الرقم الدولي ISSN 2075-7220
الرقم الدولي الالكتروني ISSN 2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

بعض البحوث التي ورد ضمن هذا العدد

- اثار تشغيل العوامل القاهرة المتمثلة على العقود -دراسة مقارنة- أ.د ابراهيم اسماعيل الربيعي م.م علاء عبد الامير موسى النداوي
- التوجيهات التنظيمية للحزب السياسي أ.د. رافع خضر صالح شبر م.م اركان عباس حمزة
- التعريف بمبدأ عدم الرجعية في القرارات الإدارية د.اسماعيل صمصاع غيدان علي عبد فرحة صالح
- مفهوم التزام المنتج بنتائج منتجاته -دراسة مقارنة- أ.د منصور حاتم الخلاوي اسامة شهاب حمد

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

السنة الثانية عشر ٢٠٢٠ العدد الثاني

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٣٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN:2075-7220

ISSN ONLINE:2313-0377

AL-Mohaqiq Al-Hilly Journal

For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal

Issued By

College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- Effects of Bankruptcy Trader's Money on Contracts -Comparative Study-
- Organizational duties of the political party
- Defining the principle of non-retroactivity in administrative decisions.
- The Concept of Product Commitment to Track its Products -A comparative study-

- Prof. Dr. Ibrahim Ismail Al-Rubai-alameri
- Alaa Abdul Ameer Moosa
- Prof. Rafea Khader Saleh Shubar
- A.T. Arkan Abbas Hamza
- Prof. Dr. Ismail Sasaa Gaidan Al-Bdary
- Ali Abdul Zahra Safi Al-Janibi
- P.Dr. Mansoor Hatem Muhsin
- Osama Shihab Hemed Al-Jaafari

Second Issue 2020 Twelfth Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

الفهرست

ت	الموضوع	الباحث	الصفحة
١	اثار تشغيل اموال التاجر المفلس على العقود - دراسة مقارنة-	أ.د.ابراهيم اسماعيل الربيعي م٠م٠علاء عبد الامير موسى النائلي	٩-٤٨
٢	الواجبات التنظيمية للحزب السياسي	أ.د. رافع خضر صالح شبر م.م اركان عباس حمزة	٤٩-٧٧
٣	التعريف بمبدأ عدم الرجعية في القرارات الإدارية	أ.د.إسماعيل صعصاع غيدان علي عبد الزهرة صافي	٧٨-١٠٤
٤	مفهوم التزام المنتج بتتبع منتجاته -دراسة مقارنة-	أ.د. منصور حاتم الفتلاوي اسامة شهاب حمد الجعفري	١٠٥-١٤٣
٥	دعوى ضمان العيوب الخفية في عقود المعلوماتية -دراسة مقارنة-	أ.د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي هدى سعدون لفته	١٤٤-١٧٦
٦	الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن التلوث الضوضائي - دراسة مقارنة-	أ.د.هادي حسين عبد علي الكعبي م.م.أحمد عبد الحسين كاظم الياسري	١٧٧-٢٣٥
٧	المسؤولية الدولية عن الامتناع التشريعي	أ.د. طيبة جواد حمد م.م. اسعد كاظم وحيش	٢٣٦-٢٧٠
٨	سلطة القاضي في تقدير الضرورة وإثارتها في الالتزام التعاقدي - دراسة مقارنة-	أ.د. وسن قاسم غني الخفاجي م.م. علي سعود داخل	٢٧١-٣٠٥
٩	ذاتية القروض المصرفية متعثرة السداد	أ.د.ذكرى محمد حسين سلمى جاسم خليف	٣٠٦-٣٣٢
١٠	القانون الواجب التطبيق على بطلان اتفاق التحكيم	أ.د. خير الدين كاظم الأمين محمود عبد عباس مغير الجبوري	٣٣٣-٣٧٣
١١	الاثر الموضوعي لنفاذ الحكم القضائي الدستوري	أ.م.د.حسين جبار عبد احمد عبدالزهرة محمد العبادي	٣٧٤-٤٠٧
١٢	ضوابط التفسير القضائي للعقد الاداري -دراسة مقارنة-	أ.م د. رفاه كريم رزوقي كربل م.م.خضير عبدالحسين عبدزيد الخالدي	٤٠٨-٤٣٠
١٣	الجماعات الفاعلة من غير الدّول (دراسة قانونية في المفهوم والنشأة التأريخية)	ا.م.د.حيـــدرعبدمحسن شهد الجبوري أحمد سالم بخيت الميالي	٤٣١-٤٦١
١٤	التزام المؤجر بضمان تعرض جهة الإدارة للمأجور -دراسة مقارنة-	م.د إيناس مكي عبد	٤٦٢-٤٩٠
١٥	الرقابة على اعمـال السيادة- دراسة مقارنة-	وسن حميد رشيد	٤٩١-٥٢٠

القانون الواجب التطبيق على بطلان اتفاق التحكيم

د. خير الدين كاظم الأمين كلية القانون / جامعة بابل

محمود عبد عباس مغير الجبوري المعهد التقني بابل ،جامعة الفرات الاوسط التقنية

خلاصة البحث

انطلاقا من الطبيعة الخاصة التي يتمتع بها نظام التحكيم ، تلك التي تقوم على اتفاق الاطراف في اللجوء اليه وما ينتج عنه من مبدأ حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، مما يجعل من اتفاق التحكيم الدولي يتمتع بذاتية خاصة تجعله مستقلة عن العقد الاصلي فلا يتأثر ببطلانه ، لكن ما يبطل اتفاق التحكيم هي تلك الاسباب التي تتعلق بأسباب خاصه به طبقا للقواعد العامة كنقص او انعدام الاهلية أو وجود عيب في رضا الاطراف أو بسبب عدم مشروعية محل الاتفاق على التحكيم أو سببه ، كما يبطل أيضاً في حالة إذا ما تجاوز المحكم حدود اتفاق التحكيم ، ولكون اسباب البطلان التي تتعلق بالأساس الاتفاقي للتحكيم هي مختلفة الأمر ألذي قد يؤدي في كل مرة الى تطبيق قانون مختلف ، أذ أنه ليس كل المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم سواء في كان في صورة شرط او مشارطه يمكن ان تدخل ضمن هذا القانون، بل هناك من المسائل ما يخرج من نطاق اتفاق الاطراف في اللجوء التحكيم.

المقدمة

اولا: التعريف بموضوع البحث

يؤدي التحكيم دور مهما في فض المنازعات التي تنشأ بين الافراد سواء على مستوى العلاقات الخاصة الدولية او حتى على مستوى العلاقات الوطنية ، وتأتي اهمية ذلك من رغبة وحاجة المشتغلين بالتجارة الدولية من ضرورة وضع نظام خاص يحكم منازعات التجارة الدولية ألأمر الذي دفع بهم الى العزوف عن اللجوء الى القضاء الوطني واللجوء الى التحكيم بوصفه قضاء خاص يتصف بالسرعة في حسم المنازعات التي تنشأ عن هذا التعامل كما يتسم بالسرية والتحرر من القواعد القانونية للقضاء الوطني، ولكون ان قرار التحكيم الذي يصدر عن المحكم او هيئة التحكيم يعد من اهم العناصر التي تمر بها عملية التحكيم كون أن الاخيرة تنتهي بصدور هذا القرار الذي يفصل في موضوع النزاع الذي هو غاية المحتكمين نتيجة اتفاقهم على التحكيم الذي يتصف بأنه من طبيعة غير متجانسة كونه عمل اتفاقي ، مصدره ارادة الاطراف التي يستمد منها المحكم سلطاته لكنه بالمقابل يتصف بأنه عمل قضائي فالمحكم وأن لم يكن قاضيا الا انه يقوم بوظيفة القاضي من خلال الفصل في المنازعة المعروضة عليه بإصداره لقرار

التحكيم سواء كان التحكيم داخليا ام دوليا فأن القرار الذي يصدر عن المحكم وان تباينت بشأنه التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية من حيث امكانية الطعن بهذا القرار بطرق الطعن القانونية شأنها شأن القرارات التي تصدر عن محاكم الدولة سواء كان التحكيم دوليا ام داخليا ، الا انها وفي ذات الوقت تجمع على مراجعة قرار التحكيم من خلال طريق دعوى البطلان وهذه الحالات لا يكاد ان يخرج قسم منها عن تلك التي تتعلق باتفاق التحكيم او في الاحوال التي يتجاوز فيها المحكم حدود اتفاق التحكيم ، ولكن يبقى معرفة القانون الواجب التطبيق مهما لمعرفة ما سيتم تطبيقه على هذه الأسس التي تستند عليها حالات البطلان المتعلقة بهذا الاتفاق، والذي يحتل جانب كبير من الاهمية كون ان البعض من هذه المسائل قد تخضع لقانون غير ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم.

ثانيا : اهمية الموضوع واسباب اختياره

بما ان قرار التحكيم الذي يصدر عن المحكم او هيئة التحكيم يعد من اهم العناصر التي تمر بها عملية التحكيم كون ان الاخيرة تنتهي بصدور هذا القرار الذي يفصل في موضوع النزاع الذي هو غاية المحتكمين، ولحاجة العراق الى التحكيم سواء في مجال التجارة الدولية او في مجال الاستثمار لجذب رؤوس الاموال الأجنبية الى العراق ، وصدور مجموعه من القوانين التي اشارت الى التحكيم التجاري الدولي، كقانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦، وقانون تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٨،نجد ان الأخير أجاز في المادة (٨) منه ابرام عقود تتضمن اللجوء الى التحكيم الدولي اذا كان احد اطراف العلاقة اجنبيا بعد مراعاة اختيار احدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة كغرفة التجارة الدولية في باريس واختيار القانون العراقي كقانون واجب التطبيق.

ثالثا: مشكلة البحث

انطلاقاً من الجدل الحاصل حول النصوص الواردة في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩(المعدل) المتعلقة بالتحكيم ومدى انطباقها على التحكيم الدولي من عدمه ، بين مؤيد ومعارض ، بسبب عدم وجود قانون خاص ينظم التحكيم التجاري الدولي في العراق ، ولعدم انضمام العراق الى اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ ، بشأن الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية ونتيجة لذلك ، ولكون التشريعات العراقية المشار اليها في الفقرة السابقة التي اشارت الى جواز اللجوء الى التحكيم الدولي نجدها قد افتقرت الى وضع نظام قانوني متكامل ينظم التحكيم

الدولي عموما وينظم الرقابة القضائية عند الطعن ببطلان قرار التحكيم خصوصا ،هذا الواقع دفع القضاء العراقي الى حتمية التعامل مع هذه النصوص على المستوى الدولي كأمر واقع ، من خلال الاستناد على بعض نصوص القانون المدني العراقي مثلا كاعتماده المنهج التقليدي لتنازع القوانين الذي اصبح لا يتناسب مع متطلبات التجارة الدولية مع ظهور قواعد مادية كاستقلال اتفاق التحكيم الدولي الذي تجعله بمنأى عن بطلان او فساد العقد الاصلي الذي ورد فيه، يضاف الى ذلك توسع المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية في بسط رقابته القضائية على قرارات التحكيم من خلال نص المادة (٢٧٤) التي منحت المحكمة المختصة سلطه واسعه في الخوض حتى بموضوع النزاع من دون ان تقتصر رقابتها على الجوانب الشكلية كما هو الحال في اغلب التشريعات المقارنة ، فضلا عن التوسع ايضا في تحديد طرق الطعن في قرار التحكيم اذ أجاز اللجوء الى جميع طرق الطعن المحددة في القانون العراقي ماعدا الاعتراض حسب نص المادة (٢٧٥) من القانون المشار اليه اعلاه .مما يؤدي الى اطالة أمد النزاع ، الامر الذي يتعارض مع ما يجب ان يتمتع به التحكيم من مزايا كالسرعة في حسم النزاعات وتقليل النفقات والاختصار في الاجراءات وغير ذلك.

رابعا : نطاق البحث

ان نطاق هذه الدراسة يتحدد ببطلان قرار التحكيم وفق مفهوم التحكيم الدولي الخاص ، أي وفق العلاقات التي تنشأ بين الافراد الذي ينتمون الى جنسيات مختلفة ، أو في العلاقات التي تنشأ بين الدول ولكن ليس بوصفها ذات سيادة وانما بوصفها من اشخاص القانون الخاص وبين الافراد ،المتعلقة بموضوعات العقود الدولية ومنازعات الاستثمار، سواء في التحكيم الاختياري (الحر) او المؤسسي ، ومن ثم يخرج من نطاق الدراسة منازعات التحكيم التي تخضع للقانون العام سواء تلك التي تتم وفق القانون الدولي بين الدول ،او تلك التي تتعلق بمنازعات العقود الادارية.

خامسا : منهجية البحث

يعتمد البحث على المنهج التحليلي المقارن ، حيث يستعرض الموضوعات التي تتضمنها مشكلة الدراسة ، بالمقارنة مع نصوص التشريعات الوطنية والإقليمية والدولية و تحليل كل ما يتصل بتطبيقها وتفسيرها من احكام وقواعد ، اذ سنعتمد في هذا المجال التشريعات الوطنية المتمثلة بقانون المرافعات المدنية الفرنسي رقم (١١٢٣) لسنة١٩٧٥(الكتاب الرابع

المتضمن التحكيم الداخلي والدولي) المعدل بموجب المرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ ، وقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة١٩٩٤، وقانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ (المعدل)، وسنعتمد ايضا نصوص مشروع قانون التحكيم العراقي ، كما سنعتمد في المقارنة مع بعض واهم الاتفاقيات الدولية كأتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة ١٩٨٧ واتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة ١٩٨٣ فضلا عن اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الاجنبية، وكذلك سنعزز هذه الدراسة بالتطبيقات القضائية الوطنية منها والدولية ، من أجل تعزير فكرة البحث ومساهمتها في تجسيد وضوح ورصانة الفكرة .

سادسا: خطة البحث

من أجل تناول الابعاد القانونية التي تتعلق بالموضوع ، فقد رسمنا له خطة بحث علها تسهم في معالجة جميع الجزئيات التي ترتبط بجوانبه المختلفة ، اذ أقتضى تقسيمه على مبحثين تسبقه مقدمة ، اذ تم تخصيص المبحث الاول لبيان مفهوم بطلان اتفاق التحكيم وأشتمل على مطلبين ، الاول التعريف باتفاق التحكيم وبيان الاطار القانوني الخاص ببطلانه والثاني لبيان حالات البطلان المتعلقة باتفاق التحكيم ، اما المبحث الثاني فقد تم تخصيصه للقانون الواجب التطبيق على أتفاق التحكيم واشتمل على مطلبين، الاول فقد تم تخصيصه للمنهج المتبع في تحديد القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم ،اما الثاني فقد تم تخصيصه لنطاق القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، وأخيرا سوف ننهي الدراسة بخاتمة تتضمن ما تمخضت عنه من نتائج وتوصيات .

المبحث الاول

مفهوم بطلان أتفاق التحكيم وبيان حالاته

عند الانتهاء من جميع اجراءات التحكيم يصل المحكم الى مرحلة اصدار قرار التحكيم لتبدأ مرحلة جديدة هي مرحلة ما بعد اصدار هذا القرار، أذ قد يحصل ان لا يقبل المحكوم ضده من الانصياع لقرار المحكم ومن ثم لا يبقى امام هذا الأخير سوى الطعن ببطلان قرار التحكيم الذي صدر بحقه امام المحكمة المختصة، ونظرا للطبيعة الخاصة التي يحظى بها التحكيم تلك التي تقوم على حرية الاطراف في الاتفاق على اللجوء لهذا الطريق وما يترتب على ذلك ايضا من حريتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق وحريتهم في اختيار مكان التحكيم وما الى ذلك ،ومن اجل تحقيق التوازن بين طبيعة التحكيم الخاصة وما يتطلب ذلك من سرعة الفصل في النزاع

ضمانا لاستقرار الحقوق ، وبين ضرورة اصلاح العيب الذي يصيب قرار التحكيم ، كل ذلك يقتضي تنظيم السبل

التي تؤدي بالنهاية الى تحقيق هذا التوازن، ومن اجل ذلك اتجهت اغلب التشريعات والاتفاقيات الدولية محل المقارنة من وضع حالات خاصة التي يمكن ان تكون سببا للطعن في القرار الذي يصدر عن المحكم والتي تكاد تجمع على ان يكون من ضمنها البطلان الذي يتعلق باتفاق التحكيم. ومن أجل ذلك سنقسم المبحث على مطلبين اذ سنتناول التعريف باتفاق التحكيم وبيان الاطار القانوني الخاص ببطلانه (مطلب اول) ثم سنتناول أحوال البطلان المتعلقة باتفاق التحكيم (مطلب ثان)

المطلب الاول

التعريف باتفاق التحكيم وبيان الاطار القانوني الخاص ببطلانه

انطلاقا من التحكيم يعد نظام خاص للتقاضي كون يتم من خلال اتفاق الاطراف على طرح بعض المنازعات التي تتعلق بعلاقة قانونية محددة من اختصاص قضاء الدولة حتى يتك تسويتها من قبل اشخاص عاديين تتمثل بختيار محكم او هيئة تحكيم، لكن هذا لا يعني بأي حال من الاحوال غل يد الدولة او قضاء الدولة عن خصومة التحكيم ، بل يبقى لها من القدر الذي تتمتع به لممارسة رقابتها القضائية في احوال البطلان التي تتعلق باتفاق التحكيم من خلال دعوى خاصة تسمى بدعوى البطلان ، ومن اجل ذلك سنقسم المطلب على فرعين أذ سنتناول التعريف باتفاق التحكيم (فرع اول) ثم سنتناول الطريق الخاص ببطلان اتفاق التحكيم (فرع ثان).

الفرع الاول

تعريف اتفاق التحكيم

ان التحكيم يستند في الزامه للطرفين الى اتفاق التحكيم الذي يتم بينهما كما يستند ايضا الى اعتراف المشرع بالتحكيم كنظام يلتزم به اطرافه فهو يعد بداية مرحلة التحكيم [١،ص٥٨]، ويعد اتفاق التحكيم أساس عملية التحكيم ، فهو الذي يضفي الصبغة الخاصة على التحكيم ، اذ تستمد هيئة التحكيم منه سلطة الفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم سواء اكان ذلك متعلقا بالإجراءات او بالنسبة للقانون الواجب التطبيق[٢،ص٤٦٢] فهو يمثل نقطة البداية في

مسيرة التحكيم وتمييزه عن غيره من ادوات العدالة القضائية [٣،ص٢٩٧] وبسبب الاهمية الكبيرة التي يحظى بها اتفاق التحكيم كونه يشكل الاساس الذي يستمد منه المحكم سلطته في اصدار قرار التحكيم فقد وضعت له عدة تعريفات سواء على مستوى التشريعات الوطنية او الفقه او الاتفاقيات الدولية.

فعلى صعيد التشريعات الوطنية فقد تباينت بشأن وضع تعريف خاص به فمنها من نظمه بنصوص صريحة ومنهم من تولى تعريفه ضمنا ، فالمشرع الفرنسي في قانون المرافعات المدنية النافذ اتفاق التحكيم وأن لم يكن قد تولى تعريفه ضمن النصوص الواردة في التحكيم الدولي ألا أنه تولى ذلك ضمن النصوص الخاصة في التحكيم الداخلي من خلال التفرقة بين شرط التحكيم ومشارطته فقد عرف شرط التحكيم بأنه الاتفاق الذي يتعهد بموجبه الاطراف في عقد واحد او عدة عقود على احالة المنازعات التي تنشا في المسائل المتعلقة بهذا العقد او بالعقود الاخرى ، كما عرف مشارطة التحكيم بأنها الاتفاق الذي بموجبه يحيل الاطراف في النزاع الناشئ بينهما على التحكيم* [١] في حين ان المشرع المصري قد تولى تعريفه بنصوص قانونية صريحه [١]، في حين ان المشرع العراقي، لم يورد تعريفا صريحا لاتفاق التحكيم ، ألا انه وفي ذات الوقت أكتفى بجواز الاتفاق على التحكيم سواء أكان ذلك عن طريق شرط التحكيم او مشارطته ، بخلاف مشروع قانون التحكيم العراقي الذي تولى تعريفه بنص صريح**[٢].

---

* ينظر نص المادة (١٤٤٢) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي رقم (١١٢٣) لسنة١٩٧٥(الكتاب الرابع المتضمن التحكيم الداخلي والدولي) المعدل بموجب المرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ التي تنص على انه:
L'article 1442 du Code procédure civile prévoit que: " La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.
La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats".
"Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage".

** تنص المادة (١٠/ ١)من قانون التحكيم المصري رقم٢٧لسنة ١٩٩٤ على انه : اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية وعلى النقيض من ذلك تنص المادة(٢٥٢)من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ (المعدل) على انه" يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين . كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشا من تنفيذ عقد معين". في حين تولى مشروع قانون التحكيم

اما تعريف الفقه لاتفاق التحكيم فقد أورد عدة تعريفات فمنهم من تولى تعريفه بأنه الاتفاق الذي بمقتضاه يتعهد اطرافه بالفصل بالمنازعة التي نشأت او التي ستنشأ من خلال التحكيم متى ما كانت متعلقة بمصالح التجارة الدولية [٤،ص١٣] ، في حين ذهب البعض ألآخر الى تعريفه بأنه تراضي الاطراف في نزاع محدد على طرح مسألة حسمه على شخص أو أشخاص معينين ، دون قضاء الدولة بإصدار حكم ملزم [٥، ص١٢٩].

أما على صعيد الاتفاقيات الدولية فيظهر ان اتفاقية عمان للتحكيم لتجاري الدولي لسنة ١٩٨٧ قد تولت تعريف اتفاق التحكيم أيضا من خلال شرط التحكيم او مشارطته [٣]، كما عرفته ايضا اتفاقية نيويورك بأنه اعتراف الدول المتعاقدة بالاعتراف المكتوب الذي بموجبه يلتزم أطرافه بالخضوع للتحكيم في كل المنازعات الناشئة او التي تنشأ بشأن أي رابطة من روابط العلاقة القانونية سواء كانت عقدية او غير عقدية تتعلق بالمسائل التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم * [٤].

ومن كل ما تقدم يلاحظ على هذه التعريفات أنها قد أشارت فقط الى صورتي اتفاق التحكيم وهما شرط التحكيم او مشارطته ،الا انها اغفلت شرط التحكيم بالإحالة الذي يعد ايضا من صور الاتفاق على التحكيم ، والتي اخذت به معظم التشريعات محل المقارنة كأحد صور الاتفاق على التحكيم **،كون ان هذه الاحالة من شأنها ان تجعل شرط التحكيم الذي يرد في الوثيقة التي يحال عليها فأنها تعد جزءا من اتفاق التحكيم وهذا يعني ان شرط التحكيم بالإحالة لا يختلف عن شرط التحكيم او مشارطة التحكيم من حيث قوته الالزامية بمعنى انه بمجرد ان تتضمنه الوثيقة المشار اليها في العقد الاساسي يصبح وكأنه منصوص عليه في هذا العقد[٦،ص٤٩] .

الفرع الثاني

العراقي تعريفه بنص صريح من خلال نص المادة (٣/١) من مشروع على انه :" أتفاق اطراف العلاقة القانونية على احالة اي نزاع ينشأ بينهم الى التحكيم في علاقة تعاقدية او غير تعاقدية".

* تنص المادة الاولى من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري لسنة ١٩٨٧ على انه " هو اتفاق الاطراف كتابة على اللجوء الى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع او بعده ". وبهذا المعنى ينظر نصوص المواد(٢،١) من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الاجنبية لسنة ١٩٥٨.

** ولأجل ذلك نستطيع ان نعرف اتفاق التحكيم الدولي بأنه أتفاق الاطراف على إحالة المنازعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية الى شخص او اشخاص معينين للفصل فيها دون اللجوء الى قضاء الدولة سواء ورد الاتفاق في صورة شرط او مشارطة او بالإحالة الى وثيقة تتضمن صراحة شرط اللجوء الى التحكيم.

الإطار القانوني الخاص ببطلان قرار التحكيم

ان المشرع في أغلب التشريعات ألوطنية قد أختزل مراجعة قرار التحكيم التجاري الدولي في وسيلة واحدة وهي دعوى البطلان ،اذ لا يجوز الطعن بقرار التحكيم بأي طريق من طرق الطعن المعروفة في الاحكام القضائية، فبينما تسعى الاخيرة الى توحيد احكام القضاء بما يتعلق بتطبيق القانون وتفسيره حرصا لمبدأ المساواة امام القانون ، فأن الامر مختلف بالنسبة لدعوى البطلان في قرار التحكيم الدولي ،اذا تهدف الاخيرة الى ابطاله اذا قام سبب يدعو لذلك وعليه لمعرفة الاحكام المتعلقة بهذه الدعوى لابد من التعرف على معنى هذه الدعوى وبيان طبيعتها.

فبالنسبة لمعنى دعوى بطلان قرار التحكيم. وقبل التطرق لتحديد معنى هذه الدعوى نجد من الضروري التعرف على البطلان بصفة عامه ، فقد ذهب الفقه الى وضع تعريفات عديدة له وان يكاد اغلبها يدور في دائرة واحدة وتحمل المضمون نفسه، فمنهم من ذهب الى انه كل بطلان يدخل في دائرة الوضوح يمكن اظهاره برقابة ظاهرية دون اي فحص متعمق[٧،ص٢٤٠]، ومنهم من ذهب الى تعريفه بأنه الجزاء الذي يترتب على عدم صحة العمل الاجرائي[٨،ص٢٤]، ومنهم من عرفه بأنه تكييف قانوني أو وصف قانوني لعمل اجرائي تم أتخاذه دون ان يكون مطابقا لنموذجه القانوني ويترتب على ذلك عدم تولد الآثار القانونية ألتي يولدها العمل الاجرائي الصحيح [٩،ص٤٤٥]، أو أنه جزاء لعدم صحة العمل الاجرائي و لا خلاف اذا ما تخلف مقتضى من المقتضيات الموضوعية للعمل الاجرائي كما لو صدر من خصم لا تتوفر لديه الأهلية الإجرائية أو ورد على غير محل أو على محل غير قابل للتعامل فيه فأن العمل يكون باطلا ، فالبطلان قد يقع في المقتضيات الشكلية او الموضوعية للعمل الاجرائي الا ان لكل منهما شروطا مختلفة عن الآخر.[٢،ص٣٥٠]

اما عن تعريف بطلان قرار التحكيم الدولي ، فلم نجد في عديد المصادر التي بحثنا فيها من يضع تعريفا لذلك ، باستثناء من يعرف ذلك من خلال التفرقة بين بطلان التحكيم وبين بطلان قرار التحكيم ، فيعرف بطلان التحكيم بأنه بطلان العملية التحكيمية كلها ابتداء من الاتفاق على التحكيم وحتى صدور قرار التحكيم ،اما تعريف بطلان قرار التحكيم بأنه بطلان قرار التحكيم فقط دون الاجراءات السابقة بمعنى انه البطلان الذي يرجع الى خطأ هيئة التحكيم كعدم تسبيب قرار التحكيم مثلا.[١٠،ص١٣]

أما بالنسبة لتعريف هذه الدعوى فقد ذهب البعض من الفقه الى تعريف دعوى البطلان بأنها دعوى موضوعية تقريرية ، ترفع من قبل كل ذي شان سواء كان طرفاً في خصومه التحكيم

أو من الغير امام المحكمة المختصة [١١،ص٤٢٨]. كما ذهب البعض الآخر الى انها "نظام خاص وأسلوب جامع لمراجعة قرار التحكيم ، فلا يجوز تفسير اسبابها تفسيراً ضيقاً ، أو تخصيصها بغير نص ، باعتبارها السبيل الوحيد لإلغاء حكم التحكيم المعيب".[١٢،ص٣٥٤] ، ومما يلاحظ على هذه التعريفات انها لم توضح سلطه المحكمة المختصة عندما تنظر دعوى البطلان هل يقتصر دورها على تقرير البطلان فقط ام ان لها سلطة الفصل في موضوع النزاع *.

ومن هذا يظهر الى ان دعوى البطلان ليس طريقا من طرق الطعن في الاحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات[١٣،ص٥٤٣] ، بل هي كما يذهب الى ذلك البعض الى انها ليست مرحلة من مراحل خصومه التحكيم او جزء من هيكل خصومته التحكيم بل هي اجراء قضائي لاحق يهدف الى مراقبة شكل العدالة التي يحققها حكم التحكيم كونها لا تهدف الى اصلاح الحكم او تعديله وانما الى ابطاله وتجريده من كل اثاره. [١٤،ص٣٠٢]. ومن الجدير بالذكر ، ان رفع دعوى بطلان قرار التحكيم يتحدد بالقرارات التي ترفع ضد قرارات التحكيم الوطنية كما انها ترفع ضد قرار التحكيم الدولي الذي يخضع لأحكام القانون الواجب التطبيق على الاجراءات ، اما قرار التحكيم الاجنبي فلا يجوز اقامة دعوى بطلان ضده ولا يكون امام الخصم الذي يحتج عليه بالقرار التحكيمي الاجنبي في داخل الدولة سوى الاعتراض على تنفيذه واقامة الدليل على توافر احد الاسباب المانعة من الاعتراف به وتنفيذه . [١٥،ص٧٠٥].

اما عن الطبيعة القانونية لدعوى البطلان، فقد اختلف الفقه بصدد تحديد الطبيعة القانونية لدعوى البطلان فذهب البعض منهم الى اعتبارها طريقا من طرق النقض لأن الطلبات التي تعد مقبولة هي تلك الطلبات التي ترمي الى الابطال لا الى الإصلاح أو التعديل في قرار المحكمين ويتمتع ببعض خصائص الاستئناف [١٤،ص٣٠٢] في حين ذهب البعض الآخر من ألفقه الى عدم اعتبار هذه الدعوى طريقا من طرق الطعن في الأحكام سواء كانت العادية او غير العادية المنصوص عليها في القواعد العامة للمرافعات والخاصة بالطعن في الاحكام القضائية فضلا عن ان هذه الدعوى لا تعتبر جزءا من خصومة التحكيم[١٦،ص٧٧] فدعوى البطلان هي التي ترفع لأبطال قرار التحكيم هي دعوى عادية ترفع بالإجراءات المعتادة وتتحدد سلطات محكمة البطلان حسب القواعد العامة لرفع الدعوى[١٧،ص٦٢] ومرد ذلك الى أن الطعن بالبطلان في حكم

* ومن جانبنا نستطيع ان نعرف دعوى البطلان بأنها طريق استثنائي ومستقل عن طرق الطعن المقررة في القانون لمراجعة قرار التحكيم. ابتناء على طلب الابطال الذي يقدمه احد الخصوم للمحكمة المختصة بنظرها مقتصراً دورها على رقابة الطريق الذي سلكه المحكم وعدم مخالفته للجوانب الاجرائية او للنظام العام من دون ان يكون لها الحق في الفصل بالموضوع.

المحكم يتفق مع النشأة الاتفاقية للتحكيم[١٨،ص٣٩٤] وفي ذات المعنى ذهب البعض الآخر من الفقه الى ان دعوى البطلان تمثل السبيل المشترك بين مختلف النظم القانونية لمراقبة قرار التحكيم ، للاستيثاق من صحته او على العكس من هدمه وتعد جزءا لا يتجزأ من النظام القانوني للتحكيم الدولي بما في ذلك قرار التحكيم ، وهذه الدعوى لا تعتبر من طرق الطعن في الاحكام وان القضاء المختص بنظرها لا يملك ان يقرر صحة قرار التحكيم او ان يقضي ببطلانه دون ان يتجاوز ذلك[١٩،ص١٢]. هو ما ذهب اليه القضاء الفرنسي الذي اشار الى انه "ان الخطأ في تطبيق القانون الواجب التطبيق على الموضوع ولو كان جسيماً لا يمكن ان يعتبر سببا لدعوى البطلان وفقا للمادة١٥٠٢*(٥).

في حين يذهب البعض الآخر أيضاً ، الى اعتبار دعوى بطلان قرار التحكيم من طبيعة خاصة ، تختلف عن دعاوى بطلان التصرفات القانونية وتختلف عن طرق الطعن العادية وغير العادية في الحكم القضائي فهي لا تشكل جزءاً من خصومة التحكيم أو مرحلة من مراحلها ومن ثم فهي طريق استثنائي للرقابة القضائية، [٢٠ ،ص٦٧] ،وهو ما نؤيده كما نستطيع القول أيضا بأنه يأتي منسجما مع ما يتميز به نظام التحكيم من طبيعة خاصة (المختلطة)، اي انه يتفق مع النشأة الاتفاقية للتحكيم التي تعتمد اتفاق الاطراف مصدرا لسلطة المحكمين هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى ان المحكمة التي تفصل في دعوى البطلان لا يكون لها السلطة في تقرير ما تم الفصل فيه بل تكون سلطتها محددة بما اتخذه المحكم في القرار الذي توصل اليه . ومن ناحية ثالثة ان النظام القانوني الخاص الذي تتمتع به هذه الدعوى من حيث اسباب البطلان التي وردت على سبل الحصر سواء في التشريعات الوطنية او الاتفاقيات سواء العربية منها ام الاجنبية فضلا عن سلطه المحكمة في هذه الدعوى وكذلك الميعاد الذي يجب ان ترفع به الدعوى ،هذه الاسباب عموما وغيرها تختلف عن تلك المقررة في دعوى بطلان الاحكام القضائية، وهو ما أيده القضاء المصري الذي اعتبر البطلان هو جزاء لعيب اجرائي وان الخطأ في تطبيق القانون أيا كان لا يبرر رفع دعوى بطلان اصلية عن الحكم. اما عن موقف القانون العراقي حول تحديد طبيعة هذه الدعوى فهو لم يبين بشكل واضح وصريح طبيعتها مما فتح الباب لأجتهاد البعض الذي ذهب الى انها طريق من طرق الطعن [٢١،ص٩١]. في حين ذهب البعض الآخر الى اعتبارها في صورة دفع كون طلب البطلان يكون في صيغة دفع بعد

* ينظر قرار محكمة النقض الفرنسية–Cass. Civ. 1re, 19 décembre 2018, pourvoi n°16-18349, Bull. civ. وتجدر الاشارة الى ان المادة (١٥٠٢) التي اشار اليها القرار تتعلق بقانون المرافعات الفرنسي السابق لسنة ١٩٨١ اصبحت تقابل المادة (١٥٢٠) القانون الفرنسي النافذ.

تقديم او ايداع الحكم للمحكمة المختصة [٢٢،ص٨١] وبالقرب من ذلك ذهب البعض الاخر الى التفريق بين ما مقرر للخصوم في قانون المرافعات المدنية العراقي الذي لم يعط للخصوم اي طريق من طرق الطعن وبين ما مقرر في المادة (٢٧٣) من القانون المذكور انفا والذي عد (دعوى البطلان) ليست اكثر من دفع يتقدم الخصوم لأبطال القرار التحكيمي وهذا الدفع يعتبر بمثابة دعوى حادثة [٢٣،ص١٨٢] .

من هذا يظهر ان هناك فرقا بين دعوى بطلان قرار التحكيم عن دعوى البطلان الاصلية المتعلقة بالأحكام القضائية ، حيث القاعدة العامة ان قرار التحكيم لا يخضع لنظام الطعن المعروف في الحكم القضائي ذلك ان طرق الطعن المقررة في قانون المرافعات المدنية في الدول محل المقارنة لا تسري على قرار التحكيم ، باعتبار ان الطعن ببطلان الاخير يكون عن طريق خاص به ومستقل عن طرق الطعن المقررة في قانون المرافعات .باستثناء القانون الفرنسي الذي يميز بين التحكيم الدولي والداخلي*[٦].اما المشرع المصري فقد أوصد الباب واعطى نوعا من الحصانة على قرار التحكيم من خلال ما أشار اليه في المادة (١/٢٥) من قانون التحكيم المصري بغض النظر فيما اذا كان التحكيم دوليا ام داخليا[٧] . وهو موقف المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية الذي لم يجيز الطعن بقرار التحكيم بطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية . ** [٨]، ويذهب البعض ان المشرع العراقي قد جرد قرار التحكيم من كل الخصائص التي يجب ان يتمتع بها ، ومن بينها الطعن ، اذ ليس لأي خصم الطعن بأي قرار يصدره المحكمون وللمتضرر ليس له سوى تقديم الدفع ببطلانه امام المحكمة التي تنظر الموضوع ، ولهذه المحكمة النظر في الدفوع المقدمة. وهذا ما تؤكده الاتفاقيات الدولية أذ أن كل من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣وأتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ وان كانت لا تجيز الطعن بقرار التحكيم بأي طريق من طرق الطعن العادية او غير العادية وليس هناك

* تنص المادة(١٥١٨) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي النافذ على انه :
"La sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation".

** تنص المادة (٢٧٣ /١) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه : "يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة ان يتمسكوا ببطلانه وللمحكمة ان تتمسك به من تلقاء نفسها ان تبطله في الاحوال التالية ١- اذا كان قد صدر بغير بينه تحريريه او بناء اتفاق باطل او اذا كان القرار قد خرج عن حدود الاتفاق ....."

من سبيل سوى رفض تنفيذ قرار التحكيم الذي يشوبه البطلان أذا ما أنطوى قرار التحكيم على اسباب رفض التنفيذ التي اشارت لها تلك الاتفاقيات.

المطلب الثاني

احوال البطلان المتعلقة باتفاق التحكيم

أن أتفاق التحكيم هو أساس نظام التحكيم بأكمله ويؤدي بطلانه الى بطلان التحكيم برمته وليس بطلان قرار التحكيم فحسب ، فاتفاق التحكيم يعد بمثابة دستور عملية التحكيم الذي يستمد منه شرعيته ، ومن ثم فأن أي عيب ينال من سلامة هذا الاتفاق كعقد ، يجعل من مصيره البطلان ، وعليه فأن معرفة حالات البطلان التي تتعلق في هذه المرحلة يمكن ان بانعدام الاساس الاتفاقي للتحكيم (فرع اول) ومنها ما يتعلق بتجاوز المحكم لحدود أتفاق التحكيم (فرع ثان)

الفرع الاول

انعدام الاساس الاتفاقي

من خلال استقراء معظم التشريعات والاتفاقيات الدولية المقارنة يظهر ان قيام المحكم بالفصل في دعوى البطلان بالرغم من انعدم الاساس الاتفاقي لأخصاصه يعد من الاسباب التي تؤدي الى بطلان القرار الصادر عنه ، وهنا لابد من ان انعقاد الاختصاص للقضاء الوطني بالسلطة في مراقبة هذا الاختصاص، وعليه فأن حالات البطلان المتلقة في هذه المرحلة لن تخرج عن عد صحة اتفاق التحكيم او غيابه او صدور قرار التحكيم بعد انقضاء مدته.

فبالنسبة لصحة اتفاق التحكيم ، يقتضي ان يستند التحكيم اساسا الى اتفاق تحكيم صحيح وقائم، فإذا كان هذا الاتفاق باطلا لأي سبب فأن ذلك الاتفاق يؤدي الى بطلان العملية التحكيمية برمتها بما فيها قرار التحكيم [٢٢،ص٨٦] وحتى يكون اتفاق التحكيم صحيحا باعتباره اساس اختصاص المحكم يجب ان تتوفر له الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لصحته ، وتتمثل الشروط الموضوعية برضا الاطراف اذ يشترط لصحة اتفاق التحكيم لكونه يعد عقداً رضائياً ان يكون صادرا نتيجة لرضا الاطراف الذين يتمتعون بالأهلية اللازمة لأبرام هذا الاتفاق (القابلية الشخصية) ، اذ يجب لانعقاد التحكيم ان يكون هناك رضا متبادل من الاطراف وان يكون هذا الرضا خاليا من العيوب ، ففي حال إنتفاء عنصر الرضا يكون اتفاق باطلا بطلانا

مطلقا ، اما اذا شاب الرضا عيبا كالغلط او التدليس او الاكراه فان اتفاق التحكيم يكون قابلا للإبطال[٢٤،ص١٢٣] فاذا كان بطلان اتفاق التحكيم مطلقا جاز للطرفين طلب بطلان قرار التحكيم اما اذا كان بطلان اتفاق التحكيم نسبيا فلا يجوز التمسك ببطلان قرار التحكيم الا لمن تقرر هذا البطلان لمصلحته [٢٥،ص٤٩٠]. ويجدر التنبيه هنا انه لا يكفي لصحة الاتفاق على التحكيم توافر رضا الطرفين وانما يتعين فضلاً عن ذلك ان تتوفر لهما اهلية الاتفاق على التحكيم ويقصد بالأهلية هنا هي اللازمة للاتفاق على حسم النزاع بالتحكيم ولا يمكن للشخص ان يجري اتفاقاً على ذلك الا أذا كانت له اهليه التصرف في الحقوق المتعلقة بالنزاع المراد حسمه بالتحكيم فالتعبير عن الارادة الذي يفيد قبول التحكيم كوسيلة لحل النزاع بين الاطراف يصدر بالضرورة عن اشخاص معينين وهؤلاء الاشخاص قد يكونوا انفسهم اطراف الاتفاق على التحكيم وهنا تثور مسالة التأكيد من اهليتهم لإبرام هذا النوع من التصرفات وقد يكونوا ممثلين الاطراف في اتفاق التحكيم نيابة عن الاصيل بمقتضى قاعدة قانونية تسمح بذلك [٢٦،ص٢٣٠]. ومما تجدر الملاحظة ان بطلان قرار التحكيم لنقص اهلية احد طرفيه ، قد يكون بطلان مطلق اذا وجهت اجراء المحاكمة الى ناقص الاهلية نفسه او باشرها بنفسه، وللمحكمة ان تقضي بها من تلقاء نفسها، اما اذا وجهت الى ممثله او نائبة القانوني فالبطلان يكون نسبياً ويجب عليه ان يحضر ويتمسك ببطلان الاتفاق لنقص الاهلية ، فإذا حضر هذا الاخير ولم يعارض ذلك اعتبر اتفاق التحكيم صحيحاً من هذا الوجه لأنه يعتبر ذلك بمثابة اجازة من الممثل او نائبة القانوني لاتفاق التحكيم الذي وقعه ناقص الاهلية([٢٧،ص٩٨] بمعنى انه لا يمكن التمسك بالإبطال الا ممن يمثل ناقص الاهلية او فاقدها او من الوكيل او من ممثل الشخص الاعتباري الذي قام من ينوب عنه بإبرام الاتفاق ، ولكن هذا الابطال يزول بإجازته من قبل الاصيل صراحة او ضمنا [١٣،ص١٤٤] وهذا يعني ان فقدان او نقص الاهلية باعتباره من شروط صحة اتفاق التحكيم يعد من الاسباب التي تؤدي الى بطلان قرار التحكيم وهذا ما اشارت اليه معظم التشريعات والاتفاقيات الدولية *، ومن الشروط الموضوعية أيضاً هو صلاحية الحق المتنازع فيه للتحكيم اذ

* ينظر نص المادة (١/١٥٢٠) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ المشار اليها مسبقا والمادة (١/٥٣/ب) من قانون التحكيم المصري والمادة (٢٧٣ /١) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة (٤١ /٣) من مشروع قانون التحكيم العراقي التي تنص على انه : "لا يجوز الطعن بقرار التحكيم امام المحكمة المختصة الا بطلب ابطال يقدم من احد اطراف التحكيم في احدى الحالات الآتية ، اولا....ثانيا....ثالثا، اذا كان احد اطراف التحكيم وقت ابرامه فاقد الاهلية او ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم اهليته او فاقدا للصفة التي تؤهله التعاقد". ينظر نص المادة(١/٥/أ) من اتفاقية نيويورك.

ينبغي ان يكون محل اتفاق قابلا للتسوية بطريق التحكيم وهو يكون كذلك متى كانت المسائل محل التحكيم قابل للصلح وعليه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ، كما لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام والغرض من تحديد موضوع المنازعة من اجل تحديد ولاية المحكمين بهذا الموضوع لكي يتسنى الرقابة على مدى التزامهم بحدود ولايتهم [٢٢،ص٣٢] وهذه المسألة تسمى بمبدأ القابلية الموضوعية وقد اشارت اتفاقية نيويورك الى هذه الفكرة في أكثر من موضع فقد يكون كشرط لصحة اتفاق التحكيم ذاته وقد يكون كشرط لإصدار امر بتنفيذ قرار التحكيم[٢٨،ص٧٦] فضلاً عن توفر شرط السبب ألذي يقصد به اتجاه ارادة الاطراف الى طرح النزاع على التحكيم بدلا من طرحه على القضاء فاتفاق الاطراف على التحكيم يجد سببه في ارادة الاطراف في استبدال قضاء الدولة بالمحكمين وهذا يعد سببا مشروعا دائما كون القانون قد سمح له بذلك ولا يتصور عدم مشروعيته ، فهو مشروع دائما بسبب رغبة الاطراف في تسوية نزاعاتهم بالتحكيم وهو ألسبب الدافع نحو ابرامه وهو سبب مشروع الا اذا ثبت ان قصد الاطراف عند اللجوء الى التحكيم كان بقصد التهرب من تطبيق احكام القانون الذي كان يتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء للتحلل من القيود والالتزامات نظرا لما تتضمنه هذه الحالة احدى حالات الغش نحو القانون او التحايل عليه فيكون حينئذ وسيلة غير مشروعة ، ومن الجدير بالذكر ان السبب المشروع يدخل ضمن فكرة القابلية الموضوعية للتحكيم وبما ان هذه الأخيرة يطبق عليها القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم للمسألة المتنازع عليها ، فإن مسألة مشروعية السبب يطبق عليه هذا القانون الاخير[٢٩،ص١٩].

أما عن الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم المتمثلة بالكتابة كشرط شكلي وحيد لاتفاق التحكيم فإذا ما فقد هذا الشرط فأن الاتفاق يعتبر باطلاً ويجوز الطعن على القرار الصادر في التحكيم بدعوى البطلان الاصلية [٣٠،ص٧٧]. وإذا كان هذا الحال يصدق في اطار التحكيم الداخلي وفقا لقانون المرافعات المدنية الفرنسي النافذ استناداً لنص المادة ١٤٤٣التي اعتبرت اتفاق التحكيم غير المكتوب باطلاً *، بمعنى القانون المشار اليه قد اخذ بشرط الكتابة في اطار اتفاق التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي، أي ان اتفاق التحكيم يعتبر شكلياً وتلزمه الكتابة في نطاق

* ينظر نص المادة(١٤٤٣) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ على أنه:

"La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère. Sous la même sanction, la clause compromissoire doit, soit désigner le ou les arbitres, soit prévoir les modalités de leur désignation".

التحكيم الداخلي اما في التحكيم الدولي فأن اتفاق التحكيم لا يخضع لأي قاعدة تتعلق بالشكل **[٩]، وهذا ما ذهب اليه القضاء الفرنسي ايضاً [٢،ص٥٢٤] ***.

في حين لم يفرق المشرع المصري فيما يتعلق بأشتراط الكتابة بين احوال التحكيم الداخلي او الدولي فهو يشترط الكتابة لاتفاق التحكيم في جميع الاحوال ، [١٠]ولكنه لم يشترط ان يتم كتابته بشكل معين بل يمكن ان تكون بأي وسيلة اخرى كأن يتم الاتفاق على التحكيم من خلال الوسائل الالكترونية فالبريد الالكتروني والفاكس او تبادل المراسلات بين الطرفين. كما انه اشار الى ان اتفاق التحكيم يعتبر مكتوب حتى وان لم يكن موقعاً من الاطراف او نتج عن رسائل مكتوبة او تم اثبات وجودها كتابة كما ان الاحالة الى شروط مكتوبة تعتبر بمثابة اتفاق مكتوب. وقد اعتبر أيضا الكتابة شرطا للانعقاد شأنه في ذلك شأن المشرع المصري ألذي اعتبر الكتابة شرطاً شكلياً لصحة انعقاد اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً ام مشارطة الامر الذي يترتب عليه القول بأن لا وسيلة لأثبات اتفاق التحكيم الا بالكتابة كما يظهر ذلك من نصوص قانون التحكيم المصري*[١١] ، وقد عبر المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية العراقي على بطلان اتفاق التحكيم في حالة صدوره من دون ان يستند على بينة تحريرية ** [١٢] اي يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وقد ذهب البعض الى اعتبار شرط الكتابة هو شرط اثبات [٣١،ص٣١٦] في حين يذهب البعض الاخر الى اعتبار شرط الكتابة هو شرط للصحة وليس شرطاً للأثبات [٣٢،ص١٩٣]، وهو ما نؤيده لأن الكتابة هنا تعتبر ركن من اركان اتفاق التحكيم وليس مجرد وسيلة لأثباته ، لأن جزاء تخلفها هو البطلان المطلق لتعلقها بالنظام العام من ناحية كما ان القانون لم يشر الى طرق الاثبات الاخرى كالإقرار والشهادة لأثبات اتفاق التحكيم . وقد اعتبرت محكمة تمييز العراق الكتابة هو الشرط الوحيد لوجود اتفاق التحكيم وترتب الاثر عليه لا يكون

** ينظر نص المادة(١٥٠٧) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ على أنه:

La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme".

*** قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٥ فبراير ١٩٨٦ بأن " يستلزم اللجوء الى التحكيم اتفاق مكتوب بين الخصوم في صورة شرط تحكيم في العقد الاساس او مشارطة التحكيم مرفوعة من الخصوم او الاتفاق الذي تضمنه الخطابات المتبادلة او البرقيات ولا يستلزم ذلك في التحكيم الدولي ، فلا يشترط شكل معين في اتفاق التحكيم الدولي، حيث يكفي نشأته بواسطة الاساليب التي اتخذها الخصوم في اللجوء الى التحكيم".

* تنص المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري على انه " يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوباً والا كان باطلاً. ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان ، او اذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل او برقيات او غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة".

** ينظر نص المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

الا من خلال ثبوته بالكتابة[٣٣،ص٤١٧]، وهو ايضاً ما ذهب اليه مشروع قانون التحكيم العراقي*** [١٣].

اما عن شرط الكتابة لاتفاق التحكيم في الاتفاقيات الدولية فيظهر ان معظم الاتفاقيات الدولية [١٤]**** [١٥]، فهذه الاتفاقيات وان كانت اشترطت الكتابة لصحة اتفاق التحكيم ولكنها في نفس الوقت لم ترتب البطلان كجزاء لتخلف الكتابة وانما تركت المسألة بحسب الاحوال وفقا للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم [٢٧،ص٩٥] لكن ما تجدر ملاحظته أن اتفاقية نيويورك قد جعلت من كتابة اتفاق التحكيم شرطا للأثبات وليس للانعقاد كونها لم ترتب البطلان كجزاء على تخلف الكتابة انما تكون متطلبة فقط كأساس للاعتراف باتفاق التحكيم بما لا يجوز معه لأي دولة أن ترفض أثبات وجوده ، أما الاتفاق غير المكتوب حتى وأن كان صحيحا وموجودا فهو لا يلزم الدول الاعضاء من الاعتراف به [٣٤،ص٨٣].

كما ان غياب اتفاق التحكيم يعد من الاسباب التي تؤدي ايضا الى بطلان قرار التحكيم الذي يصدر عن المحكم كون ان هذا الاتفاق سواء اتخذ في صورة شرط او مشارطة اومن خلال الإحالة ، يعد الركيزة الاساسية الشرعية لاتفاق التحكيم، فقانون المرافعات الفرنسي النافذ يبدو انه ومن خلال نص المادة (١٥٢٠) انه جعل حالة عدم وجود اتفاق التحكيم والتي يجيز الطعن فيها بقرار المحكم ضمن الاحوال المتعلقة باختصاص هيئة التحكيم اذا ما اعتبرت نفسها عن طريق الخطأ مختصة او غير مختصة فعدم وجود اتفاق تحكيم يعني ان المحكم غير مختص ، فإذا ما فصل في الموضوع بالرغم من ذلك فيمكن الطعن على حكمه لمخالفته قواعد الاختصاص ، لكن يبدو وللوهلة الاولى ان هذه الحالة بعيدة الحدوث عملا ، اذ من غير المتوقع ان يرفع احد الخصوم دعواه الى هيئة التحكيم دون ان يكون بينه وبين خصمه اتفاق على ذلك في حين ان المعلوم انه لابد للتحكيم من اتفاق بين الاطراف [٢، ص٥١٣][١٦] لكن الواقع عملا قد يحدث ان

*** تنص المادة (٦) من مشروع قانون التحكيم العراقي على انه " يكون اتفاق التحكيم مكتوباً والا كان باطلاً ويعد الاتفاق مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من اطراف النزاع او تم تبادلها بوسائل الاتصال الحديثة كالبرقيات او التلكس او الفاكس او البريد الالكتروني او غيرها إذا كانت تثبت تلاقي ارادة مرسليها على اختيار التحكيم وسيلة لفض النزاع".

**** تنص المادة (الأولى) من اتفاقيه عمان للتحكيم التجاري الدولي على انه: " اتفاق الاطراف كتابة على اللجوء الى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع او بعده "، كما تنص المادة (٣٧ /هـ) من اتفاقية الرياض على أنه " ..... وفي حالة وجود اتفاق صحيح مكتوب قبل الاطراف بموجبه الخضوع لاختصاص ألمحكمين ..." وفي ذات المعنى ينظر نص المادة المادة(١/٢) من اتفاقية نيويورك.

يقدم المحتكم لهيئة التحكيم اوراقا كخطابات متبادلة ، او خطاب نوايا باعتبارها تتضمن اتفاق تحكيم في حين أن المدعى عليه يعتبر هذه الاوراق تتعلق بمرحلة المفاوضات لم تصل بعد الى مرحلة التحكيم [١٣،ص٥٧٤] لذلك ذهب البعض الى انه اذا كان بإمكان الاطراف الطعن بالبطلان ضد قرار التحكيم الصادر في موضوع النزاع عند غياب مصدر السلطة القضائية للمحكم المتمثل باتفاق التحكيم فأنه ومن باب أولى القول بأن الأطراف لهم أن يطعنوا ضد القرار الذي يتمسك من خلاله المحكم باختصاصه خطأ او تعسفا أي في حالة عدم وجود اتفاق الاطراف او بطلانه او انقضائه لأي سبب كان [٣٥،ص٨٥]. أما الموقف في قانون التحكيم المصري فأنه قد عالج مسألة عدم أو غياب اتفاق التحكيم ضمن حالات الطعن بالبطلان وهو ذات الموقف في قانون المرافعات المدنية*. كما أن حالة عدم وجود اتفاق للتحكيم بوصفها أحد الأسباب ألتي تؤدي الى بطلان قرار التحكيم يمكن أن تظهر أيضا في صور أو فروض متعددة نذكر منها، قيام طرف لم يوقع أصلا على اتفاق التحكيم ولكنه قام بالتوقيع على وثيقة المهمة مما أثير تساؤلات عن مدى التوقيع على هذه الوثيقة يعتبر بمثابة اتفاق على التحكيم (مشارطة تحكيم) أم لا الى أتجاهين ، ألاول يرى بأنها مشارطة تحكيم لأنها تواجه نزاعا ناشئا يراد حسمه عن طريق التحكيم [١٧،ص٨]، وهو ماذهب اليه القضاء الفرنسي [٣٦،ص٣٥٤] من خلال قرار محكمة استئناف باريس**، ويعتبر من صور عدم وجود اتفاق التحكيم حالة ما اذا كان هناك مجموعة عقود مبرمة بين طرفين لم ينص على شرط التحكيم فيها ، وكان من بينها عقد نموذجي يتضمن شرط التحكيم لم يوافق عليه احد الطرفين صراحة او ضمناً [٣٧،ص١٦١] ومن المتصور ان يدفع الخصم بعدم رضائه بهذا الاتفاق برغم جهله بانطواء العقد النموذجي على ذلك الشرط [١٩،ص٣٢٧]، وقد اشار المشرع الفرنسي في قانون المرافعات المدنية النافذ على شرط الاحالة حسب ما تدل على ذلك المادة ١٤٤٣ ، كما ان قانون التحكيم المصري يعتبر الإحالة في العقد لشرط تحكيم مكتوب او الى وثيقة تتضمن شرط تحكيم بمنزلة اتفاق تحكيم أذا

* تنص المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري على انه " لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا في الاحوال الاتية (أ) اذا لم يوجد اتفاق تحكيم ..."، وفي ذات المعنى تنص المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه :" يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة ان يتمسكوا ببطلانه وللمحكمة من تلقاء نفسها ان تبطله في الاحوال الاتية ١- اذا كان قد صدر بغير بينه تحريريه او بناء اتفاق باطل او اذا كان القرار قد خرج عن حدود الاتفاق ...".

** في حكمها الصادر في ١٢ يوليه لسنة ١٩٨٤ في قضية الاهرام الى انه:" ان التوقيع على وثيقة المهمة من قبل الطرف الذي ينكر على محكمة التحكيم اختصاصها بالفصل في الدعوى لا يعتبر بمثابة مشارطة تحكيم ولا يحول دون حق هذا الطرف في التمسك مستقبلا امام المحاكم الوطنية بعدم الاختصاص محكمة التحكيم"

كانت الإحالة قد وردت بشكل يجعل ذلك الشرط جزءا من العقد فضلا عن موقف مشروع قانون التحكيم العراقي *(١٧)، اما عن موقف المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية العراقي فقد اتخذ موقفا سلبيا من شرط احالة الاتفاق على التحكيم على وثيقة اخرى أذ لم يرد فيه نص يسمح للخصوم الذين ارتضوا اللجوء الى التحكيم بالاتفاق على تكملة ما اتفقوا عليه على وثيقة اخرى تتضمن تسوية النزاع بينهم بالتحكيم مما دفع البعض للقول " بأن هذا الموضوع يتجاذبه مبدأين اولهما، قانون الارادة الذي يسمح للأطراف الاتفاق على تكملة العقد بعقد آخر ولو كان متضمنا حل النزاع بالتحكيم يعتبر صحيحا وساريا بحق الاطراف ، وثانيهما أن الاتفاق على احالة النزاع بالتحكيم على وثيقة اخرى يكون اتفاقا غير منتج لأن التحكيم طريق استثنائي ولا يجوز التوسع فيه لذا وجب النص صراحة لا ضمنا على الاتفاق بشأنه[٣٨،ص١٠٦] .

كذلك يعد صدور قرار التحكيم بعد مضي المدة أيضاً من الأسباب التي تؤدي الى انعدام اختصاص هيئة التحكيم، والمقصود بهذا السبب هو أن المحكمين أصدروا قرارهم بعد المهلة ألتي حددها الخصوم في أتفاق التحكيم أو ألتي حددها المشرع، وهذا البطلان يستمد مبرراته من طبيعة التحكيم كقضاء خاص يحدد الخصوم مدته [٣٩،ص٥١]، فقد يحدد اتفاق التحكيم ميعاداً لبدء التحكيم إذا رغب أحد الطرفين باللجوء له، بحيث إذا أنقضت هذه المدة دون الذهاب للتحكيم سقط حق الطرفين بالتحكيم[٢،ص٥٣٠] ومن ثم يحق لمحكمة الاستئناف في القانون الفرنسي ان تقضي ببطلانه او رفض الاثار التي ترتب على هذا القرار[٤٠،ص١٥٦]، ومما تجدر الاشارة اليه ان انقضاء أجل اتفاق التحكيم كسبب لبطلانه ليس هو ألمقصود لذاته بقدر ما يقصد به أن هذا الانقضاء يجعل اتفاق التحكيم غير صالحاً لأن يصدر قرار التحكيم بناء عليه وذلك بسبب زوال فعاليته[٤١،ص٥٤]، وقد عبر المشرع الفرنسي في قانون المرافعات المدنية الفرنسي السابق لسنة١٩٨١على هذه الحالة في المادة(١٤٨٤) عندما اشار الى بطلان قرار التحكيم إذ فصل الحكم في النزاع دون وجود اتفاق التحكيم او بناء على اتفاق باطل او انتهت مدته، اما في قانون المرافعات المدنية الفرنسي النافذ فأنه يمكن ادراج هذه الحالة حسب اعتقادنا ضمن المادة(١٥١٨) باستنادها الى الفقرة الاولى من اسباب البطلان المنصوص عليها في المادة (١٥٢٠)** على اعتبار انه في حالة اذا ما أصدرت هيئة التحكيم قرارها بعد انقضاء مهلة

* تنص المادة (٣/١٠) من قانون التحكيم المصري على انه " يعتبر اتفاقا على التحكيم كل احالة ترد في العقد الى وثيقة تتضمن شرط تحكيم اذا كانت الاحالة واضحة في اعتبارها هذا الشرط جزءاً من العقد".

** La sentence rendue en Franc en matiere d'arbitrage international ne peut faire lobjet que dun recours en annulation".

التحكيم الذي تولت تنظيمه المادة ١٤٦٣ فأنها تعتبر غير مختصة ومن ثم يجوز الطعن بقرارها بالبطلان ، ويلاحظ ان القانون الفرنسي لم يحدد المدة التي يجب ان يصدر قرار التحكيم الدولي خلالها ولكنه اكتفى بتحديد تلك المدة بستة اشهر على مستوى التحكيم الداخلي من خلال نص المادة ١٤٦٣ ، ولكنه في الوقت نفسه سمح بتمديد هذه المدة سواء على المستوى الداخلي او الدولي وذلك أما باتفاق الاطراف او بقرار من قاضي الدعم (المساند) وهو مصطلح ابتكره مرسوم ١٣ يناير لسنة ٢٠١١الذي لم يكن موجودا في قانون المرافعات الفرنسي السابق لسنة ١٩٨١ معترفا بوجود قضاء مستقل مسؤول عن حسن سير التحكيم ولم تشير النصوص الجديدة الى امكانية الطعن بقراراته اذ جاءت صامته في حالة اذا ما تجاوز حد استعمال السلطة ، كما تكتفي المادة ١٤٦٠ من هذا القانون بان قاضي الدعم يحكم بحكم غير قابل للطعن باستثناء الحالة التي يصرح فيها بعدم استطاعته التدخل نظرا للبطلان الظاهر لعقد التحكيم. وهذا القاضي هو اصلا رئيس المحكمة الابتدائية وفي بعض الحالات قد يكون هو اصلا رئيس المحكمة التجارية ويتمتع القاضي الدعم ايضا بسلطات واسعة [٤٢،ص٢٢] من خلال الاستناد الى المادة ١٥٠٦ التي تحيل الى نص المادة (٢/١٤٦٣)* ، كما وأن قانون التحكيم المصري قد أشترط على هيئة التحكيم ان تصدر حكمها المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان فأن لم يوجد اتفاق وجب ان يصدر خلال اثنا عشر شهراً من تاريخ بدء اجراءات التحكيم فإذا ما أصدرت هيئة التحكيم قرارها بعد انقضاء ميعاد التحكيم فأن اتفاق التحكيم يسقط بانتهاء مدته، ويعد ذلك سبباً لرفع دعوى بطلان قرار التحكيم**[١٨]، ومن الجدير بالذكر ان تحديد ميعاد صدور قرار التحكيم يكون اما بإرادة اطراف التحكيم سواء كان بطريق مباشر اي من خلال اتفاق التحكيم نفسه أو بطريق غير مباشر أي من خلال الأحالة لقواعد مركز تحكيم معين أو لقانون اجرائي معين يطبق على النزاع[٢،ص٥٣١] وفي حالة اغفال الاطراف تحديد مهلة التحكيم وخلا القانون الاجرائي المختار او قواعد مركز التحكيم المحال اليها من تنظيم هذه

* تنص المادة (٢/١٤٦٣) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ على انه:
"Le delai legal ou conventionnel peut etre prorogue par accord des parties ou a defout , par le juge dappui".

** تنص المادة (١/٤٥) من قانون التحكيم على انه:"على هيئة التحكيم اصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان، فإذا لم يوجد اتفاق وجب ان يصدر الحكم خلال اثنا عشرة شهرا من تاريخ بدء اجراءات التحكيم ..."وبهذا المعنى اشارت المادة ٢/٢٦٢ من قانون المرافعات المدنية مع اختلاف المدة في حالة عدم الاتفاق عليها اذ حددها بستة اشهر، ونفس الامر في مشروع قانون التحكيم العراقي(٢/٤١).

المسألة ففي هذه الحالة يجب على المحكم ان يصدر قراره خلال مدة معقولة [٤٣،ص٧٦٨] ، وهو ايضا ما ذهبت اليه محكمة استئناف القاهرة على انه " بما ان الطرفين قد اتفقا على اخضاع اجراءات التحكيم للقواعد المعمول بها في مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، ويطبق هذا المركز قواعد اليونسترال وقد سكتت هذه القواعد عن النص على ميعاد لإصدار[١] حكم التحكيم تاركة هذا الامر لاتفاق الاطراف في كل حالة طبقا لظروفها وملابساتها الخاصة ، فان لم يتفقوا على تحديد ميعاد ما فانهم بذلك يكونوا قد فوضوا هيئة التحكيم في تحديد الميعاد الذي تراه مناسبا حسب ظروف المنازعة التي تنظرها" [١٣،ص٤٠٦].

الفرع الثاني

تجاوز المحكم لحدود اتفاق التحكيم

بما ان هيئة التحكيم تستمد سلطتها في الفصل في النزاع من اتفاق الاطراف وهذا هو الأصل ومن ثم فهي تلتزم بما يرسمه لها الاطراف فهي لا تتقيد بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والشروط الاخرى، مثل مقر التحكيم واللغة والفترة الزمنية....الخ ، التي يجب على هيئة التحكيم انجاز المهمة التحكيمية خلالها فحسب ، وانما يجب عليها ان لا تتجاوز المهمة الموكلة لها والالتزام بتلك المهمة دون التعرض لمسائل لم توكل اليها اصلاً فان تجاوزت حدود مهمتها المحددة لها في اتفاق التحكيم فان ذلك يؤدي الى بطلان قرار التحكيم بالقدر الذي تجاوز فيه المحكم لمهمته ويبقى قرار التحكيم منتجا لآثاره بالنسبة للمسائل الاخرى الموكل لهيئة التحكيم الفصل فيها[٣٧،ص١٧١]. وهذا يعني ان المحكم خرج عن موضوع النزاع الذي اشار اليه شرط التحكيم او التي تحدد في مشارطته فإذا نص الشرط على خضوع المنازعات الناشئة عن تفسير عقد التحكيم فان الحكم يبطل اذا فصل في مسالة تتعلق بتنفيذه ، اما اذا اخضعت مشارطة التحكيم النزاع الناشئ عن تنفيذ التزام محدد للتحكيم فان الحكم يبطل اذا فصل في مسالة تتعلق بتنفيذ التزام اخر لا يرتبط بالالتزام الاول ارتباط الجزء بالكل.[٢٥،ص٤٩٧] من هذا يتضح بأن هذه الحالة من حالات بطلان قرار التحكيم بان الخطأ الذي يؤدي الى بطلانه لا يرجع الى فعل الخصوم او اطراف التحكيم وانما يرجع الى خطا المحكم وحده فضلا عن تجاوز المحكم لحدود مهمته لا يقتصر على موضوع النزاع فحسب وانما يشمل حالات اخرى كان يحكم المحكم طبقا للعدالة مع انه ملتزم بتطبيق القانون[٤٤،ص٨٠]. كما ان بطلان قرار التحكيم بسبب مجاوزة هيئة التحكيم لحدود الاتفاق حالة اذا كانت المجاوزة تمثل نقصا بإغفال طلب او اكثر من طلبات

[١]

الخصوم او زيادة بإعطاء الخصوم اكثر مما طلبوه مثال ذلك في الحالة الاولى ان يطلب المشتري من هيئة التحكيم الحكم له في مواجهة البائع بتسليم البضاعة مع التعويض عن التأخير فتحكم له بتسليم البضاعة وتغفل الحكم له في مسالة التعويض والمثال الذي نسوقه على الحالة الثانية طلب المشتري من هيئة التحكيم الحكم له بثمن البضاعة فتحكم له بالثمن مع الفوائد[٤٥،ص١٣٩] كما يدخل في هذا الفرض ايضا (تجاوز المحكم لمهمته) حالة مخالفة هيئة التحكيم للقواعد الاجرائية التي اتفق عليها الخصوم باعتبارها جزءا من اتفاق التحكيم ومرتبطة به فاذا خالف المحكم تلك القواعد تعرض قرار التحكيم للبطلان لمجاوزته حدود مهمته [٢،ص٥٤٤] وتجدر الاشارة الى ان هناك فرقاً بين مجاوزة المحكم لحدود اختصاصه وبين مجاوزة المحكم لحدود اتفاق التحكيم ، فالأولى ان اتفاق الاطراف هو الذي يرسم حدود اختصاص المحكم ، اما الثانية فهي مسالة واقع اذ يقوم القاضي المرفوعة امامه دعوى البطلان النظر الى قرار التحكيم والتأكد من كونه قد صدر في اطار ونطاق اتفاق التحكيم[٤٢،ص٤٤]. وفيما يتعلق بمخالفة هيئة التحكيم لقواعد الاجراءات التي وضعها الاطراف ما قضت به محكمة استئناف باريس في قضية sofidif في ١٩ ديسمبر ١٩٨٦ ببطلان قرار التحكيم لتجاوز المحكم لمهمته لأن الخصوم اتفقوا في وثيقة التحكيم على منح المحكم سلطة الفصل في اختصاصه بحكم جزئي قبل صدور حكم في الموضوع الا ان المحكم اصدر حكم الاختصاص مع الحكم الصادر في الموضوع [٢،ص٥٤٥]. وقد عبر المشرع المصري عن هذه الحالة ضمن نص المادة (٥٣/و) والتي اشارت الى بطلان قرار التحكيم اذا فصل في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم او جاوز حدود هذا الاتفاق*[١٩]. يظهر من هذا النص وكما يذهب الى ذلك البعض انه يتضمن فرضين اولهما : فصل قرار التحكيم في مسائل لم يشملها اتفاق التحكيم وهو سبب واضح ومحدد للطعن بالبطلان في قرار المحكم لا نه فصل في مسالة تقع خارج نطاق اتفاق التحكيم ، وعليه اذا ما قضت هيئة التحكيم في مسالة لا يشملها اتفاق التحكيم فان قضائها بشأنها يصبح واردا على غير محل من خصومة التحكيم وصادرا من جهة لا ولاية لها في الفصل فيها لدخولها في ولاية جهة القضاء صاحبة الولاية العامة ويكون حكم التحكيم باطلاً[٢٠]. ثانيهما : فهو امكانية الطعن بالبطلان اذا ما جاوز المحكم حدود هذا الاتفاق وبما ان المشرع المصري قد اورد للحالة الاخيرة نصا خاصا فهذا يعني ان مجاوزة المحكم تشمل صورا اخرى ليس من بينها الحالة المشار اليها في الفرض الاول [٢٤،ص٢٠١] كما لو اتجهت ارادة الاطراف الى تخويل هيئة التحكيم سلطة

* تنص المادة (٥٣/١/و) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على انه " اذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم او جاوز حدود الاتفاق " .

تحديد قيمة الخسارة او الاضرار الناشئة عن الحادث المضمون فان ذلك لا يعطيها سلطة الفصل في الزام احد الاطراف بذلك وألا عد ذلك تجاوزا منها لمهمتها ، مما يؤدي الى بطلان الحكم في هذا الشأن.[٢،ص٥٨٨] وقد عبر المشرع العراقي عن هذه المسالة ضمن الشق الاخير من المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي ويبدو ان مشروع قانون التحكيم العراقي قد تنبه لهذه المسالة عندما اشار في المادة (٤١/اولا) منه على بطلان قرار التحكيم في حاله عدم وجود اتفاق المحكم **.[٢١] ويلاحظ من ان نصوص قانون التحكيم المصري و قانون المرافعات المدنية العراقي ومشروع قانون التحكيم العراقي في الحالة مدار البحث والمتعلقة باتفاق التحكيم انها لا تستوعب او لا تتسع لحالة اذا ما قضت هيئة التحكيم بشيء لم يطلبه الخصوم او اكثر مما يطلبونه اذ ان مهمة هيئة التحكيم لا تحدد فقط باتفاق التحكيم وإنما بما يرفعه الخصوم من منازعات يشملها هذا الاتفاق ، فقد تتحدد طلبات الخصوم اثناء الخصومة التحكيمية [٢،ص٥٤٢] ومن هذا يظهر ان موقف المشرع الفرنسي ومن خلال نص المادة (٣/١٥٢٠) كانت نصوصه أكثر عمومية إذ جاءت لتشمل كل الحالات التي يتجاوز فيها المحكم لحدود مهمته. ، كما ان اتفاقية نيويورك اشارت هي الاخرى الى هذا المبدأ***.[٢٢] وتجدر الاشارة الى انه اذا ما فصلت هيئة التحكيم في مسألة ولكن يصدر القرار متضمنا بعض المسائل التي يشملها اتفاق التحكيم والبعض الآخر احتوى على مسألة لم يتضمنها ذلك الاتفاق أو تجاوز حدوده ، هنا لابد من التفرقة فيما اذا كان بالإمكان تجزئة قرار التحكيم دون ان يؤثر على بقية الاسباب فاذا ما طعن الخصم بقرار التحكيم طالبا ابطال جزء من القرار مستندا في ذلك الى تجاوز هيئة التحكيم لسلطتها ففي هذه الحالة يجوز للمحكمة التي تنظر بالطعن ان تبطل ذلك الجزء من القرار[٤٦،ص٤٣٢] وهذا ما ذهبت اليه محكمة استئناف باريس اذ انها ابطلت حكم تحكيمي على نحو جزئي لأنه حدد بداية حساب الفوائد التأخيرية في تاريخ سابق على ذلك الذي يمسك به الطرف المدعي[٤٠،ص١٥] .وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية أيضا [٤٧،ص٢٣٤]. والى هذا المعنى ذهب المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية*.[٢٣]

** ينظر نص المادة (١/٢٧٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي، كما تنص المادة(٤١/اولا)على من مشروع قانون التحكيم على انه " لا يجوز الطعن بقرار التحكيم امام المحكمة المختصة الا بطلب يقدم من احد اطراف التحكيم في احدى الحالات الآتية ١- اذا جرى التحكيم في ظل غياب اتفاق المحكم " .

*** ينظر نص لمادة (١/٥/ج) من اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨.

* تنص المادة (٢٧٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه" يجوز للمحكمة أن تصدق قرار التحكيم أو تبطله كلا أو بعضا ويجوز لها في حالة الإبطال كلا او بعضا أن تعيد القضية الى المحكمين لإصلاح ما شاب قرار التحكيم أو تفصل في النزاع بنفسها أذا كانت القضية صالحة للفصل فيها".

ويتضح من نصوصه انه اذا تحقق سبب البطلان في جزء من القرار وكان موضوع القرار يقبل التجزئة فان المحكمة المختصة ستقوم بتصديق الجزء الصحيح وتبطل الجزء الآخر الذي توفر فيه سبب البطلان كما ان للمحكمة ان تعيد للمحكمين قرارهم للنظر فيه مجددا او اكمال نواقصه ،اما اذا كان سبب البطلان يشمل القرار برمته او كان موضوع النزاع لا يقبل التجزئة بحسب طبيعته او بحكم القانون فان البطلان عندها سيكون كلياً[٤٨،ص١٠٥]. أما على صعيد الاتفاقيات الدولية فيظهر له تطبيقا في اتفاقية نيويورك ويتضح من نص هذه الاتفاقية انها اجازت الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم وذلك عندما يكون الحكم قد قضى في مسائل تدخل في نطاق التحكيم بحيث يمكن فصلها عن المسائل الاخرى التي قضي فيها دون ان تكون داخلة في هذا النطاق ، اي ان القاضي المطلوب منه التنفيذ يأمر بتنفيذ الجزء الذي لم يشمله البطلان ويرفض تنفيذ الجزء من القرار الذي تجاوز أتفاق التحكيم وتجدر الاشارة ان هذه الاتفاقية جعلت من التنفيذ الجزئي حالة استثنائية على خلاف الاصل العام وهو رفض التنفيذ اذا ما اثبت الخصم تجاوز هيئة التحكيم لاختصاصها. [٤٩،ص٣٩٢].

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

يعد تعيين القانون الواجب على اتفاق التحكيم من اهم المسائل التي شغلت بال الفقه وانطلاقا من مبدأ استقلال هذا الاتفاق عن عقد التحكيم الاصلي وما يترتب على ذلك من اختلاف موضوع كلا منهما وبالرغم من ان شرط التحكيم يرد في العقد الاساسي (الاصلي) على الاغلب ألا انه يبقى له محله الخاص وهذا يعني ان اتفاق التحكيم سواء أكان مدرجا في العقد الاصلي (شرط التحكيم) او كان منفصلا عنه (مشارطة تحكيم) يكون له وجوده الذاتي ولا يتأثر بكل ما يطرأ على العقد الاصلي من العيوب والمنازعات وهذه الاستقلالية قد تؤدي الى اختلاف القانون الواجب التطبيق على كل منهما ومن اجل تسليط الضوء على القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم يقتضي بنا تناول المناهج المتبعة بشأنه من اجل تحديده (مطلب اول) فضلا عن تحديد مجال تطبيق اتفاق التحكيم (مطلب ثان).

المطلب الاول

المنهج المتبع في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

ومن خلال استقراء موقف التشريعات الوطنية والأنظمة والاتفاقيات الدولية محل الدراسة بشأن القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم الدولي يظهر ان تباينا واضحا بين تلك المواقف والتي لا تتعدى الاخذ بين منهجين، منها ما يمثل الاتجاه التقليدي الذي يميل الى تطبيق المنهج التنازعي للقوانين (فرع اول) والثاني يمثل المنهج الحديث الذي يميل الى الاخذ بمنهج القواعد المادية (فرع ثان).

الفرع الاول

المنهج التقليدي (تنازع القوانين)

لما كان الاتفاق على التحكيم هو تصرف قانوني ارادي ينصب على محل معين لأحداث أثر قانوني معين ومن ثم لابد ان يستند الى قانون معين ، وعليه فأن القانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم من حيث وجوده وصحته لا يخرج عن اتجاهين الاول يذهب الى تطبيق قانون الإرادة التي تحكم العقود عادة والأخر يذهب الى تطبيق قانون مقر التحكيم أي قانون الدولة التي تتم إجراءات التحكيم على اقليمها [٢٧،ص٩٠] ومرد هذا الاختلاف يرجع الى تكييف اتفاق التحكيم الدولي فيما اذا كانت تغلب عليه الطبيعة العقدية فهنا يقتضي تطبيق قواعد الاسناد الخاصة بالعقد مما يعني تطبيق قانون الإرادة ، اما اذا كان متعلقا بمسألة تتعلق بالإجراءات فهذا يؤدي الى تطبيق قانون مقر التحكيم بالقياس على قانون القاضي الذي يطبق على الاجراءات[٤،ص٥٥] وبما انه لطرفي التحكيم في عقود التجارة الدولية ان يتفقا صراحة على القانون الواجب التطبيق وبما ان اتفاق التحكيم له استقلاله وذاتيته عن موضوع النزاع فأنه يجب عزله عن اي قانون وتبقى الارادة هي المصدر الوحيد للالتزامات المترتبة عن اتفاق التحكيم وبما ان الإرادة هي شريعة المتعاقدين فأن المبدأ السائد في التحكيم الدولي هو اخضاعها للقانون الذي يختاره الاطراف (قانون الإرادة) [٥٠،ص٧٧] ومن دون اي قيد الا ما تعلق بالنظام العام الدولي كما يمكنهم الاتفاق على تطبيق القانون الذي يختارونه على كل من العقد الاصلي واتفاق التحكيم وايضا بالنسبة للإجراءات[١،ص٩٠] ولكن المسألة يمكن ان يشوبها التعقيد او الخلط في اعمال ضوابط الاسناد في حالة غياب مثل هذا الاتفاق الصريح او الضمني (غياب الإرادة) ففي هذا الفرض يتعين على المحكم ان يتولى تحديده من خلال مجموعه من العوامل والقرائن التي يتوجب الرجوع اليها للتوصل الى الارادة المشتركة للأطراف او الإرادة الضمنية ، فذهب القضاء الفرنسي الى اعمال العديد من ضوابط الاسناد للوصول الى تطبيق هذا القانون منها الاستناد الى قانون المقر او الاستناد على القانون الذي يحكم العقد الاصلي[٢٤] ونتيجة لذلك فقد تباين موقف

والتشريعات والاتفاقيات الدولية من هذه المسألة ففي قانون المرافعات الفرنسي النافذ انه لم يشير بصوره مباشره وواضحة للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم*[٢٥] ما دفع البعض الى القول باستبعاد نص المادة ١٥٠٩ على اتفاق التحكيم لأن الاخير لا يعتبر من العناصر التي تدخل في فكرة اجراءات التحكيم ، في حين ان نص المادة ١٥١١ فهي وان كانت تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الا انه من الممكن اعمالها على نحو يسمح بتطبيقها على اتفاق التحكيم [٢٦] اما بالنسبة لقانون التحكيم المصري فهو وان لم يشير الى معالجة هذه المسألة مدار البحث بنصوص مباشره الا انه يمكن الاستناد الى نص المادة ٢٥ المتعلقة بالإجراءات والمادة ٣٩ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ومن ثم فهو يكون قد حدد المنهج الذي يمكن اعمال بصدد خضوع مسألة صحة اتفاق التحكيم من خلال تبنيه لمنهج التنازع [٣٦،ص١٦٤-١٦٨-٢٠٩] في حين يذهب البعض الاخر الى القول انه ومن خلال نص المادة الاولى من قانون التحكيم المصري انه اخضع اتفاق التحكيم لقانون مقر التحكيم بمعنى انه لا يعتد بقانون الإرادة وفقا للقواعد العامة الا انه منح الاطراف الحرية بالاتفاق على مكان التحكيم سواء كان في مصر او في الخارج، اما اذا جرى التحكيم الدولي في الخارج فالأصل ان لا يخضع اتفاق التحكيم للقانون المصري الا اذا تم الاتفاق على اخضاعه لهذا القانون وهنا يطبق باعتباره قانون للإرادة[١،ص٩١] . وعن موقف المشرع العراقي من المسألة فيظهر انه وان لم يشير بذلك بصوره صريحة في قانون المرافعات المدنية العراقي الا انه ومن خلال استقراء نصوص القانون المشار اليه يتضح انه أخذ بقانون الإرادة بخصوص القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال نص المادة ٢٦٥ التي اعطت للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق على التحكيم [٥١،ص١٩٣]. وبهذا المعنى ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية العراقية في احد قراراتها بالقول " أن اتفاق العراقي مع شركة اجنبية تعمل في العراق على حل الخلاف الناشئ بينهما من قبل هيأة التحكيم في غرفة التجارة الاجنبية

* ينظر المواد ١٥٠٩ والمادة ١٥١١ من قانون المرافعات الفرنسي النافذ.

"L’article 1509 du Code procédure civile français prévoit que" :

"La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale. Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure".

"L’article1511du Code procédure civile français prévoit que" : "Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce".

لا يتعارض مع احكام المادة (١٥) من القانون المدني العراقي ولا مع احكام قانون المرافعات المدنية العراقي ولا يتعارض مع النظام العام" [٣٨،ص٢٦٤]. وبالنسبة الى منهج الاتفاقيات الدولية محل الدراسة فيلاحظ انها تكاد تجمع على اخضاع مسألة الاتفاق على التحكيم لمنهج التنازع للقانون الذي يختاره الاطراف ، الا انها قد تتباين فيما بينها فيما اذا كان لمقر التحكيم اختصاص احتياطي من عدمه *[٢٧] فاتفاقية نيويورك حددت اتفاق التحكيم بقاعدة اصلية هو قانون الارادة وقاعدة احتياطية لا يتم اللجوء اليها الا اذا تخلف هذا الاختيار .

ومن هذا يتضح ان التركيز المكاني لاتفاق التحكيم وأن كان السائد في اغلب التشريعات والاتفاقيات الدولية محل الدراسة ولكنه قد يجد صعوبة في تطبيقه في بعض الاحيان كما لو تم تحديده من قبل مؤسسة التحكيم ذاتها ، وأثيرت مسألة تتعلق بمدى صحة أتفاق التحكيم ولم يكن مقر التحكيم قد تم تحديده وعرضت المسألة على القاضي الذي تم الدفع امامه بعدم صحة الاتفاق[٢٨،ص٣٠] فضلا من ان مقر التحكيم قد يتعارض او يتزاحم مع قاعدة الاسناد التي اشارت اليها اتفاقية نيويورك التي تتعلق بمدى قابلية النزاع للتحكيم التي يلجأ القاضي الى تطبيقها[٢٨] من هنا ظهرت الحاجه الى البحث عن قواعد اخرى بحيث تنسجم مع مقتضيات التجارة الدولية ومن دون المرور بقواعد الاسناد وهو ما أصبح يعرف بالقواعد المادية[٥٢،ص٦٨] .

الفرع الثاني

المنهج الحديث (منهج القواعد المادية)

ان اعمال منهج القواعد المادية [٥٣،ص٢٨] يلقى قبولا لدى الفقه فيما يتعلق بتطبيقه على اتفاق التحكيم لتفادي النتائج غير المتوقعة سلفا لقواعد التنازع ويضمن في ذات الوقت التطبيق المسبق لتلك القواعد التي توجب التطبيق على اتقاف التحكيم فهي تستطيع ازالة احتمالات بطلان اتفاق التحكيم فيما لو اعتمد المنهج التنازع وتم تطبيق القانون الوطني[٢٨،ص٣٢] بمعنى انه يتم تطبيقها بشكل مباشر من دون الحاجة الى اللجوء الى تحديد القانون الواجب التطبيق، فهي تطبق على كل العلاقات التي يمكن ان تدخل ضمن نطاقها [٣،ص٣١٨] ويعد مبدأ استقلال شرط التحكيم[٥٥،ص٧٦] من القواعد المادية الدولية التي تكرس صحة اتفاق التحكيم خارج

* تنص المادة (٢١) من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي على انه : "تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الاكثر ارتباطا بموضوع النزاع على ان تراعى قواعد الاعراف التجارية الدولية المستقرة" وبهذا المعنى نص المادة ينظر نص المادة ٤٢ من اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥، وبهذا المعنى نص وبهذا المعنى نص المادة (٥/ ٢) من اتفاقية نيويورك.

اطار المنهج التنازعي للقوانين، ويعني هذا المبدأ استقلال شرط التحكيم عن جميع القوانين الوطنية ولكن لا يعني ذلك ان يصبح عقدا من دون قانون يحكمه ، بقدر ما هو منهجا لتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على اتفاق التحكيم[١،ص٩٦] فهو عقد حقيقي يتمتع بنطاق خاص من حيث انفراده بموضوعه وسببه وليس تبعا للعقد الاصلي، كون ان موضوع اتفق التحكيم هو تسوية النزاع بين الخصوم عن طريق التحكيم ، كما ان سببه هو تخويل قضاء التحكيم بالفصل بالنزاع ونزعه من قضاء الدولة وهنا يمكن ان يعد هذا أمراً اجرائيا ،في حين ان موضوع العقد الاصلي هو بهدف تنظيم الحقوق والمراكز القانونية التي تخص الخصوم كما ان سببه يكمن بالباعث الدافع للتعاقد الذي يعد مسألة شخصي تختلف من شخص لآخر وفي هذا يعد أمرا موضوعيا، وتتميز طبيعته بأنه يعد من قواعد القانون الدولي الحقيقي(المشترك) ومن اجل حاجات التجارة الدولية لقي هذا المبدأ الاعتراف به من قبل الدول التي ساهمت في الاخذ به، ومن نتائجه انه يحقق الفعالية لاتفاق التحكيم من خلال الفصل بين مصير اتفاق التحكيم وبين العقد الاصلي ، ومن ثم اي عيب يمكن ان يلحق باتفاق التحكيم كالبطلان او الفسخ سوف لن يتأثر بذلك بمصير العقد الاصلي.

وقد ظهر هذا المبدأ للمرة الاولى في قرار لمحكمة النقض الفرنسية في قضية (HECHT) اذ استخلصت مبدأ الصحة الذاتية لشرط التحكيم من مبدا استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الذي يخضع له ومن غير اللجوء الى منهج التنازع [٥٤،ص٧٠] وقد اشارت معظم التشريعات محل الدراسة الى هذا المبدأ * باستثناء موقف المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية العراقي الذي لم يشير لهذا المبدأ مما فتح باب الاجتهاد امام الفقه ، فيذهب رأي انه يمكن الأخذ بهذا المبدأ كونه يجد له اساسا في القواعد العامة في القانون المدني العراقي بما يطلق عليه نظرية (انتقاص العقد) المشار اليها في المادة ١٣٩ من القانون المذكور[٥٥،ص١٢٦] في حين يذهب

---

* ينظر المادة (١٤٤٧) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ من احوال التحكيم الداخلي التي تحيل اليها المادة ١٥٠٦ المتعلقة بالتحكيم الدولي التي تنص على انه:

"Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes".

وبهذا المعنى اشارت المادة ٢٣ من قانون التحكيم المصري ، والمادة (١٠) من مشروع قانون التحكيم العراقي التي تنص على انه:" يعد شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الاخرى ولا يترتب على انقضاءه العقد او فسخه او بطلانه او انهائه أي اثر على شرط التحكيم مالم يتفق الاطراف على غير ذلك".

رأي آخر الى القول ان المشرع العراقي وأن سكت عن تنظيم هذا المبدأ الا ان نص المادة ٢٦٨ من قانون المرافعات المدنية العراقي التي تشير الى انه "اذا عرضت خلال التحكيم مسألة اولية تخرج عن ولاية المحكمين..... يوقف المحكمون عملهم ويصدرون قرار للخصوم بتقديم طلباتهم للمحكمة المختصة ..... " ، توحي بأتباع مبدأ تبعية اتفاق التحكيم للعقد الاصلي، وان بطلان العقد الاصلي يؤدي الى بطلان اتفاق التحكيم خاصة وان قواعد الاختصاص القضائي تعد من النظام العام[٥٦،ص١١٣]

المطلب الثاني

نطاق تطبيق القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم

ان مسألة نطاق القانون الواجب التطبيق تحتل جانب كبير من الاهمية كون ان البعض من المسائل قد تخضع لقانون غير ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم ، وعليه والحال هذه يعني عدم خضوعها لهذا الاخير، الامر الذي نجد انه من الضروري تحديد مجال تطبيقه من خلال التفرقة بين ما يخرج من نطاق اتفاق التحكيم في (فرع اول) وبين ما يدخل ضمن هذا النطاق في (فرع ثان).

الفرع الاول

المسائل التي تخرج من نطاق القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم

التمييز بين العديد من ضوابط الاسناد المحددة على النحو الذي يسمح باختيار عناصر الاسناد الاكثر ملائمه قد يؤدي الى تجزئة للقوانين التي من المحتمل تطبيقها على الجوانب المختلفة لذات المسألة وحيث ان اعمال قواعد القانون الدولي الخاص بشأن العقود قد يؤدي لتلك النتيجة من خلال التفرقة بين القانون الواجب التطبيق على الاهلية ، وايضا القانون الواجب التطبيق على شكل العقد (الكتابة) ،وكذلك القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد ، عليه سنتناول في هذه الفقرة القانون الواجب التطبيق على كل من الاهلية وشكل العقد المتعلق بشرط كتابة اتفاق التحكيم بوصفها من المسائل التي تخرج من نطاق القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وعليه فأن البحث في مسألة القانون الواجب التطبيق على الاهلية الواجب توفرها في اتفاق التحكيم يقتضي بنا التمييز بين اهلية الشخص الطبيعي وبين اهلية الشخص الاعتباري.

فبالنسبة للقانون الواجب التطبيق على اهلية الشخص الطبيعي فأن الأهلية التي يتم فيها التعاقد هي ليست من مسائل التصرف الارادي بل هي صفه لصيقه بالشخص والتي تتحدد

بمقتضاها حالته وقد اختصت الاهلية في مختلف الدول بقاعدة اسناد خاصة وهي اخضاعها الى قانون معين وعندها يقوم القاضي بأعمال قواعد التنازع الوطنية من اجل الوصول الى تحديد القانون الواجب التطبيق، كما ان معظم التشريعات قد سمحت للأشخاص من اللجوء الى التحكيم بصرف النظر فيما اذا كانوا اشخاصا طبيعيين ام اشخاص اعتباريين فعلى الرغم من الاهلية تعتبر من ضمن المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم، الا انها لا تخضع للقانون الذي يحكم هذا الاتفاق ، فمن المستقر عليه وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص في مختلف دول العالم هو خضوع الاهلية للقانون الشخصي للطرف المتعاقد[٢٩،ص١٥].

ويوجد في التشريعات الوطنية نظامان يتحدد بموجبها القانون الشخصي فقد يكون قانون الدولة التي يحمل الشخص جنسيتها ، او قانون البلد الذي يقيم فيه ويزاول نشاطه الاعتيادي[٤٦،ص١١٦]، بمعنى ان الانظمة القانونية في هذا الصدد تنقسم في تحديد مفهوم او معنى القانون الشخصي الى قسمين ، الاول وهو مذهب الأنظمة اللاتينية التي تعتبر القانون الشخصي هو قانون الجنسية ، وثانيها الانظمة الانجلوسكسونية التي تعتبر الموطن هو القانون الشخصي[٢٩،ص١٥]، وعليه ومن اجل تحديد اهلية الاتفاق على التحكيم يجب ان يكون المتعاقد اهلاً للتعاقد والتقاضي وفقاً لقانون جنسيته وفقاً للاتجاه الاول(اللاتيني) مع ملاحظة ان اهلية التعاقد اللازمة بصدد التحكيم هي اهلية التصرف وليست اهلية الادارة لوحدها ، ومن التشريعات التي اخذت بالاتجاه اللاتيني القانون المصري والعراقي* ومع هذا فأن قاعدة خضوع الاهلية لقانون الجنسية التي ينتمي اليها الشخص لا تجد لها تطبيقاً كلما وجد نص في قانون خاص يقضي بذلك [٥٧،ص١٦٠] ، اما عن موقف المشرع العراقي في مشروع قانون التحكيم فأنه فقد اشار الى بطلان اتفاق التحكيم اذا كان احد اطراف التحكيم وقت ابرامه فاقد الاهلية او ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم اهليته من دون ان يميز بين اهلية الشخص الطبيعي او المعنوي، وهو بذلك يحيل بذلك الى القواعد العامة التي تحكم الاهلية في أبرام العقود والتصرفات القانونية ، اما عن القانون الواجب التطبيق على اهلية الشخص المعنوي فإذا ما تعلق الامر

* تنص المادة (١/١١) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨على انه :" الحالة المدنية للأشخاص واهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم ، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب اثارها فيها ، فإذا كان احد الطرفين اجنبياً ناقص الاهلية وكان نقص الاهلية يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الاخر تبينه ، فأن هذا السبب لا يؤثر في اهليته"، ويقابلها نص المادة (١٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة (المعدل)١٩٥١،كما ذهب مشروع قانون التحكيم العراقي من خلال المادة (٤١/ثالثا) على بطلان قرار التحكيم في حالة " اذا كان احد اطراف التحكيم وقت ابرام اتفاق التحكيم ابرامه فاقد الاهلية او ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم اهليته".

بشركة اجنبية فأنه يرجع بصدد تحديد اهليتها الى قانون الدولة التي يوجد فيها مركزها الرئيسي باعتباره قانون الدولة التي تنتمي اليها بجنسيتها **، اما على صعيد الاتفاقيات الدولية فيظهر ان اتفاقية نيويورك وان لم تكن قد اوردت قواعد موضوعية مباشرة بهذا الشأن اذ ما ورد فيها مجرد اشارة غير مباشره*** اذ ان القاضي الذي يطرح عليه الامر للنظر في طلب الاعتراف او تنفيذ القرار التحكيم عليه ان يبين ما هو القانون الشخصي الذي يحكم الأهلية لأطراف الاتفاق على التحكيم وفقا للاتجاه الذي يتبناه مشرعه وفي ذلك اشاره غير مباشره للمحكم ايضا في تبني الاتجاه قانون الدولة التي سينفذ فيها الحكم وعلى فرض فيما لو كان يراد لقرار التحكيم ان ينفذ في فرنسا او مصر او العراق فأن القانون الشخصي سيتحدد وفقا لقانون الجنسية ، ولقانون الموطن اذا ما اذا يراد تنفيذه في انجلترا [٥٨،ص٢٠٨] ولعل السبب في عدم وضع اتفاقية نيويورك قواعد موحدة بخصوص القانون الواجب التطبيق الذي يحكم الاهلية وترك حكم المسالة لمحاكم الدول المختلفة بأن تطبق قواعد التنازع المعمول بها في كل دولة ، هو التخوف من الدخول في مسألة تنازع التكيفات [٢٧،ص٩٧].

اما القانون الواجب التطبيق على الشكل(الكتابة) في أتفاق التحكيم ، فأن المنازعة في صحة اتفاق التحكيم قد لا تنصب على عنصر الموضوع بل قد تنصب ايضا على عنصر الشكل الكتابي وعليه فقد استقرت اغلب الأنظمة القانونية* [٢٩]على إخضاع شكل التصرف كقاعدة عامة لقانون بلد ابرامه ولكن هذه القاعدة لها طابعها الاختياري لان الغاية منها هو التيسير على المتعاملين الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون آخر من ناحية ،ومن ناحية اخرى لأن الاصل في القوانين الحديثة الرضائية لا الشكلية [٥٢،ص٢١٩] ، ولا يختلف الامر عنه في اطار التحكيم فالقاعدة العامة التي تحكم الشكل في هذا الاتفاق هو خضوعه للشكل الذي يتطلبه القانون المحلي وعليه وكما يذهب البعض فهو يخضع اما ان يكون لقانون مكان الابرام او الذي يحكم الموضوع او قانون الموطن المشترك او الجنسية المشتركة للمتعاقدين ، بحيث لا يمكن اجراء الاختيار خارج نطاق هذه القوانين حتى وان ادى الى جعل العقد صحيحا

** تنص المادة (٢/١١) من القانون المدني المصري على انه :"اما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الاجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسري عليها قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الاشخاص مركز ادارتها الرئيسي الفعلي ومع ذلك اذا ما باشرت نشاطها الرئيسي في مصر ، فأن القانون المصري هو الذي يسري " ويقابلها نص المادة (٢/١٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١(المعدل).

*** ينظر نص المادة (٥/١/أ) من اتفاقية نيويورك.

* ينظر نص المادة (٢٠) من القانون المدني المصري ويقابلها نص المادة (٢٧) من القانون المدني العراقي.

وهذه القوانين تكون بمنزلة سواء ، من دون الزام المتعاقدين بوجوب اتباع الشكل المحلي لأنه يتنافتا مع مبدأ التيسير على المتعاملين وبالأخص عندما يكون محل ابرام اتفاق مكانا عارضا بحيث يتعذر على المتعاقدين العلم بأحكام قانونه[٥٠،ص٨٣] ، وعلى صعيد الاتفاقيات الدولية فيظهر ان اتفاقية نيويورك وأن لم تتضمن قواعد مادية خاصة بالتراضي المتعلق باتفاق التحكيم المساس بالقواعد المادية المتعلقة بشكل اتفاق التحكيم ألا انه يذهب البعض الى القول بأنه " من أن انسب الحلول من اجل الاخذ بقواعد تنازع القوانين لتحديد شكل الاتفاق على التحكيم الذي قد يؤدي الى تطبيق احكام مختلفة نتيجة تباين موقف التشريعات الوطنية من اشتراط الكتابة من عدمه كشرط للانعقاد ام للأثبات هو الاخذ بقواعد اتفاقية نيويورك التي اشترطت الكتابة كونها تعد من القواعد الموحدة التي يتم تطبيقها مباشرة بصرف النظر عن موقف التشريعات الوطنية اذ تعد الكتابة بموجب هذه الاتفاقية هي للإثبات وليس للانعقاد كونها لم ترتب البطلان او الانعدام كجزاء على تخلفها" .[٦،ص١٠٦].

الفرع الثاني

المسائل التي تدخل ضمن نطاق القانون الذي يحكم اتقاف التحكيم

ان المسائل الذي تدخل ضمن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم هي تلك التي تتعلق بالتراضي وصحته من عيوب الإرادة وكذلك ما يتعلق بعنصر المحل لمعرفة مدى قابلية المنازعة للفصل بها بطريق التحكيم وكذلك المسائل المتعلقة بمشروعية السبب[٥٩،ص٥٣١] وعليه فإذا نازع الخصم بصحة اتفاق التحكيم مدعيا بطلانه امام المحكم لحظة بدء إجراءات التحكيم من أجل أنكار كل سلطة له في نظر النزاع ومن ثم القضاء بعدم اختصاص المحكم ، ففي هذا الفرض على المحكم ان يفصل في المسألة لكونها تتعلق باختصاصه ولكون أن ألمحكم ليس لديه قانون اختصاص يستطيع أن يلجأ اليه من أجل الكشف عن قواعد الاسناد الواجبة الاتباع ومن ثم فهو يتمتع بحرية كبيرة في البحث عن هذا القانون[١٩،ص٣٤٨]، وعليه فأن المحكم في هذا الفرض لن يواجه صعوبة في تحديد هذا القانون في حالة اتفاق الاطراف على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أذ سيكون مرجعه في بحث مدى توفر الرضا وصحته وخلوه من اي عيب كالغلط والاكراه والغبن والتدليس لهذا القانون ، كون ان مسألة وجود الرضا وصحته تدخل ضمن قاعدة الاسناد التي تخص الالتزامات التعاقدية المعروفة وفق المنهج التنازعي التقليدي بوصفه قانون الارادة [٦٠،ص٢٠٢] لكن الصعوبة تكمن في حالة عدم اتفاق الاطراف على هذا القانون سواء بشكل صريح او ضمني فيذهب البعض الى تطبيق المادة ١٥١١ من قانون

المرافعات الفرنسي النافذ فهي وان كانت تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة محل التحكيم الا أن صياغتها جاءت من العمومية بحيث يمكن امتداد نطاق تطبيقها أيضا على اتفاق التحكيم من خلال اللفظ الاخير الذي منح المحكم سلطة الفصل في المنازعة ، وذات الامر بالنسبة لموقف المشرع المصري في قانون التحكيم الصادر لسنة ١٩٩٤ اذ جاءت نصوصه المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع غير صريحة او تتسم بالعموم اذ لم تبين لفظ موضوع النزاع متسما بالغموض مما يمكن امتداد نص هذا أللفظ على اتفاق التحكيم[١٩،ص٣٥٢] . وهذه الصعوبة تزداد أكثر في القانون العراقي كون ان النصوص الواردة في قانون المرافعات المدنية العراقي لم تتضمن ما يشير الى القانون الواجب التطبيق مطلقا سواء ما كان متعلقا باتفاق لتحكيم او بموضوع النزاع بل جاءت متصفة بالعمومية هي الاخرى ، ولعل هذا يعود الى أن نصوصه أنما جاءت لتنطبق على احوال التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي بصورة صريحه . وعليه وإزاء هذا الأمر فإننا لا نجد بدا من اللجوء الى القواعد العامة وبالتحديد الرجوع لنص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي*.

اما على صعيد الاتفاقيات الدولية فنجد ان اتفاقية نيويورك قد اعتمدت ضابطا احتياطيا من خلال نص المادة ٥ /أ التي جعلت من قانون الدولة التي صدر فيها القرار (قانون دولة مقر التحكيم) اذا لم يتفق الاطراف على القانون الواجب التطبيق اتفاق التحكيم. من كل ما تقدم يتضح ان القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم ليس قانونا واحدا ، وانما قد يختلف حسب تكييف الحالة فيما اذا كان يتعلق بجانب موضوعي او اجرائي او فيما كان يتعلق بشروط صحة اتفاق التحكيم ، او تلك التي تتعلق بأهلية اطراف التحكيم او بشكل الاتفاق فيما اذا كان يشترط الكتابة للانعقاد من عدمه.

الخاتمة

في ختام البحث وبناء على ما تم عرضه توصلنا الى جملة من النتائج أسفرت عنها بعض التوصيات والمقترحات .

* تنص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على انه" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا ، فإذا إختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا مالم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا آخر يراد تطبيقه" .

اولا :النتائج:

١- أن جميع التشريعات المقارنة تكاد تجمع من الطعن ببطلان قرار التحكيم لا يمكن ان يتم الا من خلال اقامة دعوى البطلان، ومنها المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية إلا أن الأخير لم يخصها بأحكام خاصة، ونتيجة لذلك توصلنا ان دعوى البطلان في القانون العراقي لا يمكن أن تُعد دعوى مستقلة بذاتها بل انها لايمكن أن تكون أكثر من كونها دفعا بالبطلان ، كما توصلنا أيضا إلى ان المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية العراقي قد توسع بطرق الطعن في قرار التحكيم الصادر من المحكمة المختصة بدعوى البطلان ، اذ اجاز الطعن به بجميع طرق الطعن المعروفة في القانون العراقي ما عدا الاعتراض ، فضلا عن منحه المحكمة المختصة سلطة واسعة تصل الى حد فحص موضوع النزاع من دون ان تقتصر على الجوانب الشكلية كما هو عليه الحال في اغلب التشريعات المقارنة عندما منح المحكمة ان تبطل قرار التحكيم من تلقاء نفسها استنادا لنص المادة ٢٧٣ من القانون المشار اليه. وهذا التوسع نجده يتعارض مع فلسفة اللجوء الى التحكيم كقضاء خاص يتصف في السرعة في حسم المنازعات وتوفير الوقت والنفقات

٣- اتضح لنا ان نطاق دعوى بطلان قرار التحكيم ترفع ضد قرارات التحكيم الوطنية وكذلك قرارات التحكيم الدولية عند خضوع الأخيرة لأحكام القانون الواجب التطبيق على الاجراءات ، أما قرار التحكيم الاجنبي فلا يجوز اقامة دعوى بطلان ضده ولا يكون أمام الخصم الذي يحتج عليه بقرار التحكيم الاجنبي في داخل الدولة سوى الاعتراض على تنفيذه .

٤– توصلت الدراسة الى انه ومن أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الدولي فأنه يتم من خلال عملية التكييف لاتفاق التحكيم فإذا غلبت عليه الصفة التعاقدية فتطبق عليه القواعد الخاصة بالإسناد وفقا لقانون الارادة ، اما اذا انتهت الى أنها مسألة تتعلق بالإجراءات فيطبق عليها قانون القاضي.

٥- توصلت الدراسة الى ان نص المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي التي يتم اللجوء اليها لتحديد القانون الواجب التطبيق سواء على اتفاق التحكيم ام على موضوع النزاع ، قد جاءت بقاعدة إسناد عامة لتنطبق على اتفاق التحكيم او على موضوع النزاع وفق المنهج التقليدي التنازعي ، اصبحت لا تنسجم مع متطلبات التجارة الدولية وحاجة الدولة للاستثمار في ظل وجود قواعد مادية كقاعدة استقلال اتفاق التحكيم تكفل صلاحية الاتفاق بعيدا عن الاخذ بنظام تنازع

القوانين، ومن دون المرور بقواعد الاسناد، ومن نتائجه ان أي بطلان يلحق باتفاق التحكيم فأن ذلك سوف لن يتأثر به العقد الاصلي.

ثانيا : التوصيات

١. اقترحنا تعريف اتفاق التحكيم الدولي بأنه أتفاق الاطراف على إحالة المنازعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية الى شخص او اشخاص معينين للفصل فيها دون اللجوء الى قضاء الدولة سواء ورد الاتفاق في صورة شرط او مشارطة او بالإحالة الى وثيقة تتضمن صراحة شرط اللجوء الى التحكيم.

٢. انطلاقا من ان دعوى البطلان لا تعد طريق من طرق الطعن المعروفة في الاحكام القضائية فقد توصلنا الى تعريف هذه الدعوى بأنها طريق استثنائي ومستقل عن طرق الطعن المقررة في القانون لمراجعة قرار التحكيم ابتناء على طلب الأبطال الذي يقدمه المحكوم ضده للمحكمة المختصة بنظرها مقتصراً دورها على رقابة الطريق الذي سلكه المحكم وعدم مخالفته للجوانب الاجرائية او للنظام العام من دون ان يكون لها الحق في الفصل بالموضوع.

٣- نقترح على المشرع العراقي أن يتولى تشريع قانون للتحكيم الدولي يتبنى فيه مبدأ استقلال اتفاق التحكيم كون الاخير اصبح يعد من قواعد القانون الدولي الحقيقي الذي لقي اعترافا به من معظم التشريعات والاتفاقيات الدولية تلبية لمتطلبات وحاجات التجارة الدولية التي تقتضي الاخذ به.

المصادر

١. د.محمود سمير الشرقاوي ، التحكيم التجاري الداخلي الدولي دراسة قانونية مقارنه ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٦.
٢. د. معتز عفيفي ، نظام الطعن على حكم التحكيم ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ٢٠١٢.
٣. د.مصطفى الجمال و عكاشة محمد عبد العال، مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج١ ، بدون مكان نشر ، ١٩٩٨.
٤. د. حفيظة السيد الحداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ،١٩٩٦.

٥. د. أحمد عبد الكريم سلامة ، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية و الكمركية ، دراسة مقارنه ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة طبع.

٦. د. أحمد مخلوف ، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥.

٧. Jean-Claude VASSEUR Note .sous C.A Paris 14 dece 1987. Rev arb 1989 .

٨. Emmanual Putmon, Nullites Rep pr. Civ Dalloz, October 1994.

٩. د.نبيل اسماعيل عمر، د. احمد خليل، قانون المرافعات المدنية ، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت –لبنان، ٢٠٠٤.

١٠. خالد عبد الهادي الزناتي ، بطلان حكم التحكيم الدولي ، الطبعة الاولى ، المكتبة العصرية ،مصر ، ٢٠١١.

١١. د. محمود سلامة المحامي، التحكيم والمحكم طبقا لقانون التحكيم المصري وانظمة التحكيم الدولي ، المجلد الاول ، الطبعة الثانية ، دار السماح، المكتب الثقافي، دار مصر، القاهرة .

١٢. د. احمد السيد الصاوي، الوجيز في التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على ضوء احكام القضاء وانظمة التحكيم الدولية ، الطبعة الرابعة ، دون دار ومكان نشر، ٢٠١٣.

١٣. د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، الطبعة الاولى ، منشاة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧.

١٤. د. محمود نور شحاته ، الرقابة على اعمال المحكمين صورها وموضوعها، الطبعة الاولى ،دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٣.

١٥. د.محمود سمير الشرقاوي، الدور الخلاق للقضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في المؤتمر السنوي السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي، كلية القانون جامعة الامارات،٢٠٠٨.

١٦. د.فتحي والي، دعوى بطلان احكام هيئة التحكيم الصادرة قبل الحكم المنهي للخصومة ، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الأول ، ١٩٩٩.

١٧. د.نبيل اسماعيل عمر، دعوى بطلان حكم المحكم ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ٢٠١٦.

١٨. د. نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد والمدينة التجارية الوطنية والدولية ، الطبعة الثانية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥.

١٩. د. بليغ حمدي محمود ، الدعوى ببطلان احكام التحكيم الدولية ، دراسة مقارنه ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧.

٢٠. بهاء خليل اسماعيل امين ، الرقابة القضائية على القرار التحكيمي ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد، ٢٠١٢.

٢١. عباس ناصر مجيد ، الطعن بالبطلان على احكام التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الاولى ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١.

٢٢. د. احمد شرف الدين، قواعد التحكيم، شركة ناس للطباعة، القاهرة ٢٠٠٧.

٢٣. سامي حسين ناصر المعموري، الخصومة في التحكيم ،رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بابل، ٢٠١٦، ص١٨٢.

٢٤. د. اسامة عبد الرزاق اسطة ، الرقابة القضائية على احكام التحكيم الدولية امام دولة المقر ، دراسة مقارنة ، الجزء الثاني ، منشورات صادر الحقوقية دون مكان نشر ، ٢٠٠٩.

٢٥. د. حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي ، (دراسة مقارنه) ،دار الكتب القانونية ، مصر، ٢٠٠٦ .

٢٦. د. اشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٦.

٢٧. أ. محمد شعبان امام سيد ، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية ، دار المناهج للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، الطبعة الاولى ، ٢٠١٤.

٢٨. د. احمد شرف الدين، اتفاق التحكيم الدولي، مصادر قواعده الحاكمة وسلطة القاضي الوطني في نفاده ، بدون دار ومكان نشر ، ٢٠١٥.

٢٩. د.هشام باناجه ، التحكيم الدولي ودوره في دفع عجلة الاستثمار، الطبعة الاولى، اوراق للنشر والتوزيع ، السودان، ٢٠١٦.

٣٠. اسعد فاضل منديل ، احكام عقد التحكيم واجراءاته ، دراسة مقارنه ، الطبعة الاولى ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١١.

٣١. د. محمود نوري حسن ، التحكيم في تسوية منازعات العقود الادارية الدولية ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية .

٣٢. د. وسن قاسم الخفاجي وسامي حسين ناصر المعموري ، فاعلية قرار التحكيم ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي، المجلد ٩، العدد الثالث ، السنة التاسعة، ٢٠١٧.

٣٣. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، دون دار نشر ، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، ٢٠٠٩.

٣٤. د. إبراهيم احمد إبراهيم ،التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الخامسة ،دار النهضة العربية،١٩٩٧.

٣٥. تعويلت كريم ، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق بالعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، ٢٠١٧.

٣٦. د. حفيظه السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،لبنان ، ٢٠٠٧.

٣٧. علي ناصر محمد الإحبابي ،بطلان احكام التحكيم الاجنبية ، دار نشر اكاديمية شرطة دبي ، الامارات العربية المتحدة ، ٢٠١١ .

٣٨. د.اكرم فاضل قصير، المعين في دراسة قواعد اللجوء الى التحكيم التجاري بموجب احكام القانون العراقي، مكتبة صباح القانونية ، بغداد، ٢٠١٥.

٣٩. د. علي بركات ، الطعن في احكام التحكيم، دار النهضة العربية ، دون مكان نشر، ٢٠٠٣

٤٠. د. حفيظة السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على احكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية .

٤١. د. احمد شرف الدين ، سلطة القاضي المصري ازاء احكام التحكيم ، النسر الذهبي ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٧.

٤٢. د. أحمد هندي ، تنفيذ احكام المحكمين الوطنية والاجنبية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٥.

٤٣. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, E, international, Litec 1996.

٤٤. د. صابر غلاب ، ادارة اجراءات التحكيم ، الجوانب القانونية والعملية في قضاء التحكيم ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، المنصورة ، مصر ، ٢٠١٧.

٤٥. امال يدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنه، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٢.

٤٦. د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنه ، جامعة بغداد ،١٩٩٢.

٤٧. د، ابو الخير عبد العظيم سكرمة ، المرجع الوافي في التحكيم في المنازعات الخاصة والتجارية الدولية ، دار العدالة للنشر والتوزيع ، القاهرة ،٢٠١٥

٤٨. عماد عبد الله محمد، اتفاق التحكيم واجراءات المحكم ، مكتبة صباح ، بغداد ، ٢٠١٣.

٤٩. د. عصام الدين القصبي النفاذ الدولي لأحكام التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣.

٥٠. د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة، الدولية ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ، دون سنة نشر.

٥١. رشا موسى محمد، دور اتفاق التحكيم في حل منازعات عقود الاستثمار الاجنبي، بحث منشور في مجلة اهل البيت، المجلد ١، الاصدار ١١، ٢٠١١.

٥٢. د. حفيظة السيد الحداد ،الموجز في القانون الدولي الخاص ،الكتاب الاول، المبادئ العامة في تنازع القوانين ،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣.

٥٣. د، فواد الذيب ،القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني ، منشورات الجامعة السورية الافتراضية ، ٢٠١٨، ص٢٨. متاح عبر الموقع الالكتروني التالي: https://pedia.svuonline.org، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١١/١٠.

٥٤. د. بشار محمد الاسعد ، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية ،الطبعة الاولى ، بيروت ، لبنان ٢٠٠٩.

٥٥. د.مصطفى ناطق صالح مطلوب، المعين في التحكيم التجاري، (دراسة مقارنة على وفق احدث الانظمة القانونية التحكيمية الاقليمية والدولية، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر، الامارات ، ٢٠١٧ .

٥٦. عوني محمد الفخري، ارادة الاختيار في العقود الدولية التجارية والمالية، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٢.

٥٧. د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص ، مطبعة الرشاد ، بغداد ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٢.

٥٨. د. احمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة السابعة عشرة، العدد الاول والثاني، الكويت ،١٩٩٣.

٥٩. د.هشام خالد ، القانون القضائي الخاص الدولي ، دراسة مقارنة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦.

٦٠. د. مصلح احمد الطراونة الرقابة القضائية على الاحكام التحكيمية في القانون الاردني ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار وائل للنشر ، ٢٠١٠.

Abstract

Based on the special nature of the arbitration system, which is based on the agreement of the parties to resort to it and the resulting principle of freedom of the parties in the selection of the law applicable to the arbitration agreement, making the international arbitration agreement has a special self that makes it independent of the original contract. Is affected by its nullity, but what invalidates the arbitration agreement are those reasons which are related to special reasons according to the general rules such as lack or lack of eligibility or a defect in the satisfaction of the parties or because of the legality of the place of agreement on arbitration or cause, The agreement, as the reasons for the These matters, which pertain to the different contractual basis of arbitration, may lead to the application of a different law each time, since not all matters relating to the arbitration agreement, whether in the form of a clause or a clause, may fall under this law.

The law applicable to the nullity of the arbitration agreement

Dr. Khair Al Dine Al Amine College of Law / University of Babylon

Mahmoud Abd Abbas Mughir al-Jubouri

Technical Institute Babel, Euphrates