2008.
- 13- د. أشرف عبد العليم الرفاعي ، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط1 ، 2003.
- 14- د. أشرف عبد العليم الرفاعي ، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2006.
- 15- د. أبو جعفر علي المنصوري ، فكرة النظام العام والآداب في القانون والفقہ ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2010 .
- 16- د. الأنصاري حسن النيداني ، الأثر النسبي لإتفاق التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2011 .
- 17- د. أياد محمود بردان ، التحكيم والنظام العام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط1 ، 2004.
- 18- د. أسعد فاضل منديل ، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، دار نيبور ، بغداد ، ط1 ، 2011 .

- 19- د. ثامر حمود الخزاعي ، النظام العام والقانون الواجب التطبيق في علاقات الاسرة ، مكتبة الوفاء القانونية ، ط1 ، 2017.
- 20- د. جمال محمود الكردي ، النظام العام الدولي العربي حلم أم حقيقة أم خيال ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2010.
- 21- د. جمال محمود الكردي ، جنسية حكم التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2007 .
- 22- حسين المؤمن ، الوجيز في التحكيم ، مطبعة الفجر ، بيروت ، بدون رقم ط ، 1977 .
- 23- د. حسين عبد الله الكلابي ، النظام العام العقدي ، دار السنهوري ، بيروت ، ط ، 2016 .
- 24- د. حفيظة السيد حداد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 1997 .
- 25- د. حسن الهداوي ، غالب علي الداودي ، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، القسم الثاني ، بدون جهة نشر ، ط1 ، 1982.
- 26- د. حميد لطيف نصيف ، التحكيم وإجتهد القضاء في القانون العراقي ، مكتبة الصباح ، بغداد ، ط3 ، 2016 .
- 27- د. حميد لطيف نصيف ، الرقابة القضائية على قرارات المحكمين في القانون العراقي ، مكتبة الصباح ، بغداد ، بدون رقم طبعة ، 2018 .
- 28- د. رقية رياض ، التحكيم وسيادة الدولة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 2010.
- 29- د. زينب وليد دحام ، الوسائل البديلة عن القضاء ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ط1 ، 2017 .
- 30- د. سالم حمد مسلم ، الغاء حكم المحكم ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2017 .
- 31- د. سامي محمد خالد الشمعة ، اتفاقية نيويورك ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دار النهضة العلمية ، دبي ، بدون رقم طبعة ، 2018 .
- 32- د. سميحة القليوبي ، الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون رقم طبعة ، 2017 .
- 33- د. صالح جاد المنزلاوي ، الأختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والإعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام والأوامر الأجنبية في سلطنة عمان ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2008 .
- 34- د. طارق سمير طلبة دويدار ، الأبعاد القانونية لإمتداد شرط التحكيم ، مركز الدراسات العربية ، ط1 ، 2017.
- 35- عباس العبودي ، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ط1 ، 2016 .
- 36- عاشور مبروك ، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط3 ، 2006 .

- 37- عبد الباسط محمد عبد الواسع ، النظام القانوني لإتفاق التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2013 .
- 38- عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1996 ، ج4 ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ط2 ، 2009 .
- 39- المستشار عبد المنعم دسوقي ، التحكيم التجاري الدولي والداخلي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2014 .
- 40- د. عبد المنعم زمزم ، شرح قانون التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط2 ، 2014 .
- 41- د. عبد الوهاب لطفي ، التحكيم وبطلانه بين التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ط1 ، 2019 .
- 42- د. عرفات أحمد المنجي ، التحكيم في منازعات الإعتمادات المستندية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ط1 ، 2017 .
- 43- د. عيد أحمد العفلول ، فكرة النظام العام الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط2 ، 2006 .
- 44- د. عيد محمد القصاص ، قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية ، بدون جهة نشر ، ط1 ، 2015 .
- 45- د. غالب علي الداودي ، د. حسن محمد الهداوي ، ج2 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2017 .
- 46- فارس محمد عمران ، قوانين ونظم التحكيم في الدول العربية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ج2 ، القاهرة ، ط2 ، 2015 .
- 47- د. فتحي والي ، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط1 ، 2014 .
- 48- د. فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط1 ، 2007 .
- 49- د. فهيمة أحمد علي القماري ، سلطة القضاء إزاء خصومة التحكيم ، دار الكتب والدراسات العربية ، الإسكندرية ، ط1 ، 2016 .
- 50- د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، جامعة بغداد ، بدون رقم طبعة ، 1992 .
- 51- فؤاد عبد الدايم ، التحكيم في إطار العقود الدولية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ط1 ، 2019 .
- 52- د. قدرى محمد محمود ، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون رقم طبعة ، 2014 .
- 53- د. محمد أحمد شحاته ، التحكيم في الفقه والقانون المقارن ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2010 .
- 54- القاضي محمد إبراهيم الفلاحي ، التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي والمقارن ، صباح صادق جعفر الأنباري ، بغداد ، ط1 ، 2015 .
- 55- د. محمود السيد عمر التحيوي ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2010 .
- 56- د. محمود السيد عمر التحيوي ، أركان الإتفاق على التحكيم وشروط صحته ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2008 .

- 57- د. محمد حسن جاسم المعماري ، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني ، المكتب الجامعي الحديث ، 2014 .
- 58- د. محمود مختار بربري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط4 ، 2010.
- 59- مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري ، المحكم التجاري الدولي ، المكتب الجامعي الحديث ، ط1 ، 2013.
- 60- د. معتز عفيفي ، نظام الطعن على حكم التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة، 2012.
- 61- د. ممدوح عبد الكريم ، تنازع القوانين ، دار الثقافة ، عمان ، ط1 ، 2005 .
- 62- مهند أحمد الصانوري ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص ، دار الثقافة ، عمان ، ط1 ، 2005 .
- 63- د. ناريمان عبد القادر ، إتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1996 .
- 64- د. ناصر محمد الشerman ، المركز القانوني للمحم في التحكيم التجاري الدولي ، مركز الدراسات العربية، ط1 ، 2015 .
- 65- ناصر ناجي محمد جمعان ، شرط التحكيم في العقود التجارية ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2008 .
- 66- د. نبيل إسماعيل عمر ، دعوى بطلان حكم التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2016 .
- 67- نبيل عبد الرحمن حياوي ، مبادئ التحكيم ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ط3 ، 2004 .
- 68- د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي ، التحكيم قبل الإسلام ، المكتب الجامعي الحديث ، بدون رقم طبعة، 2006 .
- 69- د. نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي ، التحكيم في القوانين العربية ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2006 .
- 70- د. نضال جبر البلوي ، التحكيم في الشريعة الإسلامية ، دار الثقافة ، عمان ، ط1 ، 2012.
- 71- د. هشام خالد قواعد الإختصاص القضائي وتعلقها بالنظام العام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2000 .
- 72- هفال صديق إسماعيل ، التحكيم في منازعات الإستثمار الأجنبي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة ، 2016 .
- 73- د. وئام نجاح إبراهيم السيد تعليل ، النفاذ الدولي لإحكام التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون رقم طبعة ، 2015 .

ثانياً : الرسائل والأطروحات العلمية :

- 1- أشجان فيصل شكري داوود ، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، نابلس- فلسطين ، 2008.
- 2- أماني أبو العلا النمر ، العودة إلى التحكيم بعد بطلان الحكم ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتورا ، جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ، 2017.
- 3- سلام توفيق حسين منصور ، بطلان حكم التحكيم ، دراسة تحليلية مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الأزهر - كلية الحقوق ، غزة ، قسم القانون الخاص ، 2010 .
- 4- خالد أحمد حسن ، بطلان حكم التحكيم ، رسالة دكتورا ، جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ، 2006.
- 5- ماهر محمد صالح عبد الفتاح ، اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، رسالة دكتورا ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، 2004 .
- 6- مناحي خالد محمد الهاجري ، أثر النظام العام على اتفاق التحكيم ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتورا ، جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ، 2012 .
- 7- عماد طارق البشري ، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ، رسالة دكتورا ، جامعة الإسكندرية ، كلية الحقوق ، 2002 .
- 8- هاشمي فاطمة آثار اتفاق التحكيم دراسة مقارنة رسالة ماجستير جامعة الدكتور مولاي طاهر سعيدة الجزائر 2017-2018.

ثالثاً: المصادر الفقهية :

- 1- تاريخ المذاهب الإسلامية في السياسة والعقائد /الإمام محمد أبو زهرة /دار الفكر العربي / القاهرة /بدون طبعة /1996.
- 2- الدين والدولة (من توجيه القرآن الكريم) /دكتور محمد البهي /دار غريب للطباعة / القاهرة ط2 /1980.
- 3- عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون / نايف محمد الجندي/ دار الثقافة /عمان / ط1/2010.
- 4- المطلع على دقائق زاد المستنقع /الأستاذ الدكتور عبد الكريم بن محمد اللاحم / كنوز اشبيلية/الرياض / ط1/2010 .
- 5- من وسائل علاج المشاكل الزوجية في ضوء الكتاب والسنة /دار كنوز اشبيلية/ الرياض/ ط1/2013.
- 6- موسوعة الاجماع في الفقه الإسلامي /دكتور ظافر بن حسن العمري/دار الهدي النبوي/مصر/ ط1/ 12-2.
- 7- الموسوعة الفقهية /وزارة الأوقاف والسؤون الإسلامية / الكويت / ط1/2012.
- 8- الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية / دكتور احمد علي جرادات / دار الثقافة /عمان / ط1/2012.

رابعاً: القوانين والأنظمة :

- 1- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 وتعديلاته .
- 2- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 وتعديلاته .
- 3- قانون التنفيذ العراقي رقم (45) لسنة 1980 وتعديلاته .
- 4- قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 وتعديلاته .
- 5- قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية رقم (27) لسنة 1994 .

خامساً : الدوريات العلمية :

- 1- مجلة التحكيم العربي ، العدد 13 ، 2009 .
- 2- مجلة التحكيم ، العدد 3 ، 2009 .
- 3- مجلة القضاء ، العدد الثالث والرابع ، 1989 .
- 4- مجلة القضاء ، الأعداد ، الأول ، الثاني ، الثالث ، الرابع ، 1981 .
- 5- مجلة مصر المعاصرة ، العدد 505 ، 2012 .
- 6- مجلة التحكيم والقانون ، المجلد الثالث ، 1997 .
- 7- مجلة جامعة دهوك ، المجلد 18 ، العدد 1 ، 2015 .
- 8- مجلة القانون والإقتصاد ، العدد الخامس ، دار الطباعة الحديثة ، البصرة ،

المصادر باللغة الإنكليزية :

- 1- Emilia Onyema, International Commercial Arbitration And The Arbitrator's Contract , Taylor & Francis e- Library, No edition number , 2010.
- 2- Martin Hunter and Toby Landua the English Arbitration Act 1996, Text And Notes, Kluwer Law International, No edition number, 1996.
- 3- Dr. Wojciech Sadowski , Ewelina Wetrys LL.M , The Arbitration clause in an underlying contract and non- contractual claims arising in connection with such contract . Lewiatancourt of Arbitration, No. 3-4 (18-19) / 2014.

المصادر الألكترونية:

- 1- أنظر: المركز العراقي للتحكيم الدولي على الموقع الألكتروني :
<http://www.icacn.org/about-Centerk, html>.
- 2- أنظر: مفهوم النظام العام على الموقع الألكتروني :
<https://www.bibilotdroit.com/2016/.8/blog-post-vv.html?m=1>
www.aifa-eg.com>washington-agreement

Yasamin Khairi Yousuf - Kamu Düzeninin Irak Hukukunda Tahkim Anlaşması

ORIGINALITY REPORT

11 %	5 %	10 %	%
SIMILARITY INDEX	INTERNET SOURCES	PUBLICATIONS	STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	الداود ، محمد محمود سعيد. "دعوى بطلان حكم التحكيم في = The Legal Action for Invalidation of the Arbitration Award in the International Commercial Disputes", Amman Arab University for Graduate Studies, 2009. Publication	<1 %
2	الخريشا ، تمارا محمود جمال. "الرقابة القضائية على قرارات التحكيم الوطنية و الدولية : دراسة مقارنة", University of Jordan, 2008. Publication	<1 %
3	الشرمان ، ناصر محمد. "المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي", المركز القانوني للمحكم في التحكيم الدولي Publication	<1 %
4	العكيلي ، علي مجيد الظاهري ، لمى علي. "الحماية الدستورية لفكرة النظام العام", Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing, 2018 Publication	<1 %

**BİLİMSEL ARAŞTIRMALAR ETİK KURULU**

02.09.2019

Sayın Yasamin khairi Yousuf

Bilimsel Araştırmalar Etik Kurulu'na yapmış olduğunuz “**Kamu Düzeninin Irak Hukukunda Tahkimanlaşması Üzerindeki Etkisi (Karşılaştırmalı Çalışma)**” başlıklı proje önerisi, sadece ikincil kaynak kullanıldığı için Etik Kuruluruna girmesine gerek yoktur. Bu yazı ile birlikte sadece ikincil kaynak kullanmak şartıyla araştırmaya başlayabilirsiniz.

Doçent Doktor Direnç Kanol

Bilimsel Araştırmalar Etik Kurulu Raportörü

Not: Eğer bir kuruma resmi bir kabul yazısı sunmak istiyorsanız, Yakın Doğu Üniversitesi Bilimsel Araştırmalar Etik Kurulu'na bu yazı ile başvurup, kurulun başkanının imzasını taşıyan resmi bir yazı temin edebilirsiniz.