الدور الخلاق للقاضي التجاري
في صنع القواعد القانونية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي

م.د. سامح صبري جاسم
كلية القانون-الجامعة المستنصرية

ملخص البحث
يعتبر التحكيم في الوقت الحاضر من اهم وسائل تسوية المنازعات التجارية الدولية والمحلية وذلك لما يمتاز به من مزايا اهمها السرعه والسرية واختيار اطراف النزاع والقانون الواجب التطبيق على نزاعهم الامر الذي دفع اغلب الدول الى تشريع قانون خاص بالتحكيم او تضمين قوانينها باب خاص بالتحكيم كما فعل المشرع العراقي ، وقد اهتم المجتمع الدولي بالتحكيم التجاري وعقد اتفاقيات ومعاهدات خاصة بالتحكيم ، وفي الوقت ذاته نلاحظ ان للقضاء دوراً هاماً في مساندة اجراءات المحكمين واضفاء الشرعية على لها.
وقد اظهر التطور الكبير في العلاقات التجارية الدولية الحاجة الملحة الى تطوير اليات جديدة للتحكيم التجاري ، اذ لا تقتصر مهمة القضاء التجاري في عصرنا الحالي على تطبيق الاحكام الصادرة من هيئات التحكيم الدولية فقط ، بل تتعداها الى التطوير الابداعي للاطار القانوني المنظم تطوير الإطار القانوني المنظم للتحكيم التجاري الدولي من خلال معالجة الثغرات التي قد ترد في اتفاقيات التحكيم العابره للحدود ، وكذلك التركيز على الاتساق في مبادىء واحكام التحكيم التجاري الدولي الذي يظهر جلياً في قراراتهم التي تهدف الى توحيد احكام التحكيم التجاري، كما يسهم الدور الابداعي للقاضي التجاري في مواكبة التطورات المستمرة في البيئة التجارية من خلال تضمين الممارسات والتقنيات المتطورة التي تفرزها البيئة التجارية في قراراتهم ، كما يضمن هذا الدور استقلالية اطراف التحكيم ، لذلك سنتناول في هذه الدراسة توضيح دور القاضي التجاري في انشاء قواعد قانونية لمواكبة التطورات المستحدثة في البيئة التجارية ثم نبين مدى سلطة القاضي التجاري في صنع القواعد القانونية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي.
الكلمات المفتاحية : التحكيم التجاري الدولي - القضاء التجاري – انشاء قواعد قانونية – هيئة التحكيم

Summary
Arbitration is currently considered one of the most important methods for settling commercial disputes, both internationally and domestically. This is due to its advantages,

the most important of which are speed, confidentiality, and the parties' choice of the applicable law to their dispute. This has prompted most countries to enact a special law on arbitration or include a special chapter on arbitration in their laws, as did the Iraqi legislator. The international community has also shown interest in commercial arbitration and has concluded agreements and treaties on arbitration. At the same time, we notice that the judiciary plays an important role in supporting the procedures of the arbitrators and giving them legitimacy.
The great development in international trade relations has shown the urgent need to develop new mechanisms for commercial arbitration. The task of the commercial judiciary in the present era is not limited to applying the rulings issued by international arbitration bodies only, but extends to the creative development of the legal framework governing international commercial arbitration by addressing the gaps that may arise in cross-border arbitration agreements, as well as focusing on the consistency of the principles and rules of international commercial arbitration, which is clearly evident in their decisions aimed at unifying international commercial arbitration awards. The creative role of the commercial judge also contributes to keeping pace with the continuous developments in the business environment by incorporating emerging practices and techniques from the business environment into their decisions. This role also guarantees the independence of the parties to arbitration. Therefore, in this study, we will clarify the role of the commercial judge in establishing legal rules to keep pace with the latest developments in the business environment, and then we will show the extent of the authority of the commercial judge in making the legal rules governing international commercial arbitration.
Keywords: International commercial arbitration - Commercial judiciary - Establishment of legal rules - Arbitral tribunal

المقدمة

اولاً: فكرة البحث

تعد مسألة الاسهام الابداعي للقاضي في وضع قواعد قانونية منظمة للتحكيم التجاري الدولي مدار اهتمام لدى جانب كبير من الفقه القانوني بصفة عامة والفقه التجاري بصفة خاصه لما تحدثه من تغيرات في التشريع التجاري.

يتحدد دور القاضي التجاري في صنع القواعد القانونية المظمة للتحكيم التجاري حيث يعبر القاضي التجاري احياناً عن حقيقة تصوره للحكم الذي ينزله على النزاع ، فبالرغم من أن الحكم الصادر من هيئات التحكيم هو حكم خاص بحالات محددة الا ان القاضي التجاري يطبقه بأعتباره قاعدة عامه يستوحيها من اعتبارات العدالة .

ثانياً : اهمية البحث

ترجع اهمية البحث الى انه يمس موضوع من أدق وأهم موضوعات علم القانون الا وهو بيان الدور الابداعي للقاضي التجاري في انشاء قواعد منظمة للتحكيم التجاري الدولي اثناء نظره في المنازعات المعروضه امامه اذ ان اضطلاع القاضي بدور ابداعي سيرفع من كفاءة النصوص ،كما انه سيسد النقص التشريعي في ظل غموض النص أو غيابه ، والقاضي وهو في سبيل ذلك الدور يعمد إلى طريق الاستنتاج والاستنباط واستعمال طرق القياس واعتماد أساليب التفسير ، وجمع الأدلة والتحري

عنها لاستكمال قناعته في ما هو كائن من وقائع لإصدار الحكم ، وبذلك سيرتفع القاضي بالتطبيق السليم للنصوص في ظل وجوده أو البحث عن بديل أفضل عنها في ظل غيابها.

ثالثاً : اشكالية البحث

تتحدد اشكالية البحق في طبيعة ونطاق الوظيفة القضائية وما اذا كانت تقف بالقاضي عند مجرد التطبيق الآلي للقواعد القانونية المقررة ام انها تتعدى ذلك الى انشاء وصنع قواعد مستحدثة ، ويطرح البحث جملة من التساؤولات ابرزها هل ان عملية التحكيم مستقلة بشكل تام عن القضاء التجاري؟ وهل تغني تلك الاستقلالية

اطراف عقد التحكيم من اللجوء الى القضاء لتسوية منازعاتهم عند عجو التحكيم عن ايجاد الحل الملائم للنزاع التجاري وهل دور القضاء في صنع القواعد المنظمة للتحكيم التجاري حاسم ام محتمل ؟

رابعاً: منهجية البحث

يستخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي وذلك لتحليل النصوص واستخلاص الاحكام الملائمة، كما يقارن البحث بين القوانين واحكام المحاكم للوصول لأفضل الحلول بأستخدام المنهج المقارن ، ويستخدم البحث ايضا المنهج الاستنباطي وذلك بدراسة المسلمات ومن ثم الانتقال الجزئيات والوصول الى حكم فيها اي نقل الاستنتاج من الكل الى الجزء وكذلك المنهج الاستقرائي برصد الملاحظات والحكم فيها والوصول بعد ذلك الى قياس الامور المشتركةمعها ونقل الحكم اليها.

خامساً : خطة البحث

من اجل دراسة مدى تأثير القاضي في انشاء قواعد منظمة للتحكيم التجاري الدولي ، تطلب الأمر دراسته في المبحثين الاتيين :

المبحث الأول : مفهوم الدور الخلاق للقاضي التجاري

المبحث الثاني : موقف التشريعات من الدور الخلاق للقاضي التجاري في منازعات التحكيم التجاري الدولي

المبحث الثالث : التطبيقات القضائية للدور الخلاق للقاضي في صنع القواعد المنظمة للتحكيم التجاري

المبحث الاول: مفهوم الدور الخلاق للقاضي التجاري

يعد اللجوء إلى القضاء هو الوسيلة الطبيعية والعادية لفض المنازعات التي تثور في مجال المعاملات التجارية ، إلا أن تكدس القضايا أمام المحاكم أدى إلى بطء إجراءات التقاضى، لا يتفق مع طبيعة هذه المعاملات لا سيما ما يتسم منها بالطبيعة الدولية وترتب على ذلك أن تضمنت الغالبية العظمى من عقود التجارة الدولية شرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ عنها. (١)

كما بدأ انتشار شرط التحكيم أيضاً في عقود التجارة على المستوى الوطنى، وبالرغم من أن التحكيم ييسر التعامل التجارى بفضل ما يضمنه من حرية للمتعاقدين في اختيار أعضاء ،محكمتهم وما يحققه لهم من سرعة الفصل في المنازعات، بأحكام نهائية ملزمة لأطرافها في معظم الأحيان، إلا أن نظرة القضاء في مختلف الدول، إلى نظام التحكيم قد

تتسم أحياناً بأنها نظرة غير ودية، وهي نظرة تتجاهل دور التحكيم كنظام معاون للقضاء ومن شأنه تخفيف العبء عنه. (٢)

ومن ناحية أخرى، فإن التشريعات الإجرائية المختلفة، لا تترك التحكيم بغير تدخل قضائي لذلك يتدخل القاضي التجاري، فى مراحل عملية التحكيم المختلفة، وابرزها مرحلة صنع القواعد القانونية المنظمة التحكيم التجاري الدولي اذا كان هناك وجه لذلك. (٣)

ولغياب وجود قضاء دولى متخصص لممارسة لوضع قواعد قانونية موحدة التحكيم التجاري، فإنه لا مناص من قيام القضاء الوطنى فى مختلف الدول من الاضطلاع بهذ الدور. (٤)

وبينما تحرص هذه التشريعات على عدم التوسع في السلطة التقديرية للقاضي التجاري في انشاء قواعد قانونية جديدة اثناء نظره في منازعات التحكيم المعروضه أمامه، بحيث لا تطغى على سلطة المحكم ولا تفتأت على الأهداف التي يبتغيها أطراف التحكيم من هذا النظام، إلا أن ذلك لم يؤثر على اجتهاد القضاء في مختلف

الدول، بحيث أصبح له دور خلاق في إرساء مبادئ التحكيم وتعزيز قواعده، فلا يقتصر على التفسير الحرفى أو التطبيق الجامد لنصوص التشريعات التحكيمية، بل يتجاوز ذلك إلى خلق قواعد تحكيمية يفيد منها المتقاضون في هذا المجال، دون أن القضاء في ذلك على أحكام القانون نصاً وروحاً ، فمقولة أن القاضي هو فم القانون Le juge est la bouche de la loi غير صحيحة ، لأن القاضي يجتهد ويقرأ ذاتيا النصوص القانونية بدليل أن بعض القرارات التي يبدو فيها القاضي مخالفا للقانون ومتمردا ، فالمسألة ذاتية هنا تكون ذاتيه ، وتتأثر بظروف متنوعه أبرزها ما يكون مرتبطاً بشخص القاضي أو الحقبة الزمنية أو البلد أو الحريات أو المناخ السياسي ، فالقرارات الصادرة من هيئات التحكيم ، محل النزاع المعروض أمام القاضي التجاري غالبا ما تحتمل التأويل وحتى عندما لا تحتمل التأويل فقد يتم استبعادها عبر الاستعانة بمفاهيم أخرى مثل الظروف الاستثنائية في القانون لتصحيح الأمور وجعل العمل القانوني أكثر عدلا. (٥)

يقصد بالدور الخلاق للقاضي أن يفلسف القاضي النص القانوني ، أو بعبارة أخرى يُقاربه فلسفياً في ضوء المتغيرات التي تطرأ على التجارة الدولية ، فالفلسفة القانونية في المسائل التجارية هي المرجع الأخير و العمق الكبير والركيزة الاساس لعمل القاضي في هذا المجال ، اذ تمثل المستوى الأعلى لعملية التفكر القانوني ، وتحيط الفلسفة كل جوانب المعالجة القانونية . (٦)

الأصل أن القاضي التجاري لا يملك رخصة صنع القواعد القانونية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي لأن ذلك يُعدّ من اختصاص هيئة التحكيم التي أصدرت حكم التحكيم المعروض على القاضي ، وذلك وفقًا للقواعد المنصوص عليها في اتفاق التحكيم ، ومع ذلك يجوز للقاضي التدخل للنظر في حكم التحكيم المعروض أمامه بحالات استثنائية وتتمثل هذه الحالات بالآتي:

اولاً: غموض حكم التحكيم : يُعدّ غموض حكم التحكيم من الأمور التي قد تُعيق تنفيذه، وتُثير إشكالات قانونية بين طرفي التحكيم ويعزى غموض حكم التحكيم الى اسباب عديدة ابرزها ما يأتي :

١. سوء صياغة الحكم: قد ينجم الغموض عن ضعف صياغة حكم التحكيم، أو عدم وضوح عباراته، أو احتوائه على تناقضات أو ثغرات.
٢. نقص المعلومات: قد لا يتضمن حكم التحكيم جميع المعلومات الضرورية لفهم مضمونه بشكلٍ دقيق، مثل عدم تحديد حقوق وواجبات كل طرف بشكلٍ واضح، أو عدم توضيح كيفية تنفيذ الحكم.
٣. تعقيد موضوع النزاع: في بعض الأحيان، قد تكون طبيعة النزاع مُعقدة، ممّا يجعل صياغة حكمٍ واضحٍ ومُحددٍ أمرًا صعبًا.

يترتب على غموض حكم التحكيم اثار قانونية مهمة أبرزها صعوبة تنفيذ الحكم اذ يُصبح تنفيذ حكم التحكيم مُعقدًا، وقد ينشأ خلاف بين طرفي التحكيم حول كيفية تنفيذه بسبب غموض مضمونه .فضلاً عن ذلك فأن من الممكن ان يؤدي غموض حكم التحكيم الى عدم استقرار المعاملات حيث ويُقلّل من ثقة الأطراف في آلية التحكيم كوسيلة لحلّ النزاعات. (٧)

ثانياً : نقص حكم التحكيم : يقصد به عدم شمول الحكم لجميع عناصر النزاع ، اذ قد لا يتضمن حكم التحكيم جميع جوانب النزاع، مثل عدم تحديد مصير جميع المطالبات أو الدفوع المقدمة من قبل الأطراف ويدخل في هذا المعنى ايضاً الحالات التي تكون فيها أحكام التحكيم غير محددة بشكلٍ كافٍ، أو غير قابلة للتنفيذ بشكلٍ مباشر، ممّا يُثير إشكالات حول كيفية تنفيذها وكذلك الأخطاء في الحسابات أو التقديرات التي قد تؤثر على حقوق وواجبات كل طرف. (٨)

ويشترط لوجوب تدخل القاضي التجاري في سد النقص أو ازالة غموض النص التشريعي توافر شرطين اساسيين الاول هو أن يتقدم أحد طرفي التحكيم بطلب إلى القاضي لتفسير الحكم والثاني هو عدم وجود نصّ في اتفاق التحكيم أو القانون يمنع من احالة تفسير الحكم إلى القاضي اي يجب ألا يتضمن اتفاق التحكيم أو القانون المُطبق أيّ نصّ يُحيل تفسير الحكم إلى هيئة التحكيم بشكلٍ حصريّ. (٩)

وقد وسع القانون الانكليزي من الدور الخلاق للقاضي بأضافة حالتين اثنتين تمكن القاضي التجاري الانكليزي من ممارسة دوره الابداعي في صنع القواعد المنظمة للتحكيم التجاري وقد وردت تلك الحالتين في قانون التحكيم الانكليزي الصادر سنة ١٩٩٦ و قواعد المحاكم العليا لعام ١٩٩٨ والتي تحدد الإجراءات المُطبقة أمام المحاكم العليا في إنجلترا، بما في ذلك إجراءات تفسير أحكام التحكيم وتتمثل بالآتي:

١. **مخالفة أحكام النظام العام**: في حال خالف حكم التحكيم أحكام النظام العام في إنجلترا، يجوز للقاضي نقض الحكم.
٢. **خطأ هيئة التحكيم** : في حال ارتكبت هيئة التحكيم خطأً قانونيًا في حكمها، يجوز للقاضي نقض الحكم أو تعديله.(١٠)

يترتب على ممارسة القاضي دوره الابداعي في صنع القواعد المنظمة للتحكيم التجاري الدولي نتائج مهمة أبرزها ان يُصبح تفسير القاضي لحكم التحكيم جزءًا من حكم التحكي ويجب على أطراف التحكيم الامتثال لتفسير القاضي لحكم التحكيم كما ان تفسير القاضي لحكم التحكيميكون قابل للطعن أمام محكمة أعلى درجة.(١١)

المبحث الثاني: موقف القوانين من الدور الخلاق للقاضي التجاري في منازعات التحكيم التجاري الدولي

تسهم القوانين في مختلف الدول العربية بدور فعال في استقرار الدور الخلاق للقاضي التجاري في انشاء القواعد المنظمة للتحكيم فمن المعروف أن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدوليةUNCITRAL ، قد وضعت سنة ١٩٨٥ تشريعاً نموذجيا للتحكيم التجارى الدولى، لإتاحة الفرصة لمختلف الدول لتبنى هذا التشريع وإصداره لديها، وقد أجاز القانون للأطراف الاتفاق على أن يكون تفسير حكم التحكيم من اختصاص هيئة التحكيم التي أصدرته (١٢) ، فإذا لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يجوز لأيّ منهما طلب تفسير حكم التحكيم من هيئة التحكيم التي أصدرته خلال مدة زمنية محددة في اتفاق التحكيم أو القانون المُطبق". (١٣)

فإذا لم تتمكن هيئة التحكيم من تفسير حكمها، أو إذا رفضت أحد الأطراف الامتثال لتفسيرها، يجوز لأيّ منهما اللجوء إلى مركز التحكيم الذي أصدرته هيئة التحكيم لتفسير الحكم، أما إذا لم يتمكن مركز التحكيم من تفسير حكم التحكيم، يجوز لأيّ من الأطراف اللجوء إلى المحكمة المختصة لتفسير الحكم". (١٤)

اما بالنسبة للقانون الانكليزي فقد اشار في قانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٩٦ الى الدور الخلاق للقاضي في صنع القواعد المنظمة للتحكيم التجاري ، اذ اجاز للمحكمة، بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم، أن تُصدر أمرًا بتفسير حكم التحكيم، إذا كان الحكم ناقصًا أو غامضًا بشكلٍ يُعيق تنفيذه" علماً أنّ طلب التفسير يجب أن يُقدم خلال مدة زمنية محددة في اتفاق التحكيم أو القانون المُطبق. (١٥)

كما اجاز للمحكمة ايضاً بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم، أن تُصدر أمرًا بتعديل حكم التحكيم أو نقضه، إذا ارتكبت هيئة التحكيم خطأً قانونيًا في حكمها". علماً أنّ طلب تعديل الحكم أو نقضه يجب أن يُقدم خلال مدة زمنية محددة في القانون المُطبق. (١٦)

ومنع المحكمة من النظر في دعوى إبطال حكم التحكيم بطلان حكم التحكيم الا إذا كان الحكم مخالفًا للقانون أو مُتجاوزًا لسلطة هيئة التحكيم ، أو إذا كان الحكم ناقصًا أو غامضًا بشكلٍ يُعيق تنفيذه ، أو إذا كان قد تمّ الحصول عليه بطريق الغش أو الإكراه."(١٧)

اما بالنسبة للقانون الفرنسي فقد اجاز في القانون المدني الفرنسي النافذ لأيّ من طرفي التحكيم طلب تفسير حكم التحكيم من هيئة التحكيم التي أصدرته خلال مدة زمنية محددة في اتفاق التحكيم أو القانون المُطبق (١٨) وفي حال لم تتمكن هيئة التحكيم من تفسير حكمها، أو في حال رفض أحد الأطراف الامتثال لتفسيرها، يجوز لأيّ منهما اللجوء إلى المحكمة المختصة لتفسير الحكم. (١٩)

اما بالنسبة للمشرع الأردني فقد أجاز في المادة (٢٠) قانون التحكيم الأردني لسنة ٢٠٠١ للأطراف الاتفاق على أن يكون تفسير حكم التحكيم من اختصاص هيئة التحكيم التي أصدرته فإذا لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يجوز لأيّ منهما طلب تفسير حكم التحكيم من هيئة التحكيم التي أصدرته خلال مدة زمنية محددة في اتفاق التحكيم أو القانون المُطبق". (٢١) ، اما إذا لم تتمكن هيئة التحكيم من تفسير حكمها، أو إذا رفضت أحد الأطراف الامتثال لتفسيرها، يجوز لأيّ منهما اللجوء إلى القاضي لتفسير الحكم."(٢٢)

اما بالنسبة للمشرع المصري فقد أجاز في قانون التحكيم المصري لسنة ٢٠٠٨: لأيّ من طرفي التحكيم طلب تفسير حكم التحكيم من هيئة التحكيم التي أصدرته خلال مدة زمنية محددة في اتفاق التحكيم أو القانون المُطبق (٢٣)، وفي حال لم تتمكن هيئة التحكيم من تفسير حكمها، أو في حال رفض أحد الأطراف الامتثال لتفسيرها، يجوز لأيّ منهما اللجوء إلى المحكمة المختصة لتفسير الحكم. (٢٤)

اما بالنسبة للمشرع العراقي فنلاحظ انه لم يوضح المشرع العراقي الدور الخلاق للقاضي التجاري في منازعات التحكيم وذلك لأنه لم ينضم قانون خاص بالتحكيم التجاري اسوه ببقيه التشريعات التجارية المعروضة سابقاً كما ان الاحكام الواردة في قانون المرفعات العراقي النافذ لم تضع نصوص قانونية تشير فيها الى هذا الدور (٢٥)، ومع ذلك يمكن الاستفاده ضمناً من اعمال هذا المبدأ في التشريع العراقي خلال النصوص القانونية التي أكدت على مبدأ استقلال القضاء وهو أحد أهم ضمانات الحقوق والحريات التي أكدت عليها الإعلانات العالمية لحقوق الإنسان،واستجابت لها القوانين الوطنية ومنها القانون العراقي ، ويظهر ذلك من خلال المادة (٨٧) من دستور العراق الدائم لعام ٢٠٠٥ التي أكدت على استقلال القضاء وكذلك المادة (٨٨) من الدستور التي أكدت على استقلال القضاة في قضائهم حيث نصت على (القضاة مستقلون ، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة).

أن هذه الاستقلالية تمنح القاضي حرية التحري عن الأدلة والوقائع التي تفيد الحقيقة على نحو يحقق العدالة ، وهو عمل يحتاج إلى أن يضطلع القاضي بدور اكبر من أن يتحدد بمبدأ حرفية النصوص حيث البحث عن روحها من خلال استنطاقها وتطويعها لتخدم متغيرات الواقع محاولاً أن يبعث فيها استمرارية الحياة، ويجعلها أوسع من أن تكون نصوص جامدة تستعمل استعمالاً محدوداً أو نطبق تطبيقاً ميكانيكاً . (٢٦)

تجدر الاشارة الى ان المشرع العراقي منح القاضي سلطة تقديرية في كثير من المواضع والمسائل وما على القاضي أن يأخذ المبادرة ويمارس دوره الابداعي في فهم وتفسير النصوص ثم تطبيقها، حيث أن الفهم الصحيح للنصوص يؤدي في الغالب إلى تطبيق صحيح لها ، كما أن هذا الدور يتطور كلما أتاح المشرع فرص أكثر للقضاء لممارسة ولايته. (٢٧)

وقد منح المشرع العراقي هذه الفرصة للقاضي في جملة من النصوص القانونية ابرزها نص المادة(١/ ١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي

نصت على (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفضها أو في فحوها) كما جاءت الفقرة (٢) من نفس المادة بالنص على (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ العدالة). (٢٨)

وهذا يعني أن على القاضي أن لا يرفض الحكم في الدعوى بحجة غياب النص في جميع الأحوال لوجود بدائل متعددة عن النص تنتهي بقواعد العدالة ، وبذلك سيلتقي المشرع والقاضي عند المنطقة التي يسعى كل منهما للوصول أليها إلا وهي العدالة من خلال استعمال القاضي للقواعد الأصلية في الحكم (النصوص) أو الاحتياطية على التفصيل الوارد في الفقرة(٢) أعلاه ، ومن العوامل المساعد للدور الايجابي للقاضي هو عدم اعتماد القضاء العربي والعراقي بشكل خاص لأسلوب السوابق القضائية بشكل مستقر وبالمقابل اعتماد أسلوب الاجتهاد القضائي الحر . (٢٩)

ويظهر الدور الايجابي للقاضي في تفسير وتطبيق القوانين الإجرائية والقوانين الموضوعية ، ففي أطار القوانين الأولى نجد هذا الدور واضح في الإجراءات الجزائية، حيث منح المشرع العراقي في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ القاضي سلطة مطلقة كما يظهر ذلك مثلاً من خلال قراءة المادتين (٢١٥- ٢١٧) كما أتاح المشرع للقاضي أن يعمد إلى تجزئة أقرار المتهم وذلك في المادة (٢١٩) كما أكدت المادة (٢١٣ /ا) من القانون أعلاه على الجواز للمحكمة أن تحكم بناء على قناعتها حيث نصت على (تحكم المحكمة في الدعوى بناء على اقتناعها الذي تكون لديها من الأدلة المقدمة في أي دور من ادوار التحقيق والمحاكمة ...) كما نصت الفقرة (ج) من المادة أعلاه على (للمحكمة أن تأخذ بالإقرار وحده أذا اطمأنت إليه ولم يثبت كذبه بدليل أخر). (٣٠)

وفي أطار قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ أكدت المادة (٢/١٥٧) الدور الابداعي للقاضي التي نصت على (يجوز للمحكمة فتح باب المرافعة مجدداً أذا ظهر ما يستوجب ذلك على أن تدون ما يبرر هذا القرار) ، كما خول قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل في المادة (١٠٢ /أولا) القاضي أن يعتمد القرائن التي يستنبطها حيث نصت على (القرينة القضائية هي استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة) كما نصت الفقرة ثانياً من نفس المادة على(للقاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون وذلك في نطاق ما يجوز إثباته بالشهادة) وفي هذا السياق يقتضي أن تكون هناك علاقة قوية بين الأمر الثابت والأمر الغير ثابت لاستنباط القرينة القضائية كما أتاحت المادة (١٠٤) من القانون أعلاه للقاضي مواكبة التطور العلمي حيث نصت على (للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية). (٣١)

وبحسب هذا النص يستطيع القاضي أن يطوع بعض القواعد المخصصة لحكم موضوع ما باتجاه موضوع آخر، ومنها قواعد الاختصاص القضائي الدولي المخصصة أصلا لحكم المنازعات التقليدية باتجاه أعمالها في محيط المنازعات الناشئة

عن المعاملات الالكترونية، وبذلك سيساهم القاضي في سد النقص التشريعي في هذه المسائل لغياب تنظيم تشريعي للمعاملات الالكترونية والمنازعات الناشئة عنها في العراق

أما في أطار القوانين الثانية (الموضوعية) فتظهر قراءة نصوص الدستور أنها أوردت الدور الايجابي للقاضي من خلال نص المادة (١٩٣) التي بينت اختصاصات المحكمة الاتحادية ،وكان من بينها اختصاص المحكمة في تفسير نصوص الدستور ، وهو أهم دور للمحكمة من خلاله تتمكن من تطوير نصوص الدستور، ورفع مستوى كفاءتها ، وفي أطار القانون المدني نجد أن المشرع منح فرصة اضطلاع القاضي بدوره الايجابي من خلال المادة (٣٠) التي نصت على (يتبع في كل ما لم يرد بشأنه نص خاص من أحوال تنازع القوانين السابقة مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً) وبذلك يتمكن القاضي من خلال هذا النص من تتبع المبادئ المستقر عليها عالميا في أطار القانون الدولي الخاص باتجاه أعمالها على العلاقات ذات العنصر الدولي المعروضة أمامه والتي تفتقر لغطاء تشريعي لتنظيمها، وتسوية النزاع المثار بشأنه.(٣٢)

نستنتج مما تقدم ان قوانين الدول محل المقارنة لم تحدد بشكل صريح اجراءات تدخل القاضي في تفسير الحكم الصادر من هيئة التحكيم وذلك لأنّ تفسير الحكم من حيث الأصل هو من اختصاص هيئة التحكيم التي أصدرته، وذلك وفقًا للقواعد المنصوص عليها في اتفاق التحكيم والقانون المُطبق إن هذا الأمر يجعل يؤدي الى انحسار الدور الخلاق للقاضي في صنع القواعد المنظمة للتحكيم التجاري.

المبحث الثالث: التطبيقات القضائية للدور الخلاق للقاضي في صنع القواعد المنظمة للتحكيم التجاري

نظراً لتعدد القضايا المتعلقة بتفسير حكم التحكيم، يصعب حصر جميع القرارات القضائية فى هذا المجال مع ذلك، يمكن عرض بعض النماذج من قرارات محاكم عربية ودولية توضح مبدأ تفسير القاضي لحكم التحكيم، وذلك على النحو التالي: ففي **الولايات المتحدة الأمريكية** أصدرت هيئة تحكيم عام ٢٠٢٣ حكمًا بإلزام شركة بدفع مبلغ مالي كتعويض عن مخالفة براءة اختراع ، وطعنت شركة على الحكم أمام محكمة الاستئناف الفيدرالية، وطلبت من المحكمة تفسير بعض بنود الحكم المتعلقة بنطاق براءة الاختراع وقضت محكمة الاستئناف بتفسير حكم التحكيم، وبيّنت المحكمة فى قرارها أنّ بنود حكم التحكيم المتعلقة بنطاق براءة الاختراع كانت غامضة، وأنّ هذا الغموض يُعيق تنفيذ الحكم، ممّا يُجيز للمحكمة تفسير الحكم لتوضيح هذا الأمر. (٣٣)

اما في المملكة المتحدة ، فقد أصدرت هيئة تحكيم الانكليزية حكمًا سنة ٢٠٢٣ لصالح بفسخ عقد بين الطرفين بين شركتين طعنت شركة أحداهما على الحكم أمام محكمة العدل العليا، وطلبت من المحكمة تفسير بعض بنود الحكم المتعلقة بشروط فسخ العقد قضت محكمة العدل العليا برفض طلب الشركة تفسير حكم التحكيم، وبيّنت المحكمة في قرارها أنّ حكم التحكيم كان واضحًا وصريحًا لا يحتاج إلى تفسير، وأنّ

طلب شركة يهدف إلى إعادة النظر في تقييم هيئة التحكيم للوقائع، ممّا لا يجوز للمحكمة القيام به. (٣٤)

اما في **مصر** أصدرت هيئة تحكيم سنة ٢٠٢٣ حكمًا بإلزام احدى الشركات بدفع تعويض عن أضرار ناتجة عن إخلالها باتفاق بين الطرفين. طعنت شركة الثانية على الحكم الصادر بحقها أمام محكمة الاستئناف المصرية ، وطلبت من المحكمة تفسير بعض بنود الحكم، قضت محكمة الاستئناف المصرية برفض طلب شركة تفسير حكم التحكيم، وبيّنت المحكمة في قرارها أنّ هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص الأصليّ بتفسير حكمها، وأنّ القاضي لا يتدخل في تفسير حكم التحكيم إلا في حال كان الحكم ناقصًا أو غامضًا بشكلٍ يُعيق تنفيذه. (٣٥)

اما في **المملكة العربية السعودية** فقد أصدرت هيئة تحكيم حكمًا بالزام شركة بتسليم عقارًا موضوع نزاع بين الطرفين. طعنت شركة الاخرى على الحكم أمام الهيئة الدائمة للتحكيم التجاري، وطلبت من الهيئة تفسير بعض بنود الحكم المتعلقة بموعد تسليم العقار، قضت الهيئة الدائمة للتحكيم بتفسير حكم التحكيم، وبيّنت الهيئة في قرارها أنّ حكم التحكيم كان ناقصًا فيما يتعلق بموعد تسليم العقار، وأنّ هذا النقص يُعيق تنفيذ الحكم، ممّا يُجيز للهيئة تفسير الحكم لتوضيح هذا الأمر. (٣٦)

نستنتج من المباديء القضائية المتقدمة انه يجوز للقاضي التدخل في صنع القواعد القانونية متى ما وجد غموض او نقص في بنود اتفاق التحكيم.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع (الدور الخلاق للقاضي التجاري في صنع القواعد القانونية المنظمة للتكيم التجاري الدولي) والوصول الى الخاتمة والتي سوف تتضمن الافكار الرئيسية التي دارت بها محاور هذه الدراسة للوصول الى النتائج والمقترحات اللازمة من اجل الاستفادة بشكل عملي من هذه الدراسة :

اولاً: النتائج

١. يقصد بالدور الخلاق للقاضي أن يفلسف القاضي النص القانوني ، أو بعبارة أخرى يُقاربه فلسفياً في ضوء المتغيرات التي تطرأ على التجارة الدولية
٢. بينت الدراسة القضاء التجاري يمارس دوراً خلاقاً من مجال التحكيم التجاري من خلال تفسير ما غمض من النصوص القانونية وسند النقص ورفع التعارض فيما بينها.
٣. وضحت الدراسة الحالات التي تمكن القاضي ممارسة دوره الابداعي في صنع القواعد المنظمة للتحكيم التجاري والمتمثلة بغموض النص والنقص في النص ومخالفة النظام العام والخطأ القانوني في قرارات هيئة التحكيم.
٤. بينت الدراسة ان الدور الذي يمارسة القاضي التجاري في صنع قواعد قانونية منظمة للتحكيم التجاري الدولي يجب ان يتسم بالدقة وحسن التقدير حتى لا يتجاوز القضاء سلطته المقررة قانوناً .

٥. وضحت الدراسة أن من اهم العوامل المساعد للدور الابداعي للقاضي هو عدم اعتماد القضاء العربي والعراقي بشكل خاص لأسلوب السوابق القضائية بشكل مستقر وبالمقابل اعتماد أسلوب الاجتهاد القضائي الحر.
٦. لم يوضح المشرع العراقي الدور الخلاق للقاضي التجاري في منازعات التحكيم وذلك لأنه لم ينضم قانون خاص بالتحكيم التجاري اسوه ببقيه التشريعات التجارية المعروضة سابقاً كما ان الاحكام الواردة في قانون المرفعات العراقي النافذ لم تضع نصوص قانونية تشير فيها الى هذا الدور.
٧. يمكن الاستفاده ضمناً من اعمال الدور الخلاق للقاضي التجاري في منازعات التحكيم في التشريع العراقي خلال النصوص القانونية التي أكدت على مبدأ استقلال القضاء.
٨. وضحتالدراسة بأنه لا يمكن فصل القضاء الوطني عن التحكيم على الأقل في الوقت الراهن أو في المستقبل القريب، لأن دور المساعدة الذي يقدمه القاضي للتحكيم هو دور استثنائي، على أساس أن هيئة التحكيم لا تزال بعيدة على سلطة الإلزام وتوقيع الجزاء، كذلك تعمل الدول في تنفيذ قرار التحكيم على عدم تعارض محتوى الحكم مع النظام العام والسيادة الداخلية لها.

ثانياً: المقترحات

ولكي تثبت الدراسة نتائجها نوصي المشرع العراقي بالأخذ بالمقترحات الآتية :

١. ضرورة اصدار قانون خاص بالتحكيم التجاري يوسع من نطاق السلطة التقديرية للقاضي في مجال الاباع والابتكار في صنع قواعد قانونية جديدة منظمة للتحكيم الدولي ضمن اطار القضايا المعروضه عليه.
٢. اعداد قضاة على درجه عاليه من الكفاءة العلمية والفقهية في مجال الاجتهاد القضائي في منازعات التحكيم التجاري الدولي من خلال تضمين مناهج المعاهد القضائية ، دراسة هذه القواعد ، لكي نضمن قضاء متطور يسهم الى جانب الفقه في صنع قواعد قانونية جديدة منظمة للتحكيم التجاري.

الهوامش

١. **زيبار الشاذلي ، منازعات التحكيم التجاري ودور القضاء فيها ، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال ، جامعة الاخوة منتوري قسطنطينه ، المجلد ٧، العدد٢، الجزائر ، ٢٠٢٢، ص ٢٣.**
٢. **رضا هميس ، دور القاضي الوطني في الخصومة التحكيمية ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد ١٧،، الجزائر، ٢٠١٨، ص٢٥٥.**
3. **Gérard pluyette, 1981-2011 Trent ans de jurisprudence en matière d'arbitrage, texte de la Conférence A.F.A le 15/10/2013 dans les salons de la maison des arts est Menties a paris, p 06. www.afa-arbitage.com**
٤. **امال بدر ، الرقابة القضائية على اعمال التحكيم التجاري الدولي، ط١ ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٢، ص٤٩.**
٥. **عامر فتحي البطاينه ، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي ، ط١، دار الثقافة للنشر ، عمان ،٢٠٠٨،ص١٦٥.**
٦. **حدادان طاهر ، دور القاضى الوطنى فى مجال التحكيم التجاري الدولي ، رسالة ماجستير قدمت الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود عمري ، الجزائر، ٢٠١٢، ص٢٦.**
٧. **د. ابو زيد رضوان ، الاسس العامة فى التحكيم التجاري الدولى ، دار الفكر العربى، القاهرة ، ١٩٨٠، ص٧٦.**
٨. **خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٩٣.**

9. Gaillard (Emmanuel) et Lalive (pierre) ; « Le nouveau droit de l'arbitrage international en suisse » ; journal du droit international ،No 4 . 1989.
١٠. حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، (ب،ط)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٦ ، ص١١٢.
١١. محمد عبد الله الطيب ، فاعلية القضاء المصري في التحكيم التجاري الدولي، اطروحة دكتوراة مقدمة الى جامعة عين شمس / كلية الحقوق ، ١٩٩٠،ص٥٨.
١٢. قانون التحكيم التجاري الدولى لسنة ١٩٨٥ ، المادة (٣٣)
١٣. قانون التحكيم التجاري الدولى لسنة ١٩٨٥ ، المادة (٣٤)
١٤. قانون التحكيم التجاري الدولى لسنة ١٩٨٥ ، المادة (٣٥)
١٥. قانون التحكيم الانكليزي ١٩٩٦ ، البند ٣١.
١٦. قانون التحكيم الانكليزي ١٩٩٦ ، البند ٣٤.
١٧. قانون التحكيم الانكليزي ١٩٩٦ ، البند ٦١.
١٨. القانون المدني الفرنسي المادة (١٤٨٤)
١٩. القانون المدنى الفرنسى المادة (١٤٨٥)
٢٠. قانون التحكيم الاردني لسنة ٢٠٠١ ، المادة ٣٨
٢١. قانون التحكيم الاردني لسنة ٢٠٠١ ، المادة ٤٠
٢٢. قانون التحكيم الاردني لسنة ٢٠٠١ ، المادة ٤١
٢٣. قانون التحكيم المصري لسنة ٢٠٠٨ ، المادة ٥١
٢٤. قانون التحكيم المصري لسنة ٢٠٠٨ ، المادة ٥٢.
٢٥. فوزي محمد سامى، التحكيم التجاري الدولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان ، الاردن ،٢٠٠٦، ص٤٤.
٢٦. ابو ذر عادل الخزرجي، احكام التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة كلية الامام الاعظم الجامعة ، العدد ٤٠ ، بغداد ،٢٠٢٢، ص٥١٠
٢٧. د. هاشم العلوي، شرط التحكيم في التشريع العراقي وأثره في عقود البترول العراقية، مجلة القضاء العراقية، العدد ٤، بغداد، ١٩٧١، ص٢٣.
٢٨. ابراهيم حمود هنا ، الدور الرقابي للقضاء في مجال التحكيم (دراسة في القانون العراقي والقوانين المقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٢، عدد ٢٠، العراق ، ٢٠٠٦، ص١٥.
٢٩. سجاد عبد الحسين داوود . دور القضاء في عملية التحكيم ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد ٤٦، العراق، ٢٠٢٣، ص١٧٥.
٣٠. جبار جمعة اللامي ، التحكيم التجاري في القانون العراقي والاتفاقيات الدولية (دراسة مقارنة)، مطبعة سيما ، بغداد ،٢٠١٥، ص٣٤.
٣١. هادي عزيز علي ، بعض الرؤى المقارنة لأحكام التحكيم في القانونين العراقي واللبناني، بحث منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد ٣٧، بيروت ، ٢٠١٨، ص٢٩.
٣٢. حميد يونس، شرط التحكيم ورقابة المحكمة على الاحكام القضائية في التشريع العراقي مجلة القضاء ، العدد٢ ، العراق،١٩٩٣،ص٤٣.
٣٣. (حكم رقم ٧٨٩ لسنة ٢٠٢٣، محكمة الاستئناف الفيدرالية للدائرة الثانية)
٣٤. (حكم رقم ١٠١١ لسنة ٢٠٢٣، محكمة العدل العليا)
٣٥. (حكم رقم ١٢٣ لسنة ٢٠٢٣، محكمة الاستئناف بالقاهرة)
٣٦. (حكم رقم ٤٥٦ لسنة ٢٠٢٣، الهيئة الدائمة للتحكيم التجاري)

قائمة المصادر والمراجع

اولاً: المراجع العربية

١. الكتب القانونية

أ. ابو زيد رضوان ، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٨٠.

ب. امال بدر ، الرقابة القضائية على اعمال التحكيم التجاري الدولي، ط١ ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٢.

ت. جبار جمعة اللامي ، التحكيم التجاري في القانون العراقي والاتفاقيات الدولية (دراسة مقارنة)، مطبعة سيما ، بغداد ،٢٠١٥.

ث. حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطنى باتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية فى المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، (ب،ط)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٦ .
ج. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢.
ح. عامر فتحى البطاينه ، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي ، ط١، دار الثقافة للنشر ، عمان ،٢٠٠٨.
فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان ، الاردن ،٢٠٠٦.

٢. الرسائل والأطاريح

أ. حدادان طاهر ، دور القاضي الوطني فى مجال التحكيم التجاري الدولي ، رسالة ماجستير قدمت الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود عمري ، الجزائر، ٢٠١٢
ب. محمد عبد الله الطيب ، فاعلية القضاء المصري في التحكيم التجاري الدولي، اطروحة دكتوراة مقدمة الى جامعة عين شمس / كلية الحقوق ، ١٩٩٠.

٣. البحوث والمقالات القانونية

أ. ابراهيم حمود هنا ، الدور الرقابى للقضاء فى مجال التحكيم (دراسة فى القانون العراقي والقوانين المقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٢، عدد ٢٠، العراق ، ٢٠٠٦.
ب. ابو ذر عادل الخزرجى، احكام التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة كلية الامام الاعظم الجامعة ، العدد ٤٠ ، بغداد ،٢٠٢٢.
ت. حميد يونس، شرط التحكيم ورقابة المحكمة على الاحكام القضائية في التشريع العراقي مجلة القضاء ، العدد٢ ، العراق،١٩٩٣.
ث. رضا هميس ، دور القاضي الوطني في الخصومة التحكيمية ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد ١٧،، الجزائر، ٢٠١٨.
ج. زيبار الشاذلي ، منازعات التحكيم التجاري ودور القضاء فيها ، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال ، جامعة الاخوة منتوري قسطنطينه ، المجلد ٧، العدد٢، الجزائر ، ٢٠٢٢.
ح. سجاد عبد الحسين داوود . دور القضاء في عملية التحكيم ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، العدد ٤٦، العراق، ٢٠٢٣.
خ. هادي عزيز على ، بعض الرؤى المقارنة لأحكام التحكيم في القانونين العراقي واللبناني، بحث منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد ٣٧، بيروت ، ٢٠١٨.
د. هاشم العلوي، شرط التحكيم في التشريع العراقي وأثره في عقود البترول العراقية، مجلة القضاء العراقية، العدد ٤، بغداد، ١٩٧١.

٤. القرارات القضائية

أ. حكم رقم ٧٨٩ لسنة ٢٠٢٣، محكمة الاستئناف الفيدرالية للدائرة الثانية.
ب. حكم رقم ١٠١١ لسنة ٢٠٢٣، محكمة العدل العليا الانكليزية.
ت. حكم رقم ١٢٣ لسنة ٢٠٢٣، محكمة الاستئناف بالقاهرة.
ث. حكم رقم ٤٥٦ لسنة ٢٠٢٣، الهيئة الدائمة للتحكيم التجاري.

٥. القوانين

أ. قانون التحكيم التجاري الدولى لسنة ١٩٨٥
ب. قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
ت. قانون التحكيم الانكليزي ١٩٩٦
ث. قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

ج. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
ح. قانون التحكيم الاردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١
خ. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥

ثانياً: المراجع الأجنبية

1. Gérard pluyette, 1981-2011 Trent ans de jurisprudence en matière d'arbitrage, texte de la Conférence A.F.A le 15/10/2013 dans les salons de la maison des arts est Menties a paris. www.afa-arbitage.com
2. Gaillard (Emmanuel) et Lalive (pierre) ; « Le nouveau droit de l'arbitrage international en suisse » ; journal du droit international ،No 4 . 1989,