الرقم الدولي : ISSN: 2075-7220

الرقم الدولي العالمي : ISSN: 2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

السنة السابعة عشرة/ 2025/ عدد خاص بالبحوث القانونية والعلوم السياسية المقدمة الى وقائع مؤتمر مواجهة التطرف والعنف الإرهابي في ظل التحولات السياسية العالمية

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

Print ISSN : 2075-7220

Online ISSN : 2313-0377

Al-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and Political Science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

Seventeenth year/2025/A special issue on legal and political science research submitted to the proceedings of the Conference on Confronting Extremism and Terrorist Violence in Light of Global Political Transformations

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

هيئة تحرير المجلة

ت	الاسماء	الصفة	مكان العمل	الاختصاص العام	الاختصاص الدقيق
1	أ.د. فراس كريم شيعان	رئيس هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
2	م.د. هند فائز احمد	مدير هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
3	أ.د. اسراء محمد علي سالم	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
4	أ.د. اسماعيل صعصاع غيدان	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون اداري
5	أ.د. حسون عبيد هجيج	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
6	أ.د. ضمير حسين ناصر	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
7	أ.د. وسن قاسم غني	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
8	أ.د. ذكرى محمد حسين	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون تجاري
9	أ.د. صادق محمد علي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
10	أ.د. اسماعيل نعمة عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
11	أ.م.د محمد جعفر هادي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
12	أ.م.د. رفاه كريم كربل	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
13	أ.م.د. قحطان عدنان عزيز	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دولي
14	أ.م.د. ماهر محسن عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
15	أ.م.د. اركان عباس حمزة	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دستوري
16	أ.د. مروان محمد محروس	عضواً	كلية الحقوق/جامعة البحرين	قانون	—
17	أ.د. مزهر جعفر عبد جاسم	عضواً	اكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة / عمان	قانون عام	قانون جنائي
18	أ.د. سهيل حدادين	عضواً	الجامعة الاردنية	قانون	—
19	أ.د. فتحي توفيق عبد الرحمن	عضواً	كلية القانون/جامعة البتراء	قانون	—
20	أ.م.د. منى محمد عباس عبود	مدقق اللغة الانجليزية	كلية التربية الاساسية / جامعة بابل	اللغة الانجليزية	—
21	م.د. احمد سالم عبيد	مدقق اللغة العربية	كلية القانون / جامعة بابل	اللغة العربية	—

الفهرس

السنة السابعة عشر / 2025

عدد خاص بالبحوث القانونية والعلوم السياسية المقدمة الى وقائع مؤتمر مواجهة التطرف والعنف الإرهابي في ظل التحولات السياسية العالمية

ت	عنوان البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
1	القانون الواجب التطبيق على تكتل الشركات بالاندماج	م.د.هند فائز احمد الحسون	19-1
2	تغليب الإرادة التعاقدية على حكم القاعدة العامة في النص التحكيمي (دراسة تحليلية مقارنة)	م.د.علي عبد الستار جواد	45-20
3	التنظيم الدستوري والقانوني لمكافحة التطرف الفكري المؤدي الى الإرهاب	م.م.محمد رضا هاشم الكعبي	66-46
4	دور العدالة في الحد من ظاهرة التطرف (دراسة مقارنة)	م.د.عدي حسين طعمة	90-67
5	الدكة العشائرية جريمة إرهابية في ضوء توجيهات مجلس القضاء الأعلى (دراسة قانونية)	م.د.علي جاسم محمد	107-91
6	أثر الارهاب البحري على التجارة البحرية (الموانئ العراقية نموذجا)	م.م.ياقوت علي حسين	122-108
7	دور الأمم المتحدة في مواجهة التحديات الأمنية بعد عام 2014 " مكافحة الإرهاب نموذجاً "	م.م.رياض جليل جمعة	142-123
8	دور منظمات المجتمع المدني في مكافحة التطرف الفكري	م.م.رنا عمار سعيد م.م.شذى علي احمد	166-143
9	دور الاتفاقيات الدولية في مكافحة التطرف الفكري في وسائل التواصل الاجتماعي	م.م.علي حسين مهدي عزيز م.م.حسن هادي عبد حسين	184-167

مجلة المحقق الحلي

للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

السنة السابعة عشر

2025

عدد خاص بالبحوث القانونية والعلوم السياسية المقدمة الى وقائع مؤتمر مواجهة التطرف والعنف الإرهابي في ظل التحولات السياسية العالمية

رابط المجلة

https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

تغليب الإرادة التعاقدية على حكم القاعدة العامة في النص التحكيمي " دراسة تحليلية مقارنة "

م.د. علي عبد الستار جواد
جامعة بابل ـ كلية القانون
law.ali.jawad11@uobabylon.edu.iq

تاريخ استلام البحوث: 2025/5/15 تاريخ قبول النشر:2025/6/30 تاريخ النشر:2025/8/7

الملخص

يعد تغليب الإرادة التعاقدية على القاعدة العامة الواردة في النص التحكيمي من قبيل المسائل الهامة التي يتعين النظر إليها بعين الاعتبار، لاسيما وأنها تشكل توسعاً حقيقياً وملحوظاً من جانب المشروع لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية في نظام التحكيم بوجه خاص، وكان اختيار هذا الموضوع لأسباب عدة أهمها جدوى هذه الارادة وبيان ما إذا كان تغليبها فيه إضراراً بالمصالح والمراكز الإجرائية من عدمه، لذلك كان المشكلة الرئيسية تتمثل فيما إذا كان المُشرع العراقي قد أعتد بتنظيم هذه الإرادة من عدمه في إطار قانون التحكيم، لا سيما وأنه إن كان قد نظم نصوص للتحكيم، إلا أنه لم ينظم قانون مستقل يُنظم التحكيم كنظيره المصري وغيره من النظم القانونية المقارنة، لذلك أدركنا في إطار ففي هذه المشكلة ثلاثة مواطن حقيقية، الموطن الأول هو مرحلة تكوين هيئة التحكيم، ثم مرحلة إجراءات التحكيم في الموطن الثاني، ثم مرحلة إصدار الحكم التحكيمي في الموطن الأخير، وقد ألينا إلى إعمال المنهج التحليلي المقارن بصدد هذه الدراسة.

الكلمات المفتاحية : حكم التحكيم ، الإرادة التعاقدية ، تكوين العقد

The Predominance of Contractual Will Over General Rules in Directive Texts
"A Comparative Analytical Study"

M.D. Ali Abd Al-Satar Jawad
University of Babylon - College of Law

Abstract

Prevailing contractual will over the general rule contained in the arbitral text is an important issue to be considered. in particular that it constitutes a real and significant expansion by the project of the principle of the sovereignty of will and contractual freedom in the arbitration system in particular, The choice of this topic for a number of reasons, the most important of which was the usefulness of this will and the indication of whether or not its predominance was detrimental to the interests and procedural centres. and therefore the main problem was whether or not the Iraqi legislator used to regulate this will under the arbitration law, In particular, if he had organized arbitration texts, arbitration ", however, was not regulated by a separate law governing arbitration as its Egyptian counterpart and other comparative legal systems, So we realized in the context of this problem three real citizens first home is the stage of the arbitral tribunal's formation, and then the stage of arbitral proceedings in the second home and then the arbitral award phase in the latter, and we are in the process of applying the comparative analytical approach to the study.

Keywords: arbitration award, contractual will, contract formation

أولاً : المقدمة :

جديراً بالبيان أن نظام التحكيم [1: ص2] هو نظام إتفاقي المنشأ، قضائي المال ، وقد نظمه المُشرع إلى جانب نظام القضاء العام في الدولة، حتى أن نظام التحكيم بات في بعض الآونة بديلاً عن القضاء ، إقتضاءً بما تم النظر إليه من سرعة وإنجاز الاجراءات، والتحكيم نظراً لكونه ذو طابع إتفاقي ، فإن المُشرع أملى فاعلية حقيقية لهذا الطابع الاتفاقي في نصوص قانون التحكيم ، لما كان ذلك وكانت القواعد القانونية جانباً منها له طابعها الآمر، وجانب أخر له طابعه المكمل ، إلا أن غالبية النصوص التحكيمية تعد ذو طبيعة مكملة ، إذ أن المُشرع نظم القاعدة العامة، وإلى جانب تنظيمها أجاز للأطراف مجتمعين الخروج عنها ، إلا أنه حال الخروج عن حكم القاعدة العامة يتعين أن تكون هناك مصلحة حقيقية جديرة بالإعتبار ، وتأصيل هذا الخروج أسنده المُشرع إلى مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، وهذا نراه تغليباً من جانب المُشرع على تنظيمه للقاعدة العامة، نظراً لإختلاف طبيعة الخصومة التحكيمية عن الخصومة القضائية ، لذلك سوف نتعرض في إطار الدراسة لثلاثة مواطن رئيسية لتغليب هذه الإرادة على حكم القاعدة العامة، إذ يتمثل الموطن الأول في مرحلة تكوين هيئة التحكيم ، أما الموطن الثاني هو مرحلة إجراءات التحكيم ، أما الموطن الثالث هو مرحلة إصدار الحكم التحكيمي، وسوف نتعرض لكلاً منها بشكل مفصل في إطار المنهج التحليلي المقارن في متن الدراسة .

ثانياً : أسباب إختيار الموضوع :

جديراً بالأهمية ؛ ملاحظة أن هناك أسباب عدة دفعتنا إلى إختيار موضوع الدراسة ، ومن بين هذه الأسباب الآتي :

- تفسير إرادة المُشرع إزاء تنظيمه لتغليب إرادة أطراف التحكيم في بعض المواطن من خلال التنظيم المكمل للقاعدة القانونية .
- الرغبة في إيضاح قيمة مبدأ سلطان الإرادة في المعاملات والتصرفات القانونية لا سيما وأن الإرادة هي محدثة الإلتزام، وهى الأصل في كافة المعاملات بإعتبارها مناط الإلزام الإختياري.
- يسهم موضوع الدراسة في إضاءة جانب جديد من جوانب العمل التحكيمي لاسيما وأن الإرادة قد يعتريها بعض المشكلات والمعوقات التي تؤثر على نتاجها والأثر المترتب عليها .

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

ثالثاً : نطاق البحث :

يعد نطاق البحث قاصراً على المواطن التي نظم على ضوئها المُشرع القاعدة العامة ، وفي الوقت ذاته أجاز للأطراف الإتفاق على ما يخالفها، إذ أن نطاق البحث يشمل مواطن تنظيم القاعدة المكملة دون الآمرة، وعليه يخرج عن نطاق الدراسة كافة المواطن التي يعقد فيها المُشرع لأطراف النزاع التحكيمي مجتمعين مباشرة تصرف أو عمل إجرائي معين بداية ، إذ يتعين أن يكون موطن حديثنا هو تنظيم قاعدة إجرائية ثم يُصرح المُشرع بعد ذلك للأفراد بمخالفتها ، وهذا هو مناط تغليب الإرادة التعاقدية على القاعدة العامة للنص التحكيمي .

رابعاً : مشكلة البحث :

تتجلى المشكلة الرئيسية للبحث في خلو التشريع العراقي من تنظيم قانون خاص للتحكيم ، إضافةً إلى ضرورة تأصيل الجدوى التي على ضوئها غلب المُشرع إرادة الأطراف على النص التحكيمي الذي أناط تنظيمه في مرحلة التفريد التشريعي ، وهل يوجد نطاق محدد لهذه الإرادة التعاقدية حال مخالفتها النص القانوني ، وهل إتفاق الأطراف على مخالفة النص قد يصل إلى موطن من مواطن المشروعية ؟ ويتفرع عن هذه المشكلة عدة إشكاليات فرعية تتجلى في الآتي :

- هل يختلف موقف المُشرع العراقي عن موقف نظيره المصري بصدد تغليب الإرادة التعاقدية على النص القانوني ؟
- هل مخالفة النص القانوني بموجب إتفاق الأطراف أمراً يتم في كافة الأحوال، أم في حالات محددة تتحدد حسب الحاجة إلى العمل الاجرائي والغاية منه ؟
- هل إجتهادات الفقه والقضاء خالفت أم أقرت ما تناوله المُشرع بصدد تنظيم مسألة تغليب الإرادة التعاقدية على النص القانوني ؟

خامساً : تساؤلات الدراسة:

لموضوع الدراسة عدة تساؤلات رئيسية يُمكننا إجمالها في الآتي :

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

- ماهي مواطن تغليب الإرادة التعاقدية على النص القانوني والتي نظمها المُشرع في قانون التحكيم والخاصة بمرحلة تكوين هيئة التحكيم؟
- ما هي مواطن تغليب الإرادة التعاقدية على النص القانوني والتي نظمها المُشرع في قانون التحكيم والخاصة بمرحلة مباشرة إجراءات خصومة التحكيم ؟
- ما هي مواطن تغليب الإرادة التعاقدية على النص القانوني والتي نظمها المُشرع في قانون التحكيم والخاصة بمرحلة إصدار الحكم التحكيمي ؟

سادساً : أهداف البحث:

تتجلى أهداف البحث في إلقاء الضوء على عدداً من المواطن الجوهرية الخاصة بموضوع الدراسة ، ومن قبيل هذه الاهداف الآتي :

- إلقاء الضوء على جدوى تنظيم المُشرع وتغليب إرادة أشخاص التحكيم حال تكوين وتشكيل هيئة التحكيم ، حيث يسمح المُشرع للأفراد تنظيم هذه المسألة بمحض مشيئتهم، على الرغم أنه وضع القاعدة العامة ، حيث أنه أجاز لهم مخالفة القاعدة إذا تقرر لهم مصلحة فى ذلك.
- تمحيص مرحلة سير خصومة التحكيم حيث أن المُشرع أجاز في بعض المواطن ، حال إتخاذ الإجراء ، أن يكون لأشخاص خصومة التحكيم الحق في العدول عن القاعدة العامة التي أرساها إذا كانت لهم الرغبة أو مصلحة في ذلك وبيان ما إذا كان ذلك يؤثر على مشروعية الاجراء وملائمته وفاعليته من عدمه.
- إبراز مواطن تغليب الإرادة التعاقدية على القاعدة العامة التي أناطها المُشرع بالتنظيم في مرحلة إصدار الحكم التحكيمي ، ونتناول الحديث عن كافة المعوقات التي تعتري هذه الإرادة تجاه إنتاج الأثر القانوني.
- القاء الضوء على مواطن القصور الخاصة التي أغفل المُشرع فيها دعم فاعلية الإرادة التعاقدية في مخالفة القاعدة العامة التي نظمها المُشرع في اطار تشريع التحكيم .

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

سابعاً : منهجية الدراسة :

نُدرك القول أن أقرب المناهج البحثية الى روح الدراسة ؛ المنهج التحليلي المقارن ، إذ نُسلم بأن المنهج التحليلي من شأنه إلقاء الضوء على إرادة المُشرع بصدد تنظيم موضوع الدراسة ، هذا بالإضافة إلى تمحيص إجتهادات الفقه والقضاء وإستعراض ما إذا كانت تتفق مع إرادة المُشرع من عدمه ، أما المنهج المقارن يتعين على ضوئه إيضاح موقف المُشرع العراقي ونظيره المصري على وجه التحديد دون غيرهما من النظم القانونية الأخرى .

ثامناً : خطة البحث :

المبحث الاول

تغليب الإرادة التعاقدية على النص في مرحلة تكوين هيئة التحكيم

- **المطلب الأول:** موقف النظام القانوني العراقي .
- **المطلب الثاني:** موقف النظام القانوني المصري .

المبحث الثاني

تغليب الإرادة التعاقدية على النص في مرحلة إجراءات التحكيم

- **المطلب الأول:** موقف النظام القانوني العراقي .
- **المطلب الثاني:** موقف النظام القانوني المصري .

المبحث الثالث

تغليب الإرادة التعاقدية على النص في مرحلة إصدار الحكم التحكيمي

- **المطلب الأول:** موقف النظام القانوني العراقي .
- **المطلب الثاني:** موقف النظام القانوني المصري .

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

المبحث الأول

تغليب الإرادة التعاقدية على القاعدة العامة للنص التحكيمي في مرحلة تكوين هيئة التحكيم

إذا كان المُشرع في غالبية النظم القانونية إعترف بالطابع الفردي حال تشكيل هيئة التحكيم ، إذ قد تكون الهيئة التحكيمية مشكلة من محكم فرد أو ثلاثة ، ولكن التساؤل هل بالإمكان أن تكون هيئة التحكيم مشكلة من خمسة محكمين أو سبعة، وحال تصور ذلك ، هل يؤثر ذلك على طابع العمل التحكيمي ، لذلك فإن تغليب هذه الإرادة حال تكون هيئة التحكيم أمراً يتعين تمحيصه بشكل مفصل من خلال إبراز موقف المُشرع ومراعاة الدور الاجتهادي للفقه والقضاء بصدد واقع قانون التحكيم ؛ يستوي ذلك أن تعلق الأمر بالنظام العراقي أو المصري ، مع العلم بأن المُشرع العراقي حتى وقتنا الراهن لم يتضمن قانون مستقل بذاته ينظم مسائل التحكيم ، حيث أن هذا الأخير يشكل قسماً من قانون المرافعات المدنية [2] ، وهذا ما كان عليه الحال بصدد التنظيم القانوني المصري قديماً ، إلى أن نظم المُشرع المصري قانون مستقل للتحكيم [3] وعلى ضوء التمهيد البسيط المتقدم ، نقسم حديثنا الى مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : موقف التنظيم القانوني العراقي .

المطلب الثاني : موقف التنظيم القانوني المصري .

المطلب الأول

موقف النظام القانوني العراقي

تناول المُشرع العراقي تكوين هيئة التحكيم في إطار ما نظمته المادة (257) من قانون المرافعات المدنية [4] وقد تكونت القاعدة من عدة نقاط جوهرية يُمكننا إلقاء الضوء عليها على النحو الآتي :

أولاً : أن القاعدة الأصلية هي التعويل على حالة المحكم الفرد، وإن كان المُشرع العراقي لم يتناول هذه القاعدة بشكل صريح ، إلا أنها مستفادة ضمناً من سياق النص .

ثانياً : أن المُشرع العراقي أجاز تعدد المحكمين مناط تشكيل هيئة التحكيم، ولكن لم يحدد الحد الأقصى لتشكيل هيئة التحكيم [5: ص400] لاسيما وأننا نرى أن تحديد الحد الأقصى هي مسألة حاسمة تحول وتحقيق التعنت أو ممارسات التعسف فى إستعمال الحق [6: ص89] .

ثالثاً : أقر المُشرع العراقي الطابع الفردي [العدد الوتر] في تشكيل هيئة التحكيم وجعل منها قاعدة عامة ذو طبيعة آمرة ، وأقام إلى جانبها إستثناء يتعلق بحالة التحكيم بين الزوجين ، ولنا على هذا الجانب تساؤلين ، الأول لماذا لم ينص المُشرع العراقي على جزاء يتم توقيعه إذا ما تمت مخالفة تشكيل الهيئة التحكيمية ، وما هو موقف الإرادة التعاقدية لأشخاص التحكيم من هذه القاعدة ، وما هو تأصيل الاستثناء المتقدم ، وفي ضوء ذلك نتناول الإجابة على كافة التساؤلات المتقدمة تباعاً على النحو الآتي:

1- فيما يتعلق بمسألة تنظيم جزاء إجرائي يتعين توقيعه حال مخالفة تشكيل النص كنا نأمل من المُشرع العراقي أن تكون المسألة محل أهمية لاسيما وأن الجزاء عنصر جوهري من عناصر القاعدة القانونية [7: ص175] وضمانة هامة لتنفيذها ، والجزاء المتعين إعماله في هذه الحالة هو بطلان تشكيل هيئة التحكيم [8: ص23] وبالتبعية بطلان ما تلاها من إجراءات حتى ولو أنتجت هذه الأخيرة ثمة آثار قانونية أو مس الأمر مراكز قانونية وترتب عليها إستقرارها، حيث نرى أن العمل الإجرائي الباطل لا يتحصن لاسيما إذا كان النص القانوني المتعلق به من طبيعة أمره [9: ص90].

2- أما فيما يتعلق بتغليب الإرادة التعاقدية فلا نجد لها ثمة مكانة في نطاق النص المتقدم بشكل صريح ، إلا أنها يستفاد حكمها ضمناً من النص لاسيما وأن المُشرع أفاد بأن تعيين المحكمين يكون وتراً ، إضافةً إلى أن تعيين المحكمين أمراً مناطه بيد أشخاص الخصومة .

3- أما بصدد الاستثناء المتقدم يتعين التنويه إلى أن هذا الاستثناء يرجع في تأصيله إلى الشريعة الإسلامية .

المطلب الثاني

موقف النظام القانوني المصري

يثور في هذا المقام التساؤل عما إذا كان المُشرع المصري قد إتبع ذات موقف نظيره العراقي أم أن هناك ثمة إختلاف بينهما ، هذا بالإضافة إلى ضرورة إدراك الموطن الأصيل والخاص بمسألة تغليب الإرادة التعاقدية على القاعدة العامة للنص التحكيمي ، وهذا ما يتعين على ضوئه الرجوع إلى ما نظمته المادة (15) من قانون التحكيم المصري [10] ، حيث أنه بالرجوع إلى هذا الأخير يتبين لنا ثمة ملاحظات هامة نوجزها في الآتي :

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

أولاً : أن المُشرع المصري عول بشكل جوهري على مبدأ سلطان الإرادة ، حيث أن تشكيل هيئة التحكيم يكون في بادئه بإتفاق الأطراف .

ثانياً : أن المُشرع المصري نظم الحد الأقصى بصدد تشكيل هيئة التحكيم حيث عد هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين إذا لم يتم الإتفاق عليه ، وهذا مفاده أن تطبيق الحد المتقدم قاصراً على الحالة التي لم يتم فيها الاتفاق على عدد المحكمين ، أما إذا كان الأمر خاضع لإتفاقهم فلا عبرة بالحد الأقصى المنصوص عليه ، وإن كنا نأمل من المُشرع المصري تنظيم حد أقصى لتشكيل هيئة التحكيم بوجه عام ، مع الوضع في الإعتبار بإمكانية الإتفاق عليه أو على حداً أقل منه حتى لو كان تشكيل الهيئة التحكيمية سيتم تحديده بخمسة محكمين .

ثالثاً : إعتد المُشرع المصري كما فعل نظيره العراقي بقاعدة الوتر في تشكيل هيئة التحكيم ، إلا أن المُشرع المصري جاء موقفه وتنظيمه أفضل مما جاء به المُشرع العراقي ، نظراً لأنه نظم جزاء إجرائي في حالة ما إذا كان عدد تشكيل هيئة التحكيم ليس وتراً ، حيث أقر البطلان بوجه صريح، والبطلان في هذه الحالة مطلق نظراً لأنه إعترض أصلاً من أصول التقاضي التحكيمي وهي قاعدة الوترية ، ولولا إعمال هذه القاعدة لتوقفت خصومة التحكيم في مواطن عديدة عند تعادل الآراء ، وهذا من شأنه تعطيل العدالة وإنكارها.

رابعاً : فيما يتعلق بتغليب الإرادة التعاقدية على القاعدة العامة للنص التحكيمي ، لا نرى أن هذا التغليب متحققاً بصدد تكوين هيئة التحكيم ذاتها ، إلا أنه متحققاً في جانب آخر ، ألا وهو فيما يتعلق بصدد جنس أو جنسية المحكم، حيث أن القاعدة عملاً بما نصت عليه المادة (2/16) من قانون التحكيم [11] أنه لا يشترط تحديد جنسية أو جنس بعينه في المحكم ، إلا أن المُشرع أجاز تغليب الإرادة التعاقدية بإتفاق أشخاص التحكيم على تحديد جنس أو جنسية محكمين بعينهم ، ويعد في حكم هذه الحالة ؛ الحالة التي ينص فيها القانون على ذلك .

وفي تطبيق ذلك تؤكد محكمة النقض المصرية بأن " ... الأصل المفترض من أن تشكيل هيئة التحكيم يتم بإتفاق الطرفين ووفقاً لإرادتهما الحرة بإختيار المحكمين المؤهلين والمناسبين للفصل في النزاع " [12: ص599] كما إتجهت في حكمٍ لها بأن " المشرع رغبة منه في إحترام إرادة طرفي التحكيم بإفساح الحرية لهما لتنظيمه بالكيفية التي تناسبهما لم يرتب البطلان عند عدم اشتمال حكم التحكيم على بيان جنسية المحكمين ، إلا إذا كانا قد إتفقا على تحديد جنسية معينة لهم أو نص القانون على ذلك [13] .

المبحث الثاني

تغليب الإرادة التعاقدية على القاعدة العامة للنص التحكيمي في مرحلة إجراءات التحكيم

تجدر الإشارة إلى أن إجراءات التحكيم تعد مرحلة وسطى بين اللحظة التي يتم فيها تشكيل هيئة التحكيم ، وبين إصدار الحكم التحكيمي ، لما كان ذلك وكانت هذه المرحلة لها خصوصيتها ، فإننا نجد أن الإرادة التعاقدية لها دوراً جوهرياً حيال إعمال هذه الإجراءات، وهذا ما يتعين معه إيضاح موقف المُشرع من جانب يستوي في ذلك المُشرع العراقي ونظيره المصري ، إضافة إلى موقف الفقه والقضاء ، وعلى ضوء ذلك نقسم حديثنا في إطار هذا المبحث الى مطلبين على النحو الآتي :

المطلب الاول : موقف النظام القانوني العراقي .

المطلب الثاني : موقف النظام القانوني المصري .

المطلب الاول

موقف النظام القانوني العراقي

في بادئ الأمر يثور التساؤل عما إذا كان المُشرع العراقي تعرض بالتفصيل لما إذا كانت الإرادة التعاقدية تُغلب على القاعدة العامة للنص التحكيمي في بعض الآحيان من عدمه ، ويتحدد نطاق الإجابة على هذا التساؤل بالنظر إلى إجراءات التحكيم على سبيل التحديد ، وهذا ما يتعين على ضوئه الرجوع إلى ما نظمته المادة (1/265) من قانون المرافعات المدنية [14] ، وفي تفصيل ذلك نوضح القاعدة العامة التي تناولها المُشرع بالتنظيم ، ثم نبين موطن تغليب الإرادة التعاقدية على القاعدة العامة للنص المتقدم ، وذلك على النحو الآتي :

أولاً : القاعدة العامة بصدد إجراءات التحكيم :

أوجب المُشرع العراقي إتباع الإجراءات والاوضاع التي تناولها قانون المرافعات المدنية بالتنظيم وذلك فيما يخص التحكيم ، وحكم القاعدة المتقدمة نراه أمراً بديهياً لا سيما وأن المُشرع العراقي لم ينظم قانون خاص بمسائل التحكيم ،

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

وهذا يستتبع معه التعويل على قانون المرافعات المدنية بإعتباره القانون الإجرائي ذات الولاية العامة في كافة مسائل القانون الخاص ، ومسائل القانون العام إن لزم الأمر .

ثانياً : موطن تغليب الإرادة التعاقدية على القاعدة العامة للنص التحكيمي فيما يتعلق بإجراءات التحكيم:

فى هذا الفرض أكد المُشرع العراقي على إمكانية العدول عن القواعد والإجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية ، بالإضافة إلى جواز الإتفاق على تنظيم قواعد بعينها تسير عليها الإجراءات ويلتزم بها المحكمين ، إذ العبرة في تقرير ذلك بإتفاق التحكيم ذاته ، أو أية إتفاق لاحق يتم العمل به حيال هذه المسألة ، وما يتبين نظره أن المُشرع العراقي نظم النص المتقدم بقاعدة آمرة في بادئ الأمر ثم إختتمه بقاعدة مكملة ، وهذا أمراً لا نحبذه ، إذ من الأفضل طالما أن المُشرع سمح بتغليب الإرادة التعاقدية أن يتم تنظيم النص بموجب قاعدة مكملة . [15]

أما ما صدر عن المُشرع في هذا الصدد لا يعدو في نظرنا وكونه إهدار لقيمة القاعدة الآمرة ، وهذا يتعارض مع الأصول والقواعد العامة المتعارف عليها .

وإذا كان المُشرع أجاز لأشخاص خصومة التحكيم وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون ، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه ؛ من الذي يضع هذه الإجراءات ، وما هو مصدرها أو تأصيلها وهو مالم يتطرق إليه المُشرع العراقي ، وهذا ما كان يتعين أن يكون محل إحكام بقدر أفضل مما تقدم ، فالأمر في هذا المقام ينشأ معه مشكلة جوهرية يتعين التصدي لها بالبيان ؛ وفى ضوء الاجابة على هذا التساؤل بإمكاننا القول بأن هذه الاجراءات من الممكن الاحتكام بصددها الى الارشادات التي تضعها غرف التحكيم والمراكز الكبرى المعنية بذلك ، كما هو الحال بصدد مركز القاهرة الأقليمي للتحكيم التجاري الدولي الكائن مقره في مصر ، إلا ان المُشرع العراقي لم يتطرق الى مثل هذا الأمر وهذا ما كنا نأمل منه بيانه وايضاحه حتى لا يترك النص الى مغبة التفسير والاجتهاد.

وبعد أن إستعرضنا بشكل مفصل موقف النظام القانوني العراقي بصدد تغليب الإرادة التعاقدية على القاعدة العامة للنص التحكيمي إزاء مرحلة إجراءات التحكيم ، ننتقل بعد ذلك إلى المطلب الثاني كي نتناول موقف النظام القانوني المصري ، وذلك على النحو التالي بيانه .

المطلب الثاني

موقف النظام القانوني المصري

جديراً بالبيان أن موقف المُشرع المصري في هذا المقام يختلف عن موقف نظيره العراقي ، لاسيما وأن المُشرع المصري توسع في نطاق إعمال مبدأ تغليب الإرادة التعاقدية على القاعدة العامة للنص التحكيمي وفي إطار ذلك نعرض لمواطن هذا التغليب على النحو التالي :

أولاً : بدء إجراءات التحكيم :

نظم المُشرع المصري هذا الموطن في إطار ما عولت عليه المادة (27) من قانون التحكيم [16] حيث جعل القاعدة العامة في هذا المقام متمثلة في أن إجراءات التحكيم تبدأ من اليوم الذي يتسلم فيه المدعي عليه طلب التحكيم ، إلا أنه تغليباً للإرادة التعاقدية أجاز الإتفاق بين أطراف الخصومة التحكيمية على ميعاد أخر تبدأ فيه إجراءات التحكيم ، والتساؤل الذي يطرح نفسه رغم أن القاعدة التي تحكم النص المتقدم قاعدة مكملة ، هل إتمام هذا الإتفاق لا يؤثر على مصالح أحد الأطراف، ولماذا لم يحدد المشروع ذاته ميعاد أخر تبدأ فيه إجراءات التحكيم ، وماهي الجدوى من إقرار المُشرع لهذا الموطن ، حيث يتعين الإجابة على كافة هذه التساؤلات على النحو الآتي :

1- في إطار الإجابة على التساؤل الأول يمكن القول بأن المصلحة الجدية المشتركة يكون لها طابعها الغالب ، نظراً لضخامة حجم المعاملات المالية التي يتضمنها التحكيم، وهذا نجده بسبب أساسي يحول وتحقيق فكرة التعسف في إستعمال الحق، نظراً لأن كلاً من أطراف الخصومة يسعى إلى تحقيق مصلحة جوهرية ، وهي الفصل في خصومة التحكيم لأجل إستقرار المراكز القانونية .

2- أما فيما يتعلق بكون المُشرع قد ترك أمر تحديد المدة التي تبدأ على ضوئها إجراءات التحكيم ، فإن هذا يرجع إلى رغبته في إعلاء مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية بشكل مطلق ، حتى يكون التحكيم فعلياً إختياري النشأة والمسار [17: ص261] ، قضائي المال [18] ، وهذه هي الجدوى من إقرار المُشرع لهذا الموطن ، هذا

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

بالإضافة إلى أن ترك تحديد هذه المدة يساعد أطراف الخصومة في إختيار الوقت المناسب لمباشرة إجراءات التحكيم ، وذلك تجنباً للتصادم بأية عراقيل من شأنها وقف الخصومة التحكيمية أو إنقطاعها .

ثانياً : لغة التحكيم :

في إطار ما نظمته المادة (1/29) من قانون التحكيم المصري [19] ، نجد أن المُشرع ضمن القاعدة العامة متمثلة في أن اللغة العربية هي مناط إعمال التحكيم ، إلا أنه تغليباً للإرادة التعاقدية أجاز لأطراف الخصومة الإتفاق على لغة أخرى غير اللغة المتقدمة ، وقد حدد النص المتقدم صلاحية لغة التحكيم كي تتضمن الآتي :

- بيانات الأطراف بوجه عام.
- المذكرات المكتوبة .
- المرافعات الشفوية .
- قرارات الهيئة .
- الرسائل التوجيهية.
- الحكم التحكيمي.

والحكمة من إعمال هذا الموطن نجده في الحالات التي يكون أحد أطراف الخصومة أجنبياً ، ففي هذه الحالة ، نجد أنه من غير المقبول عملاً أن يتم التحكيم باللغة العربية حتى لو كان قانون التحكيم المصري هو القانون الواجب التطبيق ، لاسيما وأن لغة التحكيم فيما يتعلق بالمذكرات والمرافعات وغيرهما هي لغة الحوار والفهم ونراها في هذا النطاق تحديداً تشكل مرتكزاً حقيقياً لتحقيق العدالة التحكيمية ، ولذلك فإن الأمر مرجعه إتفاق الأطراف، ويمكننا الإشارة إلى أنه لا مانع من إتمام المهمة التحكيمية بلغتين حسب الاتفاق ، وهذا يتضمن ضرورة الاحتكام إلى الترجمة على النحو الذي نظمته المادة (2/29) من قانون التحكيم [20] والتساؤل الذي يطرح نفسه ، هل من الممكن أن يتم التحكيم بلغة من اللغات غير المعتمدة [21] لاسيما وأن منظمة الأمم المتحدة عولت على ستة لغات رسمية ، وفي إطار الإجابة على هذا التساؤل يمكننا القول بأن موطن الإجابة يتحدد في ضوء النص القانوني ذاته ، أي المادة (٢٩) من قانون التحكيم المصري سالف الإشارة إليها، وهذا الأخير قد جاء على إطلاقه ، وعليه لا مانع من التعويل على لغة معينة غير اللغات الرسمية، طالما أن الإرادة التعاقدية اتجهت إلى ذلك .

ثالثاً : جلسات المرافعة في القضايا التحكيمية :

عملاً بما تناولته المادة (1/33) من قانون التحكيم المصري بالتنظيم نجد أن القاعدة العامة التي يتضمنها النص أن هيئة التحكيم لها عقد جلسات للمرافعة لأجل تمكين أياً من أطراف الدعوى لشرح موضوعه أو عرض حججه ، كما لها كذلك الاكتفاء بتقديم الوثائق والمذكرات المكتوبة ، إلا أن المشرع وتغليباً للإرادة التعاقدية أجاز للأطراف الاتفاق على غير ذلك ، وهذا الأمر يتضمن تصورين هما :

1- **التصور الأول:** أحقية أطراف الخصومة في الاختيار بين عقد جلسات للمرافعة أو الاكتفاء بتقديم المستندات والمذكرات المكتوبة ، وهذا هو التصور الأول لتغليب الإرادة التعاقدية على القاعدة القانونية الأصيلة .

2- **التصور الثاني** : أحقية أطراف الخصومة في اختيار إجراءات التحكيم الإلكتروني [22: ص364] وعلى الرغم من أن النص لم يتضمن الإشارة إلى ذلك بشكل صريح، إلا أن الأمر لا يتعلق بالنظام العام ، وهذا التصور قد يستفاد ضمناً من النص ، نظراً لأن المُشرع لم يحدد نطاق تغليب الإرادة التعاقدية.

وعلى ضوء المتقدم يُمكننا القول بأن التصورين المتقدمين يُعدا صالحين لإقرار هذا الموطن ، والحكمة من إقرار هذا النص الوارد في المادة (1|33) من قانون التحكيم المصري تتجلى في مراعاة ظروف أطراف الخصومة ، إلا أن تطبيق هذا النص يُشترط بصدده ألا يكون فيه إخلالاً بقواعد العدالة [23: ص13] .

رابعاً : بيان المدعي ودفاع المدعي عليه :

يعد هذا الموطن فريداً في تنظيمه على النحو الذي نظمته المادة (٣٤) من قانون التحكيم المصري [24] وإن كان يشكل مناطاً للتوازن بين مصالح أطراف الدعوى التحكيمية ، إلا أن الأمر بحاجة إلى تفصيل ، وهذا ما نوضحه في الجانبين الأتيين :

1) يتمثل الجانب الاول في إطار ما نظمته المادة (1/34) من قانون التحكيم سالف الإشارة إليها ، إذ أوجب المُشرع على هيئة التحكيم إنهاء إجراءات التحكيم إذا لم يقدم المدعي عليه مذكرة بدفاعه عملاً بما نصت عليه المادة (2/30) من ذات القانون [25] شريطة أن يكون ذلك دون عذر مقبول ، إلا أن تغليب الإرادة التعاقدية في هذا المقام أقامت تفضيلاً لمصلحة المدعي عليه في قبول ذلك والتسامح فيه على مصلحة هيئة التحكيم ، بإعتبار أنها مصلحة أولى بالإتباع .

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

2) يتمثل الجانب الثاني في ضرورة إستمرار هيئة التحكيم في مباشرة إجراءات التحكيم دون إعتبار عدم تقديم المدعي عليه مذكرة بدفاعه بمثابة إقرار من جانبه بدعوى المدعي ، إلا أن تغليب الإرادة التعاقدية تسمح للأطراف الاتفاق على غير ذلك ، إلا أن مثل هذا الاتفاق تقتضي ظروف الحال أن يكون سابقاً متفقاً عليه قبل النظر إلى مسألة تقديم الدفاع من عدمه ، والحكمة من تغليب الإرادة التعاقدية في هذا المقام نجد مناطها في الحيلولة وإطالة أمد التقاضي دون داعٍ ، وإلا بات التحكيم مناطاً لطول وتعقيد الإجراءات مثله في ذلك والإجراءات التي تتم أمام المحاكم .

خامساً : عقد جلسات سماع أقوال الخبير :

أناط المُشرع في إطار تنظيمه للمادة (4/36) من قانون التحكيم المصري بأحقية هيئة التحكيم في عقد جلسات لمناقشة الخبير بعد تقديم تقريره ، وإن كان ذلك يشكل جانباً من إحترام حقوق الدفاع ، إلا أن تغليب الإرادة التعاقدية لها قولاً آخر في هذا النطاق ، إذ قد يتفق الأطراف على عدم ضرورة عقد هذه الجلسات، والحكمة من ذلك لا نرى لها تصوراً، إلا أن طرفي الخصومة التحكيمية قد سلما بما ورد بتقرير الخبير [26] ، وهذا يؤكد حياد هذا الأخير [27: ص147] وعدالته .

وتؤكد محكمة النقض المصرية تطبيقاً لذلك بأن " ... إرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق ، وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم وغيرها ...." [28: ص260] .

المبحث الثالث

تغليب الإرادة التعاقدية على القاعدة العامة للنص التحكيمي

في مرحلة إصدار الحكم التحكيمي

نتطلع في إدراك مواطن تغليب الإرادة التعاقدية على حكم القاعدة العامة للنص التحكيمي وهذا يعني إن إرادة الاطراف المتعاقدة في تحديد قواعد التحكيم والتي ستنظم نزاعهم تتعدى القواعد العامة التي نص عليها القانون أو النظام التحكيمي، وهذا المبدأ يعكس ضرورة سلطان الأرادة في مرحلة إصدار الحكم التحكيمي إلى بيان موقف المُشرع من جانب ؛ يستوى

في ذلك موقف المُشرع العراقي ، وكذلك نظيره المصري ، إلى جانب موقف الفقه والقضاء ، وفي ضوء ذلك نقسم حديثنا في إطار هذا المبحث الى مطلبين وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول : موقف النظام القانوني العراقي .

المطلب الثاني : موقف النظام القانوني المصري .

المطلب الأول

موقف النظام القانوني العراقي

جديراً بالبيان أن قانون المرافعات المدنية العراقي جاء خالياً من النص على تغليب الإرادة التعاقدية على القاعدة العامة للنص التحكيمي في مرحلة إصدار الحكم ، وعليه بات حكم التحكيم واجباً إصداره في إطار الضوابط التي تناولها المُشرع بالتنظيم ، إلا أننا كنا نأمل من المُشرع العراقي أن يكون له دوراً مؤثراً حيال تحقيق فاعلية الارادة التعاقدية كما فعل نظيره المصري .

المطلب الثاني

موقف النظام القانوني المصري

في بادئ الأمر يتعين التنويه إلى أن المُشرع المصري قد تناول مواطن عدة لتغليب الإرادة التعاقدية على القاعدة القانونية للنص التحكيمي ، وهذه المواطن تتجلى بصورة مبتدأة في القانون الواجب التطبيق من جانب ، ثم شكل الحكم التحكيمي ، وفى الأخير ميعاد إصدار الحكم المنهي للخصومة التحكيمية ونعرض لكلاً منهما على حدة على النحو الآتي :

أولاً : القانون الواجب التطبيق :

تناولت المادة (1/39) من قانون التحكيم المصري [29] هذه المواطن ، حيث أن القانون المعول عليه بصدد الخصومة التحكيمية هو ما تم الاتفاق عليه ، وحال الاتفاق عليه تنطبق أحكامه الموضوعية ، إذ أن الأمر لا يمتد إلى القواعد الخاصة بتنازع القوانين ، إلا أنه عاد وغلب الإرادة التعاقدية لأطراف الخصومة والتطرق إلى إعمال

القواعد الخاصة بتنازع القوانين ، والحكمة من إعمال هذه القواعد الأخيرة تتجلى في كونها قواعد محايدة وغير مباشرة باعتبار أن مناطها يتجسد بالنظر إلى قواعد الإسناد [30: ص201] .

ثانياً : شكل الحكم التحكيمي :

تناولت المادة [40] من قانون التحكيم المصري [31] هذا الموطن، حيث أن القاعدة العامة وفق هذا النص أن الحكم التحكيم المنهي للخصومة يصدر من اكثر من محكم واحد وبأغلبية الآراء ، وذلك بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم، إلا أن تغليب الإرادة التعاقدية أمراً مفاده إمكانية صدور الحكم من محكم واحد ، وبذلك تنتفى قاعدة الأغلبية كما تنتفي كذلك المداولة ، ولكن الحكمة من ذلك تتجلى في أن إرادة أطراف الخصومة تجد الثقة والحياد متكاملان في محكم واحد فرد ، هذا بالإضافة إلى رغبتهم في إنهاء الخصومة التحكيمية في أسرع وقت، وهذا أمراً قد تمليه في بعض الأوقات مصالح الأطراف مجتمعة .

ثالثاً: ميعاد إصدار الحكم التحكيمي المنهى للنزاع :

تناولت المادة (٤٥) من قانون التحكيم المصري [32] هذا الموطن ، حيث أن القاعدة التي أقامها النص أن ميعاد إصدار الحكم التحكيمي يتعين أن يكون متفقاً عليه بين أطرافه ، وإلا كانت المدة المتعين إصدار الحكم خلالها هي اثني عشر شهراً تبدأ من تاريخ بدء إجراءات التحكيم ، وإن لم يتم الفصل خلال هذا الأجل أجاز المُشرع لهيئة التحكيم مد ميعاد الفصل في الخصومة لمدة حدها الأقصى ستة أشهر، إلا أن تغليب الإرادة في هذه الحالة يأتي سياقه بصدد مسألة مد المدة الزمنية ، وهذا يترتب عليه أن الأطراف يمكنهم مد هذه المدة مدة أخرى تزيد عند الستة أشهر المذكورة ، نظراً لأن المصلحة في إنهاء الخصومة التحكيمية أهم من المصلحة الخاصة بمد مدة الفصل في الخصومة ، ويرجع تأصيل تغليب الإرادة التعاقدية على القاعدة العامة للنص المتقدم في ضرورة الفصل في الخصومة على النحو الذي تتحقق معه العدالة التحكيمية [33: ص574] واستقرار المراكز القانونية [34: ص1448] .

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

وفى تطبيق ذلك اتجهت محكمة النقض المصرية إلى " ... أن المُشرع المصري قد ارتأى ترك أمر تحديد الميعاد اللازم لإصدار حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها لإرادة الأطراف ابتداء وانتهاء ... سواء كان التحكيم حر – تحكيم غير مؤسسي ... " [35]

الخاتمة

نثير في هذا المقام أهمية مبدأ سلطان الارادة والحرية التعاقدية في إطار تغليبهما على القاعدة العامة للنص القانوني في اطار قانون التحكيم ، سيما وأن هناك مواضع عدة تطرق المُشرع بصددها بعد تنظيم حكم القاعدة العامة في النص الى اتفاق الاطراف على مخالفتها ، وقد تناولنا حديثنا في اطار المنهج التحليلي المقارن بين النظام القانوني العراقي ونظيره المصري ، وعلى ضوء تفصيل الدراسة توصلنا الى عدداً من النتائج والتوصيات نتعرض لها على النحو الآتي :

النتائج :

1- جاء موقف المُشرع العراقي خالياً من تنظيم النص على جزاء إجرائي يتم تطبيقه إذا تم مخالفة قاعدة الوترية بصدد تكوين هيئة التحكيم ، وهذا ما تم إقراره بوجه صريح من جانب المُشرع المصري وهذا الجزاء اجرائي في حالة مخالفة قاعدة الوترية لأنه اعترض اصلا من اصول التقاضي.

2- جاء التشريع العراقي خالياً من تنظيم قانون خاص للتحكيم مستقلاً عن قانون المرافعات المدنية ، على غرار المعول عليه في التشريع المصري .

3- جاء موقف المُشرع العراقي بصدد تغليب الارادة التعاقدية على حكم القاعدة العامة بصدد تكوين هيئة التحكيم خالياً من النص على تغليب هذه الارادة بشكل صريح ، وهذا ما عول عليه المُشرع المصري ، أي أن موقفه لا يختلف عن موقف نظيره العراقي .

4- جاء قانون المرافعات المدنية العراقي خالياً من النص على الجهة المعنية بوضع الاجراءات التي يسير عليها المحكمين حال اتمام مهمتهم والفصل في الخصومة التحكيمية .

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

التوصيات :

1- نقترح على المُشرع العراقي تعديل نص المادة (257) من قانون المرافعات المدنية ، وذلك بإضافة جزاء البطلان في الحالات التي يخالف فيها أطراف خصومة التحكيم قاعدة الوترية عند تشكيل هيئة التحكيم .

2- نقترح على المُشرع العراقي تنظيم قانون خاص للتحكيم في المواد المدنية والتجارية والإدارية استقلالاً عن قواعد قانون المرافعات المدنية كما فعل نظيره المصري في السابق .

3- نأمل من المُشرع العراقي تعديل قانون المرافعات المدنية العراقي لاسيما المادة (1/265) منه ، وضرورة النص على الجهة المعنية بتنظيم اجراءات التحكيم الواردة فيه ، وهذا بالضرورة نرى فيه ضرورة تدخل الجهات المعنية بالنظام العراقي وتنظيم ارشادات او مبادىء يتم السير عليها ، أو الإحالة الى قواعد مركز تحكيمي بعينه .

قائمة المراجع

[1] احمد هندي. **التحكيم دراسة اجرائية.** بغداد: دار الجامعة الجديدة (2019).

[2] قانون المرافعات المدنية العراقي ، ويعكس موقف المُشرع العراقي في هذا المقام ذات الوضع بالنسبة للمشرع المصري قبل إصداره قانون التحكيم.

[3] أصدر المُشرع المصري قانوناً خاصاً بالتحكيم رقم (27) لسنة (1994م) في ١٨ أبريل 1994م ، وتم تعديله في ضوء القوانين رقم (27) لسنة (1995م) ، ورقم (9) لسنة (1997م).

[4] تنص المادة (257) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أن " يجب عند تعدد المحكمين أن يكون عددهم وترا عدا حالة التحكيم بين الزوجين."

[5] عبد المنعم محمد قبيصي محمد. **تشكيل هيئة التحكيم دراسة تحليلية مقارنة.** مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية. جامعة الاسكندرية. العدد/ 1. (2019).

[6] داود سليمان ابن عيسى. **نظرية التعسف تاريخها وإشكالية المفهوم والعلاقة بالتعدي دراسة فقهية مقارنة مع القانون الوضعي.** مجلة كلية القانون الكويتية العالمية. المجلد 10 ملحق /العدد/ 11. (2021).

[7] الطيب أبركان. **القوة الملزمة للقاعدة القانونية.** مجلة المنبر القانوني. العدد/ 4. (2013).

[8] سلطان محمد عبيد خلف. **بطلان حكم التحكيم وعلاقته بتشكيل هيئة التحكيم دراسة مقارنة.** رسالة ماجستير. الاردن: الجامعة الأردنية (2016).

[9] عبد الأول عابدين محمد بسيوني. **التحكيم والنظام العام في ضوء القانونين المصري والإماراتي وفقاً لقانون التحكيم الاتحادي الاماراتي.** مجلة المعيار. كلية الإمام مالك للشريعة والقانون. العدد/ 7. (2018).

[10] تنص المادة (15) من قانون التحكيم المصري على أن : 1- تشكل هيئة التحكيم بإتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة. 2- إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلاً.

[11] تنص المادة (2/16) من قانون التحكيم المصري على أن " لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا إتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك."

[12] حكم محكمة النقض المصرية ، الطعن رقم (١٨٣٠٩) لسنة (89) قضائية ، الدائرة المدنية، تاريخ الجلسة 2020/10/27م ، مكتب فنى (71) ، القاعدة (76) ، منشور لدى شبكة قوانين الشرق على الرابط الآتي " https://www.eastlaws.com/".

[13] حكم محكمة النقض المصرية ، الطعن رقم (٢٠٣٦) لسنة (75) قضائية ، الدائرة المدنية ، تاريخ الجلسة 2022/11/28م ، " حكم غير منشور" ، يراجع شبكة قوانين الشرق على الرابط الآتي " https://www.eastlaws.com/".

[14] تنص المادة (1/265) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أن " يجب على المحكمين اتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الإتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين منها صراحة أو وضعت إجراءات معينة يسير عليها المحكمون."

[15] تجدر الإشارة إلى أن القاعدة المكملة هي قاعدة مفسرة تأتي لتنظيم مصالح الأفراد ، وغالباً ما تكون ألفاظها تسمح للأفراد بالاتفاق على ما يخالفها ، وإقرار ذلك من جانب المُشرع يرجع إلى كونها قاعدة لا تتعلق بالنظام العام.

[16] تنص المادة (27) من قانون التحكيم المصري على أن " تبدأ اجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه المدعي عليه طلب التحكيم من المدعي ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر."

[17] تفسر هذا القول محكمة النقض المصرية في إطار ما ذهبت إليه من أن " التنظيم القانوني للتحكيم إنما يقوم على رضاء الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يُمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية ..." ، يراجع ، الطعن رقم (7595) لسنة (٨١) قضائية ، الدائرة المدنية ، بتاريخ 2021/٤/13م ، مكتب فنى (65) ، منشور على شبكة قوانين الشرق على الرابط الآتي " https://www.eastlaws.com/".

[18] فسرت هذا المسلك محكمة النقض المصرية بقولها " أنه نظام قضائي إتفاقي ... وإصدار حكم ملزم ... " ، يراجع ؛ الطعن رقم (١٤٩٣٧) لسنة (91) قضائية ، الدائرة التجارية والاقتصادية بتاريخ 2022/٣/8م ، منشور لدى شبكة قوانين الشرق على الرابط الآتي " https://www.eastlaws.com/".

[19] تنص المادة (1/29) من قانون التحكيم المصري على أن " يجرى التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى ويسري حكم الإتفاق أو القرار على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة وعلى المرافعات الشفهية وكذلك على كل قرار تتخذه هذه الهيئة أو رسالة توجهها أو حكم تصدره ما لم ينص اتفاق الطرفين أو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك."

[20] تنص المادة (2/29) من قانون التحكيم المصري على أن " ولهيئة التحكيم أن تقرر أن يرفق بكل أو بعض الوثائق المكتوبة التي تقدم في الدعوى ترجمة إلى اللغة أو اللغات المستعملة في التحكيم وفي حالة تعدد هذه اللغات يجوز قصر الترجمة على بعضها.

[21] اناط ميثاق الأمم المتحدة بأن اللغات الرسمية المتعين إتباعها والنظر إليها بعين الاعتبار هي ستة لغات ؛ الإنجليزية ، الفرنسية ، الايطالية ، الاسبانية، الروسية ، الصينية .

[22] إسماعيل إبراهيم. **فعالية قرار الحكيم الالكتروني دراسة مقارنة.** مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية. جامعة بابل. المجلد 21/ العدد/ 2. (2013).

[23] إبراهيم أمين النفياوي. **انعكاسات القواعد الإجرائية على أداء العدالة.** مجلة البحوث القانونية والاقتصادية. كلية الحقوق جامعة المنوفية. المجلد 6/ العدد/ 12. (1997).

[24] تنص المادة (34) من قانون التحكيم المصري على أن " 1- إذا لم يقدم المدعي دون عذر مقبول بياناً مكتوباً بدعواه وفقا للفقرة الأولى من المادة (30) وجب أن تأمر هيئة التحكيم بإنهاء اجراءات التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك. 2- وإذا لم يقدم المدعي عليه مذكرة بدفاعه وفقاً للفقرة الثانية من المادة (30) من هذا القانون وجب أن تستمر هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم دون أن يعتبر ذلك بذاته إقرارا من المدعي عليه بدعوى المدعي ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

[25] تنص المادة (2/30) من قانون التحكيم المصري على أن " ويرسل المدعي عليه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعي وكل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدفاعه رداً على ما جاء ببيان الدعوى وله أن يضمن هذه المذكرة أية طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة وله ذلك ولو في مرحلة لاحقه من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر الأخير."

[26] تنص المادة (4/36) من قانون التحكيم المصري على أن " ولهيئة التحكيم بعد تقديم تقرير الخبير أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم عقد جلسة لسماع أقوال الخبير مع إتاحة الفرصة للطرفين لسماعه ومناقشته بشأن ما ورد في تقريره ولكل من الطرفين أن يقدم في هذه الجلسة خبيراً أو أكثر من طرفه لإبداء الرأي في المسائل التي تناولها تقرير الخبير الذي عينته هيئة التحكيم ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك."

[27] محمد حميدا. **الحياد في الدعوى التحكيمية المفهوم والإشكاليات**. مجلة الشؤون القانونية والقضائية. كلية القانون ترهونة جامعة الزيتونة. العدد/ 1. (2016).

[28] الطعن رقم (١٦٨١) لسنة (91) قضائية ، الدائرة المدنية ، تاريخ الجلسة 2022/2/16م ، مكتب فنى (73) القاعدة (34) ، يراجع شبكة قوانين الشرق على الرابط الآتي " https://www.eastlaws.com/".

[29] تنص المادة (1/39) من قانون التحكيم المصري على أن " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك".

[30] هبة عماد سعد. **قواعد الإسناد الموضوعية**. مجلة القانون والأعمال. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة الحسن الأول. مختبر البحث قانون الاعمال. العدد/ 79. (2022).

[31] تنص المادة (40) من قانون التحكيم المصري على أن " يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم ما لم يتفق طرفاً التحكيم على غير ذلك."

[32] تنص المادة (45) من قانون التحكيم المصري على أن " 1- على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد إتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال أثنى عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفى جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك. 2- وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفترة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة(9) من هذا القانون أن يصدر أمرا بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها.

[33] سومان عزيز عبد الله. **ضمانات عدالة عقد التحكيم دراسة تحليلية مقارنة.** مجلة الجامعة العراقية. مركز البحوث والدراسات الاسلامية الجامعة العراقية. العدد/ 62. الجزء/ 3. (2023).

[34] علي عبد العباس نعيم. **الأمن التشريع ودوره في استقرار المراكز القانونية : دراسة تطبيقية في ضوء أحكام القانون المالي والضريبي.** مجلة الدراسات المستدامة. الجمعية العلمية للدراسات التربوية المستدامة المجلد 5 ملحق. (2023).

[35] حكم محكمة النقض المصرية : الطعن رقم (٧٩١٣) لسنة (91) قضائية ، الدائرة التجارية والاقتصادية ، تاريخ الجلسة 2023/5/9م . الطعن رقم [١٣٩٩٦] لسنة [٩١] قضائية ، الدائرة التجارية والاقتصادية ، تاريخ الجلسة 2023/5/9م ، "حكمين غير منشورين " ، يراجع شبكة قوانين الشرق على الرابط الآتي " https://www.eastlaws.com/".