مخالفة إتفاق التحكيم الوارد في عقود التجارة الدولية للنظام العام "دراسة مقارنة"

Violation of the Arbitration Agreement in International Trade Contracts of Public Policy "A Comparative Study"

أ.د. سعيد يوسف البستاني

Said Yusuf al-Bustani
said.y.boustani@hotmail.com

009613727802

أ.اعتدال عبدالباقي يوسف

Itidal Abdulbaqi Yousif
dhumelek@gmail.com

07822461278

تاريخ استلام البحث

٢٠٢٥/٦/٢٠

تاريخ قبول البحث

٢٠٢٥/٧/٢٠

المستخلص

كان وما زال النظام العام حجر الزاوية في جميع عمليات التحكيم والذي يضبط إيقاعها فما كان موافقا للنظام العام نفذت أحكامه وما خالفه كان الإبطال مصيره، لذا ينبغي على أطراف العلاقة القانونية مراعاة صياغة إتفاق تحكيم بصورة تحقق المصالح الجوهرية العليا وتحمي النظام القانوني للدولة وهذا لن يتحقق مالم يراعي أطراف إتفاق التحكيم النظام العام عند أبرامه إذ لابد من توافر الأهلية اللازمة عند أطرافه بالإضافة الى ضرورة كتابته وتحديد وذكر بعض البيانات كالمدة واللغة وتحديد عدد المحكمين ، وقد ظهرت ثلاث إتجاهات فقهية لبيان القواعد الواجبة التطبيق على صحة التحكيم وهذا كله في ضوء النصوص القانونية للإتفاقيات والقوانين المقارنة .

الكلمات المفتاحية: التحكيم،النظام العام ،صحة التحكيم ، الأهلية ،شرط الكتابة .

Abstract

Public order was and still is the cornerstone of all arbitration processes, which regulates their rhythm. Any rulings that are in accordance with public order are enforced, and any rulings that violate it are invalidated. Therefore, the parties to the legal relationship must take into account the formulation of an arbitration agreement in a way that achieves the highest essential interests and protects the legal system of the state. This will not be achieved unless the parties to the arbitration agreement take into account public order when concluding it, as the necessary capacity must be available to the parties, in addition to the necessity of writing it down and specifying and mentioning some information such as the duration, language, and specifying the number of arbitrators. Three jurisprudential trends have emerged to clarify the issue of the validity of arbitration, and all of this is in light of the legal texts of the agreements and comparative laws.

Keywords :Arbitration, public policy, validity of arbitration, capacity, writing requirement.

المقدمة

أولا/جوهر فكرة الدراسة

أصبح التحكيم التجاري ملازما للعقود التجارية الدولية ، وبات نظام التقاضي الخاص بها إذ لا يخلو أي عقد تجاري دولي من إتفاق التحكيم تقريبا ، حتى أن بعض مؤسسات الدول أصبحت تلجأ للتحكيم لفض منازعاتها الإستثمارية على خلاف ما كان سائدا في السابق ، أن إتفاق التحكيم الذي يتم إيراده في العقود يحدد آلية اللجوء الى التحكيم ، وكيفية ممارسته من خلال تعيين المحكمين والقواعد القانونية التي يجب تطبيقها سواء على إجراءات التحكيم أو التي تطبق على موضوع النزاع ، ويمكن للأطراف أن يوردو في إتفاقهم هذا أي مسألة يرون ضرورة الاتفاق على تنظيمها بما يخدم مصالحهم .

ثانيا / أهمية الدراسة

تتمثل أهممية الموضوع في أن هذا الاتفاق يساعد على تسوية نسبة كبيرة من النزاعات ولم يعد يقتصر على نوع معين أو محدد من العقود وفضلا عن أنها تتمتع بقبول واسع بين أنواع فض المنازعات الأخرى الى درجة أن الدول بدأت في الإعتماد عليه لفض منازعاتها مع المستثمرين في العقود الإستثمارية التي تبرمها، وعلى الرغم من الأهمية الكبيرة التي حظى بها التحكيم إلا أن موافقته للنظام العام أكثر أهمية منه ، وذلك لأن لا عبرة بتحكيم مخالف للنظام العام .

ثالثا / مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في أنه يجب إلا يتعارض إتفاق التحكيم مع النظام العام سواء في ذاتيته أو في آثاره ، إذ أن إتفاق التحكيم يجب أن تتوفر فيه شروط تتعلق بصحته والتي بإنعدامها يعد إتفاق التحكيم باطلا ، حيث أن عدم كتابة إتفاق التحكيم من شأنه إعتباره غير موجود ، فضلا عن ضرورة أن تتوافر فيه بإعتباره عقد الشروط اللازمة لإبرامه وأهمها توافر الأهلية القانونية لأطرافه ، بالإضافة الى ما ذكر سابقا فلا بد من وضع قواعد قانونية واضحة يقاس وفقا لها مدى صحة إتفاق التحكيم .

رابعا / منهجية الدراسة

سوف نتبع في دراستنا لهذا الموضوع المنهجية التحليلية المقارنة ، إذ سيتم إجراء المقارنة بين ثلاث قوانين هي القانون العراقي والقانون المصري والقانون اللبناني ، ويكون ذلك من خلال إستعراض

النصوص القانونية المتعلقة بالأمر فضلا عن تحليل هذه النصوص ومقارنة نتائجها وصولا الى الخصائص المثلى المبتغاة من ذلك.

سادسا / خطة الدراسة

من أجل تسليط الضوء على هذه المسألة فقد تم تقسيم البحث على مطلبين ،إذ نتناول في المطلب الأول صور إتفاق التحكيم التي ترد في العقود التجارية الدولية وعلاقتها بالنظام العام ، أما المطلب الثاني فسوف نتناول فيه أثر النظام العام على تجارية العقد الدولي وصحة شرط التحكيم الوارد فيه .

المطلب الأول

صور إتفاق التحكيم التي ترد في العقود التجارية الدولية

وعلاقتها بالنظام العام

إتفاق التحكيم هو تعبير حقيقي عن إرادة الأطراف في اللجوء الى أسلوب قضاء خاص والإستفادة من مزاياه بما يتلائم مع متطلبات التجارة الدولية ويجعل الأطراف وكأنهم يشاركون في التحكيم[١]، وأن الاتفاق المبرم بين الطرفين قد يكون إتفاق مسبق على حدوث النزاع فيأتي بصورة (شرط تحكيمي) سواء ورد ضمن العقد الأصلي أو عقد آخر مرتبط معه ، أو يأتي بصورة إتفاق لاحق على حدوث النزاع ويطلق عليه ب(مشارطة التحكيم) ، وأن وجود أو عدم وجود هذا الإتفاق يرتبط بمدى معين بالنظام العام ،ولتوضيح ذلك فسوف نقسم البحث في هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول صور إتفاق التحكيم ، أما الفرع الثاني فسوف نتناول فيه علاقة شرط التحكيم بالنظام العام.

الفرع الأول

صور إتفاق التحكيم

أن إتفاق التحكيم يمكن أن يرد بصيغة صورتين أساسيتين هما شرط التحكيم الذي يكتب ضمن العقد التجاري الدولي ذاته، ويكون قبل حصول المنازعة بين الأطراف.

---

(١) ابراهيم خليل خنجر الموسوي، الضمانات الإجرائية لخصومة التحكيم الألكتروني "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، المجلد ١، العدد السابع ، ٢٠٢٥، ص٧٨.

أو قد يكون على شكل مشارطة وهي إتفاق لاحق على إبرام العقد التجاري الدولي وعادة ما يتم التوصل لهذا الإتفاق خلال أو بعد حصول المنازعة.

ويعرف شرط التحكيم بأنه إتفاق بين الأطراف على عرض نزاعهم الذي قد ينشأ مستقبلا بصدد تنفيذ العقد أو تفسيره على محكمين للفصل فيه.

وشرط التحكيم يجب أن يرد في العقد التجاري الأصلي، أو في عقد تجاري دولي آخر مرتبط بالعقد الأصلي وهو ما يعرف بالتحكيم بالإحالة، ويكون قبل حدوث النزاع ويتم من خلاله الإتفاق على طريقة التحكيم والقانون المختص وغير ذلك من التفاصيل .

وقد نص عليه المشرع اللبناني في المادة (٧٦٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣ بقوله " يجوز للمتعاقدين أن يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم بندا تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره " ،أما مشارطة التحكيم فهي إتفاق لاحق بين أطراف العقد بعد نشوء النزاع على محكمين للفصل فيه ، وقد نص عليها المشرع اللبناني بقوله في المادة (٧٦٥) من نفس القانون أن " العقد التحكيمي عقد بموجبه يتفق الأطراف فيه على حل نزاع قابل للصلح ناشئ بينهم عن طريق تحكيم شخص أو عدة أشخاص." وإذا ما أختار الأطراف اللجوء الى شرط أو مشارطة التحكيم فأن قرار هيئة التحكيم فيها إلزامي للأطراف .

أما المشرع المصري فقد قرر في المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على توضيح معنى إتفاق التحكيم فضلاعن بيان التفرقة بين الشرط والمشارطة وكذلك نجده قد أجاز الأحالة على التحكيم وذلك من خلال نصه على " ١- اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية . ٢- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من هذا القانون كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الإتفاق باطلاً. ٣- ويعتبر اتفاق على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءً من العقد."

وعلى الرغم من أن المشرع العراقي لم يشرع لحد الآن قانون تحكيم متخصص ، إلا أنه نص على شرط التحكيم في قانون المرافعات المدنية رقم(٨٣) لسنة ١٩٦٩ في المادة (٢٥١) والتي جاء فيها " يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الإتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين".

وينبغي أن يرد إتفاق التحكيم على مسألة قابلة للتحكيم فيها ، والذي يقوم أصلا على مبدأ الرضائية ويستند الى مشيئة الخصوم في كيفية فض المنازعة المطروحة .

أذن صور إتفاق التحكيم هي شرط التحكيم ومشارطة التحكيم والتحكيم بالإحالة والتي يرى البعض أنها ليست صورة ثالثة وانما هي لا تخرج عن كونها شرط أو مشارطة ولكنا وردت في عقد آخر غير العقد التجاري الأصلي وتم الإحالة اليها لأعمالها ضمن أحكام العقد الأصلي .

أما القانون الفرنسي فقد سلك مسلكا مختلفا عن التشريعات السابقة وعلى النحو الذي سوف نراه ، فقد عرف قانون المرافعات الفرنسي لعام ١٩٨٠ في المادة (١٤٤٢) منه مشارطة التحكيم بأنها "إتفاق بين شخصين أو أكثر من الأشخاص المتنازعة لغرض عرض نزاعهم على محكم أو أكثر من إختيارهم دون قضاء الدولة "وبصدور تعديل قانون المرافعات هذا بتاريخ ١٣ كانون الثاني ٢٠١١ بالقانون رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ فقد غدا الإتفاق بين جميع الأطراف على تسوية أو خضوع النزاع المتولد بينهم عن طريق التحكيم .

أن مشارطة التحكيم عادة ما تكون بشكل عقد منفصل يحرر ضمن وثيقة ويحدد فيها النزاع المطلوب فضه عن طريق التحكيم ،فالمشارطة تتطلب وجود ثلاثة عقود مرتبطة مع بعضها ،ويصفها البعض بأنها عقد يتوسط عقدين[١]، فالعقد الاول هو العقد التجاري الدولي[٢] والعقد الثاني هو العقد المبرم مع المحكمين ويجوز للأطراف الإتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع فضلا عن تحديد النزاع فيجب كذلك تحديد المحكمين وطريقة التحكيم والتفاصيل الأخرى المتعلقة به وفيما إذا كان التحكيم يدار من قبل هيئة

(١) سالم روضان الموسوي ، إتفاق التحكيم بين الشرط والمشارطة وإشكالية التنفيذ في ضوء القانون الوطني والإتفاقيات الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية،ط١، بيروت– لبنان ، ٢٠٢٥، ص ٤٤.

(٢) لم يحدد المشرع العراقي في قانون المرافعات المقصود بالتحكيم الدولي غير أن مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي فعل ذلك من خلال النص عليه وذكر الحالات التي يعد فيها التحكيم التجاري دوليا ، لمزيد من التفصيل أنظر ، حسن علوان لفته و حسين جبار لازم ،المركز القانوني لمراكز التحكيم في العراق "دراسة مقارنة"،بحث منشور في مجلة
ميسان للدراسات القانونية المقارنة، العدد (الثامن) المجلد(١)، يوليو،٢٠٢٣،ص٩٢.

تحكيم حر أو هيئة تحكيم مؤسسي ، حتى وأن كان قد إقيمت دعوى قضائية بشأنه ،كذلك يتحتم على الأطراف في مشارطة التحكيم تحديد النزاع لأنه يكون قد نشأ بالفعل فيكون من السهل تحديده على عكس شرط التحكيم ، وفي كلا الحالتين سواء بالشرط أو المشارطة يكون التحكيم إتفاقيا وليس إجباريا[١].

النظام العام يلقي بظلاله على كل التصرفات القانونية سواء صحة أو بطلانا ، وقد يكون هذا التأثير عاما أو ربما يشمل بعض التصرفات بصورة خاصة ، إذ قد يكون شرط التحكيم باطلا بسبب النظام العام .

الفرع الثاني

علاقة شرط التحكيم بالنظام العام

أجازت معظم أن لم نقل جميع التشريعات والإنظمة القانونية لجوء الأطراف الى تضمين عقودهم شرط التحكيم قبل نشوء النزاع بينهم[٢]، غير أن قانون المرافعات الفرنسي كان له رأي آخر ،إذ أنه أجاز اللجوء الى مشارطة التحكيم التي يتوجب فيها تحديد موضوع النزاع وتحديد المحكمين المختصين بالنظر في النزاع المعروض، ولكنه لم ينص على شرط التحكيم بالاجازة أو البطلان ،هذا الأمر أدى إلى تذبذب في موقف القضاء الفرنسي ، إذ أنه أجاز شرط التحكيم في البداية ، ثم عدل القضاء عن موقفه هذا وذهب الى بطلان شرط التحكيم أستنادا الى المادة (١٠٠٦) من قانون المرافعات القديم[٣]، على إعتبار أنه من الضروري أن يتضمن الشرط تحديدا للنزاع المطلوب التحكيم فيه بالاضافة الى تحديد المحكمين ، وهو ما لا يمكن توفره قبل نشوء النزاع مما أدى الى إبطال الشرط وبقاء العقد .

وبمناسبة هذه القضية فقد ظهر التساؤل هل أن بطلان شرط التحكيم يمكن عده من النظام العام؟

أن بطلان شرط التحكيم وفقا للمادة (١٠٠٦) الآنفة الذكر يعد بطلانا نسبيا ولا يثيره القاضي من تلقاء نفسه وبالتالي يمكن تداركه بإتفاق لاحق على التحكيم يتضمن البيانات التي نص عليها المشرع الفرنسي وأستنادا لذلك فأنه لا يعد متعلقا بالنظام العام .

---

(١) حسين عبد الله عبد الرضا و أحمد هاشم عبد ، التحكيم في منازعات عقد إتاحة المصنفات الإلكترونية، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ،المجلد ١، العدد٩، ٢٠٢٣، ص ٧.

(٢) قانون المرافعات الفرنسي القديم قد أشار في المادة (١٠٠٣) ذكر مشارطة التحكيم بكون اللجوء اليها جائز قانونا ، أما فيما يتعلق بشرط التحكيم فلم يشر القانون المعني اليه سواء بالجواز أو البطلان ، مما أثار أشكالا فقهيا وقضائيا حول صحة شرط التحكيم الذي يوضع إبتداءا في العقد وقبل نشوء النزاع ،أنظر لمزيد من التفصيل ، طارق فهمي الغنام،طبيعة مهمة المحكم ،ط١، ج٥، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠١١، ص١٥٢.

(٣) أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمها ببطلان شرط التحكيم في ١٠ تموز ١٨٤٣ .

أن مسلك القضاء بعد عدوله عن موقفه القاضي بجواز الشرط الى بطلانه لم يسلم من توجيه سهام النقد له ، ذلك أن بعض الفقه ذهب للقول بأن شرط التحكيم (إتفاق التحكيم) لا يمكن عده عقدا،كما هو الحال في المشارطة ، وأنما هو وعد بالتحكيم يلزم أطرافه بإبرام عقد تحكيم (مشارطة تحكيم) عند حدوث النزاع والذي يتم فيه تحديد النزاع والمحكمين[١]،وأزاء هذه الإنتقادات فقد أصدر المشرع الفرنسي عام ١٩٢٥ قانونه الذي أجاز فيه اللجوء لشرط التحكيم الذي يتم إيراده في العقود التجارية فقط دون المدنية .

لكن ما الحل لو أن شرط التحكيم تم تضمينه في عقد مختلط ، أي أن العقد يعد تجاريا لاحد الاطراف ومدنيا للطرف الآخر ؟

أن وجود شرط التحكيم في عقد يحمل الصفتين التجارية والمدنية (مختلط) أثار الخلاف بين أوساط الفقه والقضاء الفرنسي ، إذ ذهب جانب من الفقه الى القول بأن بطلان شرط التحكيم الوارد في العقد المختلط يعد من النظام العام وأن بطلان الشرط هو بطلان مطلق وبالتالي يمكن أثارته من قبل القاضي أو من قبل أي من طرفي العقد (التاجر وغير التاجر) ، في حين قال البعض من الفقه أن بطلان الشرط الوارد هو بطلان نسبي وبالتالي لا يعد من النظام العام ويستطيع أن يتمسك به الطرف المدني مالم يقبل به ، أما التاجر فقطعا لا يستطيع التمسك ببطلانه[٢]، وساعد على تكون القناعة بأن البطلان نسبي ولا يتعلق بالنظام العام أن المادة (١٠٠٦) لاتعد من النظام العام وبالتالي فبالامكان إستدراك التصرف من خلال تحرير وثيقة مشارطة التحكيم والتي يحدد فيها المنازعة ويحدد كذلك المحكمين المختصين بنظر النزاع المعروض أمامهم .

أما فيما يتعلق بالدفع بوجود إتفاق التحكيم فقد تذبذبت أحكام محكمة النقض الفرنسية بهذا الشأن ما بين عده من النظام العام أو بالعكس.

إذ أن هناك أحكاما قضائية قررت فيها المحكمة أن الدفع بوجود إتفاق التحكيم من قبل الدفع بعدم الاختصاص المتعلق بالنظام العام – قرار محكمة النقض الفرنسية في ٣ كانون الثاني في ١٩٥١– ، في حين نجد في أحكام أخرى– قرار محكمة النقض الفرنسية في حزيران ١٩٧٥– قررت أن الدفع بوجود إتفاق التحكيم دفع بعدم الإختصاص غير متعلق بالنظام العام .

---

(١) أشرف عبد العليم الرفاعي، إتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية،٢٠٠٦، ص٢٠٦.

(٢) أشرف عبدالعليم الرفاعي ، المرجع السابق ، ص٢٩٠–٢٩١.

أما الفقه الفرنسي فقد أعتمد في بناء آراءه على الإختصاص النوعي للقول بالدفع بالنظام العام أو عدم الدفع به ،حيث ذهب قسم من الفقهاء الى الإستناد على الطابع النوعي لإضفاء طابع النظام العام ، ذلك أن المشرع الفرنسي أقر بصحة إتفاق التحكيم في الأعمال التجارية[١]، وأن المحاكم التجارية ذات إختصاص نوعي وهو من النظام العام فلا يمكن وفقا لذلك أن يكون عدم إختصاصها من النظام العام ،فضلا عن ذلك فأن المحكمين يستمدون سلطتهم من إتفاق الاطراف على التحكيم وليس من نص قانون فكيف والحالة هذه أن يكون الدفع باتفاق التحكيم من النظام العام خاصة وأن مصدر الإلزام ناشئ من إتفاق إرادات الأطراف وهذه الإرادات لا يمكن أن تنشئ إختصاصا للمحكمين ذو طابع متعلق بالنظام العام[٢] ،وعلى الرغم من أن المشرع الفرنسي أقر بصحة إتفاق التحكيم في العقود الداخلية إلا أنه بقي محصور التطبيق في نطاق العقود التجارية ، أما فيما يتعلق بالعقود الدولية فأن شرط التحكيم الوارد فيها لا يتقيد بكون العقد تجاريا أو مختلطا أو مدنيا بل أن قاعدة إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي تعد من القواعد المادية ذات التطبيق الضروري فهي تتعلق بالنظام العام الدولي .

المطلب الثاني

أثر النظام العام على تجارية العقد الدولي وصحة شرط التحكيم الوارد فيه

يرتبط النظام العام بشكل وطيد بتجارية العقد الدولي ، ذلك أن من أهم الدفوع التي من الممكن أن تثار أمام قاضي البطلان أو قاضي التنفيذ أو حتى أمام هيئة التحكيم أن يكون العقد غير تجاري ، إذ أن كون العقد غير تجاري يجعلنا أمام أحد موانع اللجوء الى التحكيم التجاري وسببا لبطلان حكم التحكيم ومن ثم عدم تنفيذه والعلة هي مخالفة النظام العام بسبب التحكيم في مسائل لا يجوز فيها التحكيم ، كما أن شرط التحكيم الوارد في العقد التجاري لابد أن يكون صحيحا ويترتب على خلاف ذلك بطلانه لمخالفة النظام العام ،وسوف نتناول في الفرع الأول أثر النظام العام على تجارية العقد الدولي ، أما الفرع الثاني فسوف نتناول فيه أثر النظام العام على صحة شرط التحكيم.

(١) نص قانون ٣١ كانون الاول ١٩٢٥ في المادة (٦٣١) من القانون التجاري المنظم للإقتصاد النوعي للمحاكم التجارية ، وقد وضع المشرع الفرنسي في قانون المرافعات المدنية ١٩٨٠ فصلا كاملا لتنظيم شرط التحكيم في العقود الداخلية .

(٢) فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية،القاهرة ، ١٩٨٠،ص٩٣٢.

الفرع الأول

أثر النظام العام على تجارية العقد الدولي

في السابق لم تكن فرنسا تسمح باللجوء الى التحكيم في العقود سواء أكانت مدنية أم تجارية إلا أن هذا الموقف تغير بعد ذلك فأجازت فرنسا إختيار التحكيم لتسوية المنازعات في عقود التجارة الدولية بما يتناسب مع المكانة المرموقة التي كان التجار الأجانب يشغلونها فضلا عن طبيعة العقود التجارية التي تقتضي السرعة في فض النزاعات الناشئة عنها.

أن التحكيم التجاري الدولي كوسيلة إستثنائية يلجأ اليها الأطراف لحسم منازعاتهم و التي تقوم في سبيل تنفيذها على سلب إختصاص القضاء الوطني ، دفع الدول الى تحديد النطاق الذي يتم فيه اللجوء الى هذه الوسيلة الإستثنائية ، وبالتالي فقد قيد إعمالها بحدود الأعمال التجارية .

أن المعايير المعتمدة لتحديد كون المنازعة تجارية أم غير ذلك وكما ذكر سابقا تتحدد بمعايير دولية والتي أبرزها هو المعيار الإقتصادي ومضمونه تداول السلع والخدمات عبر الحدود لتحقيق مصالح إقتصادية[١].

بالإضافة الى المعايير المعتمدة لتحديد تجارية العقد الدولي ومن ثم صلاحيته ليكون محلا للتحكيم فيما يثار بشأنه من نزاعات ،ولكي يقبل القاضي الوطني بتنفيذ حكم التحكيم الدولي فيجب أن يكون العقد من العقود التجارية وفقا لقانون دولة قاضي التنفيذ ،وتعمد بعض الدول الى التفرقة بين المسائل التجارية والمسائل المدنية كما هو الحال في فرنسا والعراق فلو طلب تنفيذ حكم تحكيم دولي في العراق مثلا ، فلكي يصدر القاضي العراقي حكما بتنفيذه لابد إبتداءا من أن يتأكد من أنه يتعلق بمسألة تجارية وفقا لما ورد في المادة الخامسة والسادسة من قانونه التجاري وإلا يتم رفض تنفيذ حكم التحكيم لمخالفته النظام العام .

لذلك فقد جاءت إتفاقية نيويورك لتمنح الدول الأعضاء الحق في التحفظ إثناء الإنضمام فيما إذا كانت الدولة تحصر تنفيذ الأحكام التحكيمية في تلك الصادرة في المسائل التجارية فقط ، فبالنسبة للدول المنضمة لإتفاقية نيويورك وكانت قد أبدت تحفظها بشأن قصر تنفيذ الاحكام التحكيمية على الأمور

(١) ولعل هذا ما دفع بعض الدول الى إعتبار بعض العقود عقود تجارية على الرغم من أنها كانت تعد في أصلها عقود مدنية كعقود الخبرة الهندسية وإستخراج الثروات الطبيعية وشق الطرق ....الخ ،لمزيد من التفصيل أنظر، حسني المصري ،التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن ،الكويت ،١٩٩٦،ص٦٠٢.

التجارية ولم تسمح بموجب قانونها الداخلي بالتحكيم في منازعات العقود المدنية ، فأذا كان حكم التحكيم الدولي صادر بأحد المسائل المدنية كان بالامكان الدفع ببطلان الحكم التحكيمي لمخالفته لنص قانوني آمر يتعلق بالنظام العام .

ولكن بعض الدول نظامها القانوني قائم على عدم التفرقة بين الأعمال المدنية وتلك التجارية ، أو أنها تسمح باللجوء الى التحكيم في كلا النوعين ، كما هو الحال في القانون المصري والجزائري ، وبالتالي فأذا ما صدر حكم تحكيم يتعلق بمسألة مدنية فلا يعد ذلك خرقا للنظام العام ، ونجد أن من بين هذه الدول من أنضمنت الى إتفاقية نيويورك ولم تبد تحفظا ينص على قصر تنفيذ أحكام التحكيم على المسائل التجارية فقط وذلك لأنها لا تفصل بين المسائل التجارية والمسائل المدنية ، وبالتالي فلا يخشى الطعن بحكم التحكيم الدولي الصادر وطلب عدم تنفيذه لعدم تعلقه بمسألة تجارية ، إذ لا تثور مخالفة النظام العام في هذه المسألة ولا يبطل الحكم حتى وأن كان يتعلق بمسألة غير تجارية[١].

ونلاحظ أن بعض الإتفاقيات الدولية حصرت اللجوء للتحكيم على المنازعات الناشئة عن العقود التجارية فقط ، وبالتالي فلا مجال هنا لإثارة الدفع بعدم تجارية النزاع ومخالفة النظام العام لهذا السبب ، ومن هذه الإتفاقيات هي الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي اتفاقية جنيف الصادرة في ٢١/ ١٩٦١/٤، إذ نجدها تقصر التحكيم بموجب أحكامها على المنازعات التجارية[٢] .

كذلك نجد أن اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، والمعروفة أيضًا بـ "اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار" (ICSID)، هي اتفاقية دولية تأسست عام ١٩٦٥ ودخلت حيز التنفيذ في ١٤ أكتوبر ١٩٦٦[٣] .

تهدف هذه الاتفاقية بصورة أساسية الى تسوية المنازعات بين الدول الإعضاء والمستثمرين الأجانب، تعمل هذا الإتفاقية على توفير آلية للتحكيم الدولي لحل منازعات العقود الإستثمارية والغرض من إبرامها

---

(١) من الجدير بالذكر أن إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ قد إستبعدت الأحكام التحكيمية الصادرة بمناسبة أعمال إدارة أو أعمال تتعلق بالسيادة من نطاق تطبيقها.

(٢) تعد هذه الإتفاقية من أهم الإتفاقيات التي أبرمت بين الأطراف الأوربية وهي على خلاف إتفاقية نيويورك التي يتسع نطاقها ليشمل كل الدول ،ونظمت اللجوء للتحكيم بين الدول الأوربية من خلال نصها في المادة (١ /فق١(أ)) منها على أن هذه الإتفاقية تطبق على "إتفاقات التحكيم المنعقدة بين أشخاص طبيعين أو معنويين لتسوية المنازعات التي نشأت أو تنشأ عن عمليات التجارة الدولية "

(٣) القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥، والذي أصدرته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) والذي نص في المادة (١) منه على " ينطبق هذا القانون على التحكيم التجاري الدولي مع مراعاة أي إتفاق نافذ مبرم بين هذه الدولة والدولة أو الدول الأخرى" وقد وسع القانون من نطاق الأعمال التجارية التي يشملها التحكيم بموجب هذا القانون .

هو لتشجيع الاستثمارات الدولية عن طريق توفير آلية قانونية فعالة لتسوية النزاعات التي تنشأ بين المستثمرين و الدولة المضيفة. من خلال تعيين هيئة تحكيمية من قبل مركز ال ICSID تتكون من محكمين مستقلين يعملون للفصل في النزاع لما نص عليه من قواعد في المركز والقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان ويكون حكم التحكيم الصادر ملزما للدول الأطراف[١].

وهناك من الإتفاقيات التي جاءت بالتحكيم الدولي كآلية لتسوية النزاعات بين الدول الأعضاء والتي يمكن أن تشمل النزاعات المدنية إضافة للمنازعات التجارية، وتركت الخيار للدولة العضو في إختيار قصر التحكيم على المنازعات التجارية دون المدنية ومن هذه الإتفاقيات هي إتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨[٢]، والتي سبقها بروتوكول جنيف لعام ١٩٢٣ الذي لازال نافذا للدول غير المنضمة لإتفاقية نيويورك .

ونجد أن القضاء البلجيكي في سبيل حماية مواطنيه من التجار واحتراما للنظام العام الوطني قد رفض تنفيذ حكم تحكيم دولي نظرا لعدم تقريره تعويضات عن أضرار أصابت مواطنه الوكيل التجاري بسبب إنهاء عقده الذي أبرمه مع شركة المانية لتوزيع منتجاتها في بلجيكا قبل إنتهاء مدته.

وسبب رفض المحكمة تنفيذ حكم التحكيم التجاري – والذي صدر لصالح الشركة الألمانية– هو أن الحكم صدر وفقا لقانون أجنبي تحايلا على القانون البلجيكي الذي تحظر قواعده القانونية الآمرة إنهاء عقود الوكلاء التجاريين قبل إنتهاء مدتها بدون دفع تعويض عادل مقابل التعسف في إنهاء عقد الوكالة ، وكان قرارالمحكمة " أن إتفاق التحكيم الذي خضع النزاع بمقتضاه للتحكيم يعد مشوبا بالغش نحو القانون مما يجعل حكم التحكيم باطلا حيث فصل في مسألة لا يجوزفيها التحكيم طبقا للقانون البلجيكي ولم تلتفت هذه المحكمة الى تمسك الشركة الألمانية بقواعد إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ التي أنضمت اليها بلجيكا

---

(١) تنص المادة(١) من الإتفاقية على " ١ – يتم إنشاء المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار (يطلق عليه فيما بعد بالمركز) ، ٢– الغرض من المركز هو توفير الوسائل اللازمة للتوفيق والتحكيم لفض المنازعات الخاصة بالاستثمار بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى طبقا لأحكام هذه الاتفاقية ".

(٢) مادة (١/ فق٣) من إتفاقية نيويورك على " تنص اليجوز لأية دولة عند التوقيع على هذه الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها أو عند الإخطار مد نطاق العمل بها وفقا لمادتها العاشرة أن تعلن، على أساس المعاملة بالمثل، أنها لن تطبق الاتفاقية إ لا بالنسبة للاعترتف بالقرارات الصادرة في أراضي دولة متعاقدة أخرى ولتنفيذ هذه القرارات. ويجوز لها أيضا أن تعلن أنها لن تطبق الاتفاقية إلا بالنسبة للخلافات الناشئة عن علاقات قانونية، تعاقدية أو غير تعاقدية، وتعتبر علاقات تجارية بموجب القانون الوطني للدولة التي تصدر هذا الإعلان.

وألمانيا وذلك تأسيسا على أن التعهد بتطبيق قواعد هذه الإتفاقية لا يوجب على بلجيكا كدولة طرف إهدارالحماية المقررة في القانون الوطني البلجيكي لوكلاء العقود البلجيكين[١].

ولكن قد تميل بعض الدول الى التضييق من نطاق تطبيق النظام العام و الطعن بحكم التحكيم لمخالفته له على إعتبار كونه صدر في منازعة غير تجارية، وذلك بدفع التوجه نحو تشجيع التجارة الدولية وتشجيع التحكيم الدولي وتضييق نطاق تطبيق النظام العام على أحكامه ، ومن أهم القضايا التي يمكن ذكرها بهذا الشأن هي القضية التي رفضت فيها المحكمة الإيطالية طلب تنفيذ حكم تحكيم دولي والعلة أنه صدر في منازعة تتعلق بعقد عمل وهي من المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم لعدم تجاريتها خلافا للنظام العام الإيطالي ، محكمة النقض الإيطالية توجهت بدافع تشجيع إزدهار التحكيم التجاري الدولي عمدت الى توسيع نطاق تطبيق القابلية على التحكيم ، وعليه قررت أن النزاع يتعلق بعلاقة عمل ناشئة عن عقد تجاري هو عقد الوكالة التجارية ، وأن النزاع الذي وقع كان سببه الأساس هو خلاف حول تنفيذ عقد تجاري أبرم بين وكيل تجاري –إيطالي الجنسية – وموكل تجاري – أجنبي– ومن ثم فهو قابل للتنفيذ في أيطاليا[٢].

الفرع الثاني

أثر النظام العام على صحة التحكيم

لكي ينتج الإتفاق التحكيمي أثره لابد إبتداءا أن يكون صحيحا، لذا لابد من أن تتوفر شروط صحة إتفاق التحكيم ، لذا ينبغي للمحكم قبل النظر للفصل في النزاع أن ينظر لصحة إتفاق التحكيم ، وهو في سبيل ذلك يطبق القواعد القانونية اللازمة ، وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع من خلال فقرتين أثنتين .

أولا / شروط صحة إتفاق التحكيم

أغلب التشريعات سواء الدولية منها أو الوطنية أكدت على ضرورة أن يتضمن إتفاق التحكيم على شروط معينة تعتبر شروط الصحة لعقد التحكيم وأن خلو الإتفاق من هذه الشروط يجعل منه باطلا بطلانا مطلقا، وأن هذه الشروط قد تختلف في ماهيتها ونطاقها بحسب القوانين والأنظمة التي تشترطها ، وبصورة عامة يمكن القول أن شروط صحة إتفاق التحكيم تتمثل بالآتي :

---

(١) أشار اليه حسني المصري ، المرجع السابق ، ص٦٤١.

(٢) أشار اليه حسني المصري ، المرجع السابق ، ص٦٤٠.

١- شرط الكتابة

تعتبر الكتابة من شروط الصحة التي يجب أن تتوفر في إتفاق التحكيم إذ لا وجود لإتفاق التحكيم إذا لم يكن مكتوبا ويعد باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته النظام العام .

وعادة ما يتفق الأطراف على جملة مسائل منها القانون الواجب التطبيق وموضوع النزاع والمحكمين واللغة والمدة وضرورة الالتزام بالتحكيم وتنفيذ أحكامه ،وعادة فأن مسألة إثبات هذه الإتفاقات تكون من خلال كتابة إتفاق التحكيم .

أن كتابة إتفاق التحكيم يمكن أن يكون بأي طريقة واضحة ومعبرة عن فحوى الاتفاق ولا يهم فيما إذا كانت كتابته تمت من خلال رسائل عادية متبادلة بين أطراف الاتفاق أو بواسطة رسائل فاكس أو حتى عن طريق رسائل واتساب أو أي وسيلة إتصال أخرى .

نصت إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ على شرط الكتابة وذلك في المادة الثانية منها بقولها "١- تعترف كل دولة متعاقدة بأي اتفاق مكتوب يتعهد فيه الطرفان بأن يحيلوا إلى التحكيم جميع الخلافات أو أية خلافات نشأت أو قد تنشأ بينهما بالنسبة لعلاقة قانونية محددة، تعاقدية أو غير تعاقدية، تتصل بموضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم. ٢- يشمل مصطلح "اتفاق مكتوب" أي شرط تحكيم يرد في عقد أوَ أي اتفاق تحكيمَ موقع عليه من الطرفين أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة".

بالاضافة الى عديد من التشريعات الوطنية التي نظمت إتفاق التحكيم ،سواء تلك التي أنضمت اليها أو لم تنضم ،وجعلت من شرط الكتابة متعلقا بالنظام العام وأن عدم كتابة إتفاق التحكيم يجعل من الإتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام[١].

أن عدم كتابة إتفاق التحكيم يجعل من السهولة على الأطراف إنكار وجوده ولا يلجوؤن الى سلوك طرق التقاضي لغرض إثبات عدم وجوده أو إثبات بطلان الإتفاق ، لذلك فأن أول واجب يقع على عاتق المحكم هو التأكد من وجود إتفاق التحكيم[٢]،والذي ينبغي أن يكون مكتوبا سواء أكان على شكل بند تحكيمي ورد في العقد التجاري الأصلي أو كان على شكل إتفاق لاحق وهوما يطلق عليه بالمشارطة أو كان شرطا في أحد العقود الملحقة بالعقد الأصلي وهو اتفاق التحكيم بالإحالة ، فأي صور من الصور

(١) ممدوح عبدالعزيز العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت –لبنان، ٢٠٠٦، ص١٩٢.

(٢) أبراهيم رضوان الجغير، بطلان حكم المحكم ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،٢٠٠٩، ص١٢٨.

الثلاث التي ذكرت لابد أن تكون مكتوبة لكي تنتج آثارها إذ أن الكتابة هي الأساس القانوني لإتفاق التحكيم .وأختلفت التشريعات ما بين من يعتبر الكتابة للإثبات كالقانون العراقي حيث أن الكتابة شرط ورد للإثبات في قانون المرافعات المدنية العراقي في المادة (٢٥٢) والتي جاء فيها " لا يثبت الإتفاق على التحكيم إلا بالكتابة ويجوز الإتفاق عليه أثناء المرافعة فإذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق على التحكيم أو إذا أقرت اتفاق الطرفين عليه أثناء المرافعة فتقرر اعتبار الدعوى مستأخرة إلى أن يصدر قرار التحكيم."

ولكن هناك من ذهب من المشرعين الى إعتبار الكتابة شرط لإنعقاد عقد التحكيم كالمشرع اللبناني الذي نص " لايصح البند التحكيمي إلا أذا كان مكتوبا في العقد الأساسي أو في وثيقة يحيل اليها هذا العقد "[١]، وكذلك المشرع المصري الذي نص على " يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا"[٢]، وواضح من النصوص التي تشترط الكتابة كشرط للإنعقاد ان المشرع أراد إحاطة التحكيم بأكبر قدر من الحماية والتيقن وإبعاد أي إحتمال للقول بعدم وجود إتفاق على التحكيم نظرا لأهمية التحكيم بكونه وسيلة قضائية إستثنائية لتسوية المنازعات وتبرز وظيفة المحكم من خلال سلب إختصاص القاضي في حسم الدعوى .وتأسيسا على ما سبق فأن عدم كتابة إتفاق التحكيم من شأنه أن يبطل إتفاق التحكيم لمخالفته لصريح النصوص القانونية التي تلزم بضرورة ذلك وبالتالي مخالفة النظام العام للدولة .

٢- ذكر مدة التحكيم

قد تعد بعض التشريعات أن ذكر مدة التحكيم من الشروط الواجب توفرها في إتفاق التحكيم[٣]،إذ ينبغي على الأطراف تحديد مدة التحكيم ، اي المدة التي يجب على المحكمين أن يفصلوا في النزاع خلاله وإصدار حكمهم النهائي ضمنها ، وأن هذه المدة قد ينص عليها القانون في الأغلب، وقد يتفق الأطراف على تمديد المدة بصورة رضائية ، وتبدأ هذه المدة عادة من تاريخ تعيين هيئة التحكيم أو التاريخ الذي تبلغ به المحكمة المحكمين ، على أن المشرعين في غالبيتهم لم يجعلوا هذه المدة من النظام العام ،أذ

---

(١) المادة (١/٧٦٣) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني .

(٢) المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري .

(٣) مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٣٨ من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠ والتي جاء فيها" صدور قرار التحكيم في الميعاد المتفق عليه١- أ- على هيئة التحكيم إصدار القرار المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان. ب- ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك يجب أن يصدر القرار خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد لمدة لا تزيد على ستة أشهر.٢- إذا لم يصدر قرار التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة (١) أعلاه جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمراً لتحديد ميعاد إضافي أو لإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعوى إلى المحكمة المختصة. ٣- تصدر هيئة التحكيم قرارها الفاصل في موضوع النزاع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ حجز القضية للحكم، ويجوز للهيئة تمديد هذه المدة إذا دعت الضرورة إلى ذلك."

يمكن للأطراف أن يتفقوا عليها وفي حال عدم إتفاقهم يتم الرجوع الى القانون لتطبيق ما ورد في أحكامه من مدد، ونجد أن المشرع العراقي قد نص على ضرورة أن يكون التحكيم محددا بمدة تحدد إبتداءا عند إتفاق الأطراف عليها وإلا تم إعتماد المدة المذكورة في القانون ، وقد نصت المادة (٢٦٢) من قانون المرافعات العراقي على " ١- إذا قيد التحكيم بوقت زال بمروره ما لم يتفق الخصوم على تمديد المدة. ٢- إذا لم تشترط مدة لصدور قرار المحكمين وجب عليهم إصداره خلال ستة أشهر من تاريخ قبولهم للتحكيم . ٣- في حالة وفاة أحد الخصوم أو عزل المحكم أو تقديم طلب برده يمتد الميعاد المحدد لإصدار قرار التحكيم إلى المدة التي يزول فيها هذا المانع." كذلك نجد أن المادة (٢٦٣) تنص على "إذا لم يقم المحكمون بالفصل في النزاع خلال المدة المشروطة في اتفاقهم أو المحددة في القانون أو تعذر على المحكمين تقديم تقريرهم لسبب قهري جاز لكل خصم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع لإضافة مدة جديدة أو للفصل في النزاع أو لتعيين محكمين آخرين للحكم فيه وذلك على حسب الأحوال."

أما المشرع المصري فقد سلك نفس المسلك في عدم إعتبار غياب تحديد المدة في إتفاق التحكيم من النظام العام ،فأذا لم يعين الأطراف مدة لإنهاء الخصومة وإصدار الحكم تم إعتماد المدة التي وضعهاالمشرع وهي (١٢) شهرا وحسب ما جاء في المادة(٤٥) من قانون التحكيم المصري والتي نصت على" ١- على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد إتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال أثنى عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفى جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك. ٢- وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفترة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون أن يصدر أمرا بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها".

أما المشرع اللبناني فقد أعطى كذلك للأطراف حرية الاتفاق على مدة للتحكيم وأنه في حالة عدم ذكرها تكون المدة (٦) أشهر بنص القانون، ويكون تمديدها بإتفاق الأطراف أو من قبل المحكمة المختصة بعد تقديم طلب اليها وفق الأصول المرعية وهذا ما أكدته المادة (٧٧٣) من قانون أصول المحاكمات البناني والتي جاء فيها "١- إذا لم تحدد مهلة في اتفاقية التحكيم بندا كانت أم عقدا وجب على المحكمين القيام بمهمتهم في خلال ستة أشهر على الأكثر من تاريخ قبول آخر محكم لمهمته. ٢- يجوز تمديد المهلة

الاتفاقية أو القانونية إما باتفاق الخصوم وإما بقرار من رئيس الغرفة الابتدائية يصدر بناء على طلب أحد الخصوم أو الهيئة التحكيمية." ونخلص مما ذكر أن مدة التحكيم لا تعد متعلقة بالنظام العام ولا يؤدي عدم ذكرها في إتفاق التحكيم الى بطلانه .

٣- الأهلية

أن إتفاق التحكيم على قدر كبير من الأهمية ذلك أنه يفصل في منازعات تقدر بمبالغ مالية كبيرة ، فضلا عن وظيفة التحكيم القضائية والتي تتطلب قيام المحكم بعمل قضائي وأن كان على سبيل الإستثناء فهي من الوظائف الهامة والتي لا يتأهل لها إلا من تتوفر فيه شروط خاصة ، هذه الإعتبارات جميعها تستوجب أن يكون الأطراف متمتعين بالأهلية اللازمة، وأن الأهلية من مسائل النظام العام فلو أن الأطراف لم تتوفر فيهم الأهلية أو الصلاحية (السلطة) اللازمة لإبرام إتفاق التحكيم كان الاتفاق باطلا لمخالفته النظام العام ، وإستثناءا من المبدأ القائل بإستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي إلا أن إبرام العقد الأصلي من قبل عديمي الأهلية لا يؤدي فقط الى بطلانه بل الى بطلان إتفاق التحكيم أيضا لتعلق الأهلية بالنظام العام ، وأن الأهلية المطلوبة هي أهلية التصرف بالحقوق وقد تبنى المشرع العراقي هذا التوجه في قانون المرافعات العراقي في المادة (٢٥٤) والتي جاء فيها " لا يصح التحكيم ..... إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه..." ، وفي المادة(١١) من قانون التحكيم المصري نصت على " لا يجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الإعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ...."، أما المشرع اللبناني فنجده أجاز لأطراف العقد التجاري إبرام إتفاق التحكيم من خلال نص المادة (٧٦٢) والتي جاء فيها" يجوز للمتعاقدين أن يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم بندا ينص على أن تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره."أي أن الأهلية المطلوبة لإبرام إتفاق التحكيم هي ذاتها المطلوبة لإبرام العقد التجاري وهي أهلية التصرف في الحقوق أن هذه الأحكام من النظام العام ولذلك لا يجوز مخالفتها والا ترتب عى ذلك بطلان إتفاق التحكيم.

٤- تحديد محل التحكيم (النزاع)

يذهب البعض للقول أنه يجب أن يذكر في إتفاق التحكيم موضوع النزاع الذي ينبغي الفصل فيه عن طريق التحكيم ، وسبق أن تم مناقشة مسألة عدم إمكانية الأطراف التنبوء بموضوع النزاع قبل وقوعه وعند

الاتفاق على التحكيم وصياغته على شكل بند تحكيمي ، وأن هذا الأمر لايمكن توفره إلا في مشارطة التحكيم والتي تقع لاحقة على نشوء النزاع .

كما أن البحث في تحديد موضوع النزاع يقتضي الخوض في مسألة قابلية النزاع للتحكيم ، إذ يشترط أن يكون موضوع النزاع من المسائل القابلة لتسويتها بواسطة التحكيم ، ولذا فأنه يخرج من نطاق الخضوع للتحكيم المنازعات الناشئة عن مسائل الأحوال الشخصية كالاهلية والحالة الشخصية والمسائل الجزائية ومنازعات العمل، بالتالي إذا أتفق الأطراف على إخضاع أيا من هذه المسائل الى التحكيم كان إتفاقهم باطلا لمخالفته النظام العام ، وعادة تنص التشريعات على أن المنازعات القابلة للتحكيم هي التي تقبل الصلح وهذا ما نص عليه قانون المرافعات العراقي في المادة (٢٥٤) والتي جاء فيها " لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح....." ،أما المشرع المصري فهو الآخر أقر في المادة(١١) من قانون التحكيم المصري على " .... ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح."، وقد أكد المشرع اللبناني على أن النزاع الذي يصلح لتسويته بالتحكيم هو الذي يقبل تسويته عن طريق الصلح وذلك في المادة (٧٦٥) التي نصت على" العقد التحكيمي عقد بموجبه يتفق الأطراف فيه على حل نزاع قابل للصلح ناشئ بينهم عن طريق تحكيم شخص أو عدة أشخاص."

٥- الرضا

لابد من توافر الرضا في جميع التصرفات القانونية لكي تكون نافذة، فالرضا يعد جزء من الأهلية القانونية ومنبع الرضا إرادة حرة معتبرة ويعتد بها القانون، ويشترط توافر الرضا عند كلا طرفي عقد التحكيم وبخلاف ذلك يعد العقد ليس باطلا فحسب بل منعدما لتعلقه بالنظام العام .

ينعقد عقد التحكيم من خلال تطابق الإيجاب مع القبول ويجب أن يكون الرضا صادراعن شخص يملك الإدراك والتمييز، فيجب أن يكون كلا الطرفين مدركين تماما للنتائج المترتبة على إبرام عقد التحكيم لاسيما وأنه يعطي الإختصاص لجهة غير قضائية لتسوية النزاع وعدم جواز الطعن في أحكامها، وعليه فلا يصح صدور الإيجاب أو القبول من غير ذي أهلية كالصغير أو المجنون أو المعتوه لعدم إدراكه بصورة حقيقية آثار ابرام عقد التحكيم ،وكذلك الحال بالنسبة للمكره كون إرادته غير حرة أو مختارة ما يفسد الرضا[١] .

(١) المادة (١١٥) من القانون المدني العراقي نصت على " من اكره اكراهاً بأحد نوعي الاكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده".

وقد ترد عيوب على إرادة أطراف التحكيم كالغلط الذي يقوم في ذهن المتعاقد حيث يصور له الامر بغير حقيقته مما يدفعه إلى التعاقد ويشترط أن يكون هذا الخطأ جوهرياً ومؤثراً ليعتد به ، والتدليس الذي لا يُعد عيباً في ذاته وإنما لما يؤدي إليه من وقوع الشخص المدلس عليه في غلط نتيجة له، وينظر في التدليس بإعتباره عيبا من عيوب الإرادة أو دافعا إليها مؤثرة على إرادة المدلس عليه لا إرادة المدلس وهذه العيوب لا تصلح لإبرام عقد التحكيم إذ يجب أن تكون الإرادة سليمة وإلا كان عقد التحكيم موقوفا، أما التغرير مع الغبن لا تنتفي مع هذا العيب الإرادة تماما وأنما تكون معيبة وفي هذه الحالة الأخيرة يكون العقد موقوفا ،المشرع العراقي نص في المواد (١١٢- ١٢٥) من قانونه المدني على عيوب الإرادة المؤثرة على إنعقاد عقد التحكيم أو نفاذه، ونخلص مما تقدم أن عقد التحكيم لا ينعقد في حالة إنعدام الرضا لتعلق ذلك بالنظام العام الذي يسعى لحماية الأطراف وتحقيق العدالة والإنصاف .

٦- السبب

لابد من أن يكون لعقد التحكيم سبب مشروع ، وذلك لأنه عقد ويقوم على أركان من ضمنها السبب وأن إنعدام السبب أو كونه غير مشروع يجعل من العقد باطلا لمخالفته النظام العام ، ونجد هذا الحكم ضمن نصوص القانون المدني العراقي ، إذ يعد إنعدام السبب أو كونه غير مشروع مخالفة صارخة للنظام العام والقيم الاقتصادية في العراق[١]، وذهب المشرع العراقي في قانونه المدني في المادة (١/١٣٢)الى " ١- يكون العقد باطلاً اذا التزم المتعاقدون دون سبب او لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام او للآداب." إذ لا يجوزأن يكون سبب الإلتزام فعل مخالف للنظام العام كابرام عقد قرض لإستخدام المال في لعب القمار.

أن المشرع المصري لم يذهب بعيدا عن توجه المشرع العراقي وجاء في المادة (١٣٦) من القانون المدني المصري ما نصه " إذا لم يكن للإلتزام سبب، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا"،بإعتماد فكرة النظام العام وجعل منها معيارا لتحديد بطلان العقد أو صحته.

---

(١) ابراهيم خالد يحيى ، نحو تضييق نطاق النظام العام لمصلحة القانون الاجنبي في سياق القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ، مجلد ١٦ ، عدد ٢ ، ٢٠١٩ ، ص١٦٩.

أما المشرع اللبناني فقد تناول في المادة ١٩٨ من قانون الموجبات والعقود رقم (٠) لسنة ١٩٣٢ على " السبب غير المباح هو الذي يخالف النظام العام والآداب وأحكام القانون الإلزامية"[١]. وتأسيسا على ما تقدم فأن مخالفة سبب عقد التحكيم للنظام العام يجعل من العقد باطلا.

ثانيا / القواعد التي يستخدمها المحكمون

يقوم إتفاق التحكيم على مبدأ آخر أساس مبدأ الإستقلالية هو مبدأ الصحة والذي بموجبه يسلب الإختصاص من القضاء العادي ويمنح للمحكم ، وقد تأكد بإختيار الأطراف للتحكيم وتفضيله على القضاء العادي لتسوية منازعاتهم والذي يدعو الى إفتراض صحة الاتفاق على التحكيم دائما[٢] ، وأن صحة أتفاق التحكيم الدائمة المفترضة هي السبب الذي دعا للقول بإستقلاليته عن العقد الأصلي.

مبدأ صحة إتفاق التحكيم لاقى قبول كما لاقى رفض ، إذ أن البعض أشترط إلا يتم الأخذبه بعيدا عن القوانين الوطنية[٣]، وبالتالي فأن عرض إتفاق التحكيم أمام هيئة التحكيم لغرض الفصل في المنازعة يقتضي من الهيئة أن تتأكد إبتداءا من صحة إتفاق التحكيم، أي تطبيق القانون المناسب على صحة إتفاق التحكيم مما يعني أنه يقع على عاتق هيئة التحكيم إختيار القواعد القانونية الملائمة لذلك،إلا أن الفقه أنقسم حول طبيعة القواعد التي يستخدمها المحكمون للتأكد من وجود و صحة إتفاق التحكيم ومدى موافقته للنظام العام ، وأتجه الفقه في تحديد هذه المسألة الى ثلاثة إتجاهات :

١- الإتجاه الأول

يعتقد أصحاب هذا الرأي أن القواعد التي يجب أن يطبقها المحكم هي قواعد الإسناد الوطنية[٤]،ويرى القائلون بهذا الرأي بأفضلية تطبيق منهج التنازع وأن كانت المنازعة معروضة أمام التحكيم لأن هذا المنهج هو الأساس في حل المنازعات الدولية الخاصة، وعلى هذا الاساس فأن المحكم يطبق قانون

---

(١)قانون رقم (٠) لسنة ١٩٣٢ ، عدد الجريدة الرسمية :٢٦٤٢| تاريخ النشر :١١/٠٤/١٩٣٢.

(٢) بليغ حمدى محمود الخياط و حمد ابو المجد محمد السيد عفيفى ،انعكاسات مبدأى الصحة والاستقلالية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية – دورية علمية محكمة، ص٢٧ ، منشور على الشبكة العنكبوتية على الرابط الالكتروني الموضح في أدناه : https://jdl.journals.ekb.eg/article_316463_ca2b12f73d4de8bd715c8912a53fdd4a.pdf

(٣) بليغ حمدى محمود الخياط و حمد ابو المجد محمد السيد عفيفى، المرجع السابق ، ص٣٢.

(٤) خير الدين كاظم الأمين و محمود عبد عباس مغير الجبوري ،القانون الواجب التطبيق على بطلان إتفاق التحكيم ،بحث منشور في مجلة المحقق الحلي ،العدد الثاني، السنة الثانية عشرة ،٢٠٢٠، ص١٦.

الدولة ووفقا لمنهج التنازع المختص وحسب ما تشير له قواعد الإسناد[١] ، إذ أن تقدير سلامة أو عدم سلامة إتفاق التحكيم لابد أن يفيض من خلال تطبيق القواعد الوضعية[٢]،وقد أنتقد هذا الإتجاه لانه يبتعد عن الاساس الذي دفع الأطراف الى الاتفاق على اللجوء الى التحكيم بإعتباره قضاءا خاصا يحترم رغبة الاطراف وتوقعاتهم في عقود التجارة الدولية ويتخطى الأنظمة القانونية الوطنية إذ يتم تسوية منازعاتهم بواسطة محكم دولي حقيقي يعمل وفق نظام قانوني دولي يستمد من قواعد واعراف وعادات التجارة الدولية . بينما قواعد التنازع هي قواعد وطنية وليست دولية، فضلا عن كل ذلك ،فانه لا يمكن للمحكم ان يطبق قواعد الاسناد في حين انه لا يملك قانون اختصاص او قانون قاضي كما هو الحال في الانظمة القانونية الداخلية .

٢- الإتجاه الثاني

ذهب أصحاب هذا الرأي الى أنه يجب على المحكم أن يطبق مباشرة القواعد المادية (الموضوعية) في قانون التجارة الدولية ، وأن من أبرز هذه القواعد المادية هي قاعدة إستقلالية إتفاق التحكيم والتي تنبع من مبدأ صحة التحكم[٣] طالما أن النزاع معروض على المحكم فيتعين عليه تطبيق القواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية حيث تعد قوانين الدول المختلفة بالنسبة للمحكم قوانين أجنبية فلا يمكنه ترجيح احداها بتطبيق قواعد الاسناد[٤]، و قد ذهب الأستاذ Gaillard . E الى انه من الأفضل أن يدفع الفكر

---

(١) حسام الدين فتحي ناصيف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية،دار النهضة العربية ،القاهرة، ١٩٩٥، ص٤٠ .

(٢) طارق عبد الله عيسى المجاهد . تنازع القوانين فى عقود التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه . بغداد،٢٠٠١، ص ٦٨.

(٣) وذلك في قضية DALICO والتي تتلخص أحداثها أنه "فى عام ٧٨٩٧ ابرم الجانب الليبى عقدا مع شركة DALICO الدنماركية لتتولى بموجبه الاخيرة تشييد البنية التحتية فى احدى الوحدات المحلية الليبية ، وابرم العقد فى ضوء رسو المناقصة عليها والتى تضمنت من بين شروطها شرطا يقضى بتسوية ما قد يثار بينهما من منازعات من خلال غرفة التجارة الدولية بباريس . ولقد ورد بالعقد ان الشروط النموذجية , والشروط المعدلة فى الملحق تعد جزءا لا يتجزأ من هذا العقد . وقد تضمنت الشروط النموذجية الموقع عليها شرطا يمنح الاختصاص للمحاكم الليبية للفصل فى اى منازعة قد تثور بين الطرفين . وتم تعديل هذا الشرط الاخير بموجب الملحق غير الموقع عليه بآخر مؤداه الاحالة الى شرط التحكيم الوارد فى احدى الوثائق المتعلقة بالمناقصات . ونتيجة لقيام الجانب الليبى بإنهاء العقد بارادته المنفردة ,لجا الجانب الدنماركى الى التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس حيث قررت محكمة التحكيم اختصاصها بنظر المنازعة وانتهت الى ادانة الجانب الليبى والزمته بدفع مبالغ مالية حسب مراحل التنفيذ للطرف الدنماركى حسبما أشار بذلك تقرير الخبير الذى عينته المحكمة . طعن الجانب الليبى على هذا الحكم امام محكمة استئناف باريس بمناسبة الاعتراض على امر التنفيذ مؤسسا طعنه على بطلان شرط التحكيم حسب القانون الليبى المتفق على اعماله ، وايضا القانون الفرنسى الذى يشترط أن يكون الاتفاق مكتوبا وموقعا عليه من الاطراف والا كان باطلا . الا ان محكمة الاستئناف رفضت هذا الطعن وقد اكدت على ان استقلالية اتفاق التحكيم وصحته لا يقتضى ان يتقرر ذلك وفق القيود التى يستلزمها القانون الواجب التطبيق وهو القانون الليبى ، وانتهت الى ان الملحق الذى ينص على شرط التحكيم بالاشارة قد تم ادماجه بالعقد نزولا على ارادة االاطراف المشتركة ، ويصير بذلك قانون الأطراف" أشار اليه بليغ حمدى محمود الخياط و حمد ابو المجد محمد السيد عفيفى، المرجع السابق ، ص٢٩.

(٤) حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص٤١ .

القائم على الطابع العابر للدول لسلطات المحكمين إلى مداها من أجل فسح المجال لهم بإستخدام المفاهيم الدولية لتقدير وجود وصحة إتفاق التحكيم و التي استهدفها القضاء الفرنسي خلال استخدامه لفكرة النظام العام الدولي[١]، وكانت المبررات التي سوغت لهذا الرأي بتميز قانون التجارة الدولي بأنه قانون موضوعي يقدم الحلول الموضوعية بما لديه من قواعد متعددة المصادر، منها ذات طابع تشريعي داخلي ومنها ذات طابع تشريعي اتفاقي من وضع الإتفاقيات ،فضلا على ذلك فان القواعد الموضوعية الدولية ذات النشأة التلقائية والتي تم تبنيها من قبل القضاء الدولية والمنظمات المهنية والتي تتمثل بالأعراف والعادات والعقود النمطية والشروط العامة .

وقد قضت محكمة الإستئناف في فرنسا بأنه " فى اطار التحكيم الدولى ، فإن مبدأ صحة واستقلالية شرط التحكيم يكرس استقلالية اتفاق التحكيم فى مواجهة ليس فقط النصوص المادية للعقد الذى يشير اليه ، إنما ايضا فى مواجهة القانون الداخلى الواجب الاعمال على هذا العقد ، والشرط الوحيد هو عدم مخالفة النظام العام الدولى خاصة ما تعلق منه بقابلية موضوع المنازعة للفصل فيها بطريق التحكيم"وذلك في القضية المشهورة DALICO، وقد أقرت محكمة النقض هذا التوجه وقضت بأن " وفقا لقاعدة مادية من قواعد القانون الدولي للتحكيم يعد شرط التحكيم مستقلا من الناحية القانونية عن العقد الاصلى الذى يتضمنه سواء بطريق مباشر او عن طريق الاشارة . توجد اتفاق التحكيم وصحته تتقرر وفقا للإرادة المشتركة للأطراف، دون الحاجة الى الاشارة الى قانون وطني وضعي باستثناء التقيد بالقواعد الآمرة فى القانون الفرنسى والنظام العام الدولي"[٢].

ولكن هذا الرأي تم إنتقاده بسبب ان القول بتطبيق المحكم للقواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية مباشرة قد يؤدي الى تطبيق قواعد لا تتمتع بالصفة القانونية الملزمة كقواعد العقود النموذجية والشروط العامة أوالأعراف والعادات التجارية أومبادئ العدل والانصاف.

٣- الإتجاه الثالث

يرى بعض الفقه ضرورة أن يطبق المحكم الدولي كلا من القواعد الموضوعية وقواعد الاسناد أي أن المحكم يفصل في المنازعة من خلال الجمع بين النوعين، فالمحكم الدولي يطبق في مجال صحة التحكيم

(١) عبد الراضي حجازي ، تطبيق منهج القواعد المادية بواسطة المحكمين، مقال منشور على الشبكة العنكبوتية على الرابط :
https://www.facebook.com/100057528907467/posts/702063459928824/

(٢) بليغ حمدى محمود الخياط و حمد ابو المجد محمد السيد عفيفى، المرجع السابق ، ص٣٠

وفعاليته القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية بصفة أساسية على أن يستعين بقواعد الإسناد الموجودة في القانون الوطني الواجب التطبيق على العقد لكي يكمل النقص في قانون التجارة الدولية،حيث تكون العلاقة ما بين النوعين علاقة تكاملية، ويبرر أصحاب هذا الرأي رأيهم بأن الطبيعة الاتفاقية للتحكيم تساهم في امكانية تحقيق التطبيق الجمعي لهما فإرادة الاطراف هي أساس التحكيم وبدونها لن يوجد التحكيم[١] .

كذلك فأن الجمع بين نوعي القواعد يكون في صالح فعالية التحكيم لانه سيؤدي الى زيادة فرص صحة اتفاق التحكيم وأن من البديهي ان الجمع بين نوعي القواعد لا ينفي مطلقا اهمية اعطاء اولوية التطبيق لاحد النوعين في مقابل الآخر حيث تكون الاولوية للقواعد الموضوعية لانها بمثابة القانون الخاص للمحكم ويكون تدخل قواعد الاسناد بصفة احتياطية[٢].

ونجد أن هناك كثير من التشريعات أخذت بهذا الرأي منها التشريع العراقي[٣]،إذ أخذ المشرع بالاتجاه الجمعي وهذا واضح من نصوص المواد (٢٥، ٣١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل،وكذلك نص المادة (٢٦٥) من قانون المرافعات العراقي التي جاء فيها " يجب على المحكمين اتباع الاوضاع والاجراءات المقررة في قانون المرافعات الا اذا اذا تضمن الاتفاق على التحكيم او أي اتفاق لاحق عليه اعفاء المحكمين منها صراحة او وضع اجراءات معينة يسير عليها المحكمون" .

---

(١) أخذت الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١ بالإتجاه الجمعي حيث نصت في المادة ٧ الفقرة الاولى على انه" يكون الاطراف احرارا في تحديد القانون الذي يجب ان يطبقه المحكمون على موضوع النزاع وعند إنتفاء اشارة الاطراف الى القانون الواجب التطبيق، يطبق المحكمون القانون الذي تعينه قاعدة الاسناد التي يقدرون ملائمتها للنزاع وفي الحالتين السابقتين يأخذ المحكمون في اعتبارهم شروط العقد وعادات التجارة " .

(٢) حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق،ص٦٤.

(٣) المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي نصت على "١- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه . ٢ – قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي ابرمت بشأنه". كذلك نصت المادة (٣١) منه على " ١- اذا تقرر ان قانونا اجنبيا هو الواجب التطبيق فانما يطبق منه احكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص . ٢- واذا كان هذا القانون الاجنبي هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فان قانون هذه الدولة هو الذي يقرر اية شريعة من هذه يجب تطبيقها".(٣) أخذت الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١ بالإتجاه الجمعي حيث نصت في المادة ٧ الفقرة الاولى على انه" يكون الاطراف احرارا في تحديد القانون الذي يجب ان يطبقه المحكمون على موضوع النزاع وعند إنتفاء اشارة الاطراف الى القانون الواجب التطبيق، يطبق المحكمون القانون الذي تعينه قاعدة الاسناد التي يقدرون ملائمتها للنزاع وفي الحالتين السابقتين يأخذ المحكمون في اعتبارهم شروط العقد وعادات التجارة " .

وأخذ المشرع المصري بالرأي نفسه عندما قرر في الفقرة الاولى من المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري بأنه" ١- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وان اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك. ٢- واذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الاكثر اتصالا بالنزاع. ٣- يجب ان تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والاعراف الجارية في نوع المعاملة"[١].

ومن القوانين الأجنبية التي أستخدمت الإتجاه الثالث هو القانون الدولي السويسري والذي قرر "أن صحة اتفاق التحكيم من حيث الموضوع يمكن أن تخضع للقانون المختار من قبل الأطراف أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع على العقد الأصلي في غالبية الحالات و تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف ليس إلا مجرد تكريس للمفهوم التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة"[٢].

أما في فرنسا فليس هناك ما يمنع من إتباعه[٣]،وأن كان قضاء[٤]Dalico قرر أن القواعد المادية واجبة التطبيق لا تقبل بتقرير صحة إتفاق التحكيم لمخالفة ذلك للنظام العام كون أن إتفاق التحكيم هو أساس الحكم التحكيمي المطلوب الإعتراف به وتنفيذه في فرنسا ،وأن القواعد المادية في حال إعمالها قد تقرر عدم صحة إتفاق التحكيم وبالتالي رفض تنفيذ الحكم التحكيمي وهو ما لا يمكن نظرا لإلتزام الدول بموجب إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بالإعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية ،لأن الحكم التحكيمي الأجنبي

(١) المشرع الفرنسي أيد أيضا الإتجاه الجمعي في المادة ١٤٩٦ من قانون المرافعات الفرنسي التي نصت على "يفصل المحكم في المنازعة وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الاطراف، وفي حالة تخلف هذا الاختيار وفقا للقواعد التي يقرر انه من الملائم اعمالها ويراعي المحكم في جميع الاحوال الاعراف التجارية".

(٢) المادة (١٧٨) من القانون الدولي الخاص السويسري ،

(٣)يذهب الأستاذ Gaillard أنه بالإمكان إتباع هذا المنهج في فرنسا ولا يحتاج الى نص قانوني ليقرر ذلك،إذ ذهب للقول أنه " بان القانون الوضعي الفرنسي الحالي يقرر صحة اتفاق التحكيم المتفق أما مع القانون المختار من قبل الأطراف أو في حالة عدم الاختيار وفقا لقانون مقر التحكيم أو وفقا للقواعد المادية للقانون الفرنسي الواجبة التطبيق على التحكيم الدولي"

(٤) أن القصد الواضح لقضاء Dalico هو عدم مخالفة النظام العام ، وهذا القصد متحقق عند إعمال القواعد المادية الواجبة التطبيق على صحة إتفاق التحكيم والتي تعمل على إستبعاد القانون الأجنبي في أطار منهج تنازع القوانين عند مخالفته النظام العام الفرنسي .

صدر وفقا لإتفاق صحيح وفقا للقانون المختار من قبل الأطراف وفي حالة عدم الإختيار وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم المطلوب تنفيذه[١].

نخلص مما تقدم أن تقرير المحكمين لصحة إتفاق التحكيم يتم من خلال الإستعانة بقواعد القانون الوضعي والقواعد المادية المباشرة لقانون التجارة الخارجية وبصورة تكاملية وبشرط عدم مخالفتها للنظام العام .

الخاتمة

وبعد أن أنتهينا من إستعراض بحثنا الذي كان بعنوان " مخالفة إتفاق التحكيم الوارد في عقود التجارة الدولية للنظام العام"والذي أرتأينا أن نختمه بخاتمة تتضمن مجموعة من النتائج والتوصيات .

أولا / النتائج

أن عقد التحكيم يعد تعبيرا عن الإرادة الحرة المختارة للأطراف ، ومع ذلك فهو ليس بمنائ عن ضرورة مراعاة النظام العام والذي يرافق إتفاق أبتداءا من إبرامه مرورا بتنفيذه وإنتهاءا بإصدار الحكم التحكيمي ،وأن الأنظمة القانونية التي تتناول هذا الموضوع قد تباينت أحكامها وفقا للفلسفة القانونية المؤثرة فيها.

أن هذا التباين أنعكس على مفهوم النظام العام السائد في كل منها على حدا ، ونطاق إعماله ،إذ نجد من الدول من تفرق بين النظام العام الوطني وبين النظام العام غير الوطني ، وقد يضيق إستخدام النظام العام في بعض الأنظمة وتدخله في تقييد إتفاق التحكيم في حين نجد نطاق النظام العام يتسع في أنظمة أخرى الى درجة إبطال إتفاق التحكيم ،مما ينعكس على حكم التحكيم ويجعله مهددا بالبطلان أو عدم التنفيذ .

ثانيا / التوصيات

١- الدعوة الى ضرورة وضع تنظيم قانوني للنظام العام بتضمن تحديد مفهومه بما لا يسمح بالتباين في تطبيق في الأنظمة القانونية المختلفة وبغرض توحيد الأحكام دوليا .

٢- دعوة المشرع العراقي الى الإسراع بتشريع قانون التحكيم التجاري العراقي والذي ينتظر منذ عام ٢٠١١ في أدراج السلطة التشريعية .

(١) ووفقا لإتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ في المادة(٥/١/أ)، وكذلك إتفاقية جنيف لعام ١٩٦١ في المادة (٦/فقرة٢/أ و ب) والتي تلزم القاضي الفرنسي بأن يرتب الآثار على" اتفاق صريح وفقا للقانون المختار من قبل الأطراف و في حالة سكوت الإرادة عن اختيار وفقا لقانون دولة المقر".

٣- التخفيف من رقابة القضاء على الأحكام التحكيمية الأجنبية بداعي مراعاة النظام العام الوطني ، وضرورة التفرقة بين النظام العام الدولي والذي يفترض أن يكون تطبيق النظام العام فيه بنطاق ضيق ، على عكس الأحكام الصادرة داخل الدولة حيث يطبق فيه النظام العام بنطاقه الواسع .

المراجع

أولا / الكتب

١- أبراهيم رضوان الجغير، بطلان حكم المحكم ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،٢٠٠٩

٢- اشرف عبدالعليم الرفاعي ، إتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية ،٢٠٠٦.

٣- حسام الدين فتحي ناصيف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية،دار النهضة العربية ،القاهرة، ١٩٩٥.

٤- حسني المصري ،التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن ،الكويت ،١٩٩٦

٥- سالم روضان الموسوي ، إتفاق التحكيم بين الشرط والمشارطة وإشكالية التنفيذ في ضوء القانون الوطني والإتفاقيات الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية،ط١، بيروت- لبنان ، ٢٠٢٥.

٦- طارق فهمي الغنام،طبيعة مهمة المحكم ،ط١، ج٥، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠١١

٧- فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية،القاهرة ، ١٩٨٠

٨- ممدوح عبدالعزيز العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت –لبنان، ٢٠٠٦.

ثانيا / الرسائل والأطاريح

١- طارق عبد الله عيسى المجاهد . تنازع القوانين فى عقود التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه . بغداد ٢٠٠١.

ثالثا / المقالات والبحوث

١. ابراهيم خالد يحيى ، نحو تضييق نطاق النظام العام لمصلحة القانون الاجنبي في سياق القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ، مجلد ١٦ ، عدد ٢ ، ٢٠١٩.

٢. ابراهيم خليل خنجر الموسوي، الضمانات الإجرائية لخصومة التحكيم الألكتروني "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، المجلد ١، العدد السابع ، ٢٠٢٥.
٣. بليغ حمدى محمود الخياط و حمد ابو المجد محمد السيد عفيفى ،انعكاسات مبدأى الصحة والاستقلالية بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية – دورية علمية محكمة،منشور على الشبكة العنكبوتية على الرابط الالكتروني الموضح في أدناه : https://jdl.journals.ekb.eg/article_316463_ca2b12f73d4de8bd715c8912a53fdd4a.pdf
٤. حسين عبد الله عبد الرضا و أحمد هاشم عبد ، التحكيم في منازعات عقد إتاحة المصنفات الإلكترونية، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة ،المجلد ١، العدد٩، ٢٠٢٣
٥. حسن علوان لفته و حسين جبار لازم ،المركز القانوني لمراكز التحكيم في العراق "دراسة مقارنة"،بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، العدد (الثامن) المجلد(١)، يوليو،٢٠٢٣.
٦. عبد الراضي حجازي ، تطبيق منهج القواعد المادية بواسطة المحكمين، مقال منشور على الشبكة العنكبوتية على الرابط :
/https://www.facebook.com/100057528907467/posts/702063459928824

رابعا / الإتفاقيات والقوانين

١. قانون المرافعات الفرنسي المدنية ١٩٨٠
٢. قانون ٣١ كانون الاول ١٩٢٥ القانون التجاري المنظم للإقتصاد النوعي للمحاكم التجارية
٣. القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥.
٤. قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني .
٥. قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.
٦. قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠
٧. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
٨. قانون رقم (٠) لسنة ١٩٣٢ ، عدد الجريدة الرسمية :٢٦٤٢| تاريخ النشر :١١/٠٤/١٩٣٢.
٩. الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١
١٠. إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨

References

1. Ashraf Abdel-Alim Al-Rifai, Arbitration Agreement and Practical and Legal Problems in International Private Relations, Dar Al-Fikr Al-Jami'i, Alexandria, 2006.
2. Fathi Wali, The Mediator in Civil Judicial Law, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1980
3. Hosni Al-Masry, International Commercial Arbitration under Kuwaiti Law and Comparative Law, Kuwait, 1996.
4. Hossam El-Din Fathi Nassif, Arbitrability of the Dispute in International Trade Contracts, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1995.
5. Ibrahim Radwan Al-Jughair, Invalidation of the Arbitrator's Ruling, Dar Al-Thaqafa for Publishing and Distribution, Amman, 2009
6. Mamdouh Abdel Aziz Al-Anzi, The Invalidity of International Commercial Arbitration Decisions, Al-Halabi Legal Publications, Beirut, Lebanon, 2006.
7. Salem Rawdan Al-Moussawi, Arbitration Agreements: Between Conditions and Agreements and the Problem of Implementation in Light of National Law and International Agreements, Al-Halabi Legal Publications, 1st ed., Beirut, Lebanon, 2025.
8. Tariq Fahmy Al-Ghannam, The Nature of the Arbitrator's Task, 1st ed., Vol. 5, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2011.