الدفع بالاستويل للتحكيم التجاري الدولي

Payment by Estoppel for International Commercial Arbitration

د.مرتضى جمعة عاشور

كلية القانون/ جامعة ذي قار

الملخص

يدور البحث حول فكرة الدفع بالاستويل للتحكيم التجاري الدولي وعدم استفادة الدولة من تناقضاتها، استناداً لمبدأ حسن النية الذي يحرم عليها الاستفادة من تلك التناقضات، والقائمة على اقراراها لوجود الاتفاق على التحكيم ثم تذرعها بعدم الزاميته لها، علماً انَّ طبيعة هذا الدفع تكيف بانها دفع بعدم قبول الدعوى ما زال شرط التحكيم قائماً، وان الفصل في ذلك وان كان قانون المرافعات المدنية العراقي يوكله الى المحكمة المختصة، بيد أن المستقر عليه دولياً هو احالة مسألة النظر فيه الى هيأة التحكيم المختصة. يدور البحث حول هذه الفكرة وبيان أساسها القانوني وطبيعة هذا الدفع والنتائج المترتبة عليه وفي مباحثٍ أربعة.

الدفع بالاستويل للتحكيم التجاري الدولي

Payment by Estoppel for International Commercial Arbitration

د.مرتضى جمعة عاشور

كلية القانون/ جامعة ذي قار

Abstract

Going research on the idea of Payment by Estoppel for International Commercial Arbitration and not to state benefits from its own contradictions, based on the principle of good faith, which prohibits the use of these contradictions and based on assent to the existence of the agreement to arbitrate, then virtue of its invoking non-binding as a not that the nature of the payment adjustment as a payment not to accept lawsuit what remains of the arbitration clause exists and that the chapter in that although Code of Civil Procedure Iraqi assigned by the competent court, however, which is recognized the internationally is to refer the issue of consideration to the Board of Arbitration competent going research on this idea and indicate the legal basis and the nature of this payment and the consequences in the Investigation of four.

المقدمة

أهمية البحث:

انَّ أهلية الدولة والاشخاص المعنوية التابعة لها شكلت ولاتزال تشكل مادة نقاش وجدل كبيرين سيما في اطار العلاقات الدولية، على اعتبار أنَّ الدول تعمد غالباً في المنازعات التي تكون طرفاً فيها عند عرض النزاع على التحكيم الى اثارة مسألة أهليتها في اللجور الى التحكيم، ويعتبر سريان قانون الدولة التي يتبعها الجهاز المتعاقد مع الطرف الاجنبي على اهليته التعاقدية مبدأ من المبادئ المستقرة في اطار القانون الدولي الخاص. ( )

واذا كان هذا الامر تفرضه الظروف المحيطة، اذ انه مجرد انبثاق عن الدولة، بيد ان اعماله على نحو مطلق يؤدي الى الاضرار بالطرف الاجنبي المتعاقد مع الجهاز التابع للدولة في حالة تمسك هذا الاخير ببطلان التصرف الصادر عنه نظرا لانه اجراء خارج حدود الاختصاص الممنوح له او لان التصرف تضمن شرطا من الشروط لايمكن للدولة التي يتبعها الجهاز المتعاقد ان تجيزه.

اذ انه من الثابت ان الجهاز التابع للدولة ليس الا مجرد شخص معنوي يعهد اليه بممارسة النشاط في حدود معينة اعمالا لمبدأ تخصص الاشخاص المعنوية، فاذا ابرم الجهاز العقد مع الطرف الاجنبي في خارج حدود نشاطه المعهود اليه به على نحو قاصر ومانع فان هذا يعني عدم اهليته على الاتيان بالتصرف بما يؤدي الى امكانية التمسك ببطلانه. كذلك قد يكون العيب الذي لحق التصرف الذي ابرمه الجهاز التابع للدولة مع الطرف الاجنبي ليس مصدره عدم اهليته التعاقدية بصفة عامة وانما قبوله ادراج احد الشروط التعاقدية في العقد على الرغم من ان هذه الشروط تعتبر شروطا باطلة من وجهة نظر قانون الدولة التي يتبعها الجهاز.

ونظرا للمخاطر التي يتعرض لها الطرف الاجنبي المتعاقد مع الجهاز التابع للدولة في حالة تمسك هذا الاخير ببطلان التصرف اما لانعدام اهليته للتعاقد بصفة عامة او نظرا لان العقد احتوى على شروط محظور عليه قبوله، ونظرا لان الطرف الاجنبي المتعاقد مع الجهاز التابع للدولة يجهل في كثير من الاحيان القيود الادارية والقواعد القانونية التي تحد من أهلية الجهاز التابع المتعاقد معه في التصرف، فلقد دافع الفقه وذهبت الاحكام القضائية( ) الى ضرورة وضع استثناء علىٰ التطبيق المطلق لمبدأ سريان قانون الدولة التي يتبعها الجهاز المتعاقد على اهليته، استنادا الى مبدأ حسن النية.

فرضية البحث:

---

[1] . د.حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣،ص٧١-٧٣.

[2] . فقد قضت محكمة الاستئناف في باريس في ١٩٩٤/٢/٢٢، في قضية وزارة التجهيز التونسية ضد باك قتاف، بأنَّ (منع الدولة من الالتجاء الى التحكيم، لايصح الا في العقود الداخلية، ويكفي أن يكون العقد دولياً حتى يقع الاقرار بامكانية التجاء الدولة الى التحكيم طبقاً لحاجات التجارة الدولية واحتراماً لاعراف هذه التجارة). ينظر مجلة التحكيم، ع١٠، ٢٠١١، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص٢٧٧.

قد تبرم الدولة عن طريق أحد الاجهزة التابعة لها عقداً مع أحد المستثمرين الاجانب وتوافق فيه على التحكيم، كشرط أو مشارطة تحكيم، وتمضي في تنفيذ العقد، ثم اذا ما حصلت مشكلة في العقد، صرفت وجهها عن البند التحكيمي محتجةً بعدم أهلية من وقع العقد على الموافقة على بند التحكيم، أو تنتظر حتى صدور حكم التحكيم، فتتذرع بعدم قابليته للتنفيذ لانه لم يصدر من محكمة أجنبية مختصة، وهي في كل ذلك تكون قد نالت من الثقة التي أولاها لها ذلك المستثمر عندما أقدم على التعاقد معها وأخلت بمبدأ حسن النية، فلا يجوز للدولة أن تتذرع بمثل هكذا ذرائع طالما أنها قد قبلت العقد ومضت في تنفيذه، فذلك تناقض واضح في تصرفاتها يرتب اخلالاً بتوقعات الغير، ذلك الذي لم يكن يقدم على التعاقد لولا موافقتها على الشرط التحكيمي، فكيف اذا حان تنفيذه تنصلت الدولة منه.

أن مبدأ حسن النية هو في الأصل مبدأ أخلاقي، ولكنه مع كثرة النص عليه والإشارة اليه اخذ إطاره القانوني حتى أصبح ذا صفة آمرة، وله أهمية كبيرة في القانون، فلا يملك أحد الحق في علاقاته المتبادلة أن يتصرف بسوء نية، لأن الصفة الآمرة لمبدأ حسن النية لا تسمح بذلك، فالمبدأ يجب أن يفهم على أنه شرف وعدم وجود تناقض بين الأقوال والتصرفات والرغبة الحقيقية في انجاز كل شيء على أحسن وجه. والقاعدة السائدة لدى معظم التشريعات ومنها القانون العراقي هي أن يتم تنفيذ العقد بحسن نية ، ففي القانون العراقي تنص المادة (١٥٠ /١) من القانون المدني العراقي على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)[١].

اشكالية البحث:

ويقوم مبدأ الاستوبل أساساً على فكرة حسن النية التي تحرم الاستفادة من التناقضات الذاتية للشخص فلو أن شخصا اعتمد على تصريح دولة لتأسيس حقوق له أو امتيازات بناءاً على هذا التصريح، فلا يجوز للدولة صاحبة التصريح أن تقوم بأي تصرف يتعارض وتصريحها بقصد حرمان الطرف المتعاقد معها مما حصل عليه من حقوق وامتيازات لأنها بذلك تناقض نفسها وتكون سيئة النية[٢]، فلا يجوز للدولة الادعاء ببطلان الاتفاق على التحكيم المبرم من قبل أحد الاجهزة التابعة لها مع طرف أجنبي، بحجة عدم صلاحية من وافق عليه وما الى ذلك من الحجج، طالما أقرت الدولة العقد ومضت في تنفيذه.

وبشأن تنفيذ أحكام التحكيم، نجد أنَّ قانون تنفيذ أحكام المحاكم الاجنبية في العراق رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨ اشترط في مادته الاولى صدور الحكم الاجنبي المطلوب تنفيذه في العراق من محكمة مختصة مؤلفة خارج العراق، اضافة الى الشروط الاخرى التي تتطلبها تلك الاحكام وضرورة عرضها على المحكمة العراقية المختصة واصدارها الامر بالتنفيذ في العراق، واذا كان العراق قد انضم الى عدد من الاتفاقيات العربية التي تعالج تنفيذ أحكام التحكيم، فانه لم ينضم الى العدد الاكبر والاهم من الاتفاقيات الدولية سيما اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، وعليه ستوافق الدولة عن طريق اجهزتها على التحكيم التجاري الدولي عندما تتعاقد مع الاشخاص الاجانب

---

١ وتقابلها المادة (١/١٤٨) من القانون المدني المصري.

٢ . مشكاة صبيح عبد علي المؤمن، مبادئ العدل والأنصاف كمصدر للقانون الدولي العام، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص١١٤.

مستندة في ذلك الى نص المادة (٢٧) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل، وكذلك المادة (١١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨، وبعد ذلك لا تقر بالتحكيم أو لا تقبل تنفيذ حكم التحكيم سيما اذا كان المتعاقد معها من غير الدول العربية الداخلة معها في اتفاقيات تنفيذ الاحكام، وهذا ما سيخلق المشكلة!.

نطاق البحث:

يدور البحث عن الدفع بالاستوبل للتحكيم التجاري الدولي فقهاً وقضاءً وتشريعاً في ثنايا القانون العراقي سيما قانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل وعدد من الاتفاقيات وقواعد ولوائح وأنظمة التحكيم الدولية وبعض القوانين الداخلية سيما قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل بالمرسوم رقم (٤٨) في ٢٠١١ وقانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل.

منهجية البحث:

اعتمدنا في هذا البحث على المنهج التحليلي المقارن، وذلك بتحليل الدفع بالاستوبل للتحكيم لعناصره الرئيسة ومناقشتها في القانون العراقي بالمقارنة مع بعض القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، وقد قسمنا البحث الى مباحثٍ أربعة الاول للتعريف بالدفع بالاستوبل والثاني لاساسه القانوني والثالث لطبيعة هذا الدفع أما الرابع فكان للآثار المترتبة على التمسك به، مع خاتمة سجلنا فيها أبرز النتائج وأهم التوصيات التي استطعنا التوصل اليها من خلال هذا الجهد المتواضع.

المبحث الاول

التعريف بالدفع بالاستوبل

يتطلب الالمام بالتعريف للدفع بالاستوبل التطرق لمفهوم الدفع بالاستوبل أولاً ولشروطه ثانياً ولتمييزه من غيره ثالثاً، وسنخصص لكل مفردة من هذه المفردات مطلباً خاصاً.

المطلب الاول

مفهوم الدفع بالاستوبل

يعبر الدفع بالاستوبل[1] عن قاعدة تطبق في سياق المنازعة القضائية لمنع التناقض في الأقوال والأفعال، فعدم قبول الادعاء بما يتعارض مع الإقرار قولاً أو عملاً وحجية الإقرار على المقر دفع بالاستوبل Estoppel[2] ، فاذا تسبب (أ) بمسلكه الى دفع (ب) الى الاعتقاد بوجود حالة واقعية محددة وتصرف (ب) على نحو تسبب في الحاق الضرر بنفسه تحت تاثير هذا الاعتقاد فان (أ) يمتنع عليه التمسك ضد (ب) بوجود حالة واقعية اخرى في ذات الفترة، وهو ما يتناقض مع مبدأ حسن النية وهو مبدأ معترف به في جميع نظم

---

[1] . وأصل هذا التعبير الكلمة الانكليزية estoppel وهو لا يخلو من معنى الإغلاق أو الايقاف عن سير أو تصرف أو سلوك. ينظر: حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، مكتبة لبنان، بيروت، ط٤، ١٩٨٢، ص٢٥٧-٢٥٨.

ويعرف معجم (Black's law Dictionary) مصطلح (estoppel) بانه " مصطلح بمقتضاه يكون احد الاطراف ممنوعاً عليه بواسطة افعاله الخاصة من المطالبة بحق ما من شأنه الاضرار بطرف آخر كان قد اعتمد على هذا السلوك او تصرف بموجبه " . ينظر : - Blacks law Dictionary , abridged Fifth edition , west, publishiag co . 1983 , p .285

وهي تقابل القاعد الشرعية المعروفة (من سعى في نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه)، المنصوص عليها في المادة (١٠٠) من مجلة الاحكام العدلية. (سليم رستم باز، شرح المجلة، دار الثقافة، عمان، ط١، ٢٠١٠، ص٥٢).

وترتبط نشأة الاستوبل قانونياً بالقانون الانكليزي لمعالجة حالة التناقض، والاستوبل على صورتين، هما estoppel by res judicata وهو يقابل مبدأ حجية الامر القضائي، وتعود نشأته الى قضية Kingston عام ١٧٧٥، و estoppels by representation وهو المقصود من البحث، لمعالجة عدم التناقض، وتعود نشأته الى القرن السادس عشر، ويعد حكم (w.share v. The United States) عام ١٨٧١، من أوائل الاحكام التي استندت للاستوبل في مجال العلاقات الدولية.

Martin (A.), L'estoppels en droit international public, Phédon, Paris, 1979., p.19

[2] . د.ابراهيم شحاتة، قانون استثمار المال العربي والمناطق الحرة، محاضرة ملقاة في جمعية القانون الدولي، القاهرة ١٩٧٢(أشار اليه د.غسان رباح العقد التجاري الدولي (العقود النفطية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٨، ص٣٠٠).

القانون الخاص [1] . ويذهب الاتجاه الحديث في القانون الدولي إلى اعتباره واحدا من المبادئ العامة للقانون المعترف بها صراحة من جانب الأمم المتمدنة[2].

والـ Estoppel بالمعنى الاصطلاحي طرحت له عدة تعريفات، فقد عرف بأنه (منع أحد أطراف النزاع من أن ينكر أمام المحكمة حقيقة الوقائع المدعاة من قبله في وقت سابق في مواجهة الطرف الآخر، على النحو الذي دفع بهذا الأخير إلى اتخاذ فعل أدى إلى ألحاق الضرر به، أو تحقيق الفائدة لمصلحة الطرف المدعي)[3]، وعرف أيضاً بأنه (تدافع بين كلامين أو ما في حكمهما صراحة أو ضمناً على الغير[4]، وحكمه أنه يمنع سماع الدعوى، وهو مانع لسماع الدفع أيضاً، لان الدفع في الحقيقة هو دعوى يثيرها المدعى عليه على المدعي)[5]، و هو أن (يحمل شخص بتصريحاته أوتصرفاته أو سلوكياته شخصاً آخر على الاعتقاد بوجود بعض الوقائع، فيتصرف انطلاقاًمن ثقته وايمانه بوجودها الفعلي معدلاً من موقفه، ثم يتذرع لاحقاً بوقائع مغايرة لتلك التي صور بأنها موجودة وقائمة فعلاً).[6]

الاستويل في القانون الدولي

والاستوبل في القانون الدولي قيل فيه (أن الصيغة الأساسية لمبدأ الاستوبل في القانون الدولي تتطلب من الدولة أن تلتزم بمراعاة الاستقامة والثبات في مواقفها المنتجة للمركز القانوني أو الفعلي، وربما يجد هذا المتطلب أساسه في الحاجة المستمرة للقليل من الثبات وإمكانية التنبؤ إلى حد ما بنمط سلوك الدولة..... وأن فشل الدولة في ممارسة وتطبيق معيار الاستقامة والثبات في مجال علاقاتها الدولية يعتبر أمراً غير مرغوب فيه من جانب كل من الدول الأخرى والمحكمة الدولية التي يطلب منها الفصل في النزاع الذي يكون مثل هذا السلوك موضوعه) [7].

---

[1] . نصت المادة (٦٤/ ثانيا/ أ) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ على انه (اذا ناقض المقر ماكان قد اقر به سابقا، كان هذا التناقض مانعا من سماع دعواه او دفعه).

[2] Mac gibbon(I.C.), Estoppel in international law, the international and comparative law quarterly, vol. 7, No. 3-4, Part. 3, July, 1958, P. 512.

[3] . . Bowett(D.W.), Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence, B.Y.I.L. 1957 p.176.

وقريباً من ذلك د. مفيد شهاب، المبادئ العامة للقانون، المجلة المصرية للقانون الدولي، ع٢٣، سنة ١٩٦٧، ص١٩. د. محمد طلعت الغنيمي، بعض الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام ، قانون الأمم ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٤ ، ص١١١، د. مصطفى سيد عبد الرحمن قانون التنظيم الدولي ، ط١ ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٢، ص١٨١.

[4] . ينظر في ذلك الاستاذ منير القاضي، شرح قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة العاني، بغداد، ط١، ١٩٥٧، ص٢٥، حيث ورد التعريف تحت مصطلح (التناقض).

[5] . المرجع نفسه، ص٢٨.

[6] . Martin (A.), op.cit, p16

[7] . Mac Gibbon (I.C.), op, cit, pp. 468-469.

وهناك من يعرف مبدأ الاستوبل بأنه (نظرية طبقاً لها يكون الشخص ممنوعاً من انكار الحقيقة الواردة في بيان او تصريح معمول به سابقاً من قبل ممثل سلطة مخول او وجود واقعة يحمل هذا بالقول او السلوك على الاعتقاد بها)[ ]، و(أن مضمون المبدأ، يتركز[١] في امتناع الشخص الدولي عن الادعاء بما يخالف أو يناقض أو ينكر ما قبله أو ارتضاه صراحة أو ضمنا بالقول أو الفعل أو السلوك)[ ]، و(بأنه دفع يستهدف المستند[٢] أليه- من ورائه- الحكم بعد قبول طلبات خصمه المتعارضة وما سبق لهذا الخصم اتخاذه من مواقف صريحة أو ضمنيه أعتمد عليها هو بحسن نية واعتماداً على الثقة الواجب توافرها في العلاقات الدولية، في تحديد مسلكه موضوع النزاع)[ ][٣].

<u>الاستويل في التحكيم</u>

وعموماً يفيد الاستوبل منع التناقض في سياق المنازعة القضائية، ويقصد بالتناقض (قول الشيء وعكسه)، والقول هنا لايؤخذ بمعناه الضيق بل الواسع، فهو يشمل القول والاشارة والسلوك، كما أنه لايفيد عن عدم تنفيذ أو تقلب، بل عدم تطابق أو تجانس بين سلوكين أو موقفين أو تصريحين صادرين من نفس الشخص ويتصلان بالموضوع ذاته.[ ][٤]

ومهما تعددت المصطلحات المستخدمة للتعبير عن مفهوم مبدأ او نظرية الاستوبل فأنها مع ذلك ذات مضمون وهدف وآثار قانونية واحدة ، فمن حيث المضمون لا يجوز التناقض في ادعاءات وسلوك الدولة، ومن حيث الهدف او الغاية لا يجوز للدولة ان تستفيد من تناقضات سلوكها للأضرار بالاخرين ومن باب اولى ليس للدولة ان تستفيد من تناقضاتها عندما تحرم بواسطة اخطاءها وافعالها غير المشروعة طرفاً آخر من حقوقه او تمنعه من ممارستها، اما من حيث الاثار القانونية فأذا ما التزم طرف ما بموقف معين وعبر عن ذلك باعترافه او ادعاءه او تصريحه او سلوكه او سكوته وكان هذا الموقف يتناقض او يتعارض مع الحق الذي يدعيه امام المحكمة تمتنع عليه عندئذ المطالبة بهذا الحق[ ][٥].

فمضمون مبدأ الاستوبل يتطلب من الدولة او الشخص ان يكون سلوكها الحالي متناغماً ومتالفاً مع ما اتخذته سابقاً من اوضاع قانونية او واقعية[ ]، استجابة لما يتطلبه حسن النّية في ممارسة الحقوق وتنفيذ الالتزامات، كما

---

١ .. Schwarzenberger , Amanual of international law , 7th edition , 1967 . p . 645

٢ . د. رشيد مجيد الربيعي، مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة- جامعة بغداد، آذار، ١٩٨٣، ص١٤٦.

٣ . د. محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، ج٢، الدار الجامعية، الأسكندرية، ط٦، ١٩٨٤، ص٢٨٦، هامش(١٣).

٤ . والتناقض مأخوذ من علم المنطق وهو أحد أقسام التقابل، ويقصد به اختلاف في القضيتين يقتضي لذاته أن تكون احداهما صادقة والاخرى كاذبة. ينظر السيد كمال الحيدري، شرح كتاب المنطق للعلامة المظفر، مج٢، دار المرتضى، بيروت، ط١، ٢٠١١، ص٣٨٣.

٥ . Reports(I.C.J.), separate opinion of the judge alfaro , 1962 , p . 40

٦ .. Mac Gibbon , op.cit . p . 468

ان هذه القاعدة تضمن لكل طرف ممارسة حقوقه واداء واجباته بمنأى عن خشية ان يقوم طرف آخر في يوم ما بتغير سلوكه ومواقفه والتنكر لحقوق لم يتنكر لها سابقاً[1] ، فمبدأ الاستوبل ينبع من معين حسن النية ليصب في محيط استقرار العلاقات القانونية .

بناءاً على ما تقدم، يمكن تعريف الدفع بالاستوبل للتحكيم بأنه دفع يستند اليه الطرف المتمسك به للادعاء بعدم قبول المطالبة القضائية التي تقدم بها خصمه لوجود الاتفاق على التحكيم.

المطلب الثاني

شروط الدفع بالاستوبل للتحكيم

ان القابلية على التحكيم تتحدد من الناحية الموضوعية المجردة بالمنازعات المتعلقة بالحقوق المالية الجائز التصرف فيها[2]، بيد ان التشريعات الوطنية[3] لا تلتزم دائما بهذا التحديد، وهذا ما يضع المحكم امام مشكلة القانون الواجب التطبيق في شان قابلية النزاع للتحكيم اذا عمد احد الطرفين الى الدفع ببطلان الاتفاق على التحكيم لوروده على ما لا يجوز التحكيم فيه.[4]

بيد ان الراجح هو التمييز في مجال القابلية للتحكيم بين كل من النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي، والنظام العام الدولي لا يتطلب في النزاع حتى يكون قابلا للتحكيم سوى ان يكون محله حقا من الحقوق المالية، وأنَّ ما تضعه القوانين الوطنية من قيود على قابلية الحقوق المالية للتحكيم تتعلق بالنظام العام الداخلي وتطبق بشان التحكيم في المعاملات الداخلية، وان القيود المفروضة على اهلية الدولة او الاشخاص المعنوية العامة بشان الاتفاق على التحكيم انما تخص التحكيم في العلاقات الداخلية، فهي تتعلق بالنظام العام الداخلي لا الدولي الذي يخضع له التحكيم في العلاقات الدولية حتى وان كانت الدولة او الاشخاص العامة طرفا فيها.[4]

ويتعين تحاشي الاستخدام التعسفي والاعمال غير الحذر لهذا المبدأ، اذ أنَّ الاعمال الآلي لهذا المبدأ بمجرد ظهور أي تناقض او تعارض في تصرفات الدولة قد يؤدي في نهاية المطاف الى نوع من الظلم الفادح. ومن هنا ولهذا السبب بالذات يتعين الاخذ بعين الاعتبار عددا من الشروط ينبغي مراعاتها عند تطبيق هذا المبدأ، وسوف نتناول هذه الشروط تباعا وبشيء من الشرح والتوضيح، ووفق الفرعين الآتيين:

---

[1] .. Reports I . C . J , op.cit, p . 42 .

[2] . نصت المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على أنه ٠لايصح التحكيم الا في المسائل التي يجوز فيها الصلح ولايصح الا ممن له أهلية التصرف في حقوقه...)، ونصت المادة (١/٧٠٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على أنه (يشترط أن يكون المصالح عنه مما يجوز أخذ البدل في مقابله، ويشترط أن يكون معلوماً...).

[3] . د.مصطفى محمد الجمال ود.عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ١٩٩٨، ص١٢٧.

[4] .. Bowett (D.W) , op. cit, pp. 188-197 . وكذلك د. فيصل عبد الرحمن طه، المرجع السابق، ص١٥٦-١٥٩.

الفرع الأول

وجود اتفاق على التحكيم

للحديث عن دفع بالاستوبل للتحكيم، ينبغي أن يوجد ابتداءً اتفاق على التحكيم، في المسألة المثار الدفع بشأنها، فيجب أن يوجد سلوك ايجابي الذي في ضوء تحققه نخوض في غمار الاستوبل، متمثلاً بموافقة الدولة على شرط التحكيم في العقد أو اقرارها له في مشارطة التحكيم[١].

والحال ان اقرار التحكيم ينبغي ان يكون صريحاً وواضحاً ولا لبس فيه[٢]، واذا كان التحكيم من العقود الرضائية[٣]، بيد أنه لايثبت الا بالكتابة[٤]، ويجب النص عليه بشكل قطعي لايقبل التأويل، بيد أنَّ حسم مسألة

---

١ . ينظر في الاطار العام لذلك الاستاذ منير القاضي، المرجع السابق، ص٢٧.

٢ . Martin (A.), op.cit, p.44

٣ . ينظر في ذلك د.فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، المجلد ٥، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧، ص١٢٣.

وفي حكم لمحكمة التمييز (ان عقد التحكيم هو من العقود الرضائية وهو ملزم للجانبين ويرتب التزامات متقابلة على كل من المتعاقدين...)، حكم محكمة التمييز العراقية، رقم الاضبارة ٣٥٥، هيأة عامة أولى، ٧١، في ١٩٧٢/٥/١٣. (أشار اليه عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ج٤، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٩٠، ص٤٠٢).

وان كان الامر على خلاف ذلك –في الواقع– اليوم، فنجد أنَّ هنالك تشريعات اشترطت الكتابة للانعقاد لا للاثبات فقط، فقد نصت المادة (١٤٤٣) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل بالمرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ على أنه (يكون اتفاق التحكيم مكتوباً تحت طائلة البطلان...) بيد أنَّ ذلك الحكم –في التشريع الفرنسي– يخص التحكيم الداخلي، بدليل ما ورد في المادة (١٥٠٧) ضمن الباب الثاني والمعنون (التحكيم الدولي) حيث نصت على أنه (لا يخضع اتفاق التحكيم لأي شرط شكلي) بيد أنه لا يمكن اثباته الا بالكتابة فقد نصت المادة (١٥١٥) من نفس القانون على انه (يثبت وجود القرار التحكيمي بابراز أصله مرفقاً بأتفاق التحكيم أو بصورة عن هذين المستندين تستجمع الشروط المطلوبة لصحتها...)، ونصت المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل على أنه (يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوباً والا كان باطلاً...)، ونص الفصل (١/٣٠٧) من قانون المسطرة المدنية المغربي على أنه (يتعين ابرام عقد التحكيم كتابةً).

في حين نجد تشريعات أخرى نصت على الكتابة بالنسبة للتحكيم، بيد أنها لم تبين أنَّ تلك الكتابة للانعقاد أم فقط للاثبات، فقد نصت المادة (٢/٧) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ بصيغته المنقحة ٢٠٠٦ على أنه (يتعين أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً)، وكذلك هو نص المادة (٢/٧) من قانون التحكيم البحريني رقم (٩) لسنة ١٩٩٤، وعرفت المادة (١/ط) من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي اتفاق التحكيم بأنه (...اتفاق الاطراف كتابة على اللجوء الى التحكيم...)، والمادة (١/٢) من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية ١٩٥٨ والتي نصت على أنه (تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الاطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة...)، والمادة (١/١) من قواعد تحكيم مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي والتي نصت على أنه (اذا اتفق أطراف العقد كتابة على احالة ما ينشأ بينهم من منازعات بشأن علاقة قانونية معينة، عقدية كانت أو غير عقدية الى التحكيم...)، وكذلك نص المادة (٢٥) من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول

اللبس والتأويل تخضع لقواعد التفسير، فينبغي على المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أن تقوم بمراجعة كافة ظروف وخلفيات المفاوضات والمراسلات بين الاطراف المعنية.

وان كنا نرى خضوع هذه المسألة لسلطة محكمة التحكيم استناداً لمبدأ سلطة المحكم للنظر في اختصاصه، فهي (أي محكمة التحكيم) التي تقرر وجود التحكيم من عدمه.

وأن يكون قبول التحكيم إرادياً، أي أن لا يكون مشوباً بعيب من عيوب الرضا، فقد بينت المادة (٦٤/ ثانيا/ ج) من قانون الاثبات العراقي ان التناقض يرتفع اذا ظهرت معذرة للمدعي وكانت محل خفاء يصعب تبيانه عليه، وألا فان تصرفه أو سلوكه لن يكون معبراً عن أرادته ولا يمكن الاستناد أليه للدفع بالاستوبل أمام المحكمة التي تنظر في النزاع، فإذا أثبتت الدولة صاحبة السلوك أو التصرف أنها وقعت في خطأ مثلاً، فانه لا يمكن الدفع بمبدأ الاستوبل استناداً إلى هذا السلوك أو التصرف الخاطئ، والاصل ان الجهل بالوقائع او القانون لايعتبر من من اسباب المعذرة.

وينبغي ان يكون قبول شرط التحكيم او مشارطته من جهة مفوضة باتخاذه صراحة أو ضمناً، واذا كانت الحالة الاولى لاتثير اللبس والغموض كما في قضية **Amco** [٢] ، فان الحالة الثانية فيها ما يتطلب فهم للوضع

الاخرى والتي نصت على أنه (يمتد اختصاص المركز الى أي نزاع قانوني ... ويوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز).

[١] . نصت المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على أنه (لا يثبت الاتفاق على التحكيم الا بالكتابة...)، وكذلك هو نص المادة (٢/١٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠، ونص الفصل (٦) من مجلة التحكيم التونسية.

[٢] .وتتلخص وقائع هذه القضية في أنَّ شركة امكو شركة اميركية ابرمت في عام ١٩٦٨عقدا مع حكومة اندونيسيا ، موضوعه ان هذه الشركة سوف تقوم ببناء فندق في جاكرتا و تجهيزه و ادارته و تملكه لمدة ٣٠ سنة ثم بعد ذلك تقوم بالتنازل عنه بشكل تمهيدي لأندونيسيا. وفي عام ١٩٨٠ قام جيش اندونيسيا بالإستيلاء على هذا الفندق و قامت الحكومة الإندونيسية بسحب الترخيص الذي كانت قد اعطته للشركة ، و لذلك قامت الشركة الأميركية و ايضا الفرع المحلي لها برفع الدعوى على حكومة اندونيسيا لتعويضها عن الخسائر الناجمة عن سحب الترخيص ، استنادا لنص المادة ١٠ والتي تقضي بان اي منازعة تنشأ بين الحكومة الأندونيسية و هذا المشروع ، سوف يتم حسمه وفقا لقواعد المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الإستثمار و هو المركز الذي تتمتع بعضويته كل من اندونيسيا و اميركا. الحكومة الإندونيسية تمسكت بان ليس للمركز الإختصاص للنظر في المنازعة، وتمسكت الحكومة الاندونيسية المدعى عليها من اجل تاييد دفعها بعدم الاختصاص بالتناقضات التي وقعت فيها الشركة المدعية والتي تمسكت بها امام المركز بعكس ما ادعت به امام جهات الاختصاص الوطنية الاندونيسية المختصة بالمنازعات الناشئة عن عدم تنفيذ عقد الايجار المبرم بين الشركة الوطنية P.T. Amco والمؤجر P.T. Wisma .

و لذلك فان محكمة التحكيم انتهت الى ان حكومة اندونيسيا قد ارتضت صراحة الى ان المنازعات التي تنشأ تخضع للمركز لأنها رضت بان شركة امكو على الرغم من تمتعها بالجنسية الأندونيسية تعامل بوصفها شركة اميركية بسبب سيطرة المصالح الأميركية عليه سيما ان كان معروف من البداية ان اميركا تمتلك تقريبا ١٠٠% من الأسهم للشركة، اذن فان المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الإستثمار ICSID هو مختص للنظر في المنازعة الناشئة بين الحكومة الأندونيسية و شركة امكو (JOINT VENTURE).

الحقيقي للجهة التي صدرت منها الموافقة على التحكيم وكذا معرفة التصرفات التي تدعي أنها مفوضة باتخاذها وتدخل ضمن اختصاصها ومدى حجية ذلك كما في قضية Framatome[1]، وقد قضت محكمة التمييز الفرنسية بـ(أنَّ الشرط التحكيمي يمكن استنتاجه من عناصر حسن النية والاعتقاد المشروع بصلاحية الطرف الموقع عليه، وليس فقط من عنصر الارادة، وذلك حتى عند غياب أي اختصاص لأحد الاطراف بالتوقيع عليه).[2]

الفرع الثاني

رفض الاعتراف بالتحكيم من قبل الدولة

بأن تتخذ الدولة سلوكاً لاحقاً يناقض السلوك الاول[3]، فتدعي بعدم حجية شرط التّحكيم او مشارطته كما حدث في قضية Icori Estori [4] وكذلك في قضية حكومة باكسْتان/ وزارة الشؤون الدينية ضد شركة Dallah

---

ينظر تفاصيل القضية د.حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة ...، المرجع السابق، ص١٢٧-١٣٣.

[1] . وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه على عهد شاه ايران، تم توقيع اتفاق بين ايران و فرنسا، موضوعه مساعدة فرنسا لإيران على استخدام الطاقة الذرية في الأغراض السلمية، هذه المعاهدة سميت بـ umbrella convention ، فمن اجل تفعيل هذه المعاهدة تم وضعها موضع التنفيذ الفعلي. وتم توقيع مجموعة من العقود ابرمت بين المنظمة الإيرانية للطاقة الذرية (AEOI) و بين ثلاث شركات فرنسية من بينها شركة framatome . ونظرا لأن هذه العقود قد تم تنفيذها بشكل جزئي. فالدولة الإيرانية لم تدفع للشركة ، فقامت الشركة باللجوء الى التحكيم. دفعت المنظمة (الحكومة الإيرانية) امام هيئة التحكيم بان العقد الذي قامت بابرمه في ٢٨ ايلول ١٩٧٧ مع هذه الشركات الفرنسية هو عقد باطل بطلانا مطلقا ومن ضمن الدفوع التي تمسكت بها إيران في مواجهة اختصاص المحكمة، استنادها الى قانونها الوطني أي القانون الايراني، والذي يعتبر رئيس المنظمة الايرانية للطاقة الذرية غير ذي أهلية في ابرام العقد، لتوقيعه دون الحصول على اذن مسبق من مجلس المنظمة وأيضاً من البرلمان الايراني، وهو الامر الذي يرتب القانون الايراني الصادر في ١١ تموز ١٩٧٤ على تخلفه بطلان التصرف الصادر من رئيس المنظمة، وكذلك حكم المادة (١٣٩) من الدستور الايراني لعام ١٩٧٩.

وفي ٣٠ نيسان ١٩٨٢، صدر القرار التحكيمي والذي ذهب لاعتبار ان الترخيص او الاذن المسبق مجرد شكل بسيط لممارسة السلطة او الاختصاص او الحق وليس احد مكوناتها القانونية التي قد يؤدي عدم تحققها الى التأثير على صحة التصرف المبرم، فمبدأ حسن النية يحول دون ان تستبعد الدولة من المخالفات التي ارتكبتهاالاجهزة التابعة لها للوصول الى الحكم ببطلان العقد، سيما وان العقد محل المنازعة قد تم تنفيذه من قبل طرفيه طوال شهور عديدة، وهو ما يقوم تصحيح هذه المخالفات، ويستبعد ان تؤدي هذه المخالفات، وفقاً للقانون الايراني، لبطلان مطلق غير قابل للتصحيح. (ينظر تفاصيل القضية المرجع نفسه، ص٨٩-٩٣).

[2] . حكم محكمة التمييز الفرنسية/ الغرفة المدنية الأولى في قضية رقم ١٦,٠٢٥-٠٨ في ٢٠٠٩. منشور في مجلة التحكيم، ع٤، ٢٠٠٩، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص٧٨٩.

[3] . ينظر في الاطار العام لذلك الاساذ منير القاضي، المرجع السابق، ص٢٧.

[4] . وتتلخص وقائع هذه القضية في أنَّ الشركة الكويتية للتجارة و الإستثمار و هي شخص عام كويتي تابع لدولة الكويت ، عملت مناقصة دولية من اجل انشاء مقر سفارة في الجزائر. تم ارساء المناقصة على الشركة الإيطالية Icori Estro و تم ادراج شرط التحكيم وفقا لغرفة التجارة الدولية في فرنسا ICC و شرط تحكيم آخر يتضمن ان يفسر العقد و اخضاعه

Real Estate and Tourism Holding[ ] ، ما يترتب عليه اضرار بالمتعاقد معها وبالثقة التي تولدت لديه، اضافة الى ان العديد من المستثمرين الاجانب يقرن موافقته على التعاقد مع الدولة بقبول شرط التحكيم، لما يرونه من ايجابيات للتحكيم وسلبيات للقضاء الوطني[ ] سيما النظرة لقضاء بلدان العالم الثالث.

المطلب الثالث

تمييز الاستويل مما يشتبه به

ينبغي عدم الخلط بين الاستوبل وأوضاع معينة قد تشترك معه في جوانب معينة، بيد أنها تبقى تفترق عنه في أخرى، وهذا ما سنحاول بيانه في هذا المطلب.

الفرع الاول

لدولة الجزائر. و قد تضمن هذا العقد شرط يقضي بتنفيذ هذا العقد وفقا لسعر جزافي و انه تم تحديد سعر الدولار بمبلغ محدد.

و قد حصل و انخفض سعر الدولار عن السعر المتفق عليه، طلبت الشركة الإيطالية من الشركة الكويتية ان تعطيها المبالغ بسعر الدولار بالسعر الأعلى، فذهب الطرفان الى التحكيم. تمسكت الشركة الإيطالية بان لها الحق في ان تحصل على الثمن بسعر الدولار بالسعر الأعلى لأن القانون الجزائري يعرف نظرية الظروف الطارئة و قد استجابت لها محكمة التحكيم في هذا الأمر، فاعطت الحق للشركة الإيطالية في ان تأخذ المبالغ التي طالبت بها، قامت الشركة الكويتية بالطعن بالبطلان على حكم التحكيم امام القضاء الفرنسي و استندت في بطلانها على ان حكم التحكيم باطل لأنه استند على شرط تحكيم باطل لأن القانون الجزائري الواجب التطبيق على العقد ينص في قانون المرافعات الجزائري على انه يحظر على الأشخاص المعنوية قبول شرط التحكيم.

محكمة استئناف باريس اعتبرت ان الحظر الوارد على الدولة او الأشخاص المعنوية العامة في قبول شرط التحكيم يعمل به في اطار العلاقات الداخلية البحتة، و ان هذا الحظر غير متعلق بالنظام العام، و ان النظام العام الدولي يستند الى مبدأ معروف بموجبه يمنع على الشخص المعنوي ان يستند الى النصوص الداخلية سواء السائدة في القانون الوضعي او القانون الذي يحكم العقد من اجل التنصل من شرط التحكيم وهذا هو مبدأ الاستوبل و ان شرط التحكيم يعتبر صحيحا على الصعيد الدولي طالما ابرم بين علاقات دولية. (نقلاً عن د.أياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٤، ص١٢٣).

١ . حيث أنَّ حكومة باكستان أنشأت اتحاد شركات له شخصية معنوية لتولي مشروع معين، وبعد زوال هذا الاتحاد أعلنت حكومة باكستان أنه من الخطأ مد التحكيم اليها، فقضت محكمة استئناف باريس في ٢٠١١ بأنه (طالما أنَّ حكومة باكستان والتي وبشكل موازٍ وبعد زوال اتحاد الشركات هذا، تستمر في التدخل في تنفيذ العقد، وتتصرف كما لو كان العقد المتنازع فيه خاص بها، من دون الاخذ بالاعتبار الأعمال التي قام بها اتحاد الشركات وهو طرف موقع، والتي عند المفاوضات التي سبقت ابرام العقد كانت تتصرف بهذه الطريقة، تؤكد أنَّ انشاء اتحاد الشركات كان شكلياً محض، وأنها كانت الطرف الحقيقي في العملية الاقتصادية، وبالتالي، أنَّ السبب المبني على أنَّ الهيأة التحكيمية مدت خطأ بند التحكيم ليشمل هذه الدولة وأعلنت نفسها مختصة لا أساس له). ينظر مجلة التحكيم، ع١١، ٢٠١١، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص٦١٥-٦١٦.

٢ . ينظر في عرض ايجابيات التحكيم التجاري الدولي د.فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص١٩ وما بعدها.

تمييز الاستوبل من العدول وحق الخيار والرضوخ

أولاً: الاستوبل والعدول

العدول، عمل قانوني احادي الجانب بموجبه يتخلى الشخص عن حقٍ له عبر المفاضلة بين سلوكين محتملين[١].

ويفترق العدول عن الاستوبل من جوانب متعددة أهمها، استدعاء العدول الارادة المنفردة لابراز فعاليته، بينما الحال على خلاف ذلك في الاستوبل، فينبغي أن يتواجد طرفين الاول يتخذ مسلكاً والاخر يتغير موقفه بناءً على هذا المسلك، كذلك يهدف العدول لضمان أمن وسلامة العلاقات التعاقدية، في حين يهدف الاستوبل لحماية الثقة المنخدعة[٢].

انما قد يتداخلان معاً، فمثلاً لو أنَّ المدعى عليه شارك في مسار المنازعة التحكيمية دون اي تحفظ بيد أنه بدأ ينازع في صحة الاتفاق التحكيمي عند صدور قرار التحكيم، فيمكن استنتاج العدول في هذا الموقف، كذلك حين يقوم المستفيد من اتفاق التحكيم برفع النزاع أمام قاضي وطني، فهو بذلك يعدل عن مسار العملية التحكيمية.

وعموماً تشكل حماية الطرف الذي وقع ضحية تناقضات الآخر، فضلاً عن الاضرار بضحية السلوك التناقضي، المعيار الاساس لتمييز الاستوبل عن العدول[٣].

ثانياً: الاستوبل وحق الخيار

حق الخيار، حق يخول صاحبه الاختيار بين حالات قانونية شتى، وأن يختار احداها بمحض ارادته المنفردة[٤]. ويلاحظ أنَّ من ضمن آثار ألخيار العدول، لانه يختار أحد الامور ويعدل عن الامور الاخرى.

بيد أنَّ حق الخيار وان كان قد يتشابه مع الاستوبل، الا أنه يفترق عنه في جملة أمور أهمها، أنه لكي يكون الخيار تاماً، لابد من أن يكون هنالك تنازل ضمني عن أحد السلوكين المتاحين للشخص، في حين يقوم الاستوبل على مسلك واحد يؤثر في الآخر، ثم لابد من المفاضلة منذ البداية بين السلوكين في الخيار، والحال ليس كذلك في الاستوبل لوجود سلوك شخص يؤثر في موقف الآخر.

ثالثاً: الاستوبل والرضوخ (النزول)

الرضوخ (النزول)، تصرف قانوني من جانب واحد، وتكييفه القانوني أنه واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني، فهو واقعة مختلطة[٥]، حيث يرضى شخص طرفٌ في نزاع بعدم مطالبة الطرف الآخر مثلاً أو بعدم منازعته في مطالبته.

---

١. Martin (A.), op.cit, p.304

٢. Ibid, p.305

٣. Ibid, p.305

٤. ينظر في ذلك د.مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٢، ص٢١٠.

٥. د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص٤٨٣.

ويختلف الرضوخ عن الاستوبل، في ان الاول يعبر عن حالة سلبية تتمثل بالصمت والامتناع عن المطالبة، في حين يقوم الثاني على سلوك ايجابي، فمصدر الرضوخ هو الصمت الذي يعد الاكثر غموضاً وايهاماً في حين لا يمكن للسلوك المؤسس للاستوبل ان يكون غير أكيد، بل يتطلب سلوكاً أكيداً فعلياً خالٍ من أي غموض( ).

الفرع الثاني

الاستوبل ونظرية الظاهر

الظاهر، هو المركز الفعلي، الذي يخالف الحقيقة الذي لا يستند الى القانون، وهو كذلك لأنه يتناقض مع مركز آخر يحميه القانون، ويترتب على ذلك أنَّ في مواجهة صاحب الظاهر يوجد كقاعدة عامة صاحب المركز القانوني.( ) ٢

وتؤدي الاوضاع الظاهرة الى قيام تنازع بين حكم القانون والواقع المستقر، ولا يقصد بالتنازع الموجود المواجهة بين الظاهر وبين صاحب الحق، بل يقصد به التنازع الذي يقوم بين صاحب الحق من جهة وبين الغير حسن النية الذي تعامل مع صاحب الظاهر من جهة اخرى،( ) فنظرية الظاهر تقوم على الاّعتقاد الخاطئ بوجود موقف قانوني يقوم على جهل الغير بحقيقة الواقع الذي بدا له مستوفياً لكامل شروطه ومطابقاً لحكم القانون، في حين أنَّ ماوراءه ليس الا ما يخالف تلك الشروط، فهو اجمالاً عدم العلم بالعيب الذي يشوب مركز المتعامل.( )

وتطبيق هذه النظرية يتطلب توافر ركنين( ): الأول، مادي، عبارة عن مرْكز واقعي لا يستند الى القانون ويتصل بصاحب الوضع الظاهر، والذي يمثل العنصر أو مجموعة العناصر اللازمة للمركز الفعلي لصاحب الظاهر، سواء كان لوجوده أو الاستدلال عليه، فالمركز الفعلي موازٍ للمركز القانوني، فهما يتشابهان في عناصر الوجود أو الممارسة أو كليهما.( ) ٦

الثاني، المعنوي، وهو يتصل بالغير، الذي لاينسب اليه غش أو سوء قصد أو رغبة في الاضرار بالآخرين، هذا الغير مثل صاحب الحق تماماً كلاهما ضحية الوضع الظاهر، وبالتالي فان التنازع و المفاضلة تكون بين ضحيتين، ولا بد من أن يحسم التنازع من خلال المفاضلة بين احدى الضحتين، وكأن الركن المعنوي المتمثل بحسن نية الغير وعنصر الغلط الشائع، المبرر لاعطاء الافضلية له بدلاً من صاحب الحق.( ) ٧

---

١ . Martin (A.), op.cit, p.44

٢ . د.شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، دار دجلة، عمان، ط١، ٢٠٠٨، ص٢١٧

٣. المرجع نفسه، ص٢١٨

٤ . المرجع نفسه، ص٢٢٠.

٥ . ينظر في ذلك فتيحة قرة، النظرية القضائية المستحدثة للاوضاع الظاهرة، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة طبع، ص٣٥ وما بعدها.

٦ . فالمركز القانوني للمالك قد يستدل عليه بعقد بيع صحيح وبممارسة المالك لسلطات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف، والمركز الفعلي للمالك الظاهر عناصره قد تكون عبارة عن عقد بيع بالطل أو تمَّ فسخه، وقد تكون عبارة عن ممارسة سلطات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف.

٧ . Goutal (V.), L' arbitrage et les tiers, le droit des contracts Journée du comite Frances de l'arbitrage, Paris 5 mai 1988 Rev .Arb. 1988, p.443(أشار اليه د.سامي بديع منصور، امتداد

وبموجب هذه النظرية ليس بامكان أي من المتعاقدين الاحتجاج تجاه الآخر بنقص الأهلية الناتج عن القانون الواجب التطبيق على الأهلية حسب قواعد الاسناد، فيما لو كان ذا أهلية كاملة بموجب قانون مكان الابرام، مالم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم لحظة ابرام العقد أنه غير ذي أهلية أو ان عدم علمه بذلك راجعاً الى اهماله، فالطرف الاجنبي المتعاقد مع الشخص المعنوي العام يجهل عيب عدم الاهلية الذي يلازم الاخير والمقصود بالجهل هنا هو ذلك الجهل الذي يؤدي الى حصول الغلط في جانب الشخص المتعاقد مع الشخص المعنوي العام ويشترط ان يكون هذا الغلط مشروعا ومشتركا[1]، فالغلط الذي لاتتوافر فيه هذه الشروط والناتج عن جهل بسيط[2] ليس من شانه ان يجعل التصرف صحيحا بالنسبة للشخص الذي وقع ضحية له وهذا الغلط يؤدي لاعتبار الاتفاق التحكيمي المبرم قبله صحيحا، رغم العيب اللاحق به.[3]

وفي الواقع ان تطبيق نظرية الظاهر بصدد العقود التي تبرم بين الاشخاص المعنوية العامة مع طرف اجنبي يستدعي اولاً وجوب توافر الشروط التي استلزمت اعتماده[4]، فيجب عدم الاعتداد بنقص الاهلية للشخص المتعاقد الا اذا كان متمتعا بها بصورة كاملة وفقا لقانون الدولة التي تم فيها التصرف[5]، فاذا ابرم الاتفاق التحكيمي بين الشخص المعنوي العام والطرف الاجنبي في دولة الاخير، فهل من الممكن ان اهلية الشخص المعنوي العام تحدد على ضوء قانون الدولة التي جرى فيها التوقيع والذي يعترف للاشخاص المعنوية العامة باللجوء الى التحكيم؟ والحال انه لا يمكن القول بان تلك الاهلية يحكمها قانون الدولة الاخرى لعدم وجود أي نص قانوني يفصل في مسالة اهلية الاشخاص المعنوية العامة التابعة لدولة اخرى[6]، ثم أنه ما الحل لو أبرم العقد في الدولة التي ترى عدم مشروعية الزامها بالتحكيم رغم وروده في العقد الذي أبرمته – وهذا هو الغالب في المسألة محل البحث–؟!، ولذلك فالنظريتان غير متطابقتين.

الاتفاق التحكيمي الى غير الموقعين على العقد: حقيقة أم مجاز؟، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، ع١، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦– ٢٠٠٨، ص٤٤٦).

[1] . ينظر المادة (١١٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

[2] . نصت المادة (١١٨) من القانون المدني العراقي على انه (لاعبرة بالظن البين خطأه...).

[3] . Mayer (p.), La Neutralisation du prou voir normative de L'Etat en meatier des contracts d' Etats, JDI, 1986, p.56
(أشار اليه د.أياد محمود بردان، المرجع السابق، ص١٤٠).

[4] . ينظر تفاصيل نظرية (Lizardi) د.ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد، ط٢، ١٩٧٧، ص١٤١، ونص المادة (٢/١٨) من القانون المدني العراقي، د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٦، ١٩٩٦، ص٢٢٠

[5] . نصت المادة (٢/١٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على أنه (ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب آثارها فيه، اذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الاهلية، وكان نقص أهليته يرجع الى سببٍ فيه خفاء لايسهل على الطرف الآخر تبينه، فان الاجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الاهلية).

[6] . Martin, op.cit, p.92

ولعل من المناسب الاشارة الى أنَّ احدى تطبيقات نظرية الظاهر، مايسمى بالنيابة الظاهرة،[1] وتقضي نظرية النيابة بأن ينصرف أثر التصرف الذي يبرمه النائب الى شخص الاصيل، مع مراعاة حدود النيابة وهذه احدى خصائص النيابة، بيد أنَّ النائب قد يتجاوز حدود النيابة، والاصل في ذلك أنَّ الاصيل لايلزم فيما جاوز به النائب حدود النيابة، بيد أنَّ لذلك الامر استثناء فيما يتعلق بالنيابة الظاهرة، فهنا استثناءً ينتج التصرف أثره بالنسبة للأصيل اذا كان الغير الذي تعامل مع النائب حسن النية، بمعنى أنه لايعلم بمجاوزة النائب لحدود النيابة وكانت لديه أسباب قوية تدعوه الى الاعتقاد بأنَّ النائب قد تعاقد في حدود النيابة.

وبهذا يتضح الفرق بين نظرية النيابة الظاهرة والاستوبل، فالاولى تتعلق بمدى نفاذ ماجاوز به النائب حدود وكالته في حق الاصيل وبالتالي الزام الاخير به، في حين أنَّ الثانية تتعلق باقرار ذلك العمل ثم التنكر له، بمعنى أنَّ الاولى سابقة على الثانية، فنحن نبحث عن الاستوبل بعد أن نثبت التزام الاصيل بالعمل، فنظرية النيابة الظاهرة قد تكون سبباً والاستوبل نتيجة.

[1] . للتفصيل حول النيابة الظاهرة وكذلك الوكالة الظاهرة التي هي احدى صور النيابة الظاهرة، ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مج١، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص١٩٦ وما بعدها، وكذلك الجزء الرابع من الوسيط مج١، ص٥٨٨ وما بعدها، وكذلك د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢، نظرية العقد، دار صادر، بيروت، ط٤، ١٩٩٨، ص٢٣٤ وما بعدها.

المبحث الثاني

الاساس القانوني للدفع بالاستوبل

لم يجمع الفقه على رأي واحد لتحديد الاساس القانوني للدفع بالاستوبل للتحكيم، فمنهم من ذهب لاعتباره الغش أو التغرير، وغيره ذهب لتأسيسه على أحكام المسؤولية التقصيرية، وسنخصص لكل اتجاه من هذين الاتجاهين مطلباً خاصاً، مع تخصيص المطلب الثالث للاتجاه الذي نراه مناسباً.

المطلب الاول

الغش (التغرير)

وسيتم تقسيم هذا المطلب الى فرعين، الاول لعرض حجج أنصار هذا الرأي، أما الثاني فلتقييمه.

الفرع الاول

عرض الاساس

هنالك من يذهب[١] الى ان قيام الشخص المعنوي العام بابرام الاتفاق التحكيمي دون ان تكون لديه الاهلية لذلك ودون اعلام الطرف الاخر بعدم اهليته يمثل خداعاً او غشاً يثير مسؤولية الطرف العام ويوجب تعويض الطرف الاخر.

وقبل بيان طبيعة هذه المسؤولية والتعويض الناشئ عنها، نود القول أنه يشترط لاعمال هذه النظرية حسب القائلين بها، توافر شرطان، الاول، مادي، بان يقوم الشخص بتصرفات أوأقوال تؤدي بدورها الى تغيير في الظروف، والثاني، معنوي، اذ يكون القيام بهذه الافعال بشوء نية أو غش أو احتيال[٢] للتوصل لوضعٍ ما كان يمكن الحصول عليه لولا القيام بمثل هذه الافعال.[٣]

ويجدر الاشارة الى أنَّ الغش يختلف عن التغرير، ففيما يكون الثاني أثناء تكوين العقد، فانَّ الاول يكون بعد تكوين العقد[٤].

وبشان طبيعة المسؤولية، قيل أنها مسؤولية تقصيرية، فالغش أحد صور الخطأ في المسؤولية التقصيرية مع توافر الضرر والعلاقة السببية، والضرر موجود بالضرورة من التغير الضار في موقف المقصود بالسلوك ما

---

١ . Oppetit (B.), Arbitrage et contracts d'Etats, Fromate et autres, c.Atomic Energy organization of Iran, J.D.I., 1984, p.37.(أشار اليه أياد بردان، المرجع السابق، ص١٤١). Ligeropoulo, Problème de la fraude a la loi, Paris, 1928, p.44,Desbois, La fraude a la loi et la juris prudence francais, Paris, 1924,p11(أشار اليهما د.عز الدين،المرجع السابق، ص٥٤٦).

٢ . ويرى الفقيه (Ligeropoulo) عدم استلزام العمد في الغش، اذ انه يتدرج من مجرد العلم بالضرر الذي يترتب على التصرف وهو هنا سوء النية الى الارادة العاملة على خرق القانون. Ligeropoulo, op. cit, p.44 (أشار اليه د.عز الدين،المرجع نفسه، ص٥٤٦).

٣ . Desbois, op. cit ,p11

(أشار اليه د.عز الدين، المرجع نفسه ، ص٥٤٦).

٤ . د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مج١، المرجع السابق، ص٣١٩.

يحمل من قام بالغش تعويض الضرر المترتب، وان منح الطرف الاخر تعويضا عن الضرر الذي لحق به امر غير كاف على وجه العموم والعلاج هو بمنع الشخص المعنوي العام من اثارة بطلان الاتفاق التحكيم، وكذلك الحال في التغرير، اذ انَّ المتعاقد المغرر به اذا ما اختار التعويض انتقل الى دائرة المسؤولية التقصيرية.( )

الفرع الثاني

تقييم الاساس

بيد ان هذا الرأي لانراه يسلم من النقد فلا يمكن تعميمه على جميع الحالات كونه يتطلب خداعا في اخفاء عدم الاهلية من ناحية كما لا يمكن التسليم به عندما تكون المصلحة العامة هي التي تبرر الحظر الذي تم خرقه وهو ما ينطبق على العقود المبرمة من الاشخاص المعنوية العامة، ثم ان القول بالمسؤولية التقصيرية يقتضي توافر أركان هذه المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وبالنسبة للضرر فانه يجب أن يكون محققاً[1]، فأين الضرر هنا، واذا ما وجد فهو احتمالي لا يدخل في نطاق المسؤولية.

المطلب الثاني

مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه

وسنعرض لحجج أنصار هذا الرأي ومن ثمَّ تقييمه وفي فرعين مستقلين.

الفرع الاول

عرض الاساس

ان التناقض الذي تقوم به الدولة، ومن ثم ادعائها أن من وافق على شرط التحكيم، كان قد وافق على أمر ليس من صلاحياته وغير جائز، لايقبل منها، وتبقى الدولة رغم ذلك مسؤولة عن هذا الشرط وملزمة به، وأساس المسؤولية يكمن في المسؤولية عن الغير( )، اذ يكون المتبوع مسؤولاً عن[3] الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه حال تأدية وظيفته أو بسببها، فمن يوقع عقداً يحوي شرط تحكيم هو يبرم العقد بصفته الوظيفية ولذلك هو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته، واذا ما كان هذا الشرط غير جائز أو مخالف لارادة المتبوع، فأنه يكون قد ارتكب خطأً وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته، وبالتالي تكون الدولة مسؤولة عنه، ويستوي في الخطأ أن يكون واقعاً بناءً على أمرٍ من المتبوع أو بغير أمرٍ منه ولكن بعلمه أو بغير علم ولكن دون معارضة أو وقع الخطأ بالرغم من معارضة المتبوع، والخطأ في جميع هذه الصور هو انحراف عن السلوك

---

[1] . ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص٣٢٧، وقد نصت المادة (١٢٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على أنه (يرجع العاقد المغرور بالتعويض اذا لم يصبه الا غبن يسير او اصابه غبن فاحش وكان التغرير لايعلم به العاقد الآخر ...).

[2] . ينظر المادة (١/٢٠٧) من القانون المدني العراقي.

[3] . نصت المادة (١/٢١٩) من القانون المدني العراقي على أنه (الحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل احدى المؤسسات الصناعية او التجارية مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم، اذا كان الضرر ناشئاً عن تعدٍ وقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم).

المألوف للشخص المعتاد[1]، فكيف اذا كان الغالب في الموضوع محل البحث تصور وقوع الصور الثلاث الاولى وعدم معارضة الدولة لها بل واقرارها العقد واستمرارها في تنفيذه؟!

واذ كانت لاتقوم مسؤولية المتبوع الا بقيام مسؤولية التابع، باعتبار أن الثانية فرع عن الاولى[2]، فان مسؤولية التابع تقوم على أساس التعسف في استعمال الحق[3]، ومعيار نظرية التعسف في استعمال الحق هو الانحراف، بيد أنه ليس كل انحراف تعسفاً بل لابد أن يأخذ احدى الصور التي نص عليها القانون[4]، وان الانحراف هنا يكون بعدم مشروعية المصالح التي يرمي التابع الى تحقيقها، وعدم المشروعية هنا يجب أن يؤخذ بمعناه الواسع، فكل ما يعارض النظام العام الدولي يعد غير مشروعٍ، واذا ما علمنا ان مخالفة شرط التحكيم تعتبر مخالفة للنظام العام الدولي، فيتضح المقصود، ويبقى التعسف داخلاً في نطاق المسؤولية التقصيرية، حتى ولو كان تعسفاً متصلاً بالتعاقد[5].

الفرع الثاني

تقييم الاساس

ولكن لا يمكن قبول هذه الفكرة، لاستلزام المسؤولية التقصيرية، توافر أركانها الثلاثة، وفيما يتعلق بالضرر، فانه يجب أن يكون محققاً ومباشراً فلا يكفي أن يكون محتملاً يقع أو لايقع[6]، والحال أننا في الدفع بالاستئبل للتحكيم لا نكون أمام ضرر محقق، فعدم سلوك طريق التحكيم لايؤدي بالضرورة الى تحقق ضرر معين يلحق بالطرف الآخر، نعم قد يكون لدى المتعاقد الاجنبي تخوفاً من لجوء الدولة الى محاكمها الوطنية، بيد ان ذلك لايعد ضرراً محققاً بالمعنى القانوني لقيام المسؤولية التقصيرية.

ثم أنه لايمكن القول بمسؤولية الدولة على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، فاستقلال أشخاص القانون العام ينتج امكان مقاضاتها عن طريق ممثليها، فترفع الدعوى على المحافظة أو الوزارة أو المديرية العامة مباشرة دون حاجة لمقاضاة الدولة، ما دام كل قسم من أقسام الشخص المعنوي يتمتع بشخصية مستقلة، فلا يجوز قبول الدعاوى التي ترفع من أو على غير الممثل القانوني للشخص المعنوي[7]، فاستقلال الاشخاص المعنوية العامة عن الدولة يؤدي الى تحملها مسؤولية أفعالها الضارة سواء كانت على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية أو الاثراء دون سبب، ويجب أن يوجه المضرور دعواه الى ممثل الشخص المعنوي المسؤول دون

---

[1] . ينظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري، ج١، مج٢، المرجع السابق، ص ١٠٢٧– ١٠٢٨.

[2] . المرجع نفسه، ص١٠٢٢.

[3] . Houtcieff (D.), Le Principe de coherence en matière contractuelle, Tome 2 Presses universitaires d' Aix- Marseille , PUAM, Paris, 2001, p.710

[4] . ينظر المادة (٢/٧) من القانون المدني العراقي.

[5] . د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، مج٢، المرجع السابق، ص٨٤٣.

[6] . المرجع نفسه، ص٨٥٥.

[7] . د.سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الاداري، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ط٤، ١٩٦١، ص٦٨.

اشراك السلطة المركزية معه[1]، ولا يغير من هذا الوضع كون أشخاص القانون العام تخضع لرقابة السلطة المركزية، فهذه الرقابة التي تمارسها الدولة على جميع أشخاص القانون العام، سواء كانت سابقة أم لاحقة، لاتغير من الحقيقة القانونية التي تنحصر في اسناد العمل، ولو أذنت به الحكومة المركزية، الى شخص القانون العام الذي صدر منه، وبالتالي يتحمل ذلك الشخص مسؤولية عمله[2].

المطلب الثالث

الاساس الذي نراه مناسباً

بدءً نود التفرقة بين مصدر التزام الدولة بالاستوبل، وأساس الاستوبل، فمصدر التزام الدولة بالاستوبل قد يكون النيابة عموماً حيث أنه اذا كان على النائب أنَّ يتقيد بحدود النيابة، الا أنه عند تجاوزه لتلك الحدود فان الاصيل قد يقر ذلك وبالتالي يصبح التصرف كأنه قد تمَّ في حدودها ويتقيد به الاصيل والغير من وقت التعاقد لا من وقت الاقرار[3]، وليس للاقرار شكل خاص،[4]فيصح أن يكون صراحة أو ضمناً، ويستخلص الاقرار الضمني من تنفيذ الاصيل للالتزامات التي عقدها باسمه النائب او من تعهده بتنفيذها أو من أي عمل يستفاد منه الاقرار، واذا أقر الأصيل تصرف النائب لم يجز له الرجوع عن هذا الاقرار[5]، بل وحتى في حال عدم اقرار الدولة لهذا التصرف طالما تحققت شروط النيابة الظاهرة.

أما عن أساس الاستوبل فيتم الحديث عنه بعد الفراغ من اثبات التزام الدولة بشرط التحكيم، ثمَّ تتكرها له فيما بعد، ما ينبغي معه القول بحرمانها من تلك الذريعة بالاستناد الى الاستوبل، فالموقف غير اللائق للحكومة (الدولة) التي بعد ان وقعت على عقود تضمنت شرط تحكيم او وقعت على مشارطة تحكيم وبدون تردد ثم ادعت بعد ذلك بعدم صلاحية من وقع على شرط التحكيم، مرفوض على المستوى الدولي، فهناك نظام عام دولي منفصل عن النظام العام الداخلي، ومن مبادئ هذا النظام قاعدة دولية حقيقية تمثل الاساس القانوني للدفع بالاستوبل، وتتمثل بعرف دولي مستقر ويشكل قاعدة مادية لقانون التجارة الدولية ناتجة عن ممارسة جماعية او على الاقل ذات هيمنة يستحيل مخالفتها، فنحن أمام قاعدة دولية تتخلى عن الرجوع الى أي قانون محدد[1]، وترجع هذه القاعدة الى المبدأ المعروف بمبدأ حسن النية، ويشكل مبدأ حسن النية من المبادئ الاساسية في ميدان التحكيم في اطار العلاقات التجارية الدولية، والسند المفضل للمحكمين في عملية تعزيز الاخلاقية والاستقامة في العلاقات التجارية الدولية، فهو محور تعليلهم وتحليلهم في تقدير تصرفات المتعاملين في ميدان هذه العلاقات، فقد عمد المحكمون في عدة حالات الى استبعاد القوانين الداخلية ذات طابع النظام العام الداخلي

---

[1] . ينظر في ذلك د.أحمد أبو الوفا، مدونة الفقه والقضاء في المرافعات، ج١، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص١٨٧.

[2] . د.سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص٦٩.

[3] . ينظر في ذلك د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، مج١، المرجع السابق، ص١٩٨.

[4] . ينظر في ذلك د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٧، مج١، ص٥٩٥-٥٩٧.

[5] . ينظر في ذلك د.صالح الطيار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مركز الدراسات العربي- الاوربي، ط٢، ١٩٩٩، ص٣١٠، وكذلك د.أياد محمود بردان، المرجع السابق، ص١٢٧.

بسبب مخالفتها لحسن النية وسواء كانت منتمية الى القانون الواجب التطبيق ام أجنبية عنه، ومن تلك القرارات التي استبعدت تطبيق القوانين الداخلية التي تحظر على الدولة اللجوء الى التحكيم.

ويؤكد العديد من الأساتذة أن مبدأ حسن النية هو العنصر الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الاستوبل[ ]، وهناك من يؤكد على أن هذا المبدأ يرتكز على مبادئ حسن النية، والمنطق والعقلانية وعلى عناصر الثبات والاستقرار[ ]، ويؤكد القاضي الدولي (الفارّو Alfaro) (أن الأساس الأول لمبدأ الاستوبل هو مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود في العلاقات الدولية، فالتناقض أو التعارض في السلوك أو في القول ... لا ينسجم مع مبدأ حسن النية)[ ][٣].

وهكذا يتبين من هذه الآراء الفقهية والقضائية ومن تطبيقات أحكام التحكيم[ ]، أن مبدأ الاستوبل هو من[٤] تطبيقات المبدأ العام المتمثل بحسن النية، وأن مبدأ حسن النية هو الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الاستوبل، فالدفع بالاستوبل يعبر عن قاعدة اجرائية تطبق في سياق المنازعة القضائية لمنع التعارض في السلوكيات، والدولة الطرف في النزاع بمقتضى مبدأ حسن النية ملزمة بمراعاة قدراً من الاستقامة والانسجام والتناسق وعدم التناقض في سلوكها وتصرفاتها، ويصح الأمر نفسه على ما يتعلق بمبدأ الاستوبل، فالدولة الطرف في النزاع ملزمة بمراعاة قدراً من التناسق وعدم التناقض في سلوكها وتصرفاتها، أي أن لا تتخذ سلوكاً أو تصرفاً لاحقاً يتناقض أو يتعارض وسلوكها السابق بقصد تحقيق الفائدة لحسابها أو للأضرار بالطرف الآخر، لأنها أن فعلت ذلك تكون سيئة النية وسيؤدي ذلك إلى الإخلال بالثقة المتبادلة، فلا يعذر احد لاغتياله الثقة الممنوحة منه الى الغير والقائمة على ماصدر منه من اقوال او افعال او تصرفات، فيلتزم الشخص المعنوي العام اعلام الطرف الآخر

---

١ . Bowett(D.W.), op, cit, p. 469.. Mac Gibbon(I.C.), estoppel in international law, op, cit, p. 176

٢ . د. رشيد مجيد الربيعي، المرجع السابق، ص١٤٨. د. مفيد شهاب، المرجع السابق، ص١٩. د. محمد طلعت الغنيمي، المرجع السابق، ص١١١، هامش (١).

٣ . Reports(I.C.J.) , op.cit, p. 42

٤ . كما رأينا عند عرض بعض الاحكام التحكيمية عند بحث شروط الاستوبل، وكذلك من الاحكام التي أكدت عدم جواز الدولة انكارها لشرط التحكيم باعتباره من مقتضيات حسن النية، حكم محكمة روان الفرنسية في قضية باك ضد الديوان الوطني للحبوب الفرنسي عام ١٩٩٧، حيث أوضحت المحكمة ذلك بقولها:

(By entering into an arbitration agreement, in the absence of which the deal would clearly not have been concluded, the Tunisian State has thus accepted the ordinary legal rules of international trade; by doing so, it has waived its immunity from jurisdiction and, as agreements must be performed in good faith, its immunity from execution)

(نقلاً عن أحمد ورفلي، حالة للدراسة، مجلة التشريع والقضاء، س٢، ع٢، ٢٠١٠، ص٩٤).

المتعاقد معه بوضوح، بحيث لا يقتصر على مجرد ذكر العبارات العامة كالنص على الحصول على الموافقات الادارية الضرورية أو التراخيص والموافقات التي لاغنى عنها[1].

والواقع أننا نرى أنَّ الاساس القانوني للاستوبل هو الاستوبل نفسه، والاستوبل ليس غريب عنا فهو ترجمة لما ورد في المادة (١٠٠) من مجلة الاحكام العدلية والتي تقضي بأنَّ (من سعى في نقض ما تمَّ من جهته فسعيه مردود عليه)[2]، فالدولة وبعد أن التزمت بالتّحكيم أياً كان مصدر التزامها –كما سبقت الاشارة– فلا يمكنها بعد ذلك أن تتنصل منه بأية ذريعة، لانَّ ذلك يشكل تناقضاً واضحاً يترتب عليه عدم استقرار التعامل، ونحن لا نختلف مع من يقول بانَّ أساس الاستوبل هو مبدأ حسن النية، فلا شك في أن التناقض في التصريحات والتصرفات والسلوكيات المولدة لتغيير ضار في موقف الغير، لايتجانس بأي شكل من الاشكال مع حسن النية، المبدأ الاساس لكل رابطة قانونية، ويؤكد أحد الفقهاء على ذلك بقوله (أنَّ الصلة بين مبدأ حسن النية والاستوبل واضحة حيث أن مبدأ حسن النية يظهر عمق العلاقة بين اشكاليتين، الاولى، الاعتقاد ذو المضمون البسيكولوجي، والثانية، الاستقامة ذات الاصل المعنوي، انما هذا لا ينفي بأي حالة من الاحوال، أن منع التناقض يعد من مقتضيات التناسق بين الاقوال والتصرفات والتي تعد بدورها من مقتضيات حسن النية وعبر حماية الشخص المعتقد واعمال الاستوبل تتأمن حماية نيته الحسنة)[3]، كل ما في الامر أنَّ مبدأ حُسن النية هو أساس كل رابطة قانونية وهو معيار مطاط ويمتد ليشمل الاستوبل وغيره، ونظرية الاستوبل اليوم هي نظرية قائمة بذاتها وتعد أساساً لمنع التناقضات وهذا ما هو واضح من استقراء الاجتهادات الحديثة.

---

[1] . ان التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية يغني في بعض الاحوال عن الالتجاء الى نظرية التعسف في استعمال الحق. للتفصيل حول التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ينظر د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، المجلد ١، المرجع السابق،ص٦٢٦ وما بعدها.

[2] . سليم رستم باز، المرجع السابق، ص٥٢.

[3] . Jean (L.S.), La croyance le gi time, JCP, 1982, p.3058

المبحث الثالث

طبيعة الدفع بالاستوبل للتحكيم

يقصد بالدفع الوسيلة القانونية التي يستعين بها الخصم ليجيب بها عن دعوى خصمه بقصد تفادي الحكم له بما يدعيه( ) كلاً او بعضاً بصفة نهائية (او مؤقتة( ) ، وقد ثار الخلاف حول طبيعة الدفع بالاستوبل للتحكيم، ويبدو ان الخلاف يتمحور في اتجاهات أربعة، فهناك من ذهب لاعتباره دفعا بعدم الاختصاص وآخر الى القول بانه دفع ببطلان المطالبة القضائية وثالث الى انه دفع موضوعي أما الرابع فيعده دفع بعدم القبول، وكما هو واضح في الآتي :

المطلب الاول

الدفع بالاستوبل للتحكيم دفع بعدم الاختصاص

ويتطلب البحث في هذا المطلب عرض الحجج التي يستند اليها أنصار هذا الرأي ومن ثمَّ تقييمها، وسنخصص لكلٍ من المفردتين فرعاً خاصاً.

الفرع الاول

عرض الرأي

هناك من يذهب الى أنَّ الدفع بالاستوبل للتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص( )[3]، فالاتفاق على التحكيم انما يعني حجب سلطة المحاكم عن نظر النزاع، وهو يؤدي الى نزع الاختصاص بنظر النزاع عن المحاكم واعطائه للمحكمين، فيكون الدفع به دفع بعدم الاختصاص،( ) فذلك يجعل النزاع خارج اختُصاص القضاء، بمقتضى

---

[1] . ينظر د.عباس العبودي، شرح قانون اصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة ، عمان، ط١، ٢٠٠٦، ص٢٧٤.

[2] . ينظر في ذلك د.عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون المرافعات، ج٤، الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٧، ونصت المادة (١/٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل، على أنه (الدفع، هو الاتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلاً أو بعضاً).

[3] . يهدف هذا الدفع الى اعلان عدم اختصاص المحكمة التي اقيمت الدعوى أمامها وفق الاصول، ويقصد بالاختصاص (الصلاحية المعينة للمحكمة والتي تخولها النظر في قضية معينة)، ينظر في ذلك الاستاذ منير القاضي، المرجع السابق، ص٦١، ويكون عدم الاختصاص دولياً، كما لو كانت المحاكم العراقية غير مختصة، أو وظيفياً كما لو كان القضاء الاداري هو المختص، أو نوعياً، كما لو كانت الدعوى ليست من اختصاص محكمة الاستئناف بل التمييز، أو مكانياً، كما لو كانت محاكم البصرة هي المختصة وليست بغداد. ينظر في ذلك د.عباس العبودي، المرجع السابق، ص٧٧ وما بعدها، وكذلك عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ج١، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٩٠، ص٣٢٣، وكذلك د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص٥٦.

[4] . ينظر في ذلك د.نصري انطوان دياب، ثلاثية وسائل الدفاع في أصول المحاكمات المدنية اللبناني، بحث منشور في مجلة العدل، تصدر عن نقابة المحامين، بيروت، ع١، س٤٣، ٢٠٠٩، ص١٢. وحكم محكمة التمييز/ الغرفة المدنية الاولى، في قضية رقم (٠٩-٤٧٧,١٢) في ١٤/نيسان، ٢٠١٠، بين شركة العقارات SCI TECA وشركة MDI ضد شركة Baudin Chateauneuf وشركة Treve Abel SEETA، وكذلك حكم نفس المحكمة في قضية رقم (١١٨٧٢-٠٩) في ٢٠١٠/٥/١٢ بين X وشارل Y، والقضية رقم (٠٨-٢١,٣٧٧) في ٢٠١٠/٩/٩ بين Ergo Lietuveو

الاتفاق المذكور، وعدم الاختصاص هنا يتعلق بالنظام العام فيكون من الممكن ابداؤه في أي حالة تكون عليها الدعوى( ) وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها.

وهنالك من يرى ان هذا الدفع لايجوز ابداؤه في أي حالة تكون عليها الدعوى ولايجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها( ) كما هو الحال بالنسبة للدفوع المتعلقة بالنظام العام فالاصل هو ولاية القضاء بينما الاستثناء هو التحكيم، واذا كان الامر كذلك فلا يجوز للقضاء التنصل من ولايته بحجة وجود اتفاق تحكيم فقد يعدل الخصوم عنه( ) بعد حصوله ولهذا فالمنطق يقضي عدم تمسك المحكمة به من تلقاء نفسها.( ) ٤

Evekas ضد Maccifilia و Giraud Rhone ، للتفصيل ينظر مجلة التحكيم، ع٨، ٢٠١٠، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص٢٨٢-٢٨٤.

ومن التشريعات التي ذهبت لهذا الاتجاه ما نصت عليه المادة (١٤٤٨) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل بالمرسوم (٤٨) لسنة ٢٠١١ والتي نصت على أنه (اذا عرض نزاع خاضع لاتفاق تحكيم على محكمة نظامية، تعلن هذه الاخيرة عدم اختصاصها...)، والمادة (٥/١٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠ والتي نصت على أنه (ولاتختص المحاكم بنظر المنازعات التي أُتفق على التحكيم في شأنها...)، ونصت المادة (٢٤) من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ على أنه (يجب ابداء الدفع بعد الأختصاص والدفوع الشكلية الاخرى قبل الجلسة الأولى...)، ما يعني أنها اعتبرته دفعاً بعدم الاختصاص، ونص الفصل (٦١) من مجلة التحكيم التونسية على أنه (... يثار الدفع بعدم الاختصاص في أجل أقصاه تقديم الملحوظات الكتابية للدفاع في الاصل...)، ونصت المادة (٣/٢١) من قواعد التحكيم السويسرية على أنه (كقاعدة عامة، يقدم الدفع بعدم اختصاص هيأة التحكيم في الرد على اخطار التحكيم...)، ونصت المادة (٢/١٦) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بصيغته المنقحة ٢٠٠٦ على أنه (يقدم الدفع بعدم اختصاص هيأة التحكيم في موعدٍ أقصاه تقديم بيان الدفاع...)، ونصت المادة (٢/٢٣) من قواعد الاونسيترال بصيغتها المعدلة في ٢٠١٠ على أنه (يقدم الدفع بعدم اختصاص هيأة التحكيم في موعد أقصاه وقت تضمينه في بيان الدفاع...).

١ . فقد قضت المحكمة العليا في الجزائر/ الغرفة التجارية والبحرية، في قضية رقم (٤٠٠٥٦١) في ٢٠٠٧/١٢/٥ بأنه (يمكن اثارة الدفع بالاتفاق التحكيمي في أي مرحلة من مراحل الدعوى فينزع اختصاص القضاء). للتفصيل ينظر مجلة التحكيم، ع٤، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص٢٥٨.

٢ .اعتبرت المادة (١٤٤٨) من قانون المرافعات الفرنسي لعام ١٩٨١ المعدل بالمرسوم (٤٨) في ٢٠١١، الدفع بالاستوبل دفعا بعدم الاختصاص لا يتعلق بالنظام العام، فقد نصت على أنه (...لا يمكن للمحكمة النظامية أن تثير عدم اختصاصها من تلقاء نفسها...).

٣ . فقد نصت المادة (٥/١٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي على أنه (...ويجوز النزول عن الدفع بعدم الاختصاص صراحة أو ضمناً).

٤ . قضت محكمة النقض المصرية بأنه (اذا كان التحكيم يرتكز على نصوص القانون، فانه يرتكز أيضاً على اتفاق الخصوم، والطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها شرط التحكيم وتتخذ قواماً لوجوده تجعله غير متعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وانما يتعين التمسك به أمامها، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع، اذ يعتبر السكوت عن ابدائه قبل نظر الموضوع نزولاً ضمنياً عن التمسك به. نقض

الفرع الثاني

تقييم الرأي

بيد ان هذا الاتجاه لم يحظ بتأييد جميع الفقهاء انما وجهت له سهام النقد ومن ضمن ما قيل فيه، أنَّ تحديد طبيعة الدفع بالاستوبل للتحكيم بانه دفع بعدم الاختصاص فالامر يقتضي تحديد نوع الاختصاص وما اذا كان ولائيا أم نوعيا أم مكانيا، بل انه يقتضي القول انه اختصاص مكاني وهذا لا يمكن التسليم به لعدم امكان اسناد عدم الاختصاص المقول به لأي نوع من انواع عدم الاختصاص، فشرط التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة المختصة وانما من سماع الدعوى ما بقي شرط التحكيم قائماً،( ) والقول بعد الاختصاص يعنٰي أن المحكم هو المختص مع ان الاختصاص لا يمكن تصوره سوى بين المحاكم القضائية،( ) والمحكم ليس محكمة معينة حتى يتسنى الحديث عن اختصاصه بالدعوى حتى تكون المحكمة المرفوعة اليها الدعوى غير مختصة بنظرها،( ) ثم ان هناك تعارضاً بين تأصيل الدفع بالاستوبل على أنه دفع بعدم الاختصاص مع قواعد الولاية القضائية والاختصاص، اذ أنَّ الأخيرة مظهر من مظاهر سيادة الدولة وقواعدها من النظام العام التي لا يجوز للاطراف الاتفاق على خلافها، فالدفع بعد الاختصاص هو من النظام العام لا يجوز التنازل عنه ويمكن التمسك به في أي حال تكون عليها الدعوى( ) فالقضاء يبقى مختصا بالفصلٌ في النزاع محل الاتفاق على التحكيم ولذلك يمكننا القول ان اتفاق الطرفين لا يمكن ان يترتب عليه نفي اختصاص القضاء بنظر الدعوى( ).

ثم أنَّ نصوص القانون تمنح المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع اختصاصاً يتنافى مع القول بعدم اختصاصها، من ذلك طلب رد المحكم ونظر الدعوى في حال تعذر التحكيم لاسباب معينة والانابات القضائية والتماس اعادة النظر في حكم المحكم( )، كذلك فان الدفع بالاستوبل لّلتحكيم لا يتعلق بالنظام العام، أما الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي فهو من النظام العام.

المطلب الثاني

---

٢٤ مايو ١٩٦٦، س١٧، ص١٢٢٣. (نقلاً عن د.أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الاثبات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط١، ١٩٦٨، ص٩٣٩-٩٤٠).

١ . د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط٦، ١٩٨٠، ص١٢٣، و عبد الرحمن العلام، المرجع السابق، ج٤، ص٤٢٤.

٢ . ينظر عبد الرحمن العلام، ج١، المرجع السابق، ص٣٢١.

٣ . د.محمود محمد هاشم، اتفاق التحكيم وأثره على الاجراء القضائي في الفقه الاسلامي والانظمة الوضعية، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ١٩٨٥، ص١٦٦.

٤ . اذ نصت المادة (٧٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل على أنه (الدفع بعد اختصاص المحكمة بسبب عدم ولايتها او بسبب نوع الدعوى او قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز ابداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى).

٥ . د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص٩٤٠.

٦ . ينظر المواد (٢/٢٦١) و (٢٦٣) و (٢٦٩) و (٢٧٣)، من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

الدفع بالاستويل للتحكيم دفع ببطلان المطالبة القضائية (عدم جواز النظر في الدعوى)

وسيتم تقسيم هذا المطلب الى فرعين مستقلين، الاول لبيان حجج أنصار هذا الرأي، أما الثاني فلتقييمها.

الفرع الاول

عرض الرأي

ان الدفع بالاستويل هو دفع ببطلان المطالبة القضائية بسبب عيب موضوعي يتمثل بعدم قابلية الطلبات التي تتضمنها الصحيفة لان تكون محلا للمطالبة القضائية، فالأخيرة هي اجراء والاجراء عمل قانوني يتألف من شروط موضوعية كالارادة والأهلية والمحل والاختصاص وأخرى شكلية وتتمثل بالشكل الذ ي وضعه القانون[١]، ووظيفة اتفاق التحكيم هي الحيلولة دون المطالبة بالحق المتنازع عليه عن طريق القضاء بنحو لا يصبح معه صالحا لان يكون محلا لهذه المطالبة.

ويترتب على ذلك عدد من النتائج منها أنَّ الحكم في الدفع بالاستويل يعد حكما ببطلان المطالبة القضائية او صحتها، ويطبق عليه قواعد البطلان الخاص، اذ انه لايتعلق بالنظام العام وبالتالي لايجوز التمسك بها الا ممن شرع لمصلحته من الطرفين ويجوز لصاحب الحق فيه التنازل عنه صراحة او ضمناً، فالدفع بالاستويل للتحكيم دفع بعدم جواز النظر في الدعوى لتخلف حق الدعوى أصلاً لدى الخصم[٢].

الفرع الثاني

تقييم الرأي

وقد قيل في معرض النقد لهذا الاتجاه أنَّ ثمة مغالاة في الزعم بانتفاء حق الدعوى لانتفاء النزاع وتجعله منافياً للواقع، فاتفاق التحكيم يفترض لاعماله وجود نزاع قائم أو قد ينشأ في المستقبل، ثم ان القول بان الدفع بالاستويل للتحكيم دفع بعدم جواز نظر الدعوى ويحول دون اعادة رفع الدعوى مجدداً، قول يجانب الصواب، فلا يحول الدفع بالاستويل للتحكيم دون ذلك اذ ليس هناك مانع قانوني يمنع رفع الامر الى القضاء فيما لو انقضى ميعاد التحكيم دون صدور الحكم مثلاً او استحال اتمامه لأي سبب كان،[٣] وكذلك فيما لو تم التنازل عن التحكيم صراحة او ضمناً[٤].

المطلب الثالث

الدفع بالاستويل دفع موضوعي

يدور هذا المطلب في بيان حجج أنصار هذا الرأي وتقييمها، وعلى مدار الفرعين الآتيين:

الفرع الاول

عرض الرأي

---

[١] . ينظر في ذلك د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص١١١.

[٢] . ينظر د.عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية، ط٣، ١٩٢١، ص٢٨٤.

[٣] . د.أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص٨٦٠.

[٤] . ينظر نص المادة (٢/٢٥٣) و(٢٦٣) من قانون المرافعات العراقي.

الدفوع الموضوعية، هي كل دفع يتعلق بأصل الحق الذي تنظمه القوانين المقررة للحقوق، كالقانون المدني والتجاري، ويقصد منها انكار المدعى عليه كلاً أو بعضاً بالمنازعة في صحة التزام المدعي او مداه او منازعته في بقائه، كان ينكر وجوده او يزعم سقوطه او انقضائه، والدفوع الموضوعية لا يحدها الحصر، والتي قد تستند الى نص في القانون او العقد او المبادئ والقواعد العامة او اي دليل من أدلة براءة الذمة او سقوط الحق[1].

وان التمسك بالاستوبل للتحكيم من وجهة نظر القانون المدني تمسك بتنفيذ شرط من شروط العقد، وشأن شرط التحكيم شأن سائر الشروط الاتفاقية، لا يمكن أن يسقط الحق في التمسك بها بمجرد التكلم في الموضوع أمام المحكمة، كما لا يمكن أن يسقط الحق في التمسك بها، بصورة ضمنية، لان الدفع بالتحكيم ليس منشأه في الأصل قانون المرافعات– الذي يعنى بالاجراءات والدفوع المتعلقة بها– انما هو منبثق ويتأتى من أحكام القانون المدني، كأثر من آثار عقد التحكيم.

الفرع الثاني

تقييم الرأي

بيد أن هذا الرأي يبدو متأثراً بالنظرية التعاقدية للتحكيم والتي تميل لاعتبار مجمل عملية التحكيم اتفاقية، بخلاف الامر الواقع، المستقر على اعتبار التحكيم قضاءً أصيلاً للتجارة الدولية، فالتحكيم التجاري الدولي لم يعد اليوم عملاً ارادياً خالصاً، وليس أدل على ذلك من استقلال شرط التحكيم عن العقد الذي تضمنه،[2] اذ لا يتأثر شرط التحكيم باحتمال فسخ العقد او بطلانه.

ثم ان تحديد طبيعة الدفع بالاستوبل للتحكيم بأنه دفع موضوعي يؤدي الى تصدي المحكمة الى أصل الموضوع في الدعوى والنظر فيه ومن ثمَّ اصدار حكمها الفاصل في موضوع الدعوى، ما يمنع تجديد النزاع امام المحكمة مرة اخرى لان الحكم يحوز حجية الامر المقضي به، وهذا يتعارض مع عدة مسائل منها، الخروج على المبدأ المستقر في التحكيم التجاري الدولي والذي يقضي بأن المحكم هو من يفصل باختصاصه، كذلك يؤدي الى عدم الاقتصاد في الخصومة، ثم ان هذه الطبيعة لاتفسر امكان رفع الدعوى امام القضاء بعد استنفاد طريق التحكيم، طبقاً لقاعدة (اذا زال المانع عاد الممنوع)، فالتحكيم واقعاً ينشئ عائقاً أمام المحكمة عن نظر الدعوى مازال الشرط قائماً.

المطلب الرابع

الدفع بالاستوبل دفع بعدم القبول

ونتكلم في هذا المطلب عن حجج أنصار هذا الرأي في فرعٍ أول، وعن تقييمه في فرعٍ ثانٍ.

---

[1] . ينظر في ذلك د.عباس العبودي، المرجع السابق، ص٢٧٧، وكذلك عبد الرحمن علام، ج١، المرجع السابق، ص١١٦، وكذلك د.عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص٥٣.

[2] . ينظر في ذلك د.محيي الدين علم الدين، اتفاق التحكيم –استقلاله وصياغته–، مجلة التحكيم، ملحق ع٨، ٢٠١٠، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص٣٣٦ وما بعدها.

الفرع الاول

عرض الرأي

هناك من يرى[1] ان الدفع بالاستوبل هو دفع بعدم القبول[2] فالخصم وقد ارتضى عرض النزاع على محكم يكون قد نزل عن حقه في الفصل في الدعوى عن طريق الخصومة العادية، والتمسك بهذا النزول يعتبر دفعاً بعدم القبول من الناحية الاجرائية امام القضاء، ولان أساس الدفع اتفاق الطرفين على التحكيم[3] فانه لا يتعلق بالنظام العام[4].

ويستند هذا الاتجاه في رأيه على مجموعة من الحجج مؤداها أنَّ الاتفاق على التحكيم ليس له القدرة على اخراج النزاع من اختصاص القضاء بل هو لا يستهدف احداث هذا الأثر انما يتمثل بمجرد اقامة مانع من سماع الدعوى امام القضاء وهو باقامة هذا المانع انما يقيد حق الطرفين في الالتجاء الى القضاء، فالاتفاق على التحكيم لا يمس الشروط الشكلية المتعلقة بالاختصاص، انما يمس سلطة الخصم بالالتجاء للقضاء فينشئ عائقاً مؤقتاً يمنع المحكمة من نظر الدعوى، لذلك فان الرجوع عن التحكيم يوجب الرجوع للمحكمة المختصة، ولان اتفاق التحكيم يؤدي الى نزول الخصوم عن سلطة الالتجاء الى القضاء بارادتهم، فان الدعوى تفقد شرطاً من شروط قبولها، فيمتنع على المحكمة نظرها، والنتيجة المنطقية لذلك ان تصبح الدعوى غير مقبولة امام القضاء مادام المانع من قبولها موجوداً.

وتجدر الاشارة الى أنَّ قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل قد اخذ بهذا الاتجاه، ويبدو ذلك جلياً من ملاحظة المادة (٢٥٢) منه والتي نصت على أنه (... فاذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق التحكيم أو أقرت اتفاق الطرفين عليه اثناء المرافعة فتقرر اعتبار الدعوى مستأخرة الى أن يصدر قرار التحكيم)، ونص

---

[1] . د.احمد ابو الوفا، المرجع السابق، ص٣٠٩، والدفوع ، المرجع السابق، ص٩٤٠، د.عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص٢٢، عبد الرحمن العلام، المرجع السابق، ص٤٢٤، Paul Guggenheim, trait de droit international public, tome(I), Genève, 1967, p.244-245.

[2] . يقصد بالدفع بعدم القبول، الاعتراض على قبول الدعوى أو الطعن لانتفاء شروط القبول فيها. د.عباس العبودي، المرجع السابق، ص٢٨٣. ويهدف الدفع بعدم القبول لرد الدعوى دون التصدي للاساس، دون مناقشة الموضوع، فهو لا يستهدف الحق الذي ترتكز عليه الدعوى ولا يناقش صحته وقانونيته، انما يستهدف حق الدعوى بذاته، ويرتكز على انتفاء حق المدعي في الدعوى، لانتفاء أحد شروط الدعوى. عبد الرحمن العلام، المرجع السابق، ص١٢٠.

[3] . د.سميحة القليوبي، مسؤولية المحكم، مجلة التحكيم، ملحق ع٨، ٢٠١٠، المرجع السابق، ص٦٠٧.

[4] . د.فتحي والي، الوسيط في قانون المرافعات، ط٢، ١٩٨١، ص٤٤٧، وقد اعتبرت المادة (١/١٣) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ الدفع بالاستوبل دفع بعدم القبول حيث نصت على أنه (يجب على المحكمة التي يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى...)، وكذلك المادة (١/٨) من قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والتي نصت على أنه (على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تحيل الطرفين الى التحكيم...)، وكذلك نص المادة (ثانياً/٣) من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية ١٩٥٨ والتي نصت على أنه (على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الاطراف ... أن تحيل الخصوم بناءً على طلب أحدهم الى التحكيم...).

المادة (١/٢٥٣) من نفس القانون والتي نصت على أنه (اذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاعٍ ما، فلا يجوز رفع الدعوى به امام القضاء الا بعد استنفاد طريق التحكيم)، وكذلك نص الفقرة الثالثة من نفس المادة والتي بينت (اما اذا اعترض الخصم فتقرر المحكمة اعتبار الدعوى مستأخرة حتى يصدر قرار التحكيم)، وهذا ما يتفق مع المنطق القانوني.

الفرع الثاني

تقييم الرأي

ويبدو مما تقدم أن أقرب الآراء لبيان طبيعة الدفع بالاستوبل هو اعتباره دفع بعدم القبول، فالمشرع ينظم حق الدعوى ويتطلب لمزاولته شروطاً معينة[١]، من بينها عدم اختيار طريقاً آخر مشروعاً لحسم النزاع[٢]، وما دامت الدعوى ليست الوسيلة الوحيدة لحسم النزاع على الحقوق والمراكز القانونية، واذا صح أنها ليست واجباً قانونياً يجب اتباعه في جميع الاحوال فان من حق الخصوم أن يتفقوا على طريقٍ آخر، ومن واجب المحكمة ومن دواعي المصلحتين الخاصة والعامة احترام الخيار الآخر، فاذا ما لجأ أي من أطراف الاتفاق الى المحكمة فان لخصمه الحق في أن ينكر عليه ذلك بالاستناد الى الاستوبل لتخلف شرط من شروط قبول الدعوى، وهو (عدم اتفاق الخصوم على اختيار طريق آخر موازٍ ومحقق لنفس الهدف وهو حسم النزاع).

---

١ . نصت المواد (٦-٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي على شروط رفع الدعوى، وان كنا نرى أن عدم وجود اتفاق على التحكيم هو أيضاً من شروط رفع الدعوى، وللتفصيل في شروط الدعوى ينظر د.عباس العبودي، المرجع السابق، ص١٨٨ وما بعدها.

٢ . ينظر في هذا المعنى د.عباس العبودي، المرجع نفسه، ص٢٠٠.

المبحث الرابع

آثار الدفع بالاستويل

يرتب الدفع بالاستويل للتحكيم آثاراً معينة، أهمها، وقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة، وما يتعلق بالمسائل المستعجلة، ومسألة النظر في صحة اتفاق التحكيم وتفسيره، بالاضافة الى ما يتعلق بقطع مدة التقادم، وسنخصص لكل واحدٍ من هذه الآثار مطلباً خاصاً.

المطلب الاول

وقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة

في حال الدفع بالاستويل تلتزم المحكمة بوقف الدعوى المرفوعة أمامها[1]، اذ يترتب على التحكيم أثرين، الاول، ايجابي، يتمثل بحق أطرافه في طرق باب التحكيم، والثاني، سلبي، ويتمثل بمنع قضاء الدولة من نظر المنازعة محل التحكيم مادام التحكيم قائماً، وهو ما يعبر عنه بالأثر المانع للتحكيم[2]، فقد نصت المادة (١/٢٥٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه (اذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاعٍ ما، فلا يجوز رفع الدعوى به امام القضاء الا بعد استنفاد طريق التحكيم)[3]، وكذلك نص الفقرة الثالثة من نفس المادة والتي نصت على أنه (اما اذا اعترض الخصم فتقرر المحكمة اعتبار الدعوى مستأخرة حتى يصدر قرار التحكيم). وذلك يحقق ميزة عدم ابطاء المحكمين في اصدار حكمهم وييسر عودة الاطراف المتنازعين تحكيمياً للقضاء، لان

---

[1] . نصت المادة ١/٢٥ من اتفاقية واشنطن بشان تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار على انه (يتعين على محاكم الدول التي ترفع اليها الاجراءات بالمخالفة لشرط التحكيم ان توقف الاجراءات امامها).

نصوص الاتفاقية متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع:
http://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of,disputes.between.states.of.other.states.convention.washington.1965/doc.

ونصت المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل على انه (... فاذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق على التحكيم او اذا اقرت اتفاق الطرفين عليه اثناء المرافعة، فتقرر اعتبار الدعوى مستاخرة الى ان يصدر قرار التحكيم).

[2] . فقد نصت المادة (٥) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ١٩٨٥ بصيغته المنقحة ٢٠٠٦ على أنه (في المسائل التي ينظمها هذا القانون، لا يجوز لأي محكمة أن تتدخل الا حيث يكون منصوصاً على ذلك في هذا القانون).

وقضت المحكمة العليا في الجزائر/الغرفة التجارية والبحرية في قضية رقم (٤٤٢١٨٧)في ٢٠٠٨/٤/٩ بأنَّ (من اتفق على اللجوء الى التحكيم لا يمكنه اللجوء الى القضاء، لأنَّ العقد شريعة المتعاقدين). للتفصيل حول هذا الحكم ينظر مجلة التحكيم، ع٤، ٢٠٠٩، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص٢٤٥-٢٤٧.

[3] . ونصت المادة (٢٧) من اتفاقية عما للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ على أنه (الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية يحول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى أو الطعن لديها بقرار التحكيم)، ونصت المادة (١/٨) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ١٩٨٥ بصيغته المنقحة ٢٠٠٦ على أنه (على المحكمة التي ترفع امامها دعوى في مسألة أبرمت بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين الى التحكيم اذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد...)، وكذلك كان نص المادة (١/٨) من قانون التحكيم البحريني رقم (٩) لسنة ١٩٩٤، ونص الفصل (٥٢) من مجلة التحكيم التونسية، ونصت المادة (١٣) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل على أنه (على المحكمة التي يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى ...).

الدفع بالاستوبل لا يترتب عليه استنفاد المحكمة ولايتها في النزاع انما ايقافه وبالتالي فاذا فشل التحكيم في حل النزاع يرجع الأمر الى القضاء، والقول بأنَّ المحكمة قد استنفدت ولايتها يؤدي الى تصدي محكمة الدرجة الثانية للنظر في للموضوع مباشرة اما القول بعكس ذلك فيؤدي الى اعادة الدعوى الى محكمة الدرجة الاولى وبالتالي عدم تفويت درجة من درجات التقاضي على رافعها.

بيد أنَّ ما تجدر الاشارة اليه في هذا الصدد، هو أنَّ مجرد الاتفاق على التحكيم لا يكفي وحده لوقف الاجراءات، انما قبول المحكمة للدفع بالاستوبل واقتناعها بامكانية حسم النزاع عن طريق التحكيم هو الذي يشفع لها ان تقرر عدم المضي في الدعوى بعد أن أحيل أمر الفصل في موضوعها لجهة أخرى معتبرة لتقضي بناءً على ذلك بوقف الاجراءات بنفس المعنى الذي يرمي اليه قضاؤها برد الدعوى[1]، كما ان عدم القبول والاتفاق على التحكيم ليسا وجهين لعملة واحدة، انما أحدهما (الاتفاق على التحكيم) مسوغ للآخر (عدم القبول)، ومبرر أيضاً لوقف الاجراءات، فالدفع بوقف الاجراءات نتيجة اتفاق التحكيم هو دفع اجرائي شكلي، أما الدفع بعد القبول لوجود الاتفاق على التحكيم فدفع بعدم القبول مستقل عن الدفوع الشكلية[2] وكذلك عن الدفوع الموضوعية[3]، والدفع الشكلي مقرر لمن قصد القانون حمايته (وهو المدعى عليه هنا)، ما لم يكن متعلقاً بالنظام العام[4]، أما الدفع بعدم القبول فمتاح لكل ذي مصلحة بمن فيهم المدعى عليه بالدفع بالتحكيم (المدعي بالدعوى التي يثار فيها هذا الدفع)[5]، ومن جانبٍ آخر فان وقف الاجراءات في جميع الحالات المبررة يغل يد المحكمة عن النظر في النزاع، عليه فان القول بوقف الاجراءات نتيجة الدفع بالاستوبل يمنع المدعي من متابعة دعواه دون الحاجة لصدور حكم من المحكمة برد الدعوى، محل نظر.

أما عن الوقت الذي يثار فيه الدفع بالاستوبل، فموعده هو الجلسة الاولى[6] أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع التي رفعت الدعوى أمامها رغم وجود اتفاق التحكيم، فقد نصت المادة (١/٨) من القانون النموذجي

---

١ . هذا الوضع في القانون العراقي، وان كنا نميل الى ترك هذه المسألة لمحكمة التحكيم، طبقاً لمبدأ اختصاص المحكم للفصل في اختصاصه.

٢ . الدفوع الشكلية، هي الوسائل التي يستعين بها المدعى عليه لتفادي الدعوى بغير أن يواجه موضوعها أو يناقشه، وذلك بانكار اما شكل الدعوى أو الطعن باختصاص المحكمة أو في اجراءاتها. (ينظر عبد الرحمن العلام،ج١، المرجع السابق، ص١١٧).

٣ . الدفوع الموضوعية، هي كل دفع يتعلق بأصل الحق الذي تنظمه القوانين المقررة للحقوق كالقانون المدني والتجاري، ويقصد منها انكار المدعى عليه كلاً أو بعضاً بالمنازعة في صحة التزام المدعي ومداه او منازعته في بقائه، كأن ينكر وجوده أو يزعم سقوطه او انقضائه، كالدفع ببطلان سند الدين أو تزويره أو انقضائه. (ينظر المرجع نفسه، ص١١٦).

٤ . ينظر المرجع نفسه، ص١١٨.

٥ . ينظر د.وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ط١، ١٩٧٨، ص٢١٤.

٦ . فقد قضت محكمة النقض السورية/ الغرفة المدنية الاولى في قضية رقم (٤٦٨) في ٢٠٠٥ بأنَّ (التمسك بشرط التحكيم واثارته قبل أي دفع آخر يجعل البت بالنزاع من اختصاص هياة التحكيم)، للتفصيل ينظر مجلة التحكيم، ع٤، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص٣٠٩-٣١٠، وقضت محكمة الاستئناف في الكويت/ هيأة التحكيم القضائي الاولى/ في ٢٠٠٧/٧/٤ بأنَّ (لجوء المحتكم الى القضاء وعدم تمسك الطرف الآخر بعدم الاختصاص هو الغاء للشرط التحكيمي)، المرجع نفسه،

للتحكيم التجاري الدولي ١٩٨٥ بصيغته المنقحة ٢٠٠٦ على انه (على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين الى التحكيم، اذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الاول في موضوع النزاع...)، وكذلك هو نص المادة (١/٨) من قانون التحكيم البحريني[ ] والفصل (٥٢) من مجلة التحكيم التونسية والمادة (٢/٢٣) من قواعد الاونسيترال بصيغها المنقحة ٢٠١٠ والمادة (٣/٢١) من قواعد التحكيم السويسرية، ونصت المادة (١/١٣) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل على أنه (على المحكمة التي يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى اذا دفع المدعى عليه بذلك قبل ابدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى)، ونصت المادة (٢/٢٥٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه (ومع ذلك اذا لجأ أحد الطرفين الى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الاولى جاز نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً).

المطلب الثاني

المسائل المستعجلة

الطلب المستعجل، طلب اتخاذ اجراء وقتي سريع يبرره خطر حقيقي محدق بالحق المراد المحافظة عليه لدرء الضرر الذي لا يمكن تلافيه اذا ما لجأ الخصوم للقضاء العادي[ ]، ويختلف الاستعجال هنا عن[٢] نظر الدعوى بصورة مستعجلة، فالمشرع في بعض الأحيان ينص على البت في بعض الدعاوى على وجه السرعة، وهو المقصود بالثانية[ ]، فهذا ليس من شأنه أن يجعلها من قبيل المسائل المستعجلة[ ]، لعدم توافر الخطر، انما[٤] يكتفى فيها بتقصير مواعيد التقاضي أمام القضاء العادي، أما الاستعجال محل البحث فيقصد به الحكم في

ص٣٣٣، وقضت محكمة التمييز في البحرين في طعن رقم (٢٠٠١/٢٢٣) بأنَّ (عدم التمسك أمام القضاء في أول دفع بشرط التحكيم يفضي الى سقوطه). للتفصيل ينظر مجلة التحكيم، ع٤، ٢٠٠٩، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص٢٠١-٢١٢، وقضت المحكمة العليا في السودان/ الدائرة المدنية/ الطعن المدني رقم ٢٠٠٦/١٠٤٣ بأنه (...ويعتبر عدم ابداء الدفع بشرط التحكيم في الجلسة الاولى تنازلاً عن الحق فيه...). للتفصيل ينظر مجلة التحكيم، ع١٠، ٢٠١١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص٣٢١.

[١] . نصوص القانون متاحة على الموقع الالكتروني :
http://www.aiadr.com/aiadr/subcat.asp?ID=181&Link=95

[٢] . عبد الرحمن العلام، ج١، المرجع السابق، ص٤٥٨، ومن الحالات المستعجلة، ما اذا توقف المقاول عن اتمام بناء تعهد باتمامه في وقت معين، وطلب البائع الترخيص له في بيع المنقولات المبيعة القابلة للتلف أو لتقلب الاسعار في السوق في حال امتناع المشتري عن تسلمها في الميعاد المتفق عليه. (المرجع نفسه، ج٣، ص١٨).

[٣] . كما في نص المادة (٢/١١٣٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، والتي اعتبرت دعوى الشفعة من الدعاوى المستعجلة، وكذلك نص المادة (٥٤٨) من قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠، باب الافلاس (والنافذ حالياً)، والتي اعتبرت دعاوى الافلاس من الدعاوى المستعجلة.

[٤] . نص المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل في المواد (١٥٠-١٤١) على المسائل المستعجلة.

المسائل المستعجلة مؤقتاً دون البت في أصل الموضوع[1]، والمحكمة المختصة نوعياً بنظر المسائل المستعجلة بصورة أصلية هي محكمة البداءة[2].

وهنالك من يذهب الى ان تخويل هيأة التحكيم النظر في المنازعات المستعجلة يعني الالتزام بعدم عرضها على القضاء، واذا ما خالف أحد الطرفين ذلك، كان للطرف الآخر أن يدفعها بالاستوبل.[3]

بينما يذهب جانب آخر الى مواجهة المسألة من خلال طبيعة المنازعات المستعجلة ذاتها ووظيفة القضاء بشأنها، مقررا أن تخويل هيأة التحكيم صلاحية الفصل في المنازعات المستعجلة لايمنع من رفعها امام القضاء.[4]

وواقعا ان الرأي الثاني هو الاجدر بالتأييد فصفة الاستعجال تقضي بالخروج على القواعد العامة في صلاحية المحكم فالامر يتعلق بخطر محدق او ضرر داهم يواجهه المشرع بقضاء خاص متميز عن القضاء صاحب الاختصاص بنظر دعوى الموضوع.[5]

وبالنسبة لموقف التشريعات فالبعض منها أعتبرت الاصل عرض المسائل المستعجلة على المحاكم ذات الاختصاص هو الأصل، واستثناءً من ذلك، يتم نظر تلك المسائل من قبل هيأة التحكيم في حال الاتفاق صراحةً على ذلك، من ذلك ما ورد في المادة (١٤٤٩) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل بالمرسوم (٤٨) في ٢٠١١ والتي نصت على أنه (طالما أنَّ الهيأة التحكيمية لم تتشكل بعد، لايحول وجود اتفاق تحكيم دون أن يتقدم طرف من الاطراف الى محكمة نظامية بطلب يرمي الى اتخاذ اجراء تحقيقي أو اجراء وقتي أو تحفظي...)، والمادة (١٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠ المعدل والتي نصت على أنه (...ولايشمل اتفاق التحكيم المسائل المستعجلة، مالم يتم الاتفاق على خلاف ذلك)، وكذلك المادة (١٤) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل.

---

[1] . عبد الرحمن العلام، ج٣، المرجع السابق، ص١٨.

[2] . فقد نصت المادة (١/١٤١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على أنه (تختص محكمة البداءة بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق)، وكذلك نصت المادة (٣٣) من القانون نفسه.

[3] . د. محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٥٠٧.

[4] . د.حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الدولية المتفق بشأنه على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ١٩٩٦، ص٤٥. (أشار اليه د.مصطفى محمد الجمال ود.عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص٢٠٣).

[5] . فقد نصت المادة (٩) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي١٩٨٥ بصيغته المنقحة ٢٠٠٦ على أنه (لا يعتبر مناقضاً لاتفاق التحكيم أن يطلب أحد الطرفين، قبل بدء اجراءات التحكيم أو في اثنائها، من احدى المحاكم أن تتخذ اجراءً وقائياً مؤقتاً، وان تتخذ المحكمة اجراءً بناءً على هذا الطلب)، وبنفس الصياغة جاءت المادة (٩) من قانون التحكيم البحريني رقم (٩) لسنة ١٩٩٤، وكذلك الفصل (٥٤) من مجلة التحكيم التونسية، والمادة (٣/٢٦) من قواعد التحكيم السويسرية.

في حين يذهب الاتجاه الآخر من التشريعات الى اعطاء هيأة التحكيم صلاحية النظر في المسائل المستعجلة وكأصلٍ عام، ولايقدح في ذلك سوى اتفاق الخصوم على خلافه، من ذلك ما ورد في المادة (١/١٧) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ١٩٨٥ بصيغته المنقحة ٢٠٠٦، والتي نصت على انه (يجوز لهيأة التحكيم أن تصدر تدابير مؤقتة بناءً على طلب أحد الطرفين، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك)، وكذلك المادة (١/٢٦) من قواعد الاونسيترال ١٩٧٦ بصيغتها المنقحة ٢٠١٠، والمادة (١/٢٦) من قواعد التحكيم السويسرية، والمادة (٢٨) من قواعد التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، والمادة (٢٩) من اتفاقية عمان التحكيم التجاري لعام ١٩٨٧.

وبالنسبة لموقف المشرع العراقي، فعند البحث في النصوص المتعلقة بالتحكيم في قانون المرافعات المدنية لا نجد نصاً خاصاً يعالج هذه المسألة، انما وردت الاشارة اليها ضمن الاحكام المنظمة للاختصاص في المادة (٣٣) والتي أعطت صلاحية النظر في تلك المسائل لمحكمة البداءة، وكذا الحكم في المادة (١/١٤١) من نفس القانون، بيد أنّ الفقرة الثانية من المادة (١٤١) بينت أنَّ محكمة الموضوع يمكن أن تختص بنظر تلك المسائل في حال رفعت اليها دعوى المسائل المستعجلة بطريق التبعية، فقد نصت على أنه (تختص محكمة الموضوع بنظر هذه المسائل –أي المستعجلة– اذا رفعت اليها بطريق التبعية أثناء السير في دعوى الموضوع)، وعليه يمكن لنا القول بامكان رفع دعوى المسائل المستعجلة في القانون العراقي أمام هيأة التحكيم بالاستناد لهذا النص، باعتبار هيأة التحكيم تمثل محكمة الموضوع، وان كنا نقترح ايراد نص خاص في النصوص المتعلقة بالتحكيم يعالج هذه المسألة تجنباً لأي التباس قانوني قد يحصل.

المطلب الثالث

النظر في صحة اتفاق التحكيم وتفسيره

ثار التساؤل عما اذا كان للمدعي أن يدعي بطلان الاتفاق على التحكيم او بعدم شموله للنزاع المطروح على المحكمة، ومن ثم هل للمحكمة ان تفصل في مسالة بطلان الاتفاق على التحكيم أو تفسيره؟

في الواقع يقال اذا كان المدعي قد رفع دعواه امام القضاء للفصل فيها بعد تشكيل هيأة التحكيم، فلا يكون للمدعي ان يدفع ببطلان اتفاق التحكيم او بعدم شموله للنزاع المطروح على المحكمة، ويتعين على المحكمة بدورها ان تمتنع عن ذلك.

اما اذا كان المدعي قام برفع دعواه قبل تشكيل هيأة التحكيم ، فيبدو انه يكون للمدعي ان يدعي ببطلان اتفاق التحكيم او بعدم شموله للنزاع المطروح على المحكمة، ولا يكون للمحكمة ان تمتنع عن النظر في ذلك، ما لم يقرن المدعى عليه دفعه بالاستوبل بما يفيد اتخاذه ما يلزم لتحريك اجراءات التحكيم.[١]

والقول بخلاف ذلك يؤدي الى نتيجة غير منطقية، فالطرف الذي يعتقد ببطلان اتفاق التحكيم او بعدم شموله للنزاع القائم بينه وبين الطرف الاخر، يكون عليه مع ذلك ان يبدأ بتحريك اجراءات التحكيم، ثم ينازع في اختصاص التحكيم الذي بدأ بنفسه تحريكه والذي قبله خصمه، واذا ما انتهت هيأة التحكيم الى تقرير اختصاصها

[١] . . د.مصطفى محمد الجمال ود.عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص٥٣١.

فانه يكون عليه الانتظار الى حين الحكم في الموضوع حتى يتمكن من بعد من اثارة عدم اختصاص هيأة التحكيم امام القضاء.

بيد أنَّ هنالك اعتبارا آخر وهو أن يكون احتمال التجاء الطرف الى القضاء القصد منه تأخير الفصل في النزاع، لذلك فان الادعاء أمام المحكمة ببطلان اتفاق التحكيم أو بعدم شموله للنزاع المطروح لا يمنع المدعى عليه من تحريك اجراءات التحكيم اذا ما قدر ان قصد خصمه من ذلك مجرد التعطيل او كسب الوقت( ).

الجهة المختصة للنظر في الاستويل

تختص محكمة التحكيم للنظر في صحة الاستوبل، وهذا من نتائج مبدأ استقلال شرط التحكيم( )، فالسماح للمحكم الفصل في اختصاصه مع الخضوع للرقابة اللاحقة للقضاء الوطني المختص ودعوة هذا القضاء بعدم التدخل للفصل في هذه المسألة قبل صدور حكم التحكيم، يتحاشى الخلل الذي قد يصيب اجراءات التحكيم دون المساس بمصالح الطرف الذي يحق له التمسك ببطلان أو انعدام اتفاق التحكيم، طالما أن هذا البطلان او الانعدام يمكن التحقق منه بوساطة السلطات المختصة في اللحظة المناسبة( )[٣].

ويذهب جانب من الفقه( ) لاعتبار مبدأ اختصاص المحَكم بالفصل في اختصاصه من المبادئ الاساسية للنظام العام العابر للدول، بسبب قبول هذا المبدأ في العديد من الوثائق الدولية، سواء كانت في صورة اتفاقيات دولية أو لوائح التحكيم اضافة الى القوانين الوطنية لعديد من الدول المعاصرة، من ذلك ما ورد في المادة (٣/٥) من اتفاقية جنيف ١٩٦١ والتي نصت على أنه (لايلتزم المحكم الذي ينكر الاطراف عليه الاختصاص أن يتخلى عن نظر المنازعة، وله أن يفصل في مسألة اختصاصه وفي وجود وصحة اتفاق التحكيم... وذلك دون اخلال بالرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضي)( )، وكذلك ما ورد في نص المادة (١/٤١) من اتفاقية واشنطن المنشئة للبنك الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار، والتي نصت على أنه (تكون المحكمة هي الحكم في اختصاصها)( ) والمادة (١/١٦) من القانون[٦] النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥بصيغته المنقحة ٢٠٠٦ والتي نصت على أنه (يجوز لهيأة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك

---

[١] . المرجع نفسه، ص٥٣١.

[٢] . ينظر في ذلك د.حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص٢٣٥، وكذلك د.فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص٢٠٧ وما بعدها.

[٣] . ينظرد.حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص٢٣٨، وكذلك د.سامي بديع منصور، المرجع السابق، ٤٧٤.

[٤] . د.حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص٢٣٤، وكذلك

Lalive (P.), Order Public Transnational (ou réellement international et arbitrage international, Rev.Arb, 1986, p.329.

[٥] . اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١ يشأن التحكيم التجاري الدولي، نصوص الاتفاقية متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع:

http://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.geneva.1961/doc.html

[٦] . نصوص الاتفاقية متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع:

http://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of,disputes.between.states.of.other.states.convention.washington.1965/doc.

البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم او بصحته...)[1] والمادة (١/٢٣) من قواعد الاونسيترال ١٩٧٦ بصيغتها المنقحة ٢٠١٠ والتي نصت على أنه (تكون لهيأة التحكيم صلاحية البت في اختصاصها، بما في ذلك أي اعتراض يتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته...)[2]، والمادة (٢٤) من اتفاقية عمّان للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧ والتي نصت على أنه (يجب ابداء الدفع بعد الاختصاص...، وعلى الهيأة أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع ويكون قرارها في هذا الشأن نهائياً)[3]، ومن لوائح التحكيم ما ورد فّي المادة (١/٢١) من القواعد السويسرية للتحكيم التجاري الدولي لعام ٢٠٠٤ (هيأة التحكيم هي صاحبة الاختصاص بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود أو صحة شرط التحكيم أو مشارطته)[4]، ونص المادة (٢/٦) من لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية في باريس[5]. ومن القوانين الوطنية ما وردْ في المادة (١٤٦٥) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل بالمرسوم رقم (٤٨) في ٢٠١١ والتي نصت على أنه (تكون الهيأة التحكيمية وحدها صاحبة الاختصاص بالنظر في المنازعات المتعلقة بسلطتها القضائية)، والمادة (١/٢٢) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل والتي نصت على أنه (تفصل هيأة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم او سقوطه او بطلانه او عدم شموله لموضوع النزاع)، ونص الفصل (١/٦١) من مجلة التحكيم التونسية والذي نص على أنه (تختص هيأة التحكيم في اختصاصها وفي أي اعتراض يتعلق بوجود اتفاقية التحكيم أو بصحتها)[6]، وكذلك نص المادة (١٨٦) من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧[7].

ومن الأحكام، الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية/ الغرفة المدنية الأولى بتاريخ ٢٥ أبريل (نيسان) ٢٠٠٦ في قضية شركة DMN ضد شركة Tripette et Renaud[8] ، وكذلك حكم نفس المحكمة في ٢٢

---

[1] . نصوص القانون بصيغتها المعدلة عام ٢٠٠٦ متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع:
http://www.jus.uio.no/lm/un.conciliation.rules.1985/doc

[2] . نصوص القواعد متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الالكتروني:
http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral/texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html

[3] . نصوص الاتفاقية متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الالكتروني: http://www.gulf-law.com

[4] . نصوص القواعد متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع :
http://www.swissarbitration.ch

[5] . نصوص اللائحة متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع:
http://www.jus.uio.no/lm/ice.convention.rules.1980/doc.html

[6] . نصوص المجلة متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الالكتروني:
http://www.aiadr.com/aiadr/subcat.asp?ID=182&Link=95

[7] . نصوص القانون متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع:
http://www.admin.ch/ch/f/rs/291

[8] . وتتلخص وقائع هذه القضية في أنَّ شركة DMN الهولندية أبرمت عقد توزيع مع شركة Tripette et Renaud بتاريخ ٢٨ حزيران ١٩٩٥، وحيث أنَّ شركة DMN وبعد أن قررت التغيير في توزيع منتوجاتها في فرنسا، أجرت مفاوضات مع شركة Tripette et Renaud للنظر في انشاء شركة فرعية مشتركة، ومن ثمَّ شراء أحد أنشطة هذه الشركة، وفي شباط ٢٠٠٢، أعلنت شركةDMN نيتها في انهاء عقد التوزيع، بعد انقضاء مهلة الانذار المسبق البالغة مدة سنة، ومن ثمَّ

ديسمبر / كانون الاول ٢٠٠٧ في قضية Prodim ضد La farge[1] ، وكذلك حكم المركز الدولي[2] لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) في قضية رقم (ARB/٠٤/١٣) في ٢٠٠٣ بين Dredging International NV و جمهورية مصر العربية[3]، وكذلك حكم نفس المركز في[4] قضية رقم (ARB/٠٨/١٨) في ٢٠١١ بين Malicorp Limited وجمهورية مصر العربية[5][6].

صرحت بأنَّ عرضها لاعادة الشراء يعتبر باطلاً بعد تاريخ ٢٠ أيلول ٢٠٠٢. طالبت شركة Tripette et Renaud شركة DMN بأن تدفع لها مبالغ على سبيل العطل والضرر استناداً الى مسؤوليتها بسبب القطع المفاجئ للمفاوضات، فردت المحكمة الادلاء باختصاصها لان المحكمة التحكيمية هي وحدها مختصة وفقاً لما حددته المادة (٢٧) من عقد التوزيع، وأعلنت محكمة نانتير اختصاصها بالتعويضات لانها تخرج عن العقد. اعترضت شركة DMN على هذا القرار أمام محكمة التمييز (النقض) الفرنسية، وأصدرت الأخيرة قرارها بعدم اختصاص محكمة نانتير في النزاع وابطال قرار محكمة استئناف فرساي المؤيد لقرار نانتير، وأنَّ الاطراف مدعوون لعرض نزاعهم أمام المرجع المختص (المحكمة التحكيمية)، وتقرر تضمين شركة Tripette et Reaud المصاريف التي ترتبت أمام قضاة الاساس وأمام محكمة التمييز.

ينظر في تفصيل الحكم، مجلة التحكيم، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ع١، كانون٢، ٢٠٠٩، ص٦٣٢-٦٣٣.

[1] . ينظر تفاصيل هذه القضية، المرجع نفسه، ص٦١٢.

[2] . ينظر تفاصيل القضية في مجلة التحكيم، ع١٠، ٢٠١١، المرجع السابق، ص٦٧١-٧٠٣.

[3] . حيث قُضِيَ بأنه (لا خلاف على أنَّ الهيأة التحكيمية المرفوع أمامها اعتراض حول الاختصاص ليس لديها الحق فقط وانما واجب النظر في مسألة اختصاصها (مبدأ الاختصاص- بالاختصاص)، وهذا شيء ثابت بوضوح في المادة (١/٤١) من اتفاقية الاكسيد التي تنص على ما يلي – تكون المحكمة التحكيمية هي الحكم في اختصاصها). مجلة التحكيم، ع١١، ٢٠١١، المرجع السابق، ص٤٨١.

[4] . وقد خالفت محكمة مقاطعة جنوب نيويورك في الولايات المتحدة الامريكية مبدأ الاختصاص بالاختصاص في حكمها الصادر في ٢٠١٠ في النزاع بين الحكومة العراقية وبنك ناسيونال دو باريس، عندما قضت برفض طلب الحومة العراقية في اللجوء الى التحكيم وأيدت طلب البنك باصدار قرار بمنع اللجوء الى التحكيم، (وتتلخص وقائع القضية بتوقيع عقد بين الامم المتحدة وبنك باريس عام ١٩٩٦، على خلفية صدور قرار مجلس الأمن رقم ٩٨٦ في ١٩٩٥ بانشاء برنامج النفط مقابل الغذاء، ففتح حساب وسيط لتوديع عائدات النفط العراقي، وفي عام ٢٠٠٣ انقضى هذا البرنامج، فقامت الحكومة العراقية في ٢٠٠٨ برفع دعوى أمام المحكمة الابتدائية الفيدرالية لمنطقة جنوب نيويورك بشأن المخالفات التي شابت البرنامج-باعتبار أنَّ قانون التحكيم الفيدرالي يقرر الاختصاص الاصيل للمحاكم الفيدرالية بالدعاوى التي تحكمها اتفاقية نيويورك-، وفي عام ٢٠١٠ أرسلت الحكومة العراقية اخطاراً الى بنك باريس تدعوه لأجراء التحكيم، وفي الوقت ذاته تقدمت الحكومة العراقية أيضاً بطلب الى محكمة جنوب نيويورك لاصدار أمر باحالة النزاع الى التحكيم، وتقدم البنك أيضاً بطلب اصدار أمر بمنع اللجوء الى التحكيم، وانتهت المحكمة في حكمها الى رفض طلب الحكومة العراقية باحالة النزاع الى التحكيم وقبول طلب بنك باريس وأنها هي وليست هيأة التحكيم المختصة في طلب الحكومة العراقية). للتفصيل ينظر مجلة التحكيم، ع١١، ٢٠١١، المرجع السابق، ص٥٣٤ وما بعدها.

ويعلق القاضي أحمد الورفلي على هذا المحكم بأنه يرجع الى أسباب كانت الحكومة العراقية هي السبب فيها، منها، انَّ الحكومة العراقية كانت غير صائبة في متابعة الدعوى أمام محكمة مقاطعة جنوب نيويورك، وكان الأولى لها أن تنهي هذه القضية أمام تلك المحكمة بطلب شطبها ووضع حدٍ لها، ثم القيام من جديد بقضية تحكيمية جديدة دون الحاجة الى اذن

المطلب الرابع

التقادم

ثمة من يفرق[ ] بين الدفع بالاستوبل قبل اللجوء الى القضاء وبعده، ويرتب على الحالة الأولى قطع مدة التقادم برفع الدعوى الى القضاء بحسبانها مطالبة بالحق، فيما يرتب على التحكيم، بحد ذاته، وقف التقادم باعتباره سبباً يمنع الخصم من اللجوء الى القضاء ويصدق عليه وقف الاعذار الشرعية الموقفة لمرور الزمن.

وهناك من يرى[ ] أنَّ الاتفاق على التحكيم قبل[٢] رفع الدعوى الى القضاء يقطع مدة التقادم لكونه هو الآخر مانعاً يحول دون الالتجاء الى القضاء، ويعد بمثابة مطالبة بالحق، فلا تبدأ مدة جديدة بالتقادم الا بسقوط مشارطة التحكيم او انقضاء الخصومة أمام المحكمة بغير حكم في موضوعها او بعد اعلان الحكم البات الصادر من المحكم او المحكمة بحسب الاحوال.

ولعل الاختلاف بين الرأيين السابقين مرده الاختلاف في تحديد طبيعة التحكيم، فالراي الذي يعده ذو طبيعة تعاقدية لايرى فيه نوعاً من المطالبة القضائية بالحق، أما من يعده ذو طبيعة قضائية فيرى فيه نوعاً من المطالبة القضائية ويرتب عليه آثارها، سيما قطع التقادم.

وتقطع المطالبة القضائية مدة تقادم الحق الموضوعي، وان تم رفعها الى محكمة غير مختصة[ ]، عليه فان رفع الدعوى أمام المحكمة رغم وجود شرط التحكيم يقطع مدة التقادم، لان رفع الدعوى لجهة غير مختصة بنظر الدعوى يقطع التقادم، فمن باب أولى رفع الدعوى الى جهة مختصة مع عدم النظر بها، عدم قبولها لوجود الاتفاق على التحكيم، يقطع مدة التقادم.

بيد انه تجدر الاشارة الى ان التقادم ينقطع بالاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع او باتخاذ الاجراءات اللازمة لتحريك التحكيم عند قيام النزاع في حال حصول الاتفاق على التحكيم قبل قيامه[ ][٤].

وأخيراً نود الاشارة الى أنه لا يكفي لقطع التقادم المطالبة القضائية أما قاضي الامور المستعجلة، فان الذي يطلبه الدائن من المدين أمام قاضي الامور المستعجلة، انما هي اجراءات وقتية عاجلة لا تمس موضوع الحق، فلا تمس المطالبة القضائية بها تقادم الحق نفسه، ويترتب على ذلك أنَّ دعوى اثبات الحالة لا تقطع التقادم بالنسبة لموضوع الحق[ ][٥].

قاضي محكمة نيويورك، كذلك انَّ طلب الحكومة الحكم بعدم الاختصاص جاء متأخراً جداً، وبالتالي فرفع الدعوى أمام القضاء والسير بذلك، لايقبل بعده التراجع لوجود التحكيم، لأنه يفسر نزولاً ضمنياً عن التحكيم)، ينظر المرجع نفسه، ص٥٨١-٥٨٢.

[١] . د.أحمد سعيد المومني، التحكيم في التشريع الاردني والمقارن، ج١، مطبعة التوفيق، ط١، ١٩٨٣، ص٢٠٥.

[٢] .د.أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص١٢٤.

[٣] . فقد نصت المادة (١/٤٣٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على انه (تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة...).

[٤] . د.مصطفى الجمال ود.عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص٥٣٥.

[٥] . ينظر في ذلك د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٣، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص١٠٩١-١٠٩٢.

الخاتمة

وفي ختام هذه الدراسة المتواضعة ليس بوسعي الا أن أسجل أبرز النتائج وأهم التوصيات التي تم التوصل اليها، وكما يأتي:

أولاً: النتائج:

١. يمكن تعريف الدفع بالاستوبل للتحكيم بأنه (دفع يستند المتمسك به للادعاء بعدم قبول مطالبة خصمه القضائية لوجود الاتفاق على التحكيم).

٢. ان الدولة لا تستطيع التمسك بقانونها الداخلي للتنصل من اتفاق التحكيم الذي أبرمته، ومن باب أولى لا يمكن للشخص الأجنبي التمسك بقانون الدولة للتنصل من شرط التحكيم ، كما انه يتعارض أيضاً مع مبدأ حسن النية فيما يتعلق بالعلاقات الدولية.

٣. انَّ التوسع في لجوء الدولة الى التحكيم التجاري الدولي يعتبر من أهم الظواهر المعاصرة في نطاق آليات حل المنازعات الناشئة في اطار العلاقات الدولية.

٤. يستلزم التكلم عن الدفع بالاستوبل للتحكيم توافر شروطاً معينة، وهي، وجود اتفاق على التحكيم، وأن يكون قبول التحكيم إراديا، بالاضافة الى رفض الاعتراف بالتحكيم من قبل الدولة.

٥. لا يكفي لقطع التقادم المطالبة القضائية أمام قاضي الأمور المستعجلة، فان الذي يطلبه الدائن من المدين أمام قاضي الامور المستعجلة، انما هي اجراءات وقتية عاجلة لا تمس موضوع الحق، فلا تمس المطالبة القضائية بها تقادم الحق نفسه.

٦. يتسم التحكيم في القانون العراقي بأنه رضائي، بيد أنَّ اثباته لا يمكن الا بالكتابة، وهذا مخالف عمّا عليه الحال في أغلب الاتفاقيات الدولية وكذلك بعض القوانين الوطنية.

٧. عدم امكان تأسيس الاستوبل للتحكيم على أحكام المسؤولية العقدية أو التقصيرية لاستلزام تحقق الضرر المحقق المباشر المتوقع في الأولى والمتوقع أو غير المتوقع في الثانية، وهذا أمر ليس دائماً يسيراً، لأنَّ الضرر أكثر ما يكون احتمالياً.

٨. لا تسأل الحكومة المركزية عن أعمال الأجهزة والوزارات والمديريات العامة التابعة لها على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، طالما تمتعت هذه الأجهزة أو الوزارات أو المديريات العامة باستقلال في ذمتها المالية وفي شخصيتها المعنوية.

٩. التفرقة بين مصدر التزام الدولة بالتحكيم وأساس الاستوبل، ونرى تأسيس الاستوبل للتحكيم على أساس الاستوبل نفسه والمنبثق عن مبدأ حسن النية، فالدولة ملزمة بمراعاة قدراً من الاستقامة والانسجام والتناسق وعدم التناقض في سلوكها وتصرفاتها، وان خالفت ذلك فانها تكون سيئة النية ولا يعذر أحد لاغتياله الثقة الممنوحة منه الى الغير والقائمة على ما صدر منه من تصرفات معينة، ويميل الاتجاه لتضييق النظام العام الوطني في مسألة الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي بالنسبة للدولة والاشخاص المعنوية التابعة لها.

١٠. الدفع بالاستوبل للتحكيم ليس دفعاً بعدم الاختصاص أو ببطلان المطالبة القضائية او من الدفوع الموضوعية، بل هو دفع بعدم القبول ينشئ عائقاً مؤقتاً عن قبول الدعوى من المحكمة المختصة ما دام شرط التحكيم قائماً، فاذا زال المانع عاد الممنوع.

١١. من جملة ما يرتبه الدفع بالاستوبل للتحكيم هو وقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة، بيد أن ذلك مقرون في القانون العراقي بقبول المحكمة المختصة للتحكيم.

١٢. يؤدي الدفع بالاستوبل للتحكيم لقطع مدة تقادم الحق الموضوعي.

ثانياً: التوصيات:

١- نرى النص صراحة في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على اعتبار التحكيم التجاري الدولي من العقود الشكلية، لأهميته أولاً ولأنَّ قانون المرافعات يستلزم اثباته بالكتابة ثانياً وأسوة بما عليه العمل في أغلب الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية المتطورة ثالثاً.

٢- ايراد نص خاص ضمن النصوص المتعلقة بالتحكيم ينظم اختصاص النظر في المسائل المستعجلة، ونرى بأن يكون باعطاء الحق لهيأة التحكيم النظر فيها ما لم يتفق على خلاف ذلك، لأنَّ الحكم في المسائل المستعجلة لا يمس اصل الحق انما هو اجراء تحفظي.

٣- تعديل المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي، واعطاء صلاحية النظر في صحة اتفاق التحكيم وتفسيره لمحكمة التحكيم المختصة، اذ ان مبدأ سلطة المحكم في الفصل في اختصاصه أصبح من المبادئ المستقر عليها في التجارة الدولية.

٤- تعديل المادة (١١) من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨، وجعل امكان تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية، دون اشتراط امكانية تنفيذ الاحكام العراقية في تلك الدول بمقتضى اتفاق خاص أو بشرط المعاملة بالمثل واصدار نظام بتلك المحاكم، سيما وان قانون الاستثمار وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية اجازت اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي وسيلة لتسوية المنازعات.

٥- اصدار قانون للتحكيم التجاري الدولي كافياً ووافياً ومنسجماً ومتناغماً مع أغلب الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية لبعض الدول المتطورة مع مراعاة خصوصية الوضع العراقي، فالتحكيم عقد ينظم أحكامه القانون المدني، وهو أيضاً اجراءات نظم جزء منها قانون المرافعات المدنية ولم ينظمها بصورة كافية ووافية.

٦- الانضمام لاتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ الاحكام الاجنبية لعام ١٩٥٨، لكونها من أهم الاتفاقيات النافذة في اطار التحكيم التجاري الدولي.

٧- اضافة شرط لشروط قبول الدعوى بنص مادة (٦/مكرر) مضمونه عدم التناقض، أو قل عدم وجود اتفاق على التحكيم، وان كان هذا الشرط ضمناً موجود في قانون المرافعات، ولكن نرى النص عليه صراحة وضمن شروط الدعوى.

المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

أ. الكتب

١. د.أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الاثبات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط١، ١٩٦٨.

٢. د.أحمد أبو الوفا، مدونة الفقه والقضاء في المرافعات، ج١، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٧.

٣. د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط٦، ١٩٨٠.

٤. د.أحمد سعيد المومني، التحكيم في التشريع الاردني والمقارن، ج١، مطبعة التوفيق، عمان، ط١، ١٩٨٣.

٥. د.أياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٤.

٦. حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، مكتبة لبنان، بيروت، ط٤، ١٩٨٢.

٧. د.حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣

٨. د.حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧ .

٩. سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، دار الثقافة، عمان، ط١، ٢٠١٠.

١٠. د.سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الاداري، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ط٤، ١٩٦١.

١١. د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢، نظرية العقد، دار صادر، بيروت، ط٤، ١٩٩٨.

١٢. د.شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، دار دجلة، عمان، ط١، ٢٠٠٨.

١٣. د.صالح الطيار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مركز الدراسات العربي– الاوربي، ط٢، ١٩٩٩.

١٤. د.عباس العبودي، شرح قانون اصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة ، عمان، ط١، ٢٠٠٦.

١٥. د.عبد الحميد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية، ط٣، ١٩٢١.

١٦. د.عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون المرافعات، ج٤، الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.

١٧. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ج١، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٩٠.

١٨. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ج٣، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٩٠.

١٩. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ج٤، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٩٠.

٢٠. د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مج١، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط١، ٢٠١٠.

٢١. د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط١، ٢٠١٠.

٢٢. د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٣، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط١، ٢٠١٠.

٢٣. د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، مج١، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط١، ٢٠١٠.

٢٤. د.عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، ج٢، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٦، ١٩٩٦.

٢٥. د.غسان رباح العقد التجاري الدولي (العقود النفطية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٨.

٢٦. د.فتحي والي، الوسيط في قانون المرافعات، ط٢، ١٩٨١.

٢٧.فتيحة قرة، النظرية القضائية المستحدثة للاوضاع الظاهرة، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة طبع.
٢٨.د.فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، المجلد ٥، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧.
٢٩.السيد كمال الحيدري، شرح كتاب المنطق للعلامة المظفر، مج٢، دار المرتضى، بيروت، ط١، ٢٠١١.
٣٠.. د. محمد طلعت الغنيمي، بعض الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام ، قانون الأمم ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٤.
٣١.د. محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، ج٢، الدار الجامعية، الأسكندرية، ط٦، ١٩٨٤.
٣٢.د. محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، ٢٠٠٣.
٣٣.د.محمود محمد هاشم، اتفاق التحكيم وأثره على الاجراء القضائي في الفقه الاسلامي والانظمة الوضعية، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ١٩٨٥.
٣٤.د. مصطفى سيد عبد الرحمن قانون التنظيم الدولي ، ط١ ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٢.
٣٥.د.مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٢.
٣٦.د.مصطفى محمد الجمال ود.عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ١٩٩٨.
٣٧.د.ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد، ط٢، ١٩٧٧.
٣٨.الاستاذ منير القاضي، شرح قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة العاني، بغداد، ط١، ١٩٥٧.
٣٩.د.وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ط١، ١٩٧٨.

ب. <u>الرسائل والاطاريح:</u>

١. د. رشيد مجيد الربيعي، مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة– جامعة بغداد، آذار، ١٩٨٣
٢. مشكاة صبيح عبد علي المؤمن مبادئ العدل والأنصاف كمصدر للقانون الدولي العام، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١

ج. <u>البحوث والمجلات:</u>

١. أحمد الورفلي، حالة للدراسة، مجلة التشريع والقضاء، س٢، ع٢، ٢٠١٠.
٢. د.سامي بديع منصور، امتداد الاتفاق التحكيمي الى غير الموقعين على العقد: حقيقة أم مجاز؟، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، ع١، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦– ٢٠٠٨.
٣. د.سميحة القليوبي، مسؤولية المحكم، مجلة التحكيم، ملحق ع٨، ٢٠١٠، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
٤. د.محيي الدين علم الدين، اتفاق التحكيم (استقلاله وصياغته)، مجلة التحكيم، ملحق ع٨، ٢٠١٠، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
٥. د. مفيد شهاب، المبادئ العامة للقانون، المجلة المصرية للقانون الدولي، ع٢٣، سنة ١٩٦٧
٦. د.نصري انطوان دياب، ثلاثية وسائل الدفاع في أصول المحاكمات المدنية اللبناني، بحث منشور في مجلة العدل، تصدر عن نقابة المحامين، بيروت، ع١، س٤٣، ٢٠٠٩
٧. مجلة التحكيم، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ع١، ٢٠٠٩.
٨. مجلة التحكيم، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ع٤، ٢٠٠٩.

٩. مجلة التحكيم، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ع٨، ٢٠١٠.
١٠. مجلة التحكيم، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ملحق ع٨، ٢٠١٠.
١١. مجلة التحكيم، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ع١٠، ٢٠١١.
١٢. مجلة التحكيم، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ع١١، ٢٠١١.

د. القوانين :

١. قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٢. قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغي /الباب الخامس الخاص بالافلاس (والنافذ بموجب أحكام المادة (٣٢١) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل)، (والمعدل بأمر سلطة الائتلاف رقم ٧٨ لسنة ٢٠٠٤).
٣. قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل، نصوص القانون متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الالكتروني: http://www.dbc.com.eg/DEFAULT.ASP
٤. القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ نصوص القانون متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع: http://www.admin.ch/ch/f/rs/291
٥. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
٦. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٧. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .
٨. قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل بالمرسوم (٤٨) في ٢٠١١ نصوص القانون منشورة في مجلة التحكيم، ع ١٠، ٢٠١١، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص٨١٩-٨٣٧.
٩. قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم ٣٨ لسنة١٩٨٠. نصوص القانون متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الالكتروني:http://www.aiadr.com/aiadr/subcat.asp?ID=193&Link=25
١٠. قانون المسطرة المدنية المغربي لسنة ١٩٧٤المعدل بقانون رقم (٠٥،٠٨) في ٢٠٠٧، نصوص القانون متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الالكتروني: http://www.justice.gov.ma/ar/legislation/legislation.aspx?ty=2
١١. قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨.
١٢. مجلة التحكيم التونسية رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣. نصوص المجلة متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الالكتروني: http://www.aiadr.com/aiadr/subcat.asp?ID=182&Link=95

هـ . الاتفاقيات والمواثيق واللوائح والانظمة الدولية

١. اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١ يشأن التحكيم التجاري الدولي، نصوص الاتفاقية متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع: http://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.geneva.1961/doc.html
٢. اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٧، نصوص الاتفاقية متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الالكتروني: http://www.gulf-law.com
٣. اتفاقية واشنطن بشان تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار http://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.of.other.states.convention.washington.1965/doc
٤. اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية ١٩٥٨، نصوص الاتفاقية متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الالكتروني: http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/.../**NYConvention**.htm
٥. القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ نصوص القانون بصيغتها المعدلة ٢٠٠٦ متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع: http://www.jus.uio.no/lm/un.conciliation.rules.1985/doc
٦. القواعد السويسرية للتحكيم التجاري الدولي نصوص القواعد متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع :

http://www.swissarbitration.ch

٧. قواعد الاونسيترال ١٩٧٦ بصيغتها المنقحة ٢٠١٠نصوص القواعد متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الالكتروني:
http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral/texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html

٨. لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية في باريس نصوص اللائحة متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع:
http://www.jus.uio.no/lm/ice.convention.rules.1980/doc.html

٩. قواعد تحكيم مركز القاهرة الاقليمي السارية المفعول منذ ١ شباط ٢٠١١، نصوص القواعد متاحة على شبكة المعلومات العالمية على الموقع الالكتروني:
http://www.crcica.org.eg/publication/arbitration_rules/pdf/Arabic/CRCICA_arbitration_rules_ar.pdf

ثانياً: المراجع باللغة الاجنبية:

1. Blacks law Dictionary , Abridged Fifth edition , west publishing co . 1983.
2. Bowett(D.W.), Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence, B.Y.I.L. 1957 .
3. Jean (L.S.), La croyance légitime, JCP, 1982.
4. Houtcieff (D.), Le principe de cohérence en matière contractuelle, Tome 2 Presses universitaires d' Aix- Marseille , PUAM, Paris, 2001.
5. Lalive (P.), Ordre Public Transnational (ou réellement international et arbitrage international, Rev.Arb, 1986.
6. Mac Gibbon (I.C.), Estoppel in international law, the international and comparative law quarterly, vol. 7, No. 3-4, Part. 3, July, 1958.
7. Martin (A.), L'estoppels en droit international public, Phédon, Paris, 1979.
8. Paul Guggenheim, Trait de droit international public, tome(I), Genève, 1967,
9. Reports(I.C.J.), Separate opinion of the judge Alfaro , 1962 .
10. . Schwarzenberger, A manual of international law , 7th edition , 1967.