ضمانات عدالة عقد التحكيم

((دراسة تحليلية مقارنة))

سومان عزيز عبدالله

كلية القانون/ جامعة دهوك

باشراف

أ.م.د. عبدالله فاضل حامد

استاذ القانون الخاص المساعد

كلية القانون/ جامعة دهوك

الملخص

يتناول هذا البحث ضمانات عدالة عقد التحكيم بإعتباره أساس التحكيم ووسيلته في جلب الإختصاص القضائي لهيئة التحكيم، وهو قضاء من الضروري كفالة العدالة في مختلف مراحله واولها عقد التحكيم ذاته. تبين لنا من خلال البحث أن الضمانة الأساسية لعدالة عقد التحكيم تكمن في المساواة بين المراكز القانونية والإقتصادية لأطرافه، لذلك لا يقبل المشرع عادة التحكيم في بعض العقود مثل عقد العمل الفردي نظراً لاختلال التوازن بين مركز العامل ورب العمل. توصل البحث في الخاتمة الى جملة من الإستنتاجات لعل أهمها أن القوة الملزمة لعقد التحكيم هي أحد أهم الضمانات الأساسية لعدالة عقد التحكيم، حيث يتقيد طرفا العقد بما اتفقوا عليه ولا يجوز لطرف تعديل العقد أو الرجوع عنه بارادته المنفردة. كما توصل البحث إلى جملة من التوصيات أهمها النص صراحة على ضمانات عدالة عقد التحكيم في التشريع المزمع سنه في العراق بشأن التحكيم في المسائل المدنية والتجارية.الكلمات المفتاحية: المساواة بين أطراف عقد التحكيم، عدالة عقد التحكيم، القوة الملزمة لعقد التحكيم، العقد شريعة المتعاقدين

Abstract

The research deals with the guarantees of fairness of the arbitration agreement as the basis for arbitration and its means in bringing jurisdiction to the arbitral tribunal .It is necessary to ensure fairness in the various stages of arbitration, the first of which is the arbitration contract. We found that the basic guarantee for the fairness of the arbitration contract lies in the equality between the legal and economic status of its parties. Therefore, the legislator usually does not accept arbitration in some contracts, such as the individual work contract, due to the imbalance between the legal status of the worker and the employer. The research reached a number of conclusions, perhaps the most important of which is that the binding force of the arbitration contract is one of the most important basic guarantees for the fairness of the arbitration contract. The parties to the contract abide by what they agreed upon, it is not permissible for a party to amend the contract or withdraw from it by its own will. The research also reached a number of recommendations, the most important of which is that the legislator explicitly stipulates guarantees of the fairness of the arbitration contract in the legislation that to be enacted in Iraq regarding arbitration in civil and commercial matters **Keywords**: equality between the parties to the arbitration contract, the fairness of the arbitration contract, the binding force of the arbitration contract, the contract is the law of the contracting parties.

مقدمة

اولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث

أصبح التحكيم من أهم الوسائل البديلة عن القضاء يلجأ اليها الخصوم – أفراداً ومؤسسات– في المنازعات المدنية والتجارية لاسيما تلك المنازعات التي تتسم بالصفة الدولية، بهدف الوصول الى حلول حاسمة وبصورة إختيارية وبالسرعة اللازمة والدقة المطلوبة. وبالنظر إلى ما يتمتع به المحتكمون (الخصوم) من حرية في اللجوء الى التحكيم كوسيلة لحسم منازعاتهم، وتنظيم العملية التحكيمية في معظم مراحلها وبالكيفية التي تخدم معاملاتهم ومصالحهم، وحسمها وفق القواعد القانونية والأجراءات التي يختارونها في الحالة التي يكون فيها التحكيم تجارياً دولياً، كل ذلك يستدعي إحاطة العملية التحكيمية بضمانات موضوعية وشكلية تكفل تحقيق العدالة، وبما أن أساس العملية التحكيمية ككل هو عقد التحكيم (إتفاق التحكيم)، فإن ذلك يستلزم توفر ضمانات العدالة في الأساس أي في العقد قبل توفرها في بقية مراحل العملية التحكيمية، فغاية عقد التحكيم إنشاء عدالة خاصة فيها الكثير من المزايا التي قد يفتقدها القضاء، تلك العدالة الخاصة التي يتم عن طريقها وصول الخصوم الى ما يرضيهم من حلول وبعيداً عن التعقيدات والإجراءات القضائية، ولعل اولى الضمانات هو تساوي مراكز الخصوم في عقد التحكيم، فلا يمكن تصور العدالة في العقد الذي يخضع فيه أحد الأطراف لإرادة الطرف الآخر كما في عقد المستهلك وعقد العمل الفردي، كما تكمن ضمانة العقد في القوة الملزمة لعقد التحكيم والتي تتمثل في الإرادة الحرة للأطراف.

ثانياً: أهمية موضوع البحث

للموضوع أهمية من الناحيتين النظرية والعملية، فمن الناحية النظرية تتمثل أهيمة البحث في أن دراسة ضمانات العملية التحكيمية بالمجمل – ومن ضمنها ضمانات عدالة عقد التحكيم– تكتسب أهمية بالغة نظراً لما للتحكيم من مميزات وما يحظى به من إهتمام كبير ومتزايد سواءً على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي، وذلك لظهور عقود تحكيم كثيرة لم تكن مطروحة من قبل وخاصة في نطاق التجارة الدولية، وهو ما يظهر أهمية تأصيل ضمانات عقد التحكيم ومعرفة العقود التي يجوز فيها التحكيم نظرا لتوفر ضمانات العدالة وتلك العقود التي لا يجوز

فيها التحكيم لفقدان ضمانات العدالة فيها مثل عقد العمل الفردي. أما من الناحية العملية، فتتمثل أهمية البحث في معرفة الخصوم في المنازعات التحكيمية، إضافة إلى المحكمين، لضمانات عدالة عقد التحكيم، ومعرفة الأحوال التي يجوز فيها للخصوم الطعن ببطلان الحكم التحكيمي إستنادا إلى بطلان عقد التحكيم لفقدانه الضمانات التي تكفل عدالته، كما تظهر أهمية البحث من الناحية العملية في الوصول إلى استنتاجات ومقترحات بشأن عقد التحكيم وضمانات عدالته تفيد المشرع العراقي في حال سن التشريع الخاص بالتحكيم في المسائل المدنية والتجارية، وهو تشريع يدعوا الفقه العراقي منذ سنوات إلى إصداره.

ثالثاً: مشكلة موضوع البحث

كما أشرنا في الفقرة السابقة، فإن القانون العراقي والكوردستاني يخلوان من تشريع خاص يتناول التحكيم خاصة التحكيم التجاري الدولي وهو الوجه الأنشط للتحكيم في الوقت الحاضر، لأن ما يتضمنه القانون العراقي وكذلك الكوردستاني هو النصوص الواردة في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، وهي نصوص موجزة تتناول التحكيم في صورته الوطنية وهي صورة ضامرة في الواقع قياساً على التحكيم التجاري الدولي. على هذا الأساس تكمن مشكلة البحث في تأصيل ضمانات عقد التحكيم في ظل عدم وجود تشريع خاص بشأن التحكيم يتناول في جانب منه عقد التحكيم ويؤكد ضمانات عدالته، فكما هو معلوم يتميّز التحكيم بإعطاء الحرية للخصوم في تنظيم وإختيار إجراءات الدعوى التحكيمية، أي أن مبدأ سلطان الإرادة يمثل بشكل جلي في عقد التحكيم، وهو ما يبرز وجود إشكالية تتمثل في مدى كفالة ضمانات عدالة هذا العقد حسب القانون العراقي والمقارن، هذا من جهة. ومن جهة ثانية، هل يجوز إبرام عقد التحكيم بشأن كافة المعاملات والمنازعات الناشئة بين الأفراد أو بين المؤسسات والدول، بعبارة أخرى ماهي ضمانات عدالة عقد التحكيم، وما هو مصدر هذه العدالة، وهل تتحقق هذه الضمانات في مختلف مراحل الدعوى التحكيمية، وما هي القوة الملزمة لعقد التحكيم وأثره على العدالة.

رابعاً: منهجية البحث

سيتم إتباع المنهج التحليلي من خلال تحليل القواعد القانونية ذات العلاقة، إضافة الى آراء الفقه بشأن فقرات الموضوع، كما سيتم إتباع المنهج المقارن من خلال إجراء مقارنة بين موقف القانون العراقي مع بعض القوانين، كقانون التحكيم المصري والاردني واللبناني والفرنسي، بالإضافة الى بيان موقف القانون النموذجي للتحكيم الصادر عام ١٩٨٥ عن لجنة القانون التجاري في الامم المتحدة (الأونسيترال).

خامساً: هيكلية البحث

من أجل الإحاطة بتفاصيل موضوع البحث آثرنا تقسيمه إلى ثلاثة مباحث، يتناول المبحث الأول ماهية ضمانات عدالة عقد التحكيم، والمبحث الثاني يتناول الضمانة الأولى من ضمانات عقد التحكيم وهي المساواة في مراكز طرفي عقد التحكيم، أما المبحث الثالث والأخير فيتناول الضمانة الثانية وهي القوة الملزمة لعقد التحكيم.

المبحث الأول ماهية ضمانات عدالة عقد التحكيم

عقد التحكيم هو من العقود الرضائية الملزمة للجانبين، إذ يكفي الرضاء لانعقاده وان كان القانون يتطلب الكتابة لإثباته، فهي شرط للإثبات وليس للانعقاد حسب القانون العراقي، ثم أنه يوصف بأنه عقد ملزم للجانبين، اذ يرتب التزامات متقابلة على عاتق طرفيه وهي حقوق لهما في ذات الوقت، فكل منهما يمتنع عليه الالتجاء الى القضاء في صدد النزاع المتفق على طرحه على المحكم. ولما كان هذا العقد يسعى الى تحقيق العدالة التي يمكن ان نصفها بعدالة قضاء التحكيم كبديل عن عدالة القضاء الرسمي، حيث يسلب التحكيم النظر في دعاوى المنازعات المدنية والتجارية من ولاية القضاء لتنظر من قبل محكمين مخولين بمهمة حسم الدعوى بإصدار حكم تحكيمي ملزم للخصوم[١]، فان ذلك يستلزم توافر جملة من الضمانات، التي في ضوئها نبحث فيما اذا كانت العدالة وضماناتها مكفولة بحسب المبادئ والقواعد القانونية في هذا الشأن في عقد التحكيم، وإن كانت كذلك فما هو مصدرها وضماناتها على وجه التحديد؟. عليه، ومن أجل الإلمام بماهية ضمانات عدالة عقد التحكيم سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، سنتناول في المطلب الأول مفهوم ضمانات عدالة عقد التحكيم، وفي المطلب الثاني سنبحث في مفهوم عدالة عقد التحكيم، أما المطلب الثالث والأخير فسنخصصه لمصدر عدالة عقد التحكيم.

المطلب الأول مفهوم ضمانات عدالة عقد التحكيم

من اجل بيان مفهوم ضمانات قضاء التحكيم بشكل عام ومن ثم مفهوم ضمانات عدالة عقد التحكيم بشكل خاص في الاصطلاح الفقهي[٢]، فانه لا بد ان نتناول مفهوم قضاء التحكيم أولا. فقضاء التحكيم هو ذلك القضاء الذي يقوم على أساس الفصل بين خصمين، بوصفه قضاء خاص أي قضاء مُختار، لذلك اشترط في المحكم نفس شروط القاضي، وتكون الإحالة عليه اختيارا باتفاق الأطراف. أو أنه ذلك النظام

القضائي الخاص الذي اوجده المشرع ليعمل بموازاة قضاء الدولة الرسمي ويكمله ويخضع لرقابته ويشرف على تنفيذ قراراته ويقوم على أساس الإرادة المشتركة لأطراف العقد او اتفاق التحكيم، ويكون ذلك بإحالة نزاع معين نشأ عن تنفيذ العقد الأصلي او تفسيره او ما يمكن ان ينشأ عنه من منازعات في المستقبل على محكم واحد او ثلاثة محكمين ليفصلوا في النزاع بقرار نهائي وملزم للأطراف[٣]. وعلى هذا الأساس، فإن القضاء الرسمي والتحكيم وإن كانا يتفقان في كونهما جهات للفصل في المنازعات الا انهما يختلفان في ان التحكيم يعد قضاء ثانوياً بجانب قضاء الدولة الرسمي، فالقضاء هو المسار الأصيل للفصل في المنازعات وصاحب الولاية العامة للنظر فيها، ومع ذلك يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم بين الطرفين في منازعة معينة ولو كانت قد أقيمت في شأنها دعوى أمام جهة قضائية. كما يمتاز قضاء التحكيم بأن صلاحيات هيئة التحكيم تكون واسعة عادة، فالهيئة التحكيمية قد تطبق قواعد القانون أو قواعد العدالة وهذا كله مرهون بإرادة الخصوم، أما القضاء فهو ملزم بتطبيق قواعد القانون، فضلا عن ان قرار التحكيم يتميّز عن الحكم القضائي بعدة أوجه، والتي تبدأ بمرحلة إجراءات إصدار القرار ومروراً بتنفيذه والطعن فيه[٤]. اما ضمانات قضاء التحكيم فتعني انه على المحكم ان يؤدي ما عليه من واجبات بموجب اتفاق التحكيم وان يراعي ما يبعث الطمأنينة في نفوس الخصوم[٥]، فالضمانة هي الضابط الذي يجب الالتزام به للفصل في الخصومات بما يبعث الطمأنينة في نفوس المتقاضين ويضفي على القرار الصادر صفة المشروعية. وبذلك يمكننا ان نعرف ضمانات قضاء التحكيم بانها: تلك الضوابط الملزمة التي يكفل تحققها حسن سير الإجراءات في خصومة التحكيم ابتداء من لحظة الاتفاق او اللجوء الى التحكيم وانتهاء بإصدار القرار التحكيمي وتنفيذه بما يضمن تحقيق العدالة.

المطلب الثاني مفهوم عدالة عقد التحكيم

لم يعرف المشرع العراقي عقد التحكيم[٦]، وإنما أشار فقط إلى صور هذا العقد في المادة (٢٥١) التي تقضي بأنه ((يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الإتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين))، وهذا على عكس موقف بعض القوانين المقارنة التي عرفت إتفاق التحكيم[٧]، وتتفق هذه القوانين على أن عقد التحكيم يكون على صورة شرط وارد في العقد الذي يمكن أن ينشأ من تنفيذه نزاع، وهو ما يسمى عموماً بـ (شرط التحكيم)، أو بإتفاق مستقل للتحكيم في نزاع ناشئ أو يمكن أن ينشأ من عقد معين والذي يسمى بـ (مشارطة التحكيم)، وفي كلتا الحالتين، أي سواء أكان الإتفاق على التحكيم في صورة شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم فأنه لابد من أن يستجمع الإتفاق، بإعتباره عقداً مستقلا عن العقد الأصلي أركانه القانونية الموضوعية من رضا الطرفين المتمتعين بأهلية الأداء ومحل وسبب مشروعين، إضافة إلى الركن الشكلي المتمثل بوجوب كون إتفاق التحكيم مكتوباً[٨]. فإتفاق التحكيم هو عقد رضائي يتم بإيجاب وقبول تتطابق فيه الارادتان وتتجه إلى التحكيم لحسم النزاع الذي نشأ أو سينشأ بين الطرفين، والرضا المتبادل يشمل العقد الأصلي وشرط التحكيم معاً، أما إذا كان الإتفاق على التحكيم بين الطرفين يتم خارج العقد ففي هذه الحالة يصار إلى اتفاق خاص بالتحكيم ويلزم فيه توافر الأركان العامة في العقود من رضا ومحل وسبب[٩]وبخصوص محل إتفاق التحكيم فهو موضوع المنازعات التي يشملها إتفاق التحكيم والتي ينص الإتفاق على حلها عن طريق التحكيم، والمحل (المنازعة) ينبغي أن يكون معيينا أو قابلا للتعيين لأنه يلزم تحديد إختصاص المحكم بالمسائل المتفق على حسمها بطريق التحكيم، فلا يمكن للأخير الفصل الا في المنازعة أو المنازعات التي اتفق الأطراف على أن يعهدوا بها إليه مهمة حسمها بحكم تحكيمي ملزم، وتفرض القوانين في هذا المجال مبدأين رئيسيين أولهما أن يكون موضوع اتفاق التحكيم محدداً بما فيه الكفاية وثانيهما عدم مخالفة هذا الموضوع للنظام العام[١٠]. وفي كل الأحوال فإن إتفاق التحكيم سواء أكان قد تم في صورة شرط في العقد أو بموجب مشارطة التحكيم يجب أن يكون موضوع النزاع من المسائل التي يجوز فيها التحكيم[١١]. واذا كان التحكيم دوليا يجب بالاضافة الى ما سبق أن تكون المنازعة واردة ضمن علاقة تجارية دولية، وان لا يكون محلها مخالف للنظام العام[١٢]أما فيما يتعلق بسبب إتفاق التحكيم فيتمثل في إتجاه إرادة الأطراف إلى إستبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمين، وهذا سبب مشروع دائماً، ولا يمكن إثبات عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن المقصود من اللجوء إلى التحكيم هو التهرب من أحكام القانون الذي كان سيتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء، نظراً لما يتضمنه هذا القانون من قيود أو التزامات يراد التحلل منها، وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون في نطاق التحكيم التجاري الدولي، فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الإستفادة من حرية الاطراف أو حرية المحكم في التهرب من أحكام القانون واجب التطبيق أصلاً[١٣] كأي عقد آخر، ينبغي تحري العدالة في عقد التحكيم، والعدالة العقدية هي جزء من العدالة التبادلية التي حاول جانب من الفقه تعريفها بأنها "العدالة التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم وتقدم على اساس من التساوي التام بين منافع كل فرد، وتتمثل هذه العدالة بصورة خاصة في عقود المعاوضة حيث يرضى الطرفان بتبادل اداءات مختلفة (بضائع او خدمات) بحيث يستطيع كل منهما إلزام الآخر بما تعهد

به، فمن العدالة ان ينال كل شخص حقه وواضح ان العدل هنا عدل حسابي لا يعتد فيه بصفات الاشخاص او اختلاف شخصياتهم"[١٤]. وعرف جانب آخر من الفقه العدالة التبادلية بأنها "العدالة التي تكون فيها المساواة بين شيء وشيء آخر، والعقد هو المجال الحقيقي للعدل التبادلي وفقا لتناسب حسابي ذو طبيعة كمية بحتة، فالدائن بالعدل التبادلي يكون له الحق فيما ينتمي اليه بمجرد ان الشيء هو عائد له وبغض النظر عن أي اعتبار كيفي في شخصه ولا يعتد بالاعتبار الواجب في الشخص الا حيث يكون من شأنه أن يؤدي إلى ايجاد فرق في الاشياء"[١٥]من خلال ما تقدم يمكن ان نصف العدالة التبادلية بالعدالة الشمولية التي لا تقتصر على العلاقات العقدية وانما يتسع نطاقها لتشمل جميع ما ينشئ من علاقات ما بين الافراد وهي تعتمد على مساواة حسابية صرفة بين الأخذ والعطاء ودون الاعتداد بحالة الشخص ومدى كفاءته وقدرته. وبذلك يتضح أن هناك فرقاً واضحا بين العدالة العقدية والعدالة التبادلية، فالأخيرة أشمل واوسع أما العدالة العقدية فهي جزء وصورة من صور العدالة التبادلية، كما أن العدالة العقدية تأخذ بعين الإعتبار حالة الشخص ومدى كفاءته وقدرته على عكس العدالة التبادلية التي تأخذ بالتناسب بين الأخذ والعطاء[١٦]ويقابل العدالة التبادلية العدالة التوزيعية التي تكون في نطاق علاقات المجتمع أو الدولة بالأفراد بوصفهم أعضاء في مجتمع يسمى بـ (الدولة) إذ تقوم على اعطاء الأعضاء في الهيئة الاجتماعية جميعا حصصاً متساوية، يتمتع كل فرد بمنافع الخير العام، واذا كان أساس العدالة هو المساواة، ولكن المساواة المقصودة هنا ليست المساواة الحسابية، إذ تقتضي العدالة التوزيعية ان يكون التوزيع بين الافراد بحسب ممتلكاتهم وقدراتهم وحاجاتهم فهي المساواة التناسبية التي تتناسب مع قدرة العضو في المجتمع ومكانته وقيمة الخدمة التي يؤديها للمجتمع[١٧]. ومعنى ذلك، ان العدالة التوزيعية تكون في نطاق علاقات الأفراد بالمجتمع أي في العلاقات بين الجماعة السياسية والافراد بوصفهم أعضاء في تلك الجماعة السياسية، وبذلك تمتاز عن العدالة العقدية التي تتحدد في نطاق العقد، أي في علاقة الافراد بعضهم ببعضهم الآخر وتحقيق العدالة في نطاق الحقوق والواجبات الناشئة عن العقد، وهي عدالة تبادلية لا يمكن ان تتحقق إلا في نطاق العقد الملزم للجانبين أو العقد التبادلي الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من طرفي العقد[١٨]وبناء على ما تقدم تم تعريف العدالة العقدية بأنها "تحقيق المنفعة المادية بكل متعاقد بحيث تتناسب مع الاداء المطلوب القيام به"[١٩]، أو أنها "العدالة التي تقضي بانه لا يكون العقد صحيحا الا إذا كان خاليا من عدم التوازن الواضح بين الحقوق والالتزامات المتقابلة"[٢٠]، أو هي "اشتراط تحقق المنفعة المالية للمتعاقد بحيث يتلقى كل متعاقد ما يعادل ما أعطاه"[٢١] وإذا كان مفهوم العدالة العقدية واضحاً –وفق ما سبق– في عقود المعاوضة التي تتناول منافع مادية كتبادل السلع والخدمات، فإن المنفعة المقصودة من عقد التحكيم هي حسم المنازعة بشكل عادل أمام قضاء بديل هو قضاء التحكيم، وحسم المنازعة بشكل عادل وسريع هي منفعة متبادلة بين طرفي العقد وملزمة لهما، فكلا الطرفين غرضهما المباشر من العقد هو الوصول إلى حكم عادل وسريع في منازعات تتطلب السرعة والسرية في حسمها، فعادة يرد عقد التحكيم في عقود تجارية (العقد الأصلي) يتم فيها تبادل القيم والمنافع المادية كعقود الإستثمار ونقل التكنولوجيا والبيع الدولي للبضائع، وعدالة هذه العقود واضحة في صورتها التبادلية على النحو المذكور آنفاً، وبذلك يأتي عقد التحكيم ليضمن تحقيق تلك العدالة التبادلية (العقدية) في حال حصول المنازعة بين طرفي العقد؛ لأنه لا يتم اللجوء إلى القضاء إلا في حال إختلاف الأطراف العقدية بشأن عدالة تبادل القيم والمنافع بينهما. ولا تقتصر عدالة عقد التحكيم على الحالة التي يكون أساس المنازعة عقد تجاريا أو مدنيا، بل تبرز العدالة التبادلية في عقد التحكيم حتى إذا ابرم لحسم منازعة غير عقدية كما في حالة ابرام عقد التحكيم لحسم منازعة ناشئة عن التزام غير تعاقدي كالعمل غير المشروع مثلا، لأن هذا الإلتزام مضمونه في النهاية هو الزام المدين (مرتكب الفعل الضار) فيها بأداء معين لمصلحة الدائن (المتضرر)، والعدالة التبادلية في هذه الحالة تتناول قيمة الضرر ومقدار التعويض المناسب له والذي يحكمه مبدأ العدالة في التعويض، وهو ما يعني أن عقد التحكيم يبقى أساسه العدالة التبادلية حتى في حال كون أساس المنازعة غير تعاقدي. في ضوء ما تقدم يمكن أن نحدد مفهوم العدالة في إطار عقد التحكيم بأنه يتمثل في حصول أطراف عقد التحكيم (اتفاق التحكيم) على نسب متساوية من المنفعة المقصودة من اللجوء الى هذا العقد وتظهر في حسم المنازعة على نحو عادل من وجهة نظر الخصوم بغض النظر عن أساسه عقدا كان أو غير العقد. وإستناداً إلى هذا المفهوم، تعد العدالة غاية من غايات عقد التحكيم، بمعنى اخر، أن أهم غايات عقد التحكيم هو تحقيق العدالة التبادلية حيث أن الغاية الأساسية في كل العقود هي تحقيق المنفعة المادية أو المعنوية لكل متعاقد وهذه المنفعة لا تتحقق إلا بالتناسب بين الاداءات، وهذا التناسب يكون موضوعياً لا شخصياً، فعقد التحكيم يكون نافعاً وعادلاً، بحيث يتحقق المساواة الإقتصادية والمالية وحتى الفنية بين طرفي عقد التحكيم وهذا بحد ذاته غاية العدالة التبادلية وهي إزالة التفاوت في السلطة بين أطراف العقد، وهذا كله لا يتحقق إلا عن طريق سلطة ودور المحكم في فض وحسم المنازعة[٢٢].

المطلب الثالث مصدر عدالة عقد التحكيم

يعد التحكيم طريق استثنائي لحسم المنازعات قوامه الخروج عن طريق التقاضي الرسمي (القضاء) وما يكفله من ضمانات، ورغم أن إختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعة المعروضة عليها، وإن كان يرتكن اساساً إلى حكم القانون ألذي أجاز سلب ولاية القضاء، فإن التنظيم القانوني للتحكيم إنما يقوم على رضاء الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي تشأت أو يمكن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، فإرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم وغيرها[٢٣].فالأصل في التحكيم عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يتفقان عليها ليفصل هذا المحكم في النزاع بقرار يكون بعيداً عن شبهة الممالاة ومجرداً من التحامل وقاطعاً لداير الخصومة من جوانبها التي احالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية ولا يجوز كأصل أن يكون التحكيم إجبارياً، فالتحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة ولا يتصور اللجوء اليه تسلطاً أو إكراهاً[٢٤].على هذا الأساس، يعد إتفاق التحكيم مظهر من مظاهر إعمال سلطان إرادة الأطراف، ومصدر الزاميته يكمن في مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين)، وهذا المبدأ هو مصدر عدالته في ذات الوقت، بإعتبار أن العقد هو قانون المتعاقدين، فالعقد الصحيح المستكمل لأركانه وشروطه ملزم للمتعاقدين ولا يجوز تعديله إلا بنص في القانون أو بإتفاق المتعاقدين أو وجود ظروف إستثنائية تعطي للمحكمة السلطة التقديرية في تعديل العقد[٢٥]. ويجدر بالتأكيد، أن تعديل العقد في الظروف الإستثنائية بقرار المحكمة يجد اساسه في العدالة، فمن العدالة التوازن بين المصالح الإقتصادية للمتعاقدين ولا يمكن للمحكمة تعديل العقد مالم تستجد ظروف تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الإقتصادي للعقد[٢٦]، وبمفهوم المخالفة فإن توازن مصالح المتعاقدين مفترض في حال إنعدام الظروف الأستثنائية إستناداً إلى أن ما يقيد به المتعاقدان نفسهما من التزامات إنما هو عادل بالنسبة لهما تأسيساً على مبدأ سلطان الإرادة. وعلى هذا النحو، يكمن مصدر عدالة عقد التحكيم كغيره من العقود في مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) الذي يجل ارادة الخصوم ورضاهم بطرح المنازعة على قضاء التحكيم، وبذلك يكون عقد التحكيم عادلاً لأنه نتاج إرادة الأطراف الحرة والتي ترى أن من العدالة حسم المنازعة بينهما بطريق التحكيم. ولكن تقتضي عدالة عقد التحكيم أن يكون المتعاقدان في مركز تفاوضي مساوي عند ابرام العقد، وهذه المساواة هي احد ضمانات عدالة عقد التحكيم، وبخلافه إذا لم يكن المتعاقدان في مركز اقتصادي وتفاوضي مساوي كان العقد معيباً من ناحية عدالته، ويمكن للخصم المحكوم عليه الطعن في الحكم التحكيمي، الصادر بموجب عقد تحكيم فاقد لضمانة المساواة بين مراكز المتعاقدين، بالبطلان من هذه الناحية وفي هذا الإطار يثور تساؤل مفاده أنه مادام إتفاق التحكيم أساسه مبدأ سلطان الإرادة وهو مصدر عدالته، فما هو دور الكتابة فيه؟ وهل يشترط الكتابة في هذا العقد ليكون صحيحاً، أم هو مجرد شرط للإثبات؟ يبدو أن القوانين المقارنة محل البحث تختلف في تكييفها لشرط الكتابة في عقد التحكيم[٢٧]، فبحسب نص المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي، يتضح بأن ما أراده المشرع من وجوب الكتابة هو الإبتعاد عن كل ما يمكن أن يثور بخصوص مسألة الإثبات[٢٨]، وبالذات موضوع إتفاق التحكيم، على إعتبار أن الكتابة تعد من أفضل الطرق في الإثبات ولها القوة المطلقة فيه، وبمفهوم المخالفة يفهم بأن إتفاق التحكيم لا يمكن إثباته بالادعاء الشفوي، ولا بتوجيه اليمين، ولا شهادة الشهود أو القرائن القانونية الأخرى، على عكس المشرع المصري الذي اعتبر الكتابة ركناً من أركان إتفاق التحكيم، ونص على بطلان العقد في حالة تخلفها[٢٩]. ومع ذلك، أعطى المشرع مجالاً للتطور الذي قد يحدث في وسائل الإتصال التي تتسم بالسرعة وإختصار الوقت فأجاز اتفاق التحكيم الذي قد يحدث عن طريق البرقيات والرسائل شرط أن يكون مكتوباً، وهذا الحكم يمكن أن يطبق على الإتفاق الذي يحصل عن طريق شبكة الانترنيت[٣٠].

المبحث الثاني المساواة في مراكز طرفي عقد التحكيم

لعل أبرز ضمانات العدالة في قضاء التحكيم هو معاملة الاطراف في المنازعة المعروضة على المحكم او هيئة التحكيم على قدم المساواة وبشكل عادل ومنصف دون تمايز او ميل ومحاباة طرف على حساب الطرف الآخر، ويتحقق ذلك من خلال منحهم فرصا متساوية لإبداء طلباتهم ودفوعهم ومستنداتهم، فالتحكيم له من الاستقلالية ما يحقق مبدأ المساواة بين الخصوم، فلا يجوز للمحكم منح طرف ميعادا أطول أو أقصر من المعياد المضروب للطرف الثاني لتقديم مذكرة بدفاعه[٣١]. فالمساواة اذن هي التساوي في المعاملة ما بين جميع الاطراف دون التمييز ما بين أحدهما على حساب الطرف الاخر[٣٢]. ونعتقد أنه لا تكفي ضمانة المساواة في مرحلة المرافعة والإجراءات التحكيمية، بل يلزم توفر ضمانة المساوة في مرحلة ابرام عقد التحكيم أيضا من اجل ضمان عدالة العملية التحكيمية ككل وضمان عدالة اللجوء إلى قضاء التحكيم على وجه الخصوص، وتتحقق هذه الضمانة في حال كان أطراف عقد التحكيم في مركز تفاوضي مساوي. عليه، ومن أجل الإحاطة بتفاصيل

هذه الضمانة سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول مفهوم المساواة في مراكز طرفي عقد التحكيم، وفي المطلب الثاني سنبين صور مساواة مراكز الخصوم في قضاء التحكيم.

المطلب الأول مفهوم المساواة في مراكز طرفي عقد التحكيم

حتى تتحقق العدالة في عقد التحكيم، يلزم أن تكون إرادة الطرفين في اللجوء إلى التحكيم حرة على نحو يكون لكل طرف مركز تفاوضي مساو للطرف الآخر، فلا تضمن العدالة في عقود الإذعان لأن الطرف المذعن ليس في مركز يؤهله التفاوض بإرادة حرة مع الطرف الآخر، ولا العقود التي يكون أحد أطرافها ضعيف في مركزه الإقتصادي كالعقد بين المنتج والمستهلك والعقد بين رب العمل والعامل، ففي مثل هذه العقود توجد عادة إرادة واحدة هي إرادة الطرف القوي إقتصاديا تفرض شروطها على الطرف الضعيف، وبالتالي فأن عقد التحكيم الذي يبرم بمناسبة مثل هذه العقود تكون فيه مجافاة للعدالة العقدية، فالأخيرة تتطلب المساواة في مراكز المتعاقدين. وقد أكد المشرع العراقي على المساواة في مراكز المتعاقدين عند اللجوء الى التحكيم في نزاع معين بصورة ضمنية، فالمادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي تجيز اللجوء إلى التحكيم على أساس اتفاق التحكيم، وهذا يعني ضرورة حصول توافق الاطراف على اللجوء إلى التحكيم وليس لطرف أن يفرضه على الطرف الآخر، وبذلك تعد المساواة في مراكز أطراف عقد التحكيم ضمانة من الضمانات الاساسية لعدالة قضاء التحكيم. وفي المقابل، نص المشرع المصري على أن اتفاق التحكم هو اتفاق الطرفين على على التحكيم إبتداءً لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشا بينها بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت او غير عقدية[٣٣]، فالمشرع المصري اشترط اتفاق الطرفين وهذه دلالة واضحة على المساواة في مراكز المتعاقدين في عقد التحكيم وان دلت المساواة على شيء انما هو دلالة على عدالة عقد التحكيم[٣٤] إستنادا إلى ضمانة المساواة بين مراكز أطراف عقد التحكيم، لا تكفل بعض العقود العدالة للأطراف، أي أن المراكز القانونية للطرفين لا تكون متساوية، ولذلك يلاحظ أن مثل هذه العقود تتمتع بخصوصية معينة من قبل المشرع. فعلى سبيل المثال تتطلب عقود الإستهلاك مثلها مثل أي عقد ضرورة توافر أركان معينة لصحة إبرامها وتكوينها، كضرورة توافر التراضي ومشروعية المحل والسبب، ويمكن أن تشتمل هذه العقود على العديد من البنود طبقاً لما هو متفق عليه بين الطرفين المتعاقدين، بشرط ألا يكون من ضمن هذه البنود أو الشروط، شرطاً تعسفياً قد يؤدي إلى عدم تحقيق التوازن والإضرار بالمستهلك[٣٥]. فخصوصية عقود الإستلاك، هي التي فرضت خصوصية الوضع بالنسبة لشرط التحكيم الوارد فيها، خاصة وأن هذا الشرط يحتوي بين طياته أمراً خطيراً يتمثل في إقصاء قضاء الدولة، ومن ثم حرمان المستهلك من الضمانات المكفولة في سلوك طريق القضاء العادي، وبذلك يعد شرط التحكيم الوارد في مثل هذه العقود من قبيل الشروط التعسفية التي تلغى حماية للطرف المذعن (المستهلك) طالما لم يتم إثبات عكس ذلك. وكذلك الحال بخصوص عقود العمل الفردية حيث أن المبدأ وفقاً للتشريع الفرنسي[٣٦]، أن الاختصاص بالاختصاص الذي يعطي للمحكم سلطة البت في إختصاصه لا يمكن أن يمثل مانعاً أو عائقاً او يتم الإحتجاج به في مواجهة العمال، وعلى ذلك يكون القضاء العمالي هو المختص بالمنازعات التي تنشأ عن عقد العمل، وأي إتفاق يقضي بغير ذلك، لا يمكن الإعتداد به، ومن ثم ليس للإطراف الإتفاق على إدارج شرط التحكيم في عقد العمل، ويكون القضاء العمالي هو فقط المختص بنظر كافة ما يثور أو ينشأ بصدد هذا العقد[٣٧]. وقد أكد المشرع العراقي على إستثناء منازعات العمال العراقيين في إطار قانون الإستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ من قاعدة جواز اللجوء الى التحكيم وفق الفقرة (٥) من المادة (٢٧) من هذا القانون والتي تقضي بأن المنازعات الناشئة بين هيئة الإستثمار او اي جهة حكومية او بين اي من الخاضعين لاحكام هذا القانون في غير المسائل المتعلقة بمخالفة احد احكام هذا القانون، تخضع للقانون والمحاكم العراقية في المسائل المدنية، اما في المنازعات التجارية فيجوز للاطراف اللجوء للتحكيم على ان ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة بين الاطراف. وقد ورد استثناء منازعات العمال العراقيين من قاعدة جواز التحكيم في الفقرة الأولى من ذات المادة حيث قضت بأنه تخضع المنازعات الناتجة عن عقد العمل حصرا لاحكام القانون العراقي ويكون الاختصاص فيها للمحاكم العراقية، ويستثنى من ذلك العامل غير العراقي اذا نص عقد العمل على خلاف ذلك، ونعتقد استثناء المنازعات المدنية وكذلك منازعات العمال العراقيين من قاعدة جواز اللجوء إلى التحكيم بشأن المنازعات الناشئة في إطار قانون الإستثمار هو فقدان المساواة في المراكز العقدية في هذه المنازعات مما يفقدها ضمانة عدالة عقد التحكيم والعملية التحكيمية ككل يضاف إلى ما سبق، أن فكرة المساواة تختلف تماماً في سياق التحكيم الدولي المتعلق بمنازعات الإستثمارات الأجنبية، ففي هذه الحالة الأخيرة لا يشترط النموذج التقليدي للإتفاق على التحكيم، وإنما ظهر نموذج اخر يمكن إتباعه في ذلك، وهو تحقق الرضا باللجوء إلى التحكيم من غير إتفاق[٣٨]. فهذا النوع من التحكيم لا يستند الإختصاص فيه إلى عقد مباشر بين الطرفين، حيث يستند إلى الإتفاقيات الدولية المعقودة بين الدول لحماية وتشجيع الإستثمارات، أو التشريعات الداخلية للإستثمار الأجنبي والتي تحيل كلها إلى التحكيم[٣٩].

وبهذا أصبحت للتحكيم خصوصيته في مجال منازعات الاستثمارات الأجنبية، من حيث تحقق الرضا باللجوء إليه، بشكل لا يتطلب الإتفاق الصريح بين الدولة المضيفة للإستثمار الأجنبي والمستثمر الأجنبي على اللجوء إلى التحكيم، وإنما الإعتداد بمواقف معينة تنبئ عن إتجاه إرادة الدولة إلى تقديم الرضا باللجوء إلى التحكيم أمام جهة تحكيمية دولية، ويتم تقديم هذا العرض –الإيجاب– إما من خلال تشريعاتها أو من خلال معاهدات الإستثمار الثنائية الدولية لحماية وتشجيع الإستثمار[٤٠]. وما تجدر الإشارة اليه في هذا المقام، أن قانون الإستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦) المعدل سنة ٢٠١٤، وقانون الإستثمار في اقليم كوردستان رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦، لم ينصا صراحة على هذا النوع من التحكيم[٤١]، على عكس المشرع المصري الذي أجاز اللجوء اليه بصورة أو بأخرى[٤٢].

المطلب الثاني صور مساواة مراكز الخصوم في قضاء التحكيم

بما أن إرادة الخصوم هي الأساس في اللجوء إلى التحكيم، وحتى تكون الإرادة صحيحة على نحو تكفل عدالة هذا القضاء والحكم الصادر عنه، لابد من ضمان المساواة بين مراكز الخصوم في جميع مراحل التحكيم، فما عدا ارتباط عدالة عقد التحكيم بالمساواة بين مركز الأطراف عند ابرام عقد التحكيم على النحو الذي ذكرناه في المطلب السابق، يلزم ضمان المساواة في المراحل الأخرى من العملية التحكيمية، فمعظم مراحل العملية التحكيمية تعتمد إرادة الخصوم، ويلزم لضمان عدالة ما تقرره الإرادة ضمان المساوة في مراكز الخصوم دائما، وهي مساواة مبدؤها عقد التحكيم وتبقى مطلوبة في بقية مراحل التحكيم. ولعل أبرز صور مساوة مراكز الخصوم في قضاء التحكيم ما يأتي:

اولا: المساواة في مراكز الخصوم في مرحلة اختيار المحكمين

عادة يتولى الخصوم اختيار المحكمين او هيئة التحكيم التي تنظر في المنازعة التحكيمية، ويجب ضمان المساواة بين الخصوم في إختيار المحكم أو هيئة التحكيم، فلا يجوز ان يستقل طرف دون الآخر بإختيار المحكم وإنما لابد على جميع الأطراف الاشتراك في هذا الأختيار ولا يجوز حرمان أي طرف تحت أي مسوغ أو اعتبار، والا ادى ذلك الى مصادرة ضمانة اساسية من ضمانات عقد التحكيم الا وهي المساواة في المراكز العقدية[٤٣].وفي الموقف التشريعي، أشار المشرع العراقي في المادة (٢٥٦) من قانون المرافعات وبمفهوم المخالفة الى اتفاق الخصوم على اختيار المحكم أو هيئة التحكيم، فهذه المادة تؤكد أنه ذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزله أو عزل عنه أو قام مانع من مباشرته ولم يكن اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم فلأي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع بعريضة لتعيين المحكم أو المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع أقوالهم، بمعنى أن الأصل في تعيين المحكم هو إرادة وإتفاق الخصوم، وهي إرادة يلزم ان تكون حرة ولا تكون كذلك ما لم يكن الخصوم في مراكز قانونية وإقتصادية متساوية، وقد أكدت هذا المعنى محكمة باريس الكلية في حكمها الصادر في ٢٨–٣–١٩٨٤ حيث قضت بأن ((إختيار المحكم–الذي يعتبر قاضيا قد جاء نتيجة عمل مشترك إتحدت فيه إرادة الخصوم في الدعوى التحكيمية وذلك على الرغم من أن تعيينه قد تم إبتداءً على مبادرة من جانب طرف واحد))[٤٤]. كما أكد المشرع المصري على ان تشكيل هيئة التحكيم لا تكون الا بالاتفاق بين الطرفين من محكم واحد او اكثر، وهذا دلالة على ان هيئة التحكيم يستلزم تشكيلها وفق اتفاق الاطراف وليس لطرف ان ينفرد بذلك[٤٥].

ثانيا: المساواة في مراكز المتعاقدين في مرحلة المرافعة والإجراءات التحكيمية

تبدأ هذه المرحلة عند ما يشرع المحكم بهامه في نظر الخصومة التحكيمية، وفيها يظهر مبدأ المساواة في مراكز المتعاقدين في نواحي عدة، فمن ناحية، يمكن للخصوم تمديد مدة التحكيم بعد زوال هذه المدة، حيث أشار المشرع العراقي الى امكانية تمديد الوقت الذي قيد فيه التحكيم اذا ما اتفق الاطراف على ذلك[٤٦]، وهذه دلالة على تساوى المراكز العقدية للخصوم، وبذات الاتجاه اخذ المشرع المصري حيث اجاز للأطراف الاتفاق على تمديد مدة التحكيم تزيد على المدة التي يحددها هيئة التحكيم[٤٧]. ومن ناحية ثانية، يجب على هيئة التحكيم معاملة الخصوم على قدم المساواة، وهذه من أهم ضمانات التقاضي في قضاء التحكيم. والقوانين المقارنة صريحة في كفالة هذه الضمانة إذ تقضي بضرورة أن يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه[٤٨]. وتتصل المساواة بين مراكز الخصوم في مرحلة الإجراءات التحكيمية والمرافعة بالنظام العام، فحرية الأطراف في إختيار إجراءات التحكيم وحرية المحكم عند تخلف الإتفاق في اختيارها أو ممارستها وتطبيقها في حل النزاع التحكيمي يرد عليها قيد جوهري وهو ضرورة مراعاة المساواة بين الطرفين لضمان تكافؤ أمام الخصمين للدفاع في الدعوى التحكيمية[٤٩]. ومن ناحية ثالثة، لا يمكن للخصوم على قدم المساواة رفع الدعوى أمام القضاء، حيث أن إتفاق الاطراف على التحكيم يمنع من رفع الدعوى امام القضاء الا بعد استنفاذ طريق التحكيم وهذا يحقق مبدأ المساواة في رفع الدعوى من عدمها فلا يجوز لأي منها رفع الدعوى كما اشرنا[٥٠]، فإذا قام احد الاطراف باللجوء الى القضاء ورفع الدعوى، فان من حق الطرف الاخر الاعتراض على ذلك

شريطة ان يقدم ذلك في الجلسة الاولى[٥١]. بالاضافة الى صورة المساواة بين الخصوم في حالة طلب رد وعزل المحكم اذا ما ظهرت من المحكم اسباب تجيز رده، حيث يجوز لأي طرف ان يطلب هذا الرد، وبالتالي لا يقتصر هذا الطلب على طرف دون آخر[٥٢]، وكذلك الحالي بالنسبة للعزل، حيث لا يمكن عزل المحكم الا باتفاق جميع الاطراف[٥٣].

ثالثا: المساواة في المراكز العقدية في مرحلة اصدار القرار التحكيمي

لما كانت المساواة ضمانة من الضمانات الاساسية للتقاضي في خصومة التحكيم، فان هذه الضمانة يجب ان تتوافر في جميع مراحل التحكيم بما فيها مرحلة اصدار القرار التحكيمي، ومن مظاهر المساواة العقدية في هذه المراحل انه يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة ان يتمسكوا ببطلانه، ان مثل هذا الحق لا يقتصر على طرف دون آخر فالمشرع العراقي اشار ان هذا الحق يثبت لجميع الخصوم دون تمييز[٥٤]يتضح لنا من جميع ما تقدم ان هناك مساواة في مراكز المتعاقدين في الخصومة التحكيمية وان كانت في نصوص متفرقة حسب مراحل التحكيم، والتي تعد ضمانة من ضمانات عدالة عقد التحكيم، ولذلك ندعو المشرع العرقي ان يحذوا النهج الذي سار عليه المشرع المصري والاردني حيث ينصان في قانون التحكيم على نص عام يؤكد فيه على مبدأ المساواة في مراكز الاطراف المتعاقدة على احالة النزاعات الحاصلة بينهم بشان علاقاتهم وروابطهم القانونية على التحكيم[٥٥]. عليه نقترح أن يضمن المشرع العراقي مثل هذا النص في قانون التحكيم المتأمل تشريعه ونقترح أن يكون النص وفق الصيغة الآتية: "يتمتع جميع الخصوم وعلى قدم المساواة بكافة الحقوق والواجبات الاجرائية الناشئة عن عقد التحكيم".

المبحث الثالث القوة الملزمة لعقد التحكيم

بمجرد انعقاد العقد بصفة صحيحة وجب على أطرافه أن ينفذوه كما لو كان قانونا، فلا يجوز لأي من طرفي العقد ان ينفرد بنقصه او تعديل بنوده دون رضاء المتعاقد الآخر وهنا تكمن مصدر عدالة العقد[٥٦]، فالقوة الملزمة لعقد التحكيم تعد أحد أهم الضمانات الاساسية لعدالة هذا العقد، ولما كانت هذه القوة كذلك فلا بد من تسليط الضوء عليها وبيان ماهيتها كضمانة ثانية من ضمانات عدالة عقد التحكيم، فماذا يقصد بالقوة الملزمة لعقد التحكيم وما هو أثر هذه القوة، وماهو مصدر هذه القوة وأساسها، ثم ماهي أهم آثار هذه القوة في تحقيق العدالة، عليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنبين في المطلب الأول مصدر القوة الملزمة لعقد التحكيم، وفي المطلب الثاني سنشير إلى أثر القوة الملزمة للعقد في تحقيق العدالة.

المطلب الأول مصدر القوة الملزمة لعقد التحكيم

يقصد بالقوة الملزمة لعقد التحكيم أن لا ينفرد أحد العاقدين بتعديل العقد مما يعني بقاء العدالة العقدية كما اتفق عليها ورضى بها المتعاقدين، ويلزم واستمرار العقد وعدالته على النحو المتفق عليه وهو ما يكسب العلاقات العقدية بصورة عامة وعقد التحكيم بصورة خاصة الثبات والاستقرار[٥٧]. فالقوة الملزمة للعقد تقيد طرفي عقد التحكيم متى ما أبرم مستوفيا لأركانه وشروط صحته وبما تضمنه من احكام، فالعقد هو القانون الاتفاقي الذي ارتضاه طرفاه فلا يجوز لأي منهما الانفراد بتعديله او الرجوع عنه[٥٨]. فالأصل في هذا الشأن أنه لا يمكن تصور تعديل العقد إلا باتفاق الطرفين[٥٩]، على سبيل المثال عزل المحكم يعد تعديل جوهري في عقد التحكيم وتأباه عدالة عقد التحكيم وبالتالي لا يستطيع أي من الطرفين ان ينفرد بعزل المحكم بإرادته المنفردة دون الإتفاق مع الطرف الآخر[٦٠].كما لا يستطيع المحكم بموجب هذه القوة الملزمة أن ينقص أو يعدل من إتفاق الاطراف على التحكيم، اذ لا يجوز له أن يمس مضمون العلاقة العقدية بل انه ملزم باحترام شروطها كما جاءت[٦١]، فهي تمثل العدالة الإتفاقية من وجهة نظر الخصوم وعلى المحكم إحترام هذه العدالة الإتفاقية، والأمثلة كثيرة على التزام المحكم باحترام هذه العدالة من خلال إحترام القوة الملزمة لعقد التحكيم، فعلى سبيل المثال لا يستطيع القاضي ان يلزم المحكمين باتباع الاوضاع والاجراءات المقررة في قانون المرافعات من قبل المحكمين اذا اتفق الاطراف على وضع اجراءات معينة يسير عليها المحكمون[٦٢]ان وجود هذا النوع من الإحترام لعقد التحكيم وما اتفق عليه الخصوم انما يعلي من شأن التحكيم ويجعله مكفولا بضمانة اساسية وجوهرية في تحقيق العدالة وهي تتمثل في القوة الملزمة لعقد التحكيم والإتفاقات اللاحقة بين الخصوم بشأن تفاصيل العملية التحكيمية. والتساؤل الذي يمكن إثارته في هذا الباب يتعلق بمعرفة أساس القوة الملزمة لعقد التحكيم؟ ويبدو أن الإجابة سهلة وواضحة لأن مصدر القوة الملزمة لعقد التحكيم تكمن مرة أخرى في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، على اعتبار ان العقد في قوته الملزمة يساوي القانون في قوته الملزمة[٦٣].تأسيساً على القوة الملزمة لعقد التحكيم، يتصف إتفاق التحكيم بأنه عقد ملزم للجانبين، لأن كلا المتعاقدان (المحتكمان) يلتزمان بعدم طرح النزاع محل الإتفاق أمام القضاء، وفي المقابل يلتزمان بطرحه على هيئة التحكيم. غير أن ما يميز إتفاق التحكيم في هذا الصدد هو أنه ينشأ التزاماً واحداً يقع على عاتق كل

طرفيه على سبيل التبادل، بحيث يكون حقه هو عين التزامه، وليس التزامات تختلف من طرف إلى اخر كما هو الحال في غيره من العقود الملزمة للجانبين كالبيع مثلاً، حيث يلتزم البائع بتسليم المبيع ويلتزم المشتري بدفع الثمن، وهذه الخاصية المميزة لإتفاق التحكيم، والمتمثلة في وحدة الإلتزام بالنسبة لكل من طرفيه، من شأنها أن تلغى الأثار المألوفة لتقابل الإلتزامات المترتبة على العقود الملزمة للطرفين، كالدفع بعد التنفيذ مثلاً أو الفسخ لعد التنفيذ، فإذا رفع أحد الطرفين نزاعه إلى هيئة التحكيم فلا يتصور أن يدفع الطرف الآخر أمام هيئة التحكيم بعدم التنفيذ أو أن يطالب بفسخ الإتفاق على الإلتجاء الى التحكيم فاللجوء إلى التحكيم هو عين إلتزامه الناشئ عن هذا الإتفاق[٦٤]. وعلى هذا النحو يعد عقد التحكيم نقطة البداية في التحكيم والأساس الذي تقوم عليه العملية التحكيمية ككل، بل هو دستور التحكيم الذي يقوم عليه وأساس مشروعيته ومنه يستمد المحكمون سلطاتهم للفصل في النزاع وهو الذي ينتزع الخصومة من إختصاص القضاء صاحب الولاية العامة للفصل في المنازعات[٦٥].

المطلب الثاني أثر القوة الملزمة لعقد التحكيم

بداية لابد لنا من التذكير بأن عدالة عقد التحكيم لا تتحقق إذا كان العقد فاقداً للقوة الملزمة له، لأن ما يلتزم به المتعاقدان يمثل العدالة من وجهة نظرهما وعليهما السعي عن طريق التحكيم الى تحقيق ذلك. وعادة يكون لعقد التحكيم أثران أحدهما إيجابي والآخر سلبي. يتمثل الأثر الإيجابي في التزام اطرافه بالالتجاء إلى التحكيم، فالعقد يلزم الطرفين بحيث لا يستطيع أي طرف من الأطراف فسخه بإرادته المنفردة، بل لابد من توافق الإرادتين، أما الاثر السلبي فيكمن في الامتناع عن الالتجاء إلى قضاء الدولة الرسمي[٦٦]. ويميّز هذان الأثران عقد التحكيم عن غيره من الاتفاقات والعقود الملزمة للجانبين، والتي يلتزم فيها أحد الأطراف بعمل أو إمتناع أو إعطاء شيء مقابل التزام الطرف الآخر بإداء مالي معين، أما في إتفاق التحكيم فموضوع الإتفاق هو الالتزام باللجوء إلى التحكيم والامتناع عن الالتجاء للقضاء، إذ يترتب على وجود إتفاق التحكيم بعد إبرامه صحيحاً وموافقاً للقانون، التزام جميع الأطراف في حالة قيام نزاع ناتج عن هذا الإتفاق بالقيام باختيار محكم أو أكثر للفصل في النزاع وبالامتناع عن الالتجاء لقضاء الدولة للفصل في أي نزاع يدخل في نطاق هذا الاتفاق، والالتزام بالحكم الصادر من الهيئة المختصة أو المشكلة للفصل في دعوى التحكيم[٦٧]وقد نص المشرعان العراقي والمصري على الأثر الإيجابي بصورة ضمنية والأثر السلبي بصورة صريحة[٦٨]، كما نص على الأثر السلبي لعقد التحكيم القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن (الاونسترال)[٦٩]، وكذلك إتفاقية نيويورك(لسنة ١٩٥٨ بشأن الاعترف بقرارات التحكيمالأجنبية تنفيذها[٧٠]. وبما أن عقد التحكيم عقد نسبي من حيث المضمون، فلا يلتزم المتعاقدان والمحكم الا بما ورد فيه، وبيان نطاق العقد ومداه يستلزم تفسيره اذا كان في حاجة الى ذلك[٧١]، وبعد تخطي الارادة المشتركة للمتعاقد يتم اعطاء التكييف الصحيح للعلاقة العقدية[٧٢]. وبتحدد الالتزامات تزداد معالم الالزامية وضوحا، فالأصل ان يلتزم المتعاقدين بما يحقق مقصودها وما يتفقان عليه من شروط غير ان العقد يشمل كذلك للالتزام بما هو من مستلزماته[٧٣].ولو رجعنا الى موقف المشرع العراقي من اثر نسبية العقد وما لهذه النسبية من قوة ملزمة لوجدنا ان المشرع العراقي قد تطرق لذلك بنصوص متفرقة توحي الى ذلك، من تلك النصوص ما جاء من نص المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية والتي تنص "يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين"، فهذا التعيين للنزاع بحد ذاته يحدد الموضوع الذي يلتزم الاطراف بالتقيد به وهو مصدر قوته الملزمة. كذلك ما أشار اليه المشرع العراقي في المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات والتي أكدت أنه لا يجوز التحكيم الا في المسائل التي يجوز الصلح فيها[٧٤]، وفي ذلك اشارة الى تقيد الاطراف من حيث الموضوع لذلك ينشأ عن هذا التقييد قوة ملزمة لا يمكن الانفكاك عنها، وفي اشارة اخرى للمشرع العراقي قضى بأن أثر قرار التحكيم لا ينفذ الا في الخصوص الذي جرى التحكيم من اجله وهذه دلالة صريحة على القوة الملزمة للتحكيم من حيث الموضوع ما بين المتعاقدين[٧٥]، وان كان الأجدر بالمشرع العراقي ان يصرح بهذه القوة الملزمة من حيث الموضوع بنص عام، عليه نقترح على المشرع العراقي النص الآتي "لاتفاق التحكيم أيا كانت صورته شرط ام مشارطة قوة ملزمة من حيث الموضوع"وما تجدر الاشارة اليه في هذا الشأن، هو أن المبدأ الأساسي الذي تستند إليه كافة العقود هو مبدأ سلطان الإرادة، لكن عمل المحكم هو عمل قضائي تحكمه المبادئ الاساسية التي تحكم أداء الوظيفة القضائية، والتي تجد مكانها في التنظيم القضائي الذي تقيمه الدولة، بل يتجاوز عقد التحكيم في مضمونه مضمون العقود الاخرى التي تستند إلى مبدأ سلطان الإرادة، اذ يقيم كياناً عضوياً يعترف له النظام القانوني بسلطة الفصل في النزاع، مثله في ذلك مثل القاضي المعين لهذا الغرض من قبل الدولة، على نحو لا يكفي معه مبدأ سلطان الإرادة لتفسير أساس التحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء كما هو الحال في غيره من العقود[٧٦]، فالتحكيم ليس مجرد نتيجة من نتائج مبدأ سلطان الإرادة، وانما هو نتيجة للتواتر المستمر بين مقتضيات سلطان الإرادة ومقتضيات الإنصياع لأحكام التنظيم القانوني للمجتمع، وبذلك يبدو كأنه نوع من الحلول

التي تقيم التوازن بين هذين المتناقضين، وذلك لأنه في هذا النظام تبرز من ناحية فكرة العقد التي هي تجسيد لمبدأ سلطان الإرادة، ومن ناحية أخرى، تتمثل فيه فكرة القضاء، أي يكون إقتضاء الحق في حالة نشوب النزاع عن طريق الإنصياع لحكم القانون والعدالة التي تكفلها ضمانات التقاضي في عملية التحكيم(٧٧).

الخاتمة

في نهاية هذا البحث، توصلنا الى جملة من الإستنتاجات والتوصيات نوجزها كالآتي:

أولاً: الإستنتاجات

١- عقد التحكيم هو أساس قضاء التحكيم ووسيلته في جلب الإختصاص القضائي، ولا يقتصر دوره على سلب الولاية القضائية من المحاكم في صيغة شرط أو مشارطة التحكيم، وإنما اتفاق الخصوم يبقى مطلوبا في مختلف مراحل العملية التحكيمية.

٢- يقصد بضمانات قضاء التحكيم تلك الضوابط الملزمة التي يكفل تحققها حسن سير الإجراءات في خصومة التحكيم ابتداء من لحظة الاتفاق او اللجوء الى التحكيم وانتهاء بإصدار القرار التحكيمي وتنفيذه بما يضمن تحقيق العدالة.

٣- يتمثل ركن المحل عقد التحكيم في المنازعات التي يشملها إتفاق التحكيم والتي ينص الإتفاق على حلها عن طريق التحكيم، والمنازعة (المحل) ينبغي أن تكون معينة أو قابلة للتعيين لأنه يلزم تحديد إختصاص المحكم بالمنازعة المتفق على حسمها بطريق التحكيم.

٤- أما السبب في عقد التحكيم فيتمثل في إتجاه إرادة الأطراف إلى إستبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمين، وهذا سبب مشروع دائماً، ولا يمكن إثبات عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن المقصود من اللجوء إلى التحكيم هو التهرب من أحكام القانون الذي كان سيتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء.

٥- ينصرف مفهوم عدالة عقد التحكيم إلى حصول أطراف عقد التحكيم (اتفاق التحكيم) على نسب متساوية من المنفعة المقصودة من اللجوء الى هذا العقد وتظهر المنفعة في حسم المنازعة على نحو عادل من وجهة نظر الخصوم بغض النظر عن أساسه عقدا كان أو غير العقد.

٦- إذا ورد عقد التحكيم بمناسبة منازعة غير عقدية فإن عدالته تتناول قيمة الضرر ومقدار التعويض المناسب له والذي يحكمه مبدأ العدالة في التعويض، وهو ما يعني أن عقد التحكيم يبقى أساسه العدالة التبادلية حتى في حال كون أساس المنازعة التزام غير تعاقدي.

٧- يعد إتفاق التحكيم مظهر من مظاهر إعمال سلطان إرادة الأطراف، ومصدر الزاميته يكمن في مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين)، وهذا المبدأ هو مصدر عدالته في ذات الوقت، بإعتبار أن العقد هو قانون المتعاقدين.

٨- من أجل ضمان تتحقق العدالة في عقد التحكيم، يلزم أن تكون إرادة الطرفين في اللجوء إلى التحكيم حرة على نحو يكون لكل طرف مركز تفاوضي مساو للطرف الآخر، فلا تضمن العدالة في عقود الإذعان لأن الطرف المذعن ليس في مركز يؤهله التفاوض بإرادة حرة مع المتعاقد الآخر، ولا العقود التي يكون أحد أطرافها ضعيف في مركزه الإقتصادي كالعقد بين المنتج والمستهلك والعقد بين رب العمل والعامل.

٩- يمتد دور إرادة الأطراف في عقد التحكيم إلى المراحل التي تلي عرض المنازعة على التحكيم، فيبقى إختيار المحكم وعزله واجراءات التحكيم الواجب إتباعها موقوفا على أرادة الخصوم وإتفاقهم، وفي كل هذه المراحل يلزم كفالة المساواة بين مراكز الخصوم لضمان عدالة قضاء التحكيم بشكل عام.

١٠- لعل أهم ما يميز عقد التحكيم عن بقية العقود الملزمة لجانبين هو أنه ينشأ التزاماً واحداً يقع على عاتق كل طرفيه على سبيل التبادل، بحيث يكون حقه هو التزامه في ذات الوقت، وليس التزامات مختلفة من طرف إلى اخر كما هو الحال في غيره من العقود الملزمة للجانبين مثل عقد البيع.

١١- تعد القوة الملزمة لعقد التحكيم أحد أهم الضمانات الأساسية لعدالة عقد التحكيم، حيث يتقيد طرفا العقد بمجمل الشروط والأركان التي اتفقوا عليها دون جواز أي تعديل فيه أو رجوع عنه.

١٢- تتمثل أثر القوة الملزمة لعقد التحكيم في تحقيق العدالة النابعة من إرادة الخصوم ودون الإخلال بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضي.

ثانياً: التوصيات

إستنادا إلى الإستنتاجات التي توصلنا اليها نوصي المشرع بجملة من المقترحات وهي:

١- نضم صوتنا إلى صوت العديد من الباحثين بضرورة إصدار تشريع خاص يتناول التحكيم في المسائل المدنية والتجارية، وأن يستفاد المشرع من التجارب التشريعية للدول الإخرى في هذا الباب مثل التشريع المصري وكذلك القانون النموذجي بشأن التحكيم الصادر عن لجنة القانون التجاري في الأمم المتحدة (الإونسيترال)

٢- نوصي المشرع بالنص على ضمانات عدالة عقد التحكيم في التشريع المزمع إصداره بشأن التحكيم التجاري ونقترح أن يكون التص بهذا الشأن على النحو الآتي:

أ- يكون عقد التحكيم باطلا إذا تفاوت المركز التفاوضي بين الطرفين على نحو لا يعبر العقد عن إرادة الطرفين.

ب- عقد التحكيم ملزم لأطرافه وللمحكم ولا يجوز تعديله إلا بنص في القانون أو بإتفاق الطرفين.

قائمة المصادر

أولا: الكتب

١- أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي ، قاهرة، دون ذكر سنة النشر.

٢- د. احمد ابراهيم حسن، غاية القانون دراسة في فلسفة القانون، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠٠٠.

٣- د. أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجاب والسلبي لإتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.

٤- د.أحمد هندي، التحكيم ودراسة إجرائية، دار جامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣.

٥- أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، دراسة مقارنة، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.

٦- د.أكرم ياملكي، التحكيم التجاري، ط١، منشورات زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠١٩.

٧- د. أيمن ابراهيم العشماوي، نظرية السبب والعدالة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٨- جاك غستان، المطول في القانون المدني – تكوين العقد، ط١، المؤسسة الجامعية، للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ٢٠٠٠.

٩- جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الادارية والمدنية والتجارية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٩.

١٠-د. حسن الهداوي، ود. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، ط١، ج٢، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٢.

١١- حسن عبدالباسط جميعي، حماية المستهلك حماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الإستلاك، دار النهضة العربية، قاهرة، ١٩٩٦.

١٢- د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥.

١٣- د. حفيظة السيد حداد، النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الحلبي للمطبوعات الجامعية، بيروت، ٢٠٠٧.

١٤- د. سمير تناغو، جوهر القانون، ط١، مكتبة الوفاء للنشر، الاسكندرية، ٢٠١٤.

١٥- سمير عبد السيد تناغو، ومنصور محمد حسين، القانون والالتزام، نظرية القانون ونظرية الحق، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ١٩٩٧.

١٦- د.شحاته غريب شلقامي، إشكالات إتفاق التحكيم، دارجمعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥.

١٧- ضمير حسين ناص، منفعة العقد والعيب الخفي – دراسة مقارنة، ط١، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠٠٩.

١٨- عايد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

١٩- د. عدنان ابراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨.

٢٠- د. عبد الحميد الشواربي، التحكيم والمصالح في ضوء الفقه والقضاء، ط٢، مشأة المعارف ،الاسكندرية، ١٩٩٩.

٢١- د.عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة القانون، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص٢١١.

٢٢- فاضل ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد والارادة المنفردة، قصر الكتاب، دون مكان نشر، ٢٠٠٦.

٢٣- د.فتحي والي، الوسيط في شرح قانون القضاء المدني، خصومة التحكيم، مطبعة جامعة القاهرة، ٢٠٠١.

٢٤- د. فهيمة أحمد علي القماري، أثر إتفاق التحكيم بالنسبة للغير، مطبعة سامي، الاسكندرية، ٢٠١٥.

٢٥- د.فيصل محمد البحيري، العدالة عند ارسطو، ط١، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ٢٠١٧.

٢٦- محسن جميل جريح، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، ط١، منشورات زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠١٦.

٢٧- محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٢.

٢٨- د. محمد عجم الاحسان، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.

٢٩- د. محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم والخيبرة في المواد المدنية والتجاريةن منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢.
٣٠- د.محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط٤، دار النهضة العربية، قاهرة، ٢٠١٠.
٣١- د.مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨.
٣٢- منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي الداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧.
٣٣- د.هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، افسكندرية، ٢٠٠٥.
٣٤- د.هفال صديق إسماعيل، التحكيم في منازعات الإستثمار الأجنبي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٦.
٣٥- هنري باتيفول، فلسفة القانون، ترجمة د. سموحي فوق العادة، منشورات عويدات، لبنان، ١٩٧٢.
٣٦- د. وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩.

ثانيا: الرسائل والأطاريح الجامعية:-

١- خميس صالح ناصر عبدا لله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن االقتصادي للعقد، دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الاماراتي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٧. متوفرة على الرابط الألكتروني الآتي:
https://scholarworks.uaeu.ac.ae/cgi/viewcontent.cgi?date=1587442514&article=1722&context=all_theses&preview_mode
٢- زمام جمعة، الدولة العقدية في القانون الجزائري، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٤.

ثالثا: البحوث والدوريات:-

١- د. أحمد نعمة عطية الشمري، مفهوم المحكم التجاري، بحث منشور في مجلة إشراقات تنموية، المجلد ٥، العدد ٢٢، تصدر عن مؤسسة العراقة للثقافة والتنمية، ٢٠٢٠.
٢- سيد أحمد محمود، مبدأ المساواة أمام هيئة التحكيم وأثره على العدالة الإجتماعية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس، المجلد ٨٥، العدد ٢،ج٢، ٢٠١٦.
٣- عبد الستار مجيد أحمد الجبوري، تمييز التحكيم عن القضاء وطبيعته القانونية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (١٠) العدد (٣٨) السنة (٢٠٢١).
٤- – د.منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، دراسة مقارنة، بحث نشور في جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد ٢٥، العدد٦، ٢٠١٧.
٥- محمد س أبو ستالة، ضمانات حسن أداء العدالة في التحكيم الدولي، بحث منشور في مجلة العلوم الشرعية والقانونية، العدد ٢، جامعة المرقب، كلية القانون بالخمس، ٢٠١٥.
٦- د. مظفر ناصر حسين، القانون الواجب التطبيق على قرارات هيئات التحكيم الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد ٢، العدد ٧، ٢٠١٠.
٧- د.منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، دراسة مقارنة، بحث نشور في جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد ٢٥، العدد٦، ٢٠١٧.

خامسا: القوانين:-

١- قانون المدني العراقي رقم (٤١) لسنة (١٩٥١) المعدل
٢- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) المعدل.
٣- الدستور العراق لسنة (٢٠٠٥) النافذ.
٤- قانون الإستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٦) المعدل سنة ٢٠١٤>
٥- وقانون الإستثمار اقليم كوردستان رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦.
٦- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة (١٩٦٨) المعدل بالقانون رقم (١٨) لسنة (١٩٩٩).
٧- الدستور المصري الصادر لسنة ١٩٧١
٨- قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

٩- من قانون الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة (١٩٩٧) المعدل بقانون الرقم (١٣) لسنة (٢٠٠٤) والمعدل ايضاً بالقنون رقم (١٧) لسنة (٢٠١٥).

١٠- قانون التحكيم الاردني رقم (٣١) لسنة (٢٠٠١).

١١- قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (٩٠) لسنة (١٩٨٣) المعدل بالمرسوم رقم (٥٢٩) لسنة ١٩٩٦.

١٢- قانون الاستهلاك الفرنسي رقم (٩٤٩-٩٣) لسنة (١٩٩٣).

١٣- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم (١٣١) لسنة (٢٠١٦) .

١٤- قانون العمل الفرنسي رقم (٢٠١٦-١٠٨٨) لسنة (٢٠١٦).

١٥- قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة (١٩٨٥) الصادر من اللجنة القانون التجاري في الامم المتحدة.

هوامش البحث

(١) جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الادارية والمدنية والتجارية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٩٤ وما بعدها.

(٢) ومن الجدير بالذكر من خلال الاطلاع على التشريعات محل المقارنة كقانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل وقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وجدنا انها لم تعرف المصطلحات الواردة ضمن عبارة "ضمانات قضاء التحكيم" وان كانت قد اجازت اللجوء الى التحكيم لحل جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين، فضلا عن انها لم تعرف المقصود بالقضاء وان كانت قد نظمت السلطة القضائية بقوانين خاصة، الا ان قانون التحكيم المصري عرف التحكيم في المادة ٤ منه على انه: "...التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة ام مركز دائم للتحكيم ام لم يكن كذلك"، كما ان المشرع الفرنسي عرف التحكيم في المادة (١٤٤٢) قانون المرافعات المدنية لسنة ١٩٧٥ على انه: "اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد معين من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن ان تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم"، ولا بد من الإشارة الى انه ليس من مهمة المشرع وضع التعاريف للمصطلحات القانونية فتلك هي مهمة الفقه والقضاء الا إذا كان المصطلح يثير اختلافا في الوقوف على حقيقة المقصود منه، لان المشرع مهما كان دقيقا فلن يستطيع ان يحيط بكل المستجدات التي يمكن ان تنضوي تحت المصطلح الذي يُراد تعريفه.

(٣) عبد الستار مجيد أحمد الجبوري، تمييز التحكيم عن القضاء وطبيعته القانونية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (١٠) العدد (٣٨) السنة (٢٠٢١)، ص٢٨٧. وللتفصي في مفهوم قضاء التحكيم ينظر أيضا د. حفيظة السيد حداد، النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الحلبي للمطبوعات الجامعية، بيروت، ٢٠٠٧، ص٤٤. د. حسن الهداوي، ود. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، ط١، ج٢، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٢، ص٢٨٠. د. مظفر ناصر حسين، القانون الواجب التطبيق على قرارات هيئات التحكيم الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد ٢، العدد ٧، ٢٠١٠، ص٢٥.

(٤) عبد الستار مجيد احمد الجبوري، مصدر سابق، ص٣٠٠.

(٥) الضمان هو رد مثل الهالك اذا كان مثليا او قيمته ان كان قيميا ويستعمل هذا اللفظ في الكفالة او التعويض. د. محمد عجم الاحسان، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص١٣٤

(٦) تجدر الإشارة إلى أن المصطلح التشريعي والفقهي لعقد التحكيم هو إتفاق التحكيم .

(٧) تنظر: المادة(١٠) من قانون التحكيم المصري؛ والفقرة (١) من المادة (٧) كم قانون الاونسيترال النموذجي.

(٨) د.أكرم ياملكي، التحكيم التجاري، ط١، منشورات زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠١٩، ص٤٤.

(٩) تنظر: المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات المدنية العرقي؛ والمادة (١٢) من قانون التحكيم المصري؛ والمادة (١/٢) من اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨؛ والمادة (٢/٧) من قانون النموذجي الاونسترال لسنة ١٩٨٥.

(١٠) محسن جميل جريح، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، ط١، منشورات زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠١٦، ص٧١.

(١١) تنظر: المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي؛ الفقرة (٢) من المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري؛ والمادة (٧٦٢) من قانو اصول المحاكمات المدنية اللبناني .

(١٢) محسن جميل جريح، مصدر سابق، ص٧٣.

(١٣) د.محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط٤، دار النهضة العربية، قاهرة، ٢٠١٠، ص٥٨. وتأكيداً لذلك فقد جاءفي قرار محكمة إستئناف القاهرة أنه (يشترط في الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم أن يكون سببه مشروعاً وإلا كان باطلاً – ويكون السبب غير مشروع إذا إنطوى على حالات الغش نحو القانون، كما لو كان اللجوء إلى التحكيم بقصد التهرب من تطبيق أحكام القانون الآمرة فيما لو طرح النزاع على القضاء أو الإفلات من العلانية وضمانات إعلان الخصوم التي توفرها إجراءات التقاضي أمام المحاكم، أو الإحتيال على الإجراءات الواجبة لإثبات ملكية العقارات أو التصرف فيها بطريق التواطؤ بغية الإعتداء على ملكية الغير خفية أو ابتزازه أو التحايل على إجراءات تسجيل التصرفات العقارية والرسوم المقررة) القرار رقم ١٩/١٦ ق التحكيم، المشار اليه لدى د.أكرم ياملكي، مصدر سابق، ص٦٥ و٦٦.

(١٤) د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥، ص١٣٤.

(١٥) د. احمد ابراهيم حسن، غاية القانون دراسة في فلسفة القانون، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص٦٣.

(١٦) د.عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة القانون، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص٢١١.

(١٧) المصدر نفسه، ص١١٢ وما بعدها؛ د.فيصل محمد البحيري، العدالة عند ارسطو، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ٢٠١٧، ص ٥٩ ومابعدا.

(١٨) د. سمير تناغو، جوهر القانون، ط١، مكتبة الوفاء للنشر، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص٣٩.

(١٩) زمام جمعة، الدولة العقدية في القانون الجزائري، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٤، ص٨٨.

(٢٠) د. ايمن ابراهيم العشماوي، نظرية السبب والعدالة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٩٥.

(٢١) جاك غستان، المطول في القانون المدني – تكوين العقد، المؤسسة الجامعية، للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٠، ص٢٥٩؛ ضمير حسين ناصر، منفعة العقد والعيب الخفي، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٢٣.

(٢٢) منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، بحث نشور في جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد ٢٥، العدد٦، ٢٠١٧، ص ٢٥٨٨.

(٢٣) د.أحمد هندي، التحكيم ودراسة إجرائية، دار جامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ٢.

(٢٤) د.هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٦٤-٢٦٥.

(٢٥) تنص المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١على أنه ((١- اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي. ٢- على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)). يقابل النص العراق بذات المعنى المادة (١/١٤٧) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨. وكان القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ أكثر صراحة في التأكيد أن العقد هو قانون المتعاقدين حيث تقضي المادة (١١٣٤) منه بأن ((الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها، فبين المتعاقدين يكون مضمون العقد واجب التنفيذ، فهما يحترمانه ويلتزمان به كما هو الشأن بالنسبة إلى أية قاعدة ينص عليها القانون)).

(٢٦) ينظر خميس صالح ناصر عبدا لله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن االقتصادي للعقد، دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الاماراتي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٧، ص٤. متوفرة على الرابط الألكتروني الآتي:

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/cgi/viewcontent.cgi?date=1587442514&article=1722&context=all_theses&preview_mode

(٢٧) المادة (٢) من قانون التحكيم الاردني رقم (٣١) لسنة (٢٠٠١) ؛ والمادة (١٤٤٩) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ .

[٢٨] تنص المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه ((لا يثبت الاتفاق على التحكيم الا بالكتابة ويحدد فيها موضوع النزاع ويجوز اثبات هذا الاتفاق اثناء المرافعة بالمحكمة. فإذا أقرت المحكمة اتفاق الخصوم تقرر اعتبار الدعوى مستأخرة إلى أن يصدر قرار التحكيم)).

[٢٩] تقضي المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري بأنه ((يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً. ويكون إتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة)).

[٣٠] في التفاصيل ينظر أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، دراسة مقارنة، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص ٨١ و ٨٢.

[٣١] وقد نصت معظم الدساتير على مبدأ المساواة. ينظر على سبيل المثال المادة (١٤) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥؛ والمادة (٩) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤.

[٣٢] محمد ونيس أبو ستالة، ضمانات حسن أداء العدالة في التحكيم الدولي، بحث منشور في مجلة العلوم الشرعية والقانونية، العدد ٢، جامعة المرقب، كلية القانون بالخيمس، ٢٠١٥ص١٩٠.

[٣٣] منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي الداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص٢٥١.

[٣٤] المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري، والمادة (٧٦٢) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ المعدل.

[٣٥] حسن عبدالباسط جميعي، حماية المستهلك حماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الإستلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص٦-٨؛ وهذا هو موقف القانون الفرنسي، تنظر المادة (١٣٢) من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم (٩٤٩-٩٣) لسنة (١٩٩٣)؛ والمادة (٢٠٦١) من القانون المدني الفرنسي.

[٣٦] المادة (١٤١١) من قانون العمل الفرنسي رقم (٢٠١٦-١٠٨٨) لسنة ٢٠١٦ نقلاً عن: د.شحاته غريب شلقامي، إشكالات إتفاق التحكيم، دارجمعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص ٨٢.

[٣٧] المصدر نفسه، ص٨٢ و ٨٣.

[٣٨] يطلق عليه بتسميات عديدة منه التحكيم غير الإتفاقي، أو التحكيم الإلزامي الدولي، ويصف البعض هذا التحكيم بالرضا الالي، وسمى ايضاً بالتحكيم العابر للحدود، أو الأحادي الجانب.

[٣٩] د.هفال صديق إسماعيل، التحكيم في منازعات الإستثمار الأجنبي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٦، ص١٩١

[٤٠] المصدر نفسه، ص ١٩٢.

[٤١] ينظر: المادة (٢٧) من قانون الاستثمار العراقي؛ والمادة (١٧) من قانون الاستثمار في اقليم كوردستان

[٤٢] ينظر: المادة (٩١) من قانون الاستثمار المصري رقم (٧٢) لسنة (٢٠١٧).

[٤٣] د. عبد الحميد الشواربي، التحكيم والمصالح في ضوء الفقه والقضاء، ط٢، مشأة المعارف ،الاسكندرية، ١٩٩٩، ص٦٠.

[٤٤] نقلا عن د. أحمد نعمة عطية الشمري، مفهوم المحكم التجاري، بحث منشور في مجلة إشراقات تنموية، المجلد ٥، العدد ٢٢، تصدر عن مؤسسة العراقة للثقافة والتنمية، ٢٠٢٠، ص١٩٧.

(٤٥) ينظر المادة (١٥) من قانون التحكيم المصري.

(٤٦) المادة (٢٦٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

[٤٧] المادة (٢٢) من قانون التحكيم المصري

[٤٨] تنص الماده (٢٦) من قانون التحكيم المصري على انه (يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه)؛ وبذات المعنى جاءت المادة (٢٥) من قانون التحكيم الاردني.

[٤٩] سيد أحمد محمود، مبدأ المساواة أمام هيئة التحكيم وأثره على العدالة الإجتماعية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس، المجلد ٨٥، العدد ٢،ج٢، ٢٠١٦، ص ٦٣٤.

[٥٠] المادة (١/٢٥٣) من قانون المرافعات العراقي

([٥١]) المادة (٢/٢٥٣) من قانون المرافعات العراقي

([٥٢]) المادة (٢٦١) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة (١٨) من قانون التحكيم المصري والمادة (٧٣١) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

([٥٣]) المادة (٢٦٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة (٢١) من قانون التحكيم المصري والمادة (٧٧٠) من قانون اصول المحاكمات

([٥٤]) المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

([٥٥]) ينظر المادة (٢٦) من قانون التحكيم المصري؛ والمادة (٢٥) من قانون التحكيم الاردني.

([٥٦]) د. فتحي والي، الوسيط في شرح قانون القضاء المدني، خصومة التحكيم، مطبعة جامعة القاهرة، ٢٠٠١، ص٩٣٥.

([٥٧]) عايد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص١٦.

([٥٨]) د. عدنان ابراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨، ص٢٦١.

(٥٩) يرد على هذا الأصل ستثناءان وهما تعديل العقد بموجب نص في القانون أو بحكم المحكمة في الظروف الإستثنائية على النحو الذي ذكرناه سابقا في هذا البحث.

([٦٠]) المادة (٢٦٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي تقابلها المادة (٢١) من قانون التحكيم المصري.

([٦١]) د. وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص٨٣.

([٦٢]) المادة (٢٦٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

([٦٣]) محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٢٠؛ د. محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم والخيبرة في المواد المدنية والتجاريةن منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص٧٤.

([٦٤]) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص٣٢٥.

([٦٥]) د. فهيمة أحمد علي القماري، أثر إتفاق التحكيم بالنسبة للغير، مطبعة سامي، الاسكندرية، ٢٠١٥، ص١٠٥.

([٦٦]) اسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، مصدر سابق، ص٢٦

(٦٧) د. أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجاب والسلبي لإتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ١٤.

(٦٨) ينظر المادة (٢٥٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي؛ والمادة (١٣) من قانون التحكيم المصري.

(٦٩) ينظر المادة (٨) من قانون الانسيترال النموذجي

(٧٠) ينظر الفقرة (٣) من المادة (٢) من إتفاقية نيويورك .

([٧١]) فاضل ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد والارادة المنفردة، قصر الكتاب، دون مكان نشر، ٢٠٠٦، ص١٢٦.

([٧٢]) تكييف العقد هو بيان طبيعته الى اعطاءه الوصف القانوني المناسب، بمعنى تحديد ان كان عقد بيع مقاولة ايجار تحكيم، من اجل تحديد القواعد القانونية التي تنطبق عليه، للمزيد من التفصيل عن التكييف ينظر: محمد محمود ابراهيم، التكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٢، ص٩ وما بعدها.

([٧٣]) سمير عبد السيد تناغو، ومنصور محمد حسين، القانون والالتزام، نظرية القانون ونظرية الحق، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ١٩٩٧، ص١٤٩.

([٧٤]) الصلح كما عرفه المشرع العراقي في المادة (٦٩٨) من القانون المدني النافذ بانه "الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي" والخصومة هنا وردت مطلقة سواء كانت معروضة على القضاء العادي ام قضاء التحكيم، والمسائل التي لا يجوز الصلح فيها ايضا حددها المشرع العراقي وهي المسائل المخالفة للنظام العام والآداب، ويشترط فيه ان يكون معلوما ان كان مما يجوز فيه القبض والتسليم ويجوز اخذ البدل في مقابلته وهذا مصرح عنه في المادة (٧٠٤) من القانون المدني النافذ.

(٧٥) المادة (٢/٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي

(٧٦) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ٥٢

([٧٧]) أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي ، قاهرة، دون ذكر سنة النشر، ص٣١.