

**اتفاق التحكيم التجاري في القانون العراقي والقانون
المصري والقانون القطري والقانون الفرنسي
(دراسة مقارنة)**

الباحث/ بدر عواد حمد البندر

اتفاق التحكيم التجاري في القانون العراقي والقانون المصري والقانون القطري والقانون الفرنسي - (دراسة مقارنة)

الباحث/ بدر عواد حمد البندر

الملخص:

يشكل التحكيم عدالة خاصة موضوعة من قبل أطراف النزاع خارج الإطار الإلزامي لقضاء الدولة؛ وهو حل للنزاع من طرف شخص أو عدة أشخاص اختارهم الأطراف بمحض إرادتهم للرجوع إليهم، لحل النزاع الذي يقوم من جراء إبرام عقود التجارة الدولية، والقوانين الداخلية لأغلب الدول تنظم التحكيم التجاري؛ لأنه يعتبر إجراء خاص لحل النزاعات، وهو نظام لعدالة خاصة يسمح بسحب الاختصاص لمحل نزاع معين من محاكم الدولة لإعطائه لأشخاص خواص يختارهم من حيث المبدأ الأطراف أنفسهم أو يتم اختيارهم بمساعدتهم، ويعتبر التحكيم نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون سلطتهم من اتفاق أطراف النزاع، وأصبح التحكيم حالياً من أهم الوسائل القانونية التي أوسع نطاقها، حتى أعترف بها وتم تنظيمها قانونياً في معظم دول العالم، على الرغم من اختلاف أنظمتها القانونية وظروفها الاقتصادية، وذلك بغية تحقيق العدالة بين أطراف النزاع.

Summary:

Arbitration constitutes private justice established by the parties to the dispute outside the mandatory framework of the jurisdiction of the state; it is a solution to the dispute by one or several persons whom the parties chose of their own volition to refer to, to resolve the dispute that arises as a result of the conclusion of international trade contracts, and the internal laws of most countries regulate arbitration Commercial because it is considered a special dispute resolution procedure, It is a system of special justice that allows the withdrawal of the jurisdiction of a specific dispute subject from the state's courts to give it to private persons chosen in principle by the

parties themselves or who are chosen with their assistance. From the agreement of the parties to the conflict, and arbitration has now become one of the most important legal means that have expanded in scope, to recognize and then regulate it legally in most countries of the world, despite the different legal systems and economic conditions, in order to achieve justice between the parties to the conflict.

المقدمة

يعتبر اتفاق التحكيم من أهم الظواهر القانونية المعاصرة، ومن أهم الوسائل القانونية التي اتسع نطاقها حتى تم الاعتراف بشرعيته من كافة أفراد الجماعة الدولية على اختلاف أوضاعها الاقتصادية، ويؤكد ذلك اللجوء المتزايد بين المتعاقدين سواء على مستوى التجارة الدولية أو الداخلية في حل نزاعاتهم بالاتفاق عن طريق التحكيم، إن خصوصية التحكيم باعتباره أداة لتحقيق العدالة تكمن من كونه أداة اتفاقية، فالإتجاه إلى التحكيم مرهون بإرادة أطرافه سواء في اختيار الشخص أو هيئة التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على النزاع.

ولهذه الاعتبارات اهتمت الدول الغربية ومن بعدها العربية بالتحكيم، وعينت بوضع تنظيم قانوني للتحكيم، يتناول الاتفاق عليه ويحدد المنازعات التي يجوز طرحها أمامه، ويبسط كيفية اختيار القواعد الإجرائية التي يسير عليها، فمن الدول من خصص للتحكيم فصل أو باب في قوانينها، كالعراق والذي خصص الباب الثاني من قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ في المواد من (٢٥١ إلى ٢٧٦)، ومن الدول من خصص للتحكيم قوانين مستقلة مثل مصر التي أصدرت قانون التحكيم رقم (٢٧) سنة ١٩٩٤، وقطر في قانون التحكيم القطري رقم (٢) لسنة ٢٠١٧، وفرنسا في المرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ بقانون التحكيم الفرنسي.

أولاً- أهمية البحث:

يحتل التحكيم مكانة هامة في تسوية المنازعات بين المتعاملين في مجال التجارة الدولية لما يحققه من عدالة ناجزة خارج إطار النظام القضائي للدولة؛ إذ يلعب التحكيم دوراً هاماً في إنهاء المنازعات قبل اللجوء إلى القضاء، وحتى تحقق الأهداف المنشودة

من التحكيم، فإنه يتعين صياغة اتفاق التحكيم بدقة، وإتباع خطوات إجرائية معينة منذ نشأة النزاع وحتى عقد جلسة إجراءات التحكيم الأولي.

ثانياً- هدف البحث:

- ١- الوقوف على ماهية اتفاق التحكيم وشروطه في الفقه والتشريعات المقارنة.
- ٢- بيان اتفاق التحكيم في القانون العراقي والقانون المصري والقانون القطري والفرنسي.
- ٣- الوقوف على مدى استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إذا كان هناك شرطاً للتحكيم.

ثالثاً- مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث بأن الإطار القانوني لاتفاق التحكيم، يرتبط بالإجابة على بعض الأسئلة من أهمها: ما العامل المشترك والخاص بين التحكيم في مجال التجارة، واتفاق التحكيم في المجالات الأخرى؟ وما هي خصوصية النظام القانوني لاتفاق التحكيم؟ وما هو العامل المشترك وما هي المميزات القانونية حول هذا الاتفاق في النظم القانونية المختلفة؟ فإذا سلمنا بخصوصيات عديدة لاتفاق التحكيم، فإنها تطرح لنا عدة أسئلة أخرى تتعلق بالشروط القانونية لهذا الاتفاق.

رابعاً- منهج البحث:

إن منهج اتفاق التحكيم هو المنهج الاستقرائي التحليلي والمقارن، وذلك من خلال استقراء الأنظمة والتشريعات الخاصة بأنظمة التحكيم التجاري الدولي لمختلف الدول ومن ثم تحليل معلوماتها والمقارنة بينها من خلال الاستقراء والتحليل، ومقارنين في أغلب الأحيان بقانون التجاري المصري ومعرفة موقف التشريعات العربية المقارنة بالاضافة للتشريع الفرنسي.

خامساً- هيكلية البحث:

قسم الباحث هذا البحث إلى مقدمة ومطلبين تناول في المطلب الأول تعريف اتفاق التحكيم في ثلاثة فروع، خصص الفرع الأول لتعريف اتفاق التحكيم في اللغة، وفي الفرع الثاني اتفاق التحكيم في الفقه، وفي الفرع الثالث اتفاق التحكيم في التشريعات المقارنة، وفي المطلب الثاني شروط اتفاق التحكيم في فرعين؛ إذ كان الفرع الأول للشروط الشكلية، والفرع الثاني للشروط الموضوعية.

المطلب الأول

تعريف اتفاق التحكيم

التحكيم هو عملية تسوية المنازعات المتفق عليها بين الطرفين حيث يتم عرض النزاع على محكم واحد أو أكثر من محكم؛ إذ إنه من الحلول البديلة لفض المنازعات خارج محاكم الدولة، أي دون التقاضي، والاتفاق على التحكيم يسمى اتفاق التحكيم وهومن بين الطرق البديلة لتسوية المنازعات، وسوف يتناول الباحث هذا المطلب في ثلاثة فروع، خصص الفرع الأول لتعريف اتفاق التحكيم في اللغة، وفي الفرع الثاني اتفاق التحكيم في الفقه، وفي الفرع الثالث اتفاق التحكيم في التشريعات المقارنة.

الفرع الأول

تعريف اتفاق التحكيم لغةً

التحكيم لغة مصدر حَكَّمَ يُحَكِّمُ - بتشديد الكاف - أي جعله حكماً، والحُكْمُ - بضم الحاء وسكون الكاف، هو القضاء، وجاء بمعنى العلم والفقه والقضاء بالعدل، ومنه قوله تعالى: (وَأَتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا)^(١)، ومنه الحكمة بمعنى وضع الشيء في محله. و(حَكَّمَ) فلاناً في الشيء والأمر: جعله حكماً، قال تعالى: أَلَمْ تَرَ أَنزَلْنَا مِنْ سَمَوَاتِنَا مَاءً فَسَوَّيْنَا بِهِ الْأَرْضَ وَبَعَثْنَا فِيهَا مِنْ بَيْنِ أَيْدِيهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ أَنْزَلْنَا إِلَيْهِمُ الْحَبَّ وَالذَّيْبَ وَالذُّرَّ وَالشَّعِيرَ وَنَحْلًا وَجَعَلْنَا فِيهَا رِجَالًا مُسَبِّحِينَ رَبَّهُمْ وَفَجَّارًا شَانِئًا فَذُنُوبَهُمْ كَبُرَتْ وَلَمَّا عَصَوْا وَرَبُّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ^(٢)، و(احتكمت) الخصمان إلى الحاكم: رفعاً خصوصتهما إليه، و(تحاكمتا): احتكما و(تَحَكَّمْتَ) في الأمر: احتكمت، و(الحكمت): من أسماء الله تعالى، و(الحكمت) الحاكم، قال تعالى: (أَفَعَيِّرَ اللَّهُ أَتْبَغِي حَكْمًا)^(٣)، و(الحكمت) من يُختار للفصل بين المتنازعين، قال تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا)^(٤).^(٥)

(١) سورة مريم الآية (١٢).

(٢) سورة النساء، الآية (٦٥).

(٣) سورة الأنعام، الآية (١١٤).

(٤) سورة النساء، الآية (٣٥).

(٥) العلامة جمال الدين ابن منظور الأنصاري، لسان العرب المحيط، ج ١، دار لسان العرب، بيروت، دون سنة طبع، ص ٦٨٨-٦٨٩، مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، أخرجه إبراهيم مصطفى وآخرون، ج ١، مطبعة مصر، ١٩٦٠م، ص ١٨٩.

الفرع الثاني

تعريف اتفاق التحكيم فقهاً

عرف جانب من الفقه اتفاق التحكيم بقوله: أنه اتفاق بموجبه يستبدل أطرافه الدعوى التحكيمية بدلاً من الدعوى القضائية، وذلك بخصوص نزاع قائم أو محتمل حول مسألة ما يجوز التصرف فيه بطريق الصلح والتحكيم^(٦).

ويعرف اتفاق التحكيم بأنه: الاتفاق الذي بموجبه يعرض الخلاف على هيئة تحكيم معينة للفصل في النزاع، واصدار الحكم الذي يكون ملزم لأطراف النزاع، وهذا الاتفاق يأخذ صورتين وهما شرط التحكيم ومشاركة التحكيم^(٧).

واتفاق الطرفين يلزمها باللجوء إلى التحكيم عند حصول نزاع بينها ولهذا لا يجوز لأحدهما ألا يقبل ذلك، وإلا سيكون من حق الطرف الآخر أن يطلب هو اتخاذ ما يلزم لحل النزاع بالتحكيم^(٨). فمضمون اتفاق التحكيم يتمثل في كونه التزام ملزم لجميع الأطراف بالالتجاء إلى التحكيم لحل نزاعاتهم، وذلك تنفيذاً في ما ورد في الاتفاق بقيام هيئة التحكيم بالفصل بالنزاع واصدار الحكم الملزم للخصوم^(٩).

وعرف جانب من الفقه اتفاق التحكيم بأنه اتفاق بين أطراف النزاع أن يحيلوه إلى التحكيم، جميع أو جزء من المنازعات المحددة التي تنشأ أو قد تنشأ بينها في المستقبل بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية^(١٠).

وهناك من عرفه بأن اتفاق التحكيم يكون محدداً سلفاً سواء كان قبل نشوء النزاع أو بعده، وذلك لحل الخلاف بين الأطراف وفق نظام التحكيم^(١١).

(٦) د. جمال أحمد هيكل، الاتفاق على التحكيم بين الاجراء والموضوع، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٦، ص ٤٠.

(٧) د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٦٤.

(٨) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الحكمة للطباعة والنشر، ١٩٩٢، ص ١١٤.

(٩) د. عبد الله عيسى علي الرمح، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، دار الفتح، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص ٨١.

(١٠) د. منير عبد الحميد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٢، ص ١٦.

وعرفه جانب من الفقه بأن الاتفاق على التحكيم (شرطاً كان أم مشاركة)، حاله كحال أي عقد يتم الايجاب والقبول، يجب أن تتوافر فيه الشروط التي تحددها الأنظمة القانونية الوضعية في سائر العقود، كتوافر الأهلية، وانتقاء قوانين الرضا، وتوافر موضوع العقد وسببه^(١٢). في حين أن البعض من الفقه أكد على أن اتفاق التحكيم يستند إلى أساسين هما: ارادة الأطراف، وإقرار المشرع وميوله لهذه الارادة، أي تعتبر أن ارادة الأطراف وحدها لا تكفي لإنشاء هذا الاتفاق بل يستلزم الأمر أيضاً اقرار من المشرع لهذا الاتفاق وجوازه^(١٣). وقد عرف جانب من الفقه بأن الاتفاق على التحكيم هو الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة، وهذا الاتفاق يكون ملزم لأطراف النزاع^(١٤).

واتفاق التحكيم يقتضي وجود خلاف ويتم اتفاق الأطراف إلى اللجوء إلى نظام التحكيم للفصل فيه بعيداً عن القضاء، ولهذا فإن عناصر الاتفاق على التحكيم، تتطلب وجود نزاع، وأطرافه، وهيئة التحكيم التي يتفق أطراف النزاع على اللجوء إليها للفصل فيه وإصدار حكم التحكيم^(١٥).

كذلك فاتفاق التحكيم ينصرف إلى العلاقات ذات الطبيعة المدنية والتجارية سواء كانت تعاقدية أم غير تعاقدية فحسب ولا يعيدها إلى غيرها من العلاقات ذات الطبيعة المغايرة لهذه الطبيعة المدنية والتجارية^(١٦).

(١١) د. عذاب عبد العزيز الهاشمي، مهندس استشاري، محمد ماجد خلوصي، التحكيم في ضوء القانون القطري، دون دار نشر، ٢٠٢٠، ص ١٠٥.

(١٢) د. محمود السيد عمر التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإحلال به، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٢١.

(١٣) د. محمد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٥٢.

(١٤) القاضي جبار جمعه اللامي، التحكيم التجاري في القانون العراقي والاتفاقيات الدولية، مطبعة السيماء، بغداد، ٢٠١٥، ص ٤.

(١٥) د. جمال أحمد هيكيل، الاتفاق على التحكيم بين الاجراء والموضوع، مرجع سابق، ص ٧٣.

(١٦) د. عرفات أحمد المنجي، التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٢١٠.

فاتفاق التحكيم يعتبر عقداً ويقوم على سلطان ارادة الأطراف، وهو كغيره من الاتفاقات لا بد أن يستمد قوته الملزمة من قانون معين، والذي ينظم صحته وآثاره^(١٧). وجوهر التحكيم هو اتفاق الأطراف على إحالة نزاعهم إلى نظام التحكيم، وهذا الاتفاق هو الذي يقرر مبدأ اللجوء إلى التحكيم، ويحدد اجراءته، وموضوعه، وطريقة تشكيل هيئة التحكيم، والقانون الواجب التطبيق في النزاع، وزمان انتهاء التحكيم بإصدار الحكم^(١٨).

الفرع الثاني

تعريف اتفاق التحكيم في التشريعات المقارنة

لم يعرف قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل اتفاق التحكيم ولكن ذكر في المادة (٢٥١) منه على أنه: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين؛ كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين"^(١٩).

وكذلك قانون الاستثمار العراقي (١٣) لسنة ٢٠٠٦، لم يعرف اتفاق التحكيم ولكن نص في الفقرة الأولى من المادة (٢٧) على أنه: "تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون الى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي، ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء الى التحكيم التجاري (الوطني أو الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه اجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق"^(٢٠).

(١٧) د. محمد سعيد الشيبه المري، خصوصية خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٤٨.

(١٨) د. أحمد إبراهيم مصيلحي، رسالة دكتوراه بعنوان (العلاقة التبادلية بين التحكيم والقضاء في الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية)، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٤م، ص ٩٣.

(١٩) د. سلوى احمد ميدان المفرجي ود. جميل حسني الضامن الجبوري، بحث بعنوان (خصوصية اتفاق التحكيم كوسيلة لفض المنازعات)، منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، العدد الخاص بالمؤتمر الدولي الأول (المؤتمر الوطني الرابع)، كلية الحقوق، جامعة تكريت، ج ٢، ٢٠١٦م، ص ١٥٧.

(٢٠) نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية، العدد (٤٣٩٣) في ٢٣ /ربيع الأول/ ١٤٣٧ هـ / ٤ / كانون الثاني / ٢٠١٦ م / السنة السابعة والخمسون.

وبالنسبة للتشريع المصري فقد عرفت الفقرة الأولى من المادة (١٠) من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ اتفاق التحكيم بأنه: "اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية". أما قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ فإنه لم يشير إلى تعريف اتفاق التحكيم ولكنه أجاز اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات المتعلقة بأحكام هذا القانون^(٢١).

وعرف قانون التحكيم القطري في المواد المدنية والتجارية رقم (٢) لسنة ٢٠١٧ اتفاق التحكيم في الفقرة الأولى من المادة السابعة بقولها: "اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف سواء كانوا من الأشخاص المعنوية أو الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بالأهلية القانونية للتعاقد، على الالتجاء إلى التحكيم، للفصل في كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو التي قد تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم منفصلاً أو في صورة شرط تحكيم وارد في عقد".

وجاء التشريع الفرنسي تعريف اتفاق التحكيم بالمرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ بتعديل قانون التحكيم الفرنسي؛ إذ نصت المادة ١٤٤٢ منه على أنه: "يأخذ اتفاق التحكيم شكل شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم: ١- شرط التحكيم، هو اتفاق بمقتضاه يلتزم الأطراف في عقد أو أكثر بإخضاع منازعتهم المتولدة عن هذا العقد أو تلك العقود إلى التحكيم. ٢- مشاركة التحكيم، عبارة عن اتفاق بمقتضاه يتفق الأطراف في نزاع قائم على إخضاع نزاعهم إلى التحكيم"^(٢٢).

(٢١) نصت المادة (٧) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ على أنه: "يجوز تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر؛ كما يجوز الاتفاق بين الأطراف المعنية على تسوية هذه المنازعات في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في إطار الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧١، وذلك بالشروط والأوضاع وفي الأحوال التي تسرى".

(٢٢) حسام أحمد هلال ود. حسين إبراهيم خليل وهبة الله عماد، قانون التحكيم الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥م، ص ٥.

المطلب الثاني

شروط اتفاق التحكيم

الاتفاق على التحكيم شرطاً كان أم مشاركة، مثله مثل أي عقد قوامه سلطان الإرادة، فإذا انتفت هذه الإرادة مطلقاً كان العقد معدوماً، أما إذا كانت هذه الإرادة صادرة ممن يملكها ولكنها كانت معيبة، فإن الاتفاق على التحكيم يكون باطلاً^(٢٣).

وهذا الاتفاق يستند إلى أساسين، هما إرادة الأطراف وإقرار المشرع وقبوله لهذه الإرادة، وبتعبير آخر أن إرادة الأطراف لا تكفي لوحده لإسناد هذا الاتفاق، بل يشترط إقرار من المشرع لهذا الاتفاق وجوازه^(٢٤).

وهناك نوعين من الشروط اللازمة لاتفاق التحكيم وهي الشروط الشكلية والشروط الموضوعية، وسوف يتناولها الباحث في فرعين، خصص الفرع الأول للشروط الشكلية لاتفاق التحكيم، وبين في الفرع الثاني الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم.

الفرع الأول

الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم

إن شكل العقد ليس بالضرورة أن يخضع لقانون موضوع العقد، ففي الوقت الذي فيه يخضع موضوع العقد لإرادة الأطراف، فإن شكل العقد يخضع لقانون محل إبرامه غالبية التشريعات والاتفاقيات الإقليمية والدولية أكدت على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً^(٢٥). والشكل يعد أسلوباً مفروضاً للتعبير عن الإرادة، تفرضه التشريعات فإذا عبر المتصرف عن إرادته بعيداً عن الشكل المعروض قانوناً، فإن تعبيره لا ينتج أثراً قانونياً، ولذلك فإن الاتفاق على أبعاد الشكل، أو ابداله بآخر، فإن ذلك يعد غير قانوني^(٢٦). ويعد الشكل في اتفاق التحكيم من عقود الاستثمارات الدولية التي يلزمها بالاتفاق على شكل معين يتطلبه القانون، وتعتبر الكتابة كشرط لإبرام أو لإثبات اتفاق التحكيم^(٢٧).

(٢٣) د. محمود السيد عمر التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، مرجع سابق، ص ١٢١.

(٢٤) د. محمد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، مرجع سابق، ص ٥٢.

(٢٥) د. محمد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، مرجع سابق، ص ٦٤.

(٢٦) د. محمود السيد عمر التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، مرجع سابق، ص ١٦٨.

(٢٧) د. حيدر ضياء طالب مناف، رسالة دكتوراه بعنوان (التحكيم التجاري الدولي في عقد النقل البحري

للضائع والحاويات، دراسة مقارنة)، كلية القانون، أكاديمية البورك للعلوم، ٢٠١٩م، ص ١٢٨.

إن الشكلية هي إفراغ العقد في شكل معين يستلزمه القانون فهي ركن في التصرف القانوني أي ثبوت الإرادة بمقتضى القانون، ومن دون الشكل التصرف باطل في العقود الشكلية، وهي خروج مباشر لمبدأ الرضائية وتتطلب شكل معين كشروط أساسية لقيام العقد الشكلي. وتعد الشكلية في اتفاق التحكيم من الشروط التي يلزمها إفراغ هذا الاتفاق في شكل معين يتطلبه القانون، ويمكن حصر المسائل التي يثرها شكل اتفاق التحكيم في أمرين: الأول شرط الكتابة والثاني شكل اتفاق التحكيم بالإحالة.

فيجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا حرره ووقعه الطرفان، والكتابة شرط لازم لصحة اتفاق التحكيم، فهو شرط صحة وليس مجرد وسيلة إثبات وإن تخلفها يترتب عليه بطلان التحكيم^(٢٨).

وهذا ما نصت المادة (٢٥٩) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل على أنه: "يجب أن يكون قبول المحكم التحكيم بالكتابة ما لم يكن معيناً من قبل المحكمة، ويجوز أن يثبت القبول بتوقيع المحكم على عقد التحكيم"، وأن اشتراط المشرع العراقي الكتابة لإثبات شرط التحكيم، جاء لأهميته والذي أن ثبت، فإنه يجعل صلاحية نظر الخلاف بعيداً عن القضاء العادي، ويكون من ضمن اختصاص وصلاحية المحكم أو هيئة التحكيم^(٢٩). وبنفس الاتجاه جاء به قانون التحكيم المصري المعدل رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المادة (١٢) بقولها: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر ووقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة". فالمشرع المصري ألزم بأن الكتابة تكون ركناً من أركان اتفاق التحكيم وهو لازم لوجوده، وإذا لم يكن اتفاق التحكيم مكتوباً كان باطلاً ولا أثر له، وكذلك يبطل اتفاق الأطراف على استبعاد الكتابة^(٣٠). وبذلك فالمشرع المصري أوجب كتابة الاتفاق على التحكيم، وإلا عد باطلاً، ويكون الاتفاق بين الأطراف مكتوباً إذا تضمنه محرر ووقعه الأطراف أو إذا تضمنه ما يتم تبادلته بينهم من مستندات مختلفة^(٣١).

(٢٨) د. نادية محمد معوض، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ٧٧.

(٢٩) القاضي جبار جمعة اللامي، التحكيم التجاري في القانون العراقي، مرجع سابق، ص ٤٩.

(٣٠) د. أحمد إبراهيم مصيلحي، العلاقة التبادلية بين التحكيم، مرجع سابق، ص ٩٩.

(٣١) د. محمد سعيد الشيبه المري، خصوصية التحكيم (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ٥٣.

ونصت الفقرة الثالثة من المادة السابعة من قانون التحكيم القطري رقم (٢) لسنة ٢٠١٧ على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً. ويعتبر اتفاق التحكيم مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف، أو كان في صورة رسائل ورقية أو إلكترونية، أو في أي صورة أخرى تتم بوسائل الاتصال التي تتيح إثبات الاستلام كتابة". وبنفس الاتجاه ما نصت عليه المادة (١٤٤٣) من المرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ بتعديل قانون التحكيم الفرنسي بقولها: "يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، ويقع باطلاً كل اتفاق غير مكتوب، ويمكن أن يقع اتفاق التحكيم بتبادل المكتبات أو المستندات، التي تتضمن الإشارة إليه في الاتفاق الأصلي"، فالقانون الفرنسي يستلزم الكتابة كشرط لوجود شرط التحكيم، وعدم كتابة شرط التحكيم يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم، إضافة إلى ذلك فيقرر المشرع الفرنسي اعتبار الكتابة في مشاركة التحكيم شرط لإثباتها وليس لصحتها، وعليه يمكن اثباتها بمحضر ينظمه الطرفين في عقد الاستثمار الدولي، استناداً إلى ما أشارت إليه المادة ١٤٤٩ في المرسوم الفرنسي الصادر في ١٤/ مايو/ ١٩٨٠ بتعديل قانون المرافعات الجديد^(٣٢). ويلاحظ أن المشرع الفرنسي ميز بين عقد التحكيم الذي ينشأ قبل النزاع ويكون مستقلاً، وبين عقد التحكيم الذي يكون ضمن بنود العقد والذي يسمى شرط التحكيم، فأمر ببطلان هذا الشرط إذا لم يكن مكتوباً؛ ولكنه خفف عندما يكون الاتفاق بوثيقة مستقلة تحتوي على هذا الاتفاق بين الطرفين^(٣٣).

فشرط التحكيم يجب أن يتم بالكتابة سواء كان شرطاً أو مشاركة، أي بعد حصول النزاع، ويجب أن يكون موضحاً من أطراف الاتفاق، إضافة إلى ذلك فعدم وجود اتفاق على التحكيم أو عدم كتابته، فإن ذلك سينسحب على صحة أحكام التحكيم الذي يصبح لا وجود له إذا لم يكن اتفاق التحكيم مكتوباً^(٣٤). ويجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، ويعتبر الاتفاق مكتوباً إذا ورد في وثيقة موضحة من الطرفين، أو أن يتداول في وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي وتكون بمثابة سجل للاتفاق^(٣٥).

(٣٢) د. حيدر ضياء طالب مناف، رسالة دكتوراه بعنوان (التحكيم التجاري الدولي في عقد النقل البحري للبضائع والحاويات، دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ١٣٢.

(٣٣) د. محمد جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، مرجع سابق، ص ٦٩.

(٣٤) القاضي جبار جمعه اللامي، التحكيم التجاري في القانون العراقي والاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص ٤٩.

(٣٥) د. محمد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء، مرجع سابق، ص ٦٨.

وترجع الحكمة من قيام المشرع بإلزام كتابة اتفاق التحكيم، لما يترتب عليه من أهمية، تتمثل في اعطاء المشرع الاتفاق أولوية على قواعد الاختصاص الولائي والنوعي المقررة لمحاكم الدولة، إضافة إلى ذلك فالمشرع دائماً يحرص على تأكيد الجانب الارادي لاتفاق التحكيم، ويعتبر باطلاً إلا إذا كان مكتوباً من قبل الأطراف^(٣٦).

الفرع الثاني

الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم

أن اتفاق التحكيم سواء كان عقداً أو شرطاً في العقد الأصلي، يجب أن تتوافر فيه الشروط المطلوبة لصحة أي عقد، والتي تحدها النظرية العامة للعقود، ويتطلب الأمر تواجد أركان العقد والتي هي: الرضا، الأهلية، المحل، السبب^(٣٧).

وبما أن اتفاق التحكيم عبارة عن عقد يتم بإرادة الطرفين، فإن صحة هذا الاتفاق ونفاذه، لا يكون إلا إذا توافرت فيه الشروط الخاصة بانعقاد العقد من أهلية ورضا ومحل وسبب^(٣٨). ويجوز اتفاق الأطراف على التحكيم في النزاعات التي تنشأ من جراء تنفيذ العقد المبرم بينهما، ويجب تحديد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم أو أثناء المرافعات، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، ولا يصح التحكيم إلا من كان يتمتع بالأهلية^(٣٩).

فاتفاق التحكيم هو عقد يبرم بين الطرفين، ويتطلب هذا الاتفاق توافر الشروط الموضوعية لكي يصبح صحيحاً ونافاذاً؛ حيث أن اللجوء إلى التحكيم لا يعفيهم من توافر في اتفاقهم على الشروط الموضوعية، والتي هي الشروط الخاصة بانعقاد العقد من أهلية ورضا ومحل وسبب^(٤٠).

وسيتناول الباحث الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم وهي:

(٣٦) د. عبد الله عيسى علي الرمح، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٣٧) د. حيدر ضياء طالب مناف، التحكيم التجاري الدولي في عقد النقل البحري للبضائع والحاويات، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١١٢.

(٣٨) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١١٦.

(٣٩) د. عذاب عبد العزيز الهاشمي، مهندس استشاري محمد ماجد خلوصي، التحكيم في ضوء قانون التحكيم القطري رقم (٢) لسنة ٢٠١٧، مرجع سابق، ص ١٠٩.

(٤٠) د. محمد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، مرجع سابق، ص ٥٢.

أولاً: الأهلية في اتفاق التحكيم:

ان أطراف اتفاق التحكيم يجب أن تتوفر لديهم أهلية التعاقد وهذه الأهلية تكون عند الشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري، الذي يملك التصرف في حقوقه كالشركات^(٤١)، فالأهلية المطلوبة لإمكانية إبرام اتفاق التحكيم بين الطرفين بصدد نزاع، ما هي إلا تمكين الشخص في التصرف في حقوقه، كما أنه لا يسمح بالتحكيم إلا لمن له التصرف في حقوقه^(٤٢).

واتفاق التحكيم لا يضمن عادة أية إشارة إلى القاضي الذي يحكم الأهلية، ولهذا يجب الاعتراف بأنه يشير في هذه المسألة إلى القانون الدولي الخاص لكل من الأطراف المتعاقدة، سواء أكان هذا هو القانون الوطني أم قانون الموطن أي البلد الذي أبرم فيه اتفاق التحكيم^(٤٣). وينبغي أن تتوفر لدى طرفي الاتفاق على التحكيم، الأهلية اللازمة، أي بمعنى أن يكون لها أهلية التصرف، لأن نظام التحكيم ينطوي على التزامات متبادلة بين الطرفين بالنزول على حكم هيئة التحكيم^(٤٤).

فالأهلية من شروط صحة اتفاق التحكيم، ويترتب على تخلفها بطلان الاتفاق والحكمة من توافر الأهلية عند إبرام اتفاق التحكيم، هو ما بني على حكم التحكيم في احتمال فقد أحد الأطراف لحقه كلية أو جزءاً منه^(٤٥). وانعدام الأهلية يؤدي إلى بطلان التصرف القانوني ويؤدي نقضها إلى قابلية اتفاق التحكيم للبطلان، وعدم اكتمال الأهلية لأحد طرفي اتفاق التحكيم يعتبر من أسباب بطلان حكم هيئة التحكيم^(٤٦).

هذا ونصت المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، على أن التحكيم: "...، ولا يصح إلا ممن له أهلية التصرف في موضوع

(٤١) د. محمد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، مرجع سابق، ص ٥٤.

(٤٢) د. عذاب العزيز الهاشمي، مهندس استشاري محمد ماجد خلوصي، التحكيم في ضوء قانون التحكيم القطري رقم (٢) لسنة ٢٠١٧، مرجع سابق، ص ١١٠.

(٤٣) د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٤٤) د. جمال أحمد هيكمل، الاتفاق على التحكيم بين الاجراء والموضوع، مرجع سابق، ص ١١٤.

(٤٥) د. عبد الله عيسى علي الرمح، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، مرجع سابق، ص ١١٠.

(٤٦) د. عذاب العزيز الهاشمي، مهندس استشاري محمد ماجد خلوصي، التحكيم في ضوء قانون التحكيم القطري، مرجع سابق، ص ١٣٦.

النزاع،...."، بالإضافة إلى ذلك فقد نصت المادة (٩٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على أنه: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته أو يحد منها".

وفي قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، فقد نصت المادة (١١): "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتيادي الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها"^(٤٧).

أما بالنسبة لقانون التحكيم القطري رقم (٢) لسنة ٢٠١٧ فقد نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة سابقة الذكر على أن: "اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف سواء كانوا من الأشخاص المعنوية أو الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بالأهلية القانونية للتعاقد، على الالتجاء للتحكيم"^(٤٨).

ونصت المادة (١٤٥٠) من المرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ بشأن قانون التحكيم الفرنسي على أنه: "لا تمارس مهمة التحكيم إلا من قبل شخص طبيعي يتمتع بكامل أهليته،....."^(٤٩).

ثانياً: الرضا في اتفاق التحكيم:

واتفاق التحكيم هو عقد رضائي، ولهذا يجب ألا يشوب ارادة أطراف العقد أي من عيوب الرضا، ولا بد من تطابق ارادة الطرفين بالإيجاب والقبول، وتضمن هذه الارادة إلى اللجوء إلى التحكيم عند حصول النزاع بينهما، وان اتفاق التحكيم يتغير كأى عقد يستند إلى الارادة التي يجب أن تكون حرة وغير مضطرة إلى إبرام هذا الاتفاق، وإذا كانت

(٤٧) يلاحظ أن قانون التحكيم المصري لم يذكر أهلية أطراف اتفاق التحكيم، أما القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ فقد ذكر في المادة (١٠٩) أهلية أطراف العقد بقولها: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تُسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون".

(٤٨) ونصت المادة (١٠٩) من القانون المدني القطري على أنه: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته أو بعض منها".

(٤٩) نصت المادة (١١٢٨) من قانون سنة ٢٠١٨ بشأن القانون المدني الفرنسي على أنه: "ضرورية لصحة العقد: ١. موافقة الأطراف؛ ٢. قدرتها على التعاقد؛ ٣. درجة القانونية ومحتوى معين". ويلاحظ الباحث أن الفقرة الثانية من هذه المادة قصد بها المشرع الفرنسي كافة الشروط الموضوعية والتي تشمل الأهلية والتراضي والسبب والمحل؟

الارادة غير حرة فإن العقد يكون باطلاً، ولهذا يجب أن يكون الرضا بين أطراف العقد سليماً^(٥٠). إن ارادة الأطراف المحتكمين هي التي تنشأ اتفاق التحكيم وهي التي تخلق هذا الاتفاق، ولهذا يجب أن تكون هذه الارادة حرة غير مشوبة بعيب، أي أن أطراف الاتفاق قد رضوا بهذا الاتفاق بكامل ارادتهم دون ضغوط أو إكراه عند توقيعهم على الاتفاق^(٥١).

الرضا يتحقق بتلاقي ارادات الطرفين على التحكيم، وتكون خاليتين من الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال، والتعبير عن الارادة والرضا قد تكون بصورة صحيحة قاطعة الدلالة، وقد يكون بصورة ضمنية^(٥٢). فالاتفاق على التحكيم هو من العقود الرضائية التي تبرم بالإيجاب والقبول وبالإضافة إلى وجود الرضا، يجب أن يكون اتفاق التحكيم صحيحاً وخالياً من عيوب الارادة^(٥٣). فالتراضي في التحكيم يكون صادر من ارادة الطرفين ويكون الهدف منها هو اخضاع النزاع للتحكيم وحسب الشروط المتفق عليها بين الطرفين، وفي هذا الشأن تطبق القواعد العامة للرضا في القانون المدني^(٥٤).

ونصت المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على أنه: "كما يكون الايجاب او القبول بالمشافهة ويكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وبتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً لأدلته على التراضي"^(٥٥).

ونصت المادة (٨٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد"^(٥٦).

(٥٠) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٢٣.

(٥١) د. محمد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، مرجع سابق، ص ٥٦.

(٥٢) د. جمال أحمد هيكيل، الاتفاق على التحكيم بين الاجراء والموضوع، مرجع سابق، ص ١١٢.

(٥٣) د. محمود السيد عمر التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الاخلال به، مرجع سابق، ص ١٢٤.

(٥٤) د. محمد سعيد الشيبه المري، خصوصية خصومة التحكيم (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ٥٠.

(٥٥) ونصت المادة (١١٢) من القانون المدني العراقي في فقرتها الأولى على أن: "الاكراه هو اجبار الشخص بغير حق على ان يعمل عملاً دون رضاه".

(٥٦) ونصت المادة (٩٠) من نفس القانون على أنه: "١- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة

أما القانون القطري فقد نصت المادة (١٠٨) من القانون المدني رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤ على أنه: "لا يكون الرضاء بالعقد سليماً إلا إذا جاء عن ذي أهلية لإجرائه وخالياً من العيوب"^(٥٧).

ونصت المادة (١١٠٩) من القانون المدني الفرنسي سنة ٢٠١٨ على أنه: "يكون العقد بالتراضي عندما يتكون من مجرد تبادل الموافقات بغض النظر عن طريقة التعبير. العقد هو رسمي عندما تكون صلاحيته خاضعة لأشكال يحددها القانون. العقد حقيقي عندما يكون تشكيله خاضعاً لإيصال شيء".

ويرى الباحث أن الرضاء في اتفاق التحكيم يكون نابغاً من ارادة حرة للأطراف، وأن يكون الرضاء غير مشوب بأحد العيوب المفسدة كالغلط أو الغش أو الإكراه.

ثالثاً: محل اتفاق التحكيم:

ويقصد بمحل اتفاق التحكيم، موضوع الخلافات التي يتضمنها اتفاق التحكيم، والتي ينص على حلها بطريق التحكيم، وموضوع النزاع يجب أن يكون قابلاً للتحكيم ولا يتعارض مع النظام العام^(٥٨). ويعني محل اتفاق التحكيم، موضوع المنازعات التي يمثلها اتفاق التحكيم والتي تنص على فضها بطريق التحكيم، وفي بعض الحالات لا يتضمن الاتفاق الإشارة فقط إلى النزاع في موضوع معين^(٥٩). وإذا كان اتفاق التحكيم قبل قيام النزاع فيجب تحديد موضوع النزاع، أما إذا كان اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع فهنا يجب أن يحدد هذا الاتفاق المسائل التي تخضع للتحكيم وإلا كان باطلاً^(٦٠).

المقصود. ٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

(٥٧) ونصت المادة (٦٥) من القانون المدني القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤ على أنه: "١- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، أو باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود منه. ٢- يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، ما لم يستلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أن يكون صريحاً".

(٥٨) د. محمد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص ٥٨ وما بعدها.

(٥٩) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٢٦.

(٦٠) د. عذاب العزيز الهاشمي، مهندس استشاري محمد ماجد خلوصي، التحكيم في ضوء قانون التحكيم القطري، مرجع سابق، ص ١٣٦.

واتفاق التحكيم كغيره من العقود يجب أن يكون له محلاً يرد عليه، وهو تحديد النزاع الحاصل بين الأطراف أو الذي قد يحصل في المستقبل، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة التحكيم^(٦١). ولمحل اتفاق التحكيم قيمة كبيرة لأنه يرتبها بضرورة عدم الخروج عن النظام العام الداخلي للدولة التي يتم تطبيق اتفاق التحكيم فيها أو التي يتم فيها تنفيذ حكم التحكيم^(٦٢). واتفاق التحكيم هو عقد كسائر العقود، ومحلله يجب أن تكون فيه الشروط العامة في محل الالتزامات التعاقدية، واللجوء إلى التحكيم يجب أن يكون محل النزاع مما يقبل التسوية^(٦٣).

وإذا تضمن اتفاق التحكيم بعض الأجزاء التي يجوز فيها الصلح والبعض الآخر لا يجوز فيها الصلح، ففي هذه الحالة فإن اتفاق التحكيم يبطل في حدود الجزء الذي لا يقبل الصلح؛ لأنه كسائر العقود^(٦٤).

وفي مجال التحكيم الدولي يتم اللجوء إليه على أنه يتفق الأطراف على قابلية الخلاف للعرض على هذا المسلك لتسويته، وهو ما يطلق عليها الخلافات القانونية، وهي التي يمكن فضها بالتحكيم^(٦٥).

ففي قانون المرافعات العراقي في المادة (٣٥٤) نصت على أنه: "لا يصح التحكيم إلا في المسألة التي يجوز فيها الصلح"^(٦٦).

- (٦١) د. محمد السيد عمر التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، مرجع سابق، ص ٢١٠.
- (٦٢) د. محمد سعيد الشيبه المري، خصوصية خصومة التحكيم (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ١٧٨ وما بعدها.
- (٦٣) د. حيدر ضياء طالب مناف، رسالة دكتوراه بعنوان التحكيم التجاري الدولي في عقد النقل البحري للبيضاء والحاويات (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ١٢٢.
- (٦٤) د. عبد الله عيسى الرمح، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، مرجع سابق، ص ١١٦.
- (٦٥) د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٩٥.
- (٦٦) نصت المادة (١٢٦) من القانون المدني العراقي على أنه: "لا بد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف اليه يكون قابلاً لحكمه، ويصح ان يكون المحال مالاً، عيناً كان او ديناً او منفعة، او أي حق مالي آخر كما يصح ان يكون عملاً او امتناعاً عن عمل، ونصت الفقرة الأولى من المادة (١٢٧) من نفس القانون على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلأ استحالته مطلقاً كان العقد باطلاً".

وقد أكد قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ على أهمية محل اتفاق التحكيم إذا ورد فيه: إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم^(٦٧).

وفي القانون القطري نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون التحكيم رقم (٢) لسنة ٢٠١٧ على أنه: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"^(٦٨).

أما القانون الفرنسي فقد نصت المادة (١١٢٨) سالفه الذكر من قانون سنة ٢٠١٨ بشأن القانون المدني الفرنسي على أنه: "ضرورية لصحة العقد: ١. موافقة الأطراف؛ ٢. قدرتها على التعاقد؛ ٣. درجة القانونية ومحتوى معين".

رابعاً: السبب في اتفاق التحكيم:

ان السبب الرسمي التي تهدف إليه الأطراف عند حصول نزاع بينهم اللجوء إلى التحكيم، هو الابتعاد عن القضاء، وهذا السبب يكون مشروعاً ولا يتعارض مع النظام العام، فعندما يطرح النزاع على هيئة التحكيم لابد من معرفة مدى مشروعية هذا السبب، وما هي الدوافع الحقيقية وراء اللجوء لعرض منازعات أطراف الخصومة على التحكيم، ومن ثم نستطيع الحكم على مدى صحة هذا الاتفاق^(٦٩).

والقوانين الوطنية للدول، تحدد في كثير من الأحوال الحالات التي تعتبر من النظام العام، ولهذا لا يجوز أن تكون موضوعاً للاتفاق على قضائها بالتحكيم، وفي هذا الشأن فإن القضاء يساعد في الكشف عن تلك الحالات قياساً على النصوص القانونية وطبيعة الخلاف بين الأطراف^(٧٠).

(٦٧) نصت المادة (١٣٢) من القانون المدني المصري على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيل في ذاته كان العقد باطلاً".

(٦٨) نصت المادة (١٤٨) من القانون المدني القطري على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيل في ذاته كان العقد باطلاً".

(٦٩) د. إبراهيم مدكور، في الفلسفة الإسلامية، منهج وتطبيق، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ١٣٦٧هـ، ص ٢١٤، ٢١٥.

(٧٠) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٣١.

فالسبب المشروع، هو ضروري وملزم لولادة اتفاق التحكيم بين أطرافه وهو حاله كحال أي عقد آخر، ومسألة تحقق هذا العنصر يدخل في إطار فكرة القابلية الموضوعية للتحكيم^(٧١). ويعرف السبب في اتفاق التحكيم، بأنه اتجاه الإرادة في حل النزاع بين الأطراف بالتحكيم، ويجب أن يكون مشروعاً وإلا عد باطلاً، ولا يخالف القانون أو النظام العام^(٧٢). ففي القانون العراقي نصت المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي على أنه: "١- يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام أو للأدب. ٢- ويفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد مالم يقد الدليل على غير ذلك. ٣- أما إذا ذكر السبب في العقد فيعتبر السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك".

وبنفس الاتجاه ما جاء به القانون المصري في المادة (١٣٦) من القانون المدني والتي نصت على أنه: "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً"^(٧٣).

أما بالنسبة للقانون القطري فقد نصت المادة (١٥٥) من القانون المدني على أنه: "١- يبطل العقد إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب غير مشروع. ٢- ويعتد في السبب بالباعث الدافع إلى التعاقد إذا كان المتعاقد الآخر يعلمه أو كان من المفروض حتماً أن يعلمه"^(٧٤).

(٧١) د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٨٢.

(٧٢) د. حيدر ضياء طالب مناف، رسالة دكتوراه بعنوان، التحكيم التجاري الدولي في عقد النقل البحري للبضائع والحاويات (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ١٢٧.

(٧٣) ونصت المادة (١٣٧) من نفس القانون على أنه: "١- كل التزام لم يُذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقد الدليل على غير ذلك. ٢- ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

(٧٤) ونصت المادة (١٥٦) من نفس القانون على أنه: "يفترض أن للالتزام سبباً مشروعاً ولو لم يذكر في العقد، ما لم يقد الدليل على غير ذلك". ونصت المادة (١٥٧) على أنه: "١- يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك. ٢- وإذا ثبتت صورية السبب، كان على من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه".

أما القانون الفرنسي فقد نصت المادة (١١٢٨) سالفه الذكر من قانون سنة ٢٠١٨ بشأن القانون المدني الفرنسي على أنه: "ضرورة لصحة العقد: ١- موافقة الأطراف؛ ٢. قدرتها على التعاقد؛ ٣. درجة القانونية ومحتوى معين". ويرى الباحث أن السبب في اتفاق التحكيم هو رغبة أطراف النزاع إلى إحالة هذا النزاع إلى هيئة التحكيم للفصل منه، ويشترط ألا يخالف هذا السبب النظام العام وإلا عد باطلاً، وعلى هيئة التحكيم البحث عن مشروعية السبب.

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذا البحث توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات:

أولاً- النتائج:

- ١- اتفاق التحكيم يتمثل في كونه التزام ملزم لجميع الأطراف بالالتجاء إلى التحكيم لحل نزاعاتهم، وذلك تنفيذاً فيما ورد في الاتفاق بقيام هيئة التحكيم بالفصل بالنزاع وإصدار الحكم الملزم للخصوم.
- ٢- ان اتفاق التحكيم سواء كان عقداً أو شرطاً في العقد الأصلي، يجب أن تتوفر فيه الشروط المطلوبة لصحة أي عقد، والتي تحددها النظرية العامة للعقود، ويتطلب الأمر تواجد أركان العقد والتي هي: الرضا، الأهلية، المحل، السبب.

ثانياً- التوصيات:

- ١- يهيب الباحث بالمشروع العراقي الإسراع في إقرار مشروع التحكيم ليوكب التطور الذي حدث في قوانين التحكيم؛ أسوةً بالشقيقتين مصر وقطر؛ لأن قانون المرافعات العراقي أصبح قديماً ولا تفي النصوص الخاصة بالتحكيم بالغرض المنشود.
- ٢- يقترح الباحث على المشروع العراقي أن يعطي المحكم سلطة تقديرية واسعة بحسب وقائع الدعوى المعروضة للتحكيم عند غياب الإرادة الصريحة؛ لكي يستطيع ان يتحرك بحرية واسعة في سبيل تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم سواء كان ذلك من خلال بحثه عن الإرادة الضمنية للأطراف أم من خلال اللجوء الى نظرية الأداء المميز في العقود التجارية.

المراجع والمصادر

أولاً: القرآن الكريم:

ثانياً: المراجع العربية:

أ- كتب اللغة العربية:

- ١- العلامة جمال الدين ابن منظور الأنصاري: لسان العرب المحيط، ج ١، دار لسان العرب، بيروت، دون سنة طبع.
- ٢- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، أخرجه إبراهيم مصطفى وآخرون، ج ١، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٦٠م.
- ب- كتب الفقه الاسلامي الحديث:
 - ٣- د. إبراهيم مذكور، في الفلسفة الإسلامية، منهج وتطبيق، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ١٣٦٧هـ.
 - ت- الكتب القانونية:
 - ٤- القاضي جبار جمعه اللامي، التحكيم التجاري في القانون العراقي والاتفاقيات الدولية، مطبعة السيماء، بغداد، ٢٠١٥م.
 - ٥- د. جمال أحمد هيكل، الاتفاق على التحكيم بين الاجراء والموضوع، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٦.
 - ٦- د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢م.
 - ٧- حسام أحمد هلال ود. حسين إبراهيم خليل وهبة الله عماد، قانون التحكيم الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥م.
 - ٨- د. عبد الله عيسى علي الرمح، التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي، دار الفتح، الاسكندرية، ٢٠١٣م.
 - ٩- د. عذاب عبد العزيز الهاشمي، مهندس استشاري، محمد ماجد خلوصي، التحكيم في ضوء القانون القطري، دون دار نشر، ٢٠٢٠م.
 - ١٠- د. عرفات أحمد المنجي، التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٧م.

- ١١- د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ٢٠١٥م.
- ١٢- د. محمد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، ٢٠١٤م.
- ١٣- د. محمد سعيد الشيبه المري، خصوصية خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦م.
- ١٤- د. محمود السيد عمر التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣م.
- ١٥- د. منير عبد الحميد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٢م.
- ١٦- د. نادية محمد معوض، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.

ث- الرسائل والبحوث العلمية:

- ١٧- د. أحمد إبراهيم مصيلحي، رسالة دكتوراه بعنوان (العلاقة التبادلية بين التحكيم والقضاء في الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية)، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٤م.
- ١٨- د. حيدر ضياء طالب مناف، رسالة دكتوراه بعنوان (التحكيم التجاري الدولي في عقد النقل البحري للبضائع والحاويات، دراسة مقارنة)، أكاديمية البورك للعلوم، الدانمارك، ٢٠١٩م.

ج- الدوريات والمجلات العلمية:

- ١٩- د. سلوى احمد ميدان المرجعي ود. جميل حسني الضامن الجبوري، بحث بعنوان (خصوصية اتفاق التحكيم كوسيلة لفض المنازعات)، منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، العدد الخاص بالمؤتمر الدولي الأول (المؤتمر الوطني الرابع)، كلية الحقوق، جامعة تكريت، ج٢، ٢٠١٦م.

ثالثاً- القوانين والدساتير:

- ٢٠- قانون الاستثمار العراقي (١٣) لسنة ٢٠٠٦م.
- ٢١- قانون التحكيم القطري رقم (٢) لسنة ٢٠١٧م.

- ٢٢- قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م.
- ٢٣- قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م.
- ٢٤- القانون المدني القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤م.
- ٢٥- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م.
- ٢٦- قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩م.
- ٢٧- قانون سنة ٢٠١٨ بشأن القانون المدني الفرنسي.
- ٢٨- قانون ضمانات وجوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م.
- ٢٩- المرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ بتعديل قانون التحكيم الفرنسي.