آثار اتفاق التحكيم في العقود التجارية

مريم صادق سلمان

Maryam Sadiq Salman

الاستاذ المشرف: دكتور محمد صادقي

الإيميل: mema4364@gmil.com

جامعة قم/ جمهورية ايران الاسلامية

الملخص

يشكل التحكيم عدالة خاصة موضوعة من قبل أطراف النزاع خارج الإطار الالزامي لقضاء الدولة؛ وهو حل للنزاع من طرف شخص أو عدة أشخاص اختارهم الأطراف بمحض إرادتهم للرجوع إليهم لحل النزاع الذي يقوم من جراء إبرام عقود التجارة الدولية والقوانين الداخلية لأغلب الدول تنظم التحكيم في العقود التجارية؛ لأنه يعتبر إجراء خاص لحل النزاعات، وهو نظام لعدالة خاصة يسمح بسحب الاختصاص لمحل نزاع معين من محاكم الدولة لإعطائه لأشخاص خواص يختارهم من حيث المبدأ الأطراف أنفسهم أو يتم اختيارهم بمساعدتهم، ويعتبر التحكيم نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون سلطتهم من اتفاق أطراف النزاع، وأصبح التحكيم حاليا من أهم الوسائل القانونية التي أتسع نطاقها، حتى أعترف بها وتم تنظيمها قانونيا في معظم دول العالم، على الرغم من اختلاف أنظمتها القانونية وظروفها الاقتصادية، وذلك بغية تحقيق العدالة بين أطراف النزاع.

الكلمات المفتاحية: اتفاق التحكيم، العقود التجارية، عقود التجارة الدولية، القانون العراقي، القانون الدولي، القانون الواجب التطبيق، المنازعات.

Abstract:

Arbitration constitutes special justice established by the parties to the dispute outside the mandatory framework of state judiciary. It is a solution to the dispute by a person or several people chosen by the parties of their own free will to refer to them to resolve the dispute that arises as a result of concluding international trade contracts. The internal laws of most countries regulate arbitration in commercial contracts. Because it is considered a special procedure for resolving disputes, and it is a system of private justice that allows the withdrawal of jurisdiction over a specific dispute from state courts to give it to private persons chosen in principle by the parties themselves or chosen with their assistance. Arbitration is considered a legal system through which a binding ruling is decided in a legal dispute between two or more parties. By a third party person or persons who derive their authority from the agreement of the parties to the dispute. Arbitration has now become one of the most important legal means whose scope has expanded to the point that it has been recognized and legally regulated in most countries of the world, despite their different legal systems and economic conditions, in order to achieve justice between the Conflict parties.

المقدمة

يحتل التحكيم التجاري الدولي مكانة هامة بين وسائل فض المنازعات المتعلقة بشؤون التجارة الدولية ، بل هو ضرورة لازمةيلجأ إليه المتعاملون بالتجارة الدولية لحسم خلافاتهم الناتجة عن معاملاتهم. فضلاً عن ذلك يلعب التحكيم دوراً هاماً في تكوين وصياغة مجموعة من المبادئ والقواعد التي تشكل نظاماً قانونياً عالمياً ، ينظم ويحكم مسائل التجارة الدولية ، مما جعل قانون التجارة الدولية يتجاوز مرحلة إستجداء الحلول الواجبة الاتباع لحسم منازعات عقود التجارة الدولية من الأنظمة القانونية الوطنية(١)ونتيجة لصيرورة التحكيم في مجال التجارة الدولية الوسيلة الطبيعية لحل منازعاتها بما يتلائم مع مقتضياتها عنيت هيئات ومؤسسات التحكيم النظامية بتنظيمه في لوائحها ، كما وجدت الاتفاقيات المنظمة للتحكيم التجاري الدولي أو لبعض جوانبه ، وكذلك كان للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إسهاماتها في هذا الشأن.

منهج البحث:

ان منهج الدراسة هو منهج استقرائي مقارن، ذلك من خلال استقراء الانظمة والتشريعات الخاصة بدراسة مبدأ استقلال شرط التحكيم وآثاره وكيفية تنفيذه في العقود التجارية ومقارنته مع بعض القوانين الاوربية.

اهداف البحث: هناك مجموعة من الأهداف التي يسعى الباحث الى تحقيقها من خلال هذه الدراسة أهمها:

١. الوقوف على ماهية مبدأ استقلال شرط التحكيم في الفقه والتشريعات المقارنة.
٢. الوقوف على مدى استقلالية التحكيم وآثاره وكيفية تنفيذه في العقود التجارية.
٣. بيان مبدأ استقلال شرط التحكيم وآثاره وكيفية تنفيذه في العقود التجارية في القانون العراقي والقانون الاوربي.

خطة البحث :

المطلب الأول: الأثر السلبي لاتفاق التحكيم الفرع الأول: سلطة قاضي الدولة في إصدار الإجراءات التحفظية والوقتية الفرع الثاني: عدم قبول الدعوى الفرع الثالث: التزام الأطراف بالقواعد الإجرائية المتفق عليها المطلب الثاني: الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم الفرع الأول: التزام أطراف العقد بطرح نزاعاتهم للتحكيم الفرع الثاني: بقاء أثر الإتفاق علي التحكيم حتي مع حدوث القوة القاهرة

المطلب الأول الأثر السلبي لاتفاق التحكيم

يتمثل الأثر السلبي لعقد التحكيم في امتناع أطراف خصومة التحكيم عن اللجوء إلي القاضي المختص أصلا بالفصل في النزاع بسبب إتفاق التحكيم، و هو ما يعرف بالدفع بالتحكيم arbitrage'l de exception le، و هو ما يحظر علي القاضي نظر النزاع ما دام هناك شرط تحكيم، و دفع به أحد الأطراف، أو ما يعرفه جانب من الفقه بغل يد القاضي مؤقتا ، حتي دعا جانب من الفقه إلي عن نظر الدعوي Dessaisissement لوجود إتفاق التحكيم القول بأن المتعاقد يبقي أسير أو عبد تعاقده serrvnda sunt Pacta ، ومرد ذلك هو أنه جوهر عقد التحكيم هو إتفاق الأطراف علي إستبعاد قضاء الدولة للفصل مستقبلا حتي لا يترتب عليه ضياع الحقوق بمنع قضاء الدولة من نظر النزاع حال توفر شرط التحكيم من ناحية و بين استحالة تنفيذ التحكيم من ناحية أخري. يُمكن إيجار الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في الفروع الآتية:

الفرع الأول سلطة قاضي الدولة في إصدار الإجراءات التحفظية والوقتية

وإذا كان من بين الأثر السلبي لعقد التحكيم هو حظر لجوء الأطراف إلي القاضي المختص بالفصل في النزاع، إلا أن هذا الأثر السلبي لعقد التحكيم لا يسلب قاضي الأمور المستعجلة سلطة إصدار الإجراءات التحفظية و الوقتية متي كان هناك ضرورة لذلك متي كان انتظار إصدار هيئة التحكيم يترتب عليه نتائج يتعذر تداركها، ولا يُعد ذلك تنازلاً من قبل الأطراف عن اللجوء للتحكيم أو إسقاطاً لإتفاق التحكيم، وهو الأمر الذي ألقت عليه الضوء المادة ٢٦/٣ من قانون اليونسترال، و التي نصت صراحة على أن " تقديم أحد الأطراف لطلب اتخاذ إجراءات وقتية لدي السلطات القضائية لا يتعارض مع إتفاق التحكيم، و لا يعد بمثابة تنازل عن هذا الإتفاق علي التحكيم.وإن كان هناك جانب من الفقه قد ذهب خلافاً لذلك، مقرراً بأنه إذا كان الأثر السلبي لعقد التحكيم يمنع القضاء الوطني من نظر النزاع، فإن الأمر كذلك بالنسبة للإجراءات التحفظية والوقتية متي كانت هيئة التحكيم منعقدة و يمكنها إتخاذ مثل هذه الإجراءات و إلا فقدت هيئة التحكيم سلطاتها [١].وفي فرنسا، و إن كانت المادة ١٤٤٩من قانون التحكيم الفرنسي قد خففت من الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، إذ نصت علي أن وجود إتفاق تحكيم لا يغل يد الأطراف عن اللجوء إلي قضاء الدولة للحصول علي أمر بإجراء تحفظي حتي قبل بدأ تشكيل متي كان خطورة في أن تحدث نتائج يتعذر تداركها حتي تصدر هيئة التحكيم حكماً في موضوع النزاع ، إلا أن المرسوم بقانون الصادر في ١٣ يناير ٢٠١١، والمعدل لقانون التحكيم الفرنسي قد حسم الخلاف بشأن سلطة هيئة التحكيم في إصدار الإجراءات الوقتية و التحفظية، فأجازت المادة ١٤٤٩ من قانون التحكيم الفرنسي لهيئة التحكيم اتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية خلال نظرها للنزاع المطروح عليها، و أن إتفاق التحكيم لا يجوز أن يشكل عقبة أمام أطراف التحكيم من اللجوء إلي قضاء الدولة لاستصدار أمراً بالإجراءات التحفظية و الوقتية، و هي موازنة مرنة من جانب المشرع الفرنسي بين حق اللجوء لقاضي الدولة من ناحية، و الإبقاء علي أثر إتفاق التحكيم من ناحية أخري، و ذلك إعمالاً للأثر السلبي لاتفاق التحكيم بقصر آثار إتفاق التحكيم علي أطرافه.ومن جانبنا نري اتفاقا مع ما ذهب إليه جمهور الفقه من أن اللجوء إلى القاضي الوطني لاستصدار أوامر وقتية أو تحفظية أو في المسائل المستعجلة، سواء كانت قد انعقدت هيئة التحكيم أو لم تنعقد بعد لا يعد تنازلاً عن إتفاق التحكيم[٢] ، و هو رأي نستند فيه إلي أحكام محكمة النقض الفرنسية التي قضت بأن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم لا يسلب القاضي الوطني سلطته في إصدار إجراءات وقتية أو تحفظية من خلال أمر علي عريضة بصفته الولائية في غيبة الخصوم حتي مع وجود إتفاق التحكيم، متي كان هناك حالة ضرورة لا يمكن معها لأطراف عقد التحكيم الانتظار حتي تنعقد هيئة التحكيم ، و هي سلطة أقرتها المادة ٨٧٥ من قانون المرافعات الفرنسي، و التي أجازت لرئيس المحكمة التجارية سلطة إصدار أوامر علي عريضة في الإجراءات العاجلة برغم وجود إتفاق التحكيم، ولا يجوز للقاضي إصدار هذه الأوامر إلا في الحالات التي وردت في القانون علي سبيل الحصر (المادة ١٩٤ من قانون المرافعات)، إذ تكون سلطة الفصل في موضوع النزاع من صميم اختصاص هيئة التحكيم، إذ يكون دور القاضي هنا مساعداً لهيئة التحكيم و ليس منافساً لها[٣].وإذا نظرنا إلى قانون المرافعات العراقي المشار إليه سابقًا نجد أن المادة (٢٥٣) على أنه: " ١- إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء إلا بعد استنفاد طريق التحكيم.٢- ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى جاز نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً.٣- أما إذا اعترض الخصم فتقرر المحكمة اعتبار الدعوى مستأخرة حتى يصدر قرار التحكيم.وإن كنا نقترح أن يحذو المشرع العراقي حذو المشرع الفرنسي فيما يتعلق بإجراء التوازن بين حق اللجوء لقاضي الدولة من ناحية، و الإبقاء علي أثر إتفاق التحكيم من ناحية أخري والنص على الإجازة لهيئة التحكيم اتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية خلال نظرها للنزاع المطروح عليها، و أن إتفاق التحكيم لا يجوز أن يشكل عقبة أمام أطراف التحكيم من اللجوء إلي قضاء الدولة لاستصدار أمراً بالإجراءات التحفظية و الوقتية كما فعل قانون التحكيم الفرنسي المشار إليه.ومن ثم فإن استصدار أطراف

عقد التحكيم إجراء تحفظي من القاضي المساعد في حالة التصفية القضائية لإحدى الشركات، متي كان الانتظار حتي إتمام عملية التصفية من شأنه أن يترتب عليه أضرار لا يمكن تداركها، فلا يعد تنازلاً من قبل الأطراف عن عقد التحكيم، و عن التزامهم باللجوء إلي التحكيم، و ذلك لكون تلك الإجراءات التحفظية و الوقتية تصدر علي عريضة، بما يتحقق منه الغرض الذي ابتغاه المشرع من اللجوء إلي القاضي المساعد، وهو سرعة الحفاظ علي محل الحق، دون أن يكون لتلك الإجراءات التحفظية والوقتية أثر ماس بالحق.وفي كل الأحوال، فإن الإجراءات التحفظية و الوقتية التي تتخذها هيئة التحكيم بموجب إتفاق التحكيم هي ذات طبيعة مؤقتة، لا تمس أصل الحق، و لا تتمتع بأي حجية أمام قاضي الموضوع، من ثم فلا يمتد أثر إتفاق التحكيم إلا إلي أطرافه، و هو السند الذي دعمته أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري التي قضت بأن الالتجاء إلى القضاء المستعجل بطلب إثبات حالة كإجراء وقتي مع وجود شرط التحكيم ليس من شأنه أن يرتب ضرراً أو إخلالاً بالاتفاق علي اللجوء للتحكيم، إذ أن قضاء التحكيم في الأصل يتعلق بالفصل في الموضوع الذي لا يؤثر فيه القضاء بإجراء وقتي أو تحفظي، و من ثم فلا يجوز للمقاول أن يطلب من الشركة المالكة أن تؤدي له تعويض عن التجائها إلي القضاء برفع دعوي أمام المحكمة بطلب إثبات حالة الموضوع[٤].ومن جانبنا[٥]، نري بسبب طبيعة الإجراءات التحفظية أو الوقتية أنها لا تنال من الحق المتنازع بشأنه، و لا تؤثر علي وجود أو صحة إتفاق التحكيم التحكيم، و لا تحوذ حجية لكونها لم تفصل بحكم منه للخصومة في موضوع النزاع ما كان السبب الذي من أجله أجازت المادة ٢/١٤٦٨ من قانون التحكيم الفرنسي لهيئة التحكيم تعديل أو إكمال الإجراء التحفظي أو الوقتي الذي سبق و أن أمرت به، دون أن يعد ذلك خروجاً علي مبدأ الأثر النسبي الموضوعي لإتفاق التحكيم.وأخيراً، نذهب مع ما ذهب إليه جانب من الفقه الرأي، أن إتفاق التحكيم لا يقف عثرة أمام أطراف عقد التحكيم في اللجوء إلى القضاء الوقتي لاستصدار أحد أطراف إتفاق التحكيم إجراءات تحفظية أو وقتية حماية للحق محل النزاع المعقود بسببه إتفاق التحكيم، و لا يجوز الدفع بعدم قبول الدعوي لوجود إتفاق التحكيم، و ذلك لأن هذه الإجراءات التحفظية أو الوقتية لا تمس أصل الحق موضوع النزاع، و لا تعدو أن تكون وسيلة إجرائية لحماية هذا الحق [٦]، و أن طلب أحد أطراف التحكيم اتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية من القاضي المستعجل متي تبين أن هناك ضرر محدق و خطر داهم تنازلاً من جانب القاضي عن وظيفته[٧]. وإتفاقاً مع الطبيعة السريعة التي يقتضيها إصدار مثل هذه الأوامر التحفظية و الوقتية، فإن هذه الأوامر التحفظية و الوقتية تصدر في صورة أمر علي عريضة لبسط الحماية المؤقتة للحق الموضوعي استنادا إلى الوضع الظاهر، فالحماية الوقتية هي وسيلة لضمان الحماية الموضوعية[٨].وحول القول الملزمة للأوامر الوقتية و التحفظية تجاه أطراف عقد التحكيم فإن إتفاق أطراف العقد علي اللجوء إلي قواعد تحكيم مركز معين يكونوا بموجبه ملزمين بما تضمنته هذه القواعد، و من بينها سلطة المحكم أو هيئة التحكيم في إصدار أوامر تحفظية و وقتية و فرض غرامة تهديدية علي الطرف الممتنع عن تنفيذ هذه الأوامر التحفيظية و الوقتية، بل و تنفيذ هذه لأوامر علي نفقة الطرف الممتنع عن تنفيذها دون أن يكون في ذلك تجاوزاً لسلطاتها، و هو جزاء ضاغط ذو طبيعة مالية تتفق و طبيعة منازعات التحكيم[٩].وما تجدر الإشارة إليه هنا هو أن أحكام القضاء الفرنسي قد اعترفت للمحكم بهذه السلطة كأثر لإتفاق التحكيم في مواجهة أطرافه، إذ قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ١١ أكتوبر ١٩٩١، ثم أكدت علي ذلك في حكمها الصادر في ٧ أكتوبر ٢٠٠٤ بمقولة منها أن توقيع الغرامة التهديدية و إصدار أوامر ضرورية لوظيفة القاضي من أجل ضمان وتفعيل سلطته القضائية، ولا يكون في ذلك أي تجاوز للمحكم في أداء مهمته.وما تجدر الإشارة إليه هنا أن أحكام القضاء الفرنسي كانت تجيز للقاضي المساعد توقيع الغرامة التهديدية علي الطرف الممتنع عن تنفيذ الإجراءات التحفظية و الوقتية قبل تعديل قانون التحكيم الفرنسي عام ٢٠١١ لينص علي سلطة القاضي المساعد في توقيع الغرامة التهديدية، و إصدار أوامر إلي الجهات المختلفة، و هي سلطات ضرورية لأداء القاضي و المحكم مهامه للفصل في النزاع بين أطراف خصومة التحكيم.

الفرع الثاني عدم قبول الدعوي ومن الآثار السلبية الأخرى لاتفاق التحكيم هو قضاء المحكمة بعدم قبول الدعوي حال وجود إتفاق تحكيم صحيح، شرطية دفع الطرف به قبل إبداء الدفوع الموضوعية (المادة ١٣ من قانون التحكيم المصري)، و لا يكون دفعاً بعدم الاختصاص، و ذلك استنادا إلي أن الإتفاق علي التحكيم قد قصد منه ابتداء إقامة مانع مؤقت من سماع الدعوي أمام القضاء رغم كونه مختصا بالفصل فيها في الأصل، و يبقي هذا المانع ببقاء السبب[١٠].وقد رأي جانب من الفقه الفرنسي أن الدفع بالتحكيم يساوي في أثره الدفع بعدم اختصاص القضاء الوطني بنظر النزاع، و ذلك استنادا إلي نص الماد ٩٦ من قانون المرافعات الفرنسي أنه متي قدر القاضي أن النزاع المطروح عليه يقع في نطاق اختصاص القاضي الجنائي، الإداري أو قضاء التحكيم أو اختصاص القضاء الأجنبي، فإنه يحيل هذا النزاع إلي القاضي المختص.وفي كل الأحوال، فإن الدفع بعدم القبول أو عدم الاختصاص ليست من النظام العام التي يمكن للمحكمة القضاء بها من تلقاء

نفسها، بل من الضروري إبداء ذلك في دفع صريح، و إلا تنازلاً من جانب الطرف عن هذا الدفع، كما أوضح ذلك نص المادة ١٤٤٨ من قانون التحكيم الفرنسي و سار علي ذات الهدي أحكام محكمة النقض في مصر[١١]أما بالنسبة للمشرع العراقي فكما سبق أن ذكرنا أنه قد أشار في المادة (٢٥٣) على أنه: " ١- إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء إلا بعد استنفاد طريق التحكيم.٢- ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى جاز نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً.٣- أما إذا اعترض الخصم فتقرر المحكمة اعتبار الدعوى مستأخرة حتى يصدر قرار التحكيم. وإذا كان ما ذهب إليه جمهور الفقه استنادا إلي نص المادة ١٣من قانون التحكيم المصري بقضاء المحكمة حال الدفع باتفاق التحكيم هو دفع بعدم قبول الدعوي، إلا أن هناك جانب من الفقه قد كان له رأي آخر، مقرراً أنه رغم صراحة نص المادة ١٣ سالفة الذكر، إلا أن الدفع بالتحكيم يعتبر في حقيقته هو دفع بعدم الاختصاص الولائي ذو طبيعة خاصة ذو طبيعة خاصة، إذ أنه اختصاص قائم علي الإتفاق فلا يتصل بالنظام العام، و الشأن فيه شأن أي إتفاق يسقطه الإتفاق اللاحق بين الطرفين[١٢].ومن جانبنا، نري أن المشرع المصري قد حالفه الصواب في صياغة المادة ١٣ من قانون التحكيم المصري عندما جعل عدم قبول الدعوي حال رفعها أمام القضاء مع الدفع بوجود إتفاق التحكيم، وذلك لكون عدم قبول الدعوي راجع إلي وجود قيد إجرائي، وهو إتفاق التحكيم الذي ارتضته الأطراف بإرادة حرة خالية من عيوب الرضا من غش أو إكراه أو تدليس، وليس عدم اختصاص كما ذهب إلي ذلك المشرع الكويتي في المادة ١٧٥ من قانون التحكيم، وأن قضاء الدولة بعدم القبول يعني رفع الأطراف للدعوي من جديد أمام هيئة التحكيم، وذلك تجنباً للانتقادات الموجهة من جانب الفقه بشأن الدفع بعدم الاختصاص.وقبل ختام عدم قبول الدعوي كأحد الآثار السلبية لاتفاق التحكيم، فإذا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوي، فإن ذلك يكون حكما قضائياً قابلاً للطعن عليه بالاستئناف. و في حالة إلغاؤه من جانب محكمة الاستئناف تعاد الدعوي لمحكمة أول لأنها بقبول الدفع لم تكن قد استنفدت ولايتها بالفصل في موضوع النزاع، إعمالاً لمبدأ التقاضي علي درجتين[١٣].

الفرع الثالث التزام الأطراف بالقواعد الإجرائية المتفق عليها

تنص المادة (٢٦٥) من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ على أنه: "يجب على المحكمين اتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الإتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون". كذلك نجد أن المادة ١/٣٩ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ علي تخويل أطراف العقد كامل الحرية في تحديد القواعد القانونية التي يرغبوا في تطبيقها علي موضوع النزاع، و التي يتعين علي أطراف إتفاق التحكيم الالتزام بها و إلا ترتب علي الخروج عنها بطلان حكم التحكيم[١٤]. فإذا كان إتفاق التحكيم قد تضمن قواعد إجرائية معينة، مثل القانون واجب التطبيق أو لغة التحكيم، أو قواعد إجرائية مثل تعيين محكمين ذو خلفيات و خبرات معينة تعين علي الأطراف الالتزام بها، وأن مخالفة الأطراف أو هيئة التحكيم لهذه القواعد الإجرائية يعد مخالفة لاتفاق التحكيم، المبطل للحكم الصادر علي أساسه ما لم تتنازل الأطراف عن ذلك صراحة أو ضمناً من خلال مواصلة إجراءات التحكيم دون اعتراض طرف من الأطراف على مخالفة الطرف الآخر للشرط، و ذلك استنادا إلى توافق إرادة المحتكمين و اتفاقها علي تطبيق هذه القواعد الإجرائية[١٥]. وهو ما نعالجه علي النحو التالي:

(أولا): إلتزام الأطراف بالقانون واجب التطبيق كأثر لإتفاق التحكيم. ويتعين علي هيئة التحكيم تطبيق القانون الموضوعي والقواعد الواردة في إتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين لكون العقد شريعة المتعاقدين، سواء كانت قواعد القانون أمرة أو مكملة طالما أن الأطراف لم يتفقوا علي استبعادها، فلا يجوز قبول الطعن بالإستئناف أو البطلان علي حكم التحكيم ما دمت أطراف العقد قد اتفقت علي استبعادها، لكون أطراف إتفاق التحكيم هي الأقدر علي تصور المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن تنفيذ العقود، و كما أنها هي الأقدر علي وضع الحلول المبتكرة التي لا نجدها في القوانين الأخرى بإعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، وإن كانت سلطة هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق تتسع سلطاتها بقدر سكوت الأطراف عن بيان القانون واجب التطبيق في إتفاق التحكيم[١٦].وأنه حال مخالفة أحد أطراف إتفاق التحكيم أو هيئة التحكيم للقانون واجب التطبيق، سواء كان القانون الموضوعي أو الإجرائي، انسياقا لرؤية أحد الأطراف، ووفقاً للشرعية الإجرائية فإن العيب الذي ينال من صحة العمل القانوني يؤدي إلي بطلانه[١٧]، بل يترتب عليه انعقاد المسئولية الإجرائية للمحكم متي تبين إنصراف قصده واتجاه إرادته إلي مخالفة القانون الذي اتفقت عليه الأطراف في إتفاق التحكيم، ما لم يكن ذلك راجع إلي خطأ المحكم في تطبيق القانون[١٨].ومن المظاهر الآخرى للقوة الإلزامية الإجرائية لاتفاق التحكيم أنه إذا اتفقت أطراف عقد التحكيم علي لغة معينة لإجراء عملية التحكيم بها، فإن مخالفة هيئة التحكيم لما اتفقت عليه الأطراف يكون سبباً لبطلان حكم التحكيم، باعتبار ذلك يشكل خروجاً علي الطبيعة الرضائية لاتفاق

التحكيم، وهو الالتزام الإجرائي وهو الالتزام الذي أقرته محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ٢ أبريل ٢٠١٣ حكم تحكيم في النزاع الذي نشب بين الشركة التونسية SARLBlow pack والشركة الألمانية Windmoller et Holscher KG إبطالاً جزئياً بسبب تنفيذ عقد تصنيع مواد تغليف للحاصلات الزراعية و شراء ألتين لتصنيع الأفلام البلاستيكية والتغليف، واحتوي العقد على شرط أن تكون اللغة الفرنسية هي لغة التحكيم، وقضت محكمة الاستئناف بالبطلان الجزئي لحكم التحكيم لعدم إجراء التحكيم باللغة الفرنسية المتفق عليها عملاً بأحكام المادة ٤/١٥٢٠ من قانون التحكيم الفرنسي، وإجرائه باللغة الألمانية، ولم يكن ممثل الشركة المدعي عليه ولا محاميه يعرفان اللغة الألمانية، ولم توفر له مترجماً، ولم تقدم الشركة المدعية ترجمة للمستندات باللغة الإنجليزية، وذلك لكون المحكم قد خالف لغة التحكيم.وانسجاما مع هذا الموقف، فقد قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ٢٣ يونيه ٢٠٠٥ ببطلان حكم التحكيم بطلان كلي لمخالفة هيئة التحكيم لغة التحكيم المتفق عليها، وإجراء التحكيم باللغة الألمانية، وسماح هيئة التحكيم لأحد الأطراف بتقديم مستندات باللغة الألمانية والتي لم يستطيع المدعي عليه ولا محاميه فهمها، وذلك استنادا إلى أحكام المادة ٤/١٥٢٠ من قانون التحكيم الفرنسي، وهو ما يعد خروجاً عن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم.وقد كان لجانب من أحكام محكمة استئناف باريس رأي آخر، إذ لم ترى سبباً لإبطال حكم التحكيم الدولي لإجرائه بلغة أخرى غير التي اتفقت عليها أطراف خصومة التحكيم، ولا تكون هيئة التحكيم قد أخلت بمبدأ المواجهة عندما رفضت تعيين مترجماً لأحد الأطراف أو ترجمة مستندات له ما دام قد ثبت لهيئة التحكيم من خلال عقود سابقة مبرمة بينهما بنفس اللغة أن الطرفان يعرفان لغة التحكيم، وإن كانت غير تلك التي اتفقت عليها الأطراف في اتفاق التحكيم. ويشترط لإعمال التحكيم بلغة غير اللغة المتفق عليها وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية كسبب لبطلان حكم التحكيم أن يتمسك به الطرف منذ البداية، وفي هذا الصدد فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن عدم اعتراض الطاعنة على المستندات المحررة بلغة أجنبية غير مصحوبة بترجمة عربية لها منذ جلسة الإجراءات وحتى صدور الحكم يسقط حقها في الاعتراض عليه، ولا يكون هناك محلاً للنعي عليها بالبطلان[١٩].كما قضت في موضع آخر بأن قبول طرف من أطراف خصومة التحكيم لمستندات بلغة أجنبية بخلاف لغة التحكيم و لم يطلب ترجمتها واستمر هذا الطرف في إجراءات التحكيم فإن ذلك يعد قبولاً ضمنياً بصحة الإجراء لا يجوز معه النعي عليه بمخالفة الحكم لضمانات المحاكمة العادلة المبطل للإجراء[٢٠].

(ثانيا): إلتزام الأطراف بالشروط الإجرائية لإتفاق التحكيم كأثر لإتفاق التحكيم

أما الجانب الآخر من جوانب التزام الأطراف بما تضمنه إتفاق التحكيم من قواعد إجرائية، مثل تعيين محكمين ذوي خبرة أو خلفية فنية أو علمية تمكنهم من الفصل في النزاع المطروح علي هيئة التحكيم، ومناقشة الدليل الفني المقدم من الخبراء إذا كان يشق على هيئة التحكيم مواصلة عملها في مسألة فنية بحته[٢١]وفي هذا الصدد، فقد قضت محكمة النقض المصرية أنه: إذا تضمن إتفاق التحكيم علي أن يكون المحكمين من التجاريين فإنه يتعين علي هيئة التحكيم الاستجابة لهذا الالتزام الإجرائي، وأن عدم تمسك الطاعنة بضرورة أن يكون المحكمين من رجال التجارة لا ترتب عليه بطلان حكم التحكيم، و ذلك لكونها لم تتمسك بحقها في الالتزام بهذا الشرط[٢٢]، معتبرة أن ذلك بطلان مؤثر في صحة إجراءات التحكيم التي تعد سبباً للطعن بالبطلان علي حكم التحكيم الواردة حصراً في المادة ٥٣ من قانون التحكيم (المادة ٥٣/ ١ من قانون التحكيم)، وهو الرأي الذي أقرته محكمة باريس الابتدائية في أحد أحكامها.وفي موضع مماثل، فقد قضت محكمة استئناف باريس بأنه: " إذا تبين من إتفاق التحكيم أنه قد نص علي أنه في حالة قيام منازعة مستقبلية بين الأطراف يتم اللجوء فيها إلي هيئة تحكيم مكونة من محكم واحد، وأن إتفاق التحكيم يتضمن قائمة مكونة من خمسة أشخاص يتم اختيار أحدهم وذلك دون تحديد معيار الاختيار بينهم، وأنه إذا تم إعداد قائمة بشكل أبجدي وقام أحد أطراف العقد باختيار أولهم على اعتباره المختص بنظر النزاع، وطعن علي حكم التحكيم بالبطلان أمام محكمة استئناف باريس، والتي قضت بأن إتفاق التحكيم قد خلا من وضع معيار بموجبه تتفق الأطراف علي شخص المحكم، وأن ما قام به أحد الأطراف من تعيين المحكم يشكل خروجاً علي إتفاق التحكيم، ويكون تعيين المحكم تعيين غير قانوني يستوجب إلغاء قراره.

وفي سياق متصل، فقد قضت محكمة استئناف باريس أنه في حال التحكيم في النزاع في عقد تأمين، ونص إتفاق التحكيم علي الاستعانة بأهل الخبرة في تقييم الحالة الصحية للمؤمن له، وأن رفض الطرف الآخر الامتثال لما تم الإتفاق عليه في عقد التحكيم يشكل خروجاً عن الأثر الإجرائي لاتفاق التحكيم.

ثالثا: التزام الأطراف بالقانون واجب التطبيق كأثر لإتفاق التحكيم

فضلاً عن ذلك، فإن خروج هيئة التحكيم عن القانون واجب التطبيق، أو قواعد التحكيم في مركز تكون أطراف التحكيم قد اتفقت عليه العقد يعد سبباً لبطلان حكم التحكيم كما أفصحت عن ذلك المادة ٥٣ /١/د من قانون التحكيم المصري بقولها: إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق

القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع"، أما إذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق علي القانون واجب التطبيق، فإن هيئة التحكيم تكون حرة في اختيار الإجراءات التي تراها مناسبة، لا يعد ذلك خروجاً علي التزام بالقواعد الإجرائية النافذة بحق طرفي إتفاق التحكيم(٢٣).

نجد أن المادة ١٤٤٩من قانون التحكيم الفرنسي قد خففت من الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، إذ نصت علي أن وجود إتفاق تحكيم لا يغل يد الأطراف عن اللجوء إلي قضاء الدولة للحصول علي أمر بإجراء تحفظي حتي قبل بدأ تشكيل متي كان خطورة في أن تحدث نتائج يتعذر تداركها حتي تصدر هيئة التحكيم حكما في موضوع النزاع.ويري جانب من الفقه بأن لعقد التحكيم أثر سلبي، إذ يمنع المدعي من عرض النزاع علي القضاء نتيجة وجود إتفاق تحكيم، فضلا عن أن إتفاق التحكيم ينظم خصومة التحكيم في كثير من التي ترك القانون للأفراد حرية تنظيميها.و ذهب جانب من الفقه إلي القول بأن مرد الأثر السلبي لاتفاق التحكيم هو أن إتفاق التحكيم بمثابة إتفاق علي نزول الأطراف عن اللجوء للقضاء صاحب الاختصاص الأصيل بالفصل في المنازعات، و إن كان إتفاق التحكيم لا يسلب قضاء الدولة من نظر النزاع حتي مع وجود إتفاق التحكيم متي كان هناك صعوبة في تشكيل هيئة التحكيم.وعن موقف القضاء الفرنسي من تقرير الأثر السلبي لإتفاق التحكيم بحظر لجوء أطراف اتفاق التحكيم إلي القضاء، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية أنه إذا لم يكن شرط التحكيم باطلا ظاهر البطلان أو سقط إتفاق التحكيم أو أصبح غير قابل لتطبيقه، من ثم فلا يكون هناك محلاً للجوء إلي القضاء و تكون هيئة التحكيم هي المختصة بالفصل في النزاع، ثم تواترت أحكام القضاء الفرنسي علي ترسيخ هذا الأثر السلبي لاتفاق التحكيم إذ نجد أن محكمة استئناف باريس قد أقرت في حكمها الصادر في ٢٠ مارس ٢٠٠٨ بأن إتفاق التحكيم يحظر علي القاضي نظر النزاع، ما لم تتنازل أطراف إتفاق التحكيم عن ذلك الإتفاق صراحة أو ضمنا.أقرت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ خلال نظرها قضية SNDA بجلسة ٣ فبراير ٢٠١٠ بهذا الأثر السلبي لحكم التحكيم، و قضت بطلان حكم محكمة الاستئناف استنادا إلي وجود شرط تحكيم، و دفع أحد الأطراف بهذا الشرط إلا أن المحكمة قد أعرضت عن ذلك، و من ثم تكون محكمة الاستئناف قد خالفت مبدأ الدفع بالتحكيم.وقضت في حكم حديث لها بتاريخ ٢٢ أكتوبر ٢٠١٤ أنه إذا كان محل النزاع هو وعد بالتنازل عن كل حصته في الشركة، و وعد بتحويل الرقابة و السيطرة علي الشركة إلي المتنازل إليهم من المنازعات المنصوص عليها في إليهم أو أي شخص آخر يحل محله، فإن ذلك يشكل نزاعا المادة ٣/٧٢١-٣ من قانون التجارة الفرنسي وفقا للإصدار الموحد بتاريخ ٢٢ سبتمبر ، كما أن وجود شرط تحكيم يبدوه ظاهره صحيح لا يشوبه البطلان، و من ثم تعين علي قضاء الدولة الحكم بعدم اختصاص النظر في هذا النزاع.واعتبرت أحكام القضاء الفرنسي أن استمرار قضاء الدولة في نظر النزاع المطروح أمامه معرضًا عن الدفع بالتحكيم يعد سببا للطعن علي حكم التحكيم الصادر لتجاوز لقاضي استخدام السلطة.والرأي الراجح لدينا بشأن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم أنه لا يسلب المحكمة المختصة بنظر النزاع اختصاصها بالفصل في النزاع، بل يؤجل ممارسة المحكمة هذه السلطة ما دام أن النزاع مطروح علي التحكيم، فيكون شرط التحكيم هنا بمثابة عائق مؤقت يمنع الخصوم من اللجوء إلي المحكمة المختصة للدفاع شريطة أن يكون إبداء الدفع بالتحكيم قبل إبداء الدفوع الموضوعية، ولم يحدد المشرع شكلا معينا للدفع بالتحكيم ، فقد يكون في صورة دفع شفوي يبديه الطرف أو وكيله في الجلسة، أو في مذكرة مكتوبة، أو في صورة طلب مستقل، وأن تكون عباراته واضحة لا لبس فيها بالدفع بالتحكيم، كما أن طلب الطرف أجلاً للاطلاع على أوراق الدعوى أو لإبداء الدفاع، فلا يعد ذلك تنازلاً عن الدفع بالتحكيم.

المطلب الثاني الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم

وكما لعقد التحكيم أثر سلبي، فإن له أيضاً أثر إيجابي، من حيث التزام أطراف العقد بطرح نزاعاتهم للتحكيم، فضلاً عن انقطاع مواعيد سقوط الحق، و بقاء أثر الاتفاق علي التحكيم حتي مع حدوث القوة القاهرة.وفى ضوء عدم تعرض قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ لآثار اتفاق التحكيم الإيجابية، فإننا سوف نتعرض لآثار التحكيم في القوانين المقارنة كالقانون الفرنسي وكذلك المصري لننتهي في النهاية إلى ما يجب أن تكون عليه نصوص التحكيم العراقي.وهو ما نعالجه في ثلاثة فروع، و ذلك علي النحو التالي:

الفرع الأول: التزام أطراف العقد بطرح نزاعاتهم للتحكيم

الفرع الثاني: انقطاع مواعيد سقوط الحق الموضوعي

الفرع الثالث: بقاء أثر الإتفاق علي التحكيم حتي مع حدوث القوة القاهرة

الفرع الأول التزام أطراف العقد بطرح نزاعاتهم للتحكيم

لما كان اتفاق التحكيم عقدا ملزما بما جاء فيه، وهو عرض النزاع محله على هيئة التحكيم؛ لذلك فيكون الأثر الإيجابي لهذا الاتفاق متمثلاً في إلزام الأطراف بعرض المنازعة محل اتفاقهم على التحكيم، فالأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم أيا كانت صورته شرطا أو مشارطة، يتمثل في حق كل من الطرفين في الالتجاء إلى التحكيم[٢٤]، ويعتبر هذا الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم أثرا مباشرة، حيث إن الغرض المقصود في المرحلة التالية للاتفاق عند حدوث النزاع أو بعد حدوثه – هو ممارسة هيئة التحكيم المختصة لولايتها في نظر النزاع والحكم فيه[٢٥]؛ ولذلك لا يجوز لأي من الأطراف الرجوع عن اتفاق التحكيم بإرادتهم المنفردة[٢٦]، وإذا لجأ أحد الطرفين إلى قضاء الدولة، جاز لخصمه التمسك بسبق الاتفاق على التحكيم، وذلك في سبيل منع قضاء الدولة من نظر النزاع[٢٧]وما نرجحه هو أن عقد التحكيم هو إتفاق ذو طبيعة خاصة لا يدخل في عداد الأعمال الإجرائية البحتة لأنه يبدأ قبل خصومة التحكيم و لا يعتبر عنصراً من عناصرها. فضلاً عن ذلك فإن الأثر السلبي المترتب علي الطبيعة الخاصة لعقد التحكيم و المتمثل في الامتناع عن اللجوء إلي قضاء الدولة يعد من الدفوع الشكلية التي يتعين علي من له مصلحة فيه إبداء الدفوع بوجود إتفاق تحكيم قبل إبداء الدفوع الموضوعية، و أن عدم إبداء هذا الدفع يعد تنازلاً عنه و لا يجوز الدفع به أمام محكمة بالإستئناف حال نظرها الطعن بالبطلان علي حكم التحكيم[٢٨]أما في حالة تمسك الخصم بهذا الدفع فإنه يتعين علي المحكمة القضاء بعدم اختصاصها بنظر النزاع لوجود إتفاق تحكيم، و أنه لا يجوز التنازل عن التحكيم بالإرادة المنفردة إلا إذا كان هناك بطلان موضوعي في إتفاق التحكيم فيكون للطرف الآخر الدفع بوجود هذا البطلان، أو إذا كان إتفاق التحكيم باطلاً ظاهر البطلان فيجوز في هذه الحالة لمحكمة التحكيم التصدي لموضوع النزاع و القضاء ببطلان إتفاق التحكيم[٢٩]. وزيادة في بيان هذا الأثر لاتفاق التحكيم فقد قضت محكمة النقض في مصر بأنه: و إذا خلت الأوراق مما يدل علي أن الشركة قد قبلت بعد وقوع النزاع إحالته علي التحكيم، فلا يكون ثمة وجه للقول باختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، ويكون النعي بمخالفة القانون علي غير أساس[٣٠].ومن جانبه، فقد رأي جانب من الفقه أنه من الآثار الإيجابية لعقد التحكيم هو توقيع سلسلة عقود أو اتفاقات أخري مرتبطة بعملية التحكيم، مثل عقد المحكم في التحكيم المؤسسي، و الذي يوقع بين المحكم و أطراف خصومة التحكيم، و عقد آخر بين المحكم و مؤسسة التحكيم[٣١].وقد تبنت الوثائق الدولية هذه الأحكام، حيث نصت المادة (٢) من اتفاقية نيويورك على إلزام المحكمة التي ترفع إليها الدعوى – وكان بصددها اتفاق تحكيم – بأن تحيل النزاع إلى التحكيم بمجرد الدفع به من المدعى عليه، وذلك ما لم يتبيّن للمحكمة أن الاتفاق المذكور باطل أو لا أثر له، أو غير قابل للتطبيق، وكذلك ثمة وسائل وآليات أخرى منصوص عليها في نصوص أخرى توجب تدخل القضاء فيها؛ إذ إنه قد يتدخل القضاء بالمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم في حالات معينة.

الفرع الثاني انقطاع مواعيد سقوط الحق الموضوعي

أما الأثر الإيجابي الآخر لعقد التحكيم فيتمثل في انقطاع سقوط الحق الموضوعي، أو قاطع للتقادم[٣٢]، فإذا كان القانون قد حدد ميعاد لسقوط الحق، فإن إبرام عقد التحكيم بخصوص هذا الحق يطع مدة السقوط، وهو رأي رفضته محكمة النقض في مصر من قبل، والتي اعتبرت أن مجرد تحري مشارطة التحكيم والتوقيع عليها لا يقطع التقادم، ولكن يقطعه ما يقدمه الدائن من دفوع أو طلبات تتضمن التمسك بحقه أمام المحكمين أثناء سريان خصومه التحكيم[٣٣]وخلافاً لذلك يري جانب من الفقه أن إتفاق التحكيم اللاحق علي قيام النزاع و ليس السابق عليه هو الذي يقطع مواعيد التقادم و السقوط في الخصومة القضائية [٣٤].ومن جانبنا، نري بأن هدف إتفاق التحكيم هو اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع برمته، و ليس مجرد تعليق نظر القضاء للنزاع لحين فصل هيئة التحكيم في النزاع، و إن كان الأصل العام لأنه انصياعا لأحكام المواد من ١٩٤–٢٠١ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فإن المدة المقررة لعدم سماع الدعوي تنقطع بأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في احدي الدعاوي، ومن ثم يبدأ حساب مدة السقوط الجديد من وقف انتهاء المهلة المحددة قانوناً أو اتفاقا لإصدار حكم التحكيم[٣٥].ومن جانبنا، نري أن تحديد أطراف خصومة التحكيم مدة زمنية لإخطار المحكم لأطراف العقد، والانتهاء من إجراءات التحكيم (المادة ١/٣٠ من قانون التحكيم المصري)، ما قد يؤدي إلي سقوط الحق الذي أبرم عقد التحكيم من أجل الكشف عنه.

الفرع الثاني بقاء أثر الإتفاق علي التحكيم حتي مع حدوث القوة القاهرة

أما الأثر الإيجابي الثالث لعقد التحكيم هو بقاء أثر عقد التحكيم حتي مع حدوث القوة القاهرة، إذ أنه يترتب علي حدوث القوة القاهرة توقف عرض النزاع علي هيئة التحكيم أو المحكم الفرد للفصل فيه، و لا يسقط عقد التحكيم بمضي المدة المحددة قانوناً أو إتفاقاً [٣٦].ومن خصائص القوة القاهرة المانعة لسقوط أثر إتفاق التحكيم أن تكون غير قابلة للتوقع بها وقت إبرام عقد التحكيم، و من غير الممكن التغلب عليها، و يترتب عليه الاستحالة المطلقة في تنفيذ الالتزام، أما الاستحالة النسبية لتنفيذ عقد التحكيم فإنه يترتب عليها سقوط الحق متي كان من الممكن

عرض النزاع علي المحكم الفرد أو هيئة التحكيم. و من الأحداث التي اعتبرت قوة قاهرة تحول دون سقوط الحق الموضوعي الثورات و الحروب الأهلية و الأوبئة، البراكين والزلازل والفيضانات والأوامر الإدارية واجبة التنفيذ[٣٧].وفي النهاية فيما يتعلق بالأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم فلم يشر إليه المشرع العراقي ضمن نصوص التحكيم لذلك نأمل تدخله أن يحذو حذو المشرعيين الفرنسي والمصري على النحو السابق شرحه تفصيلاً.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث لابد من عرض أهم النتائج التي توصلنا اليها فضلا عن الالتفات إلى أهم ما يستحق ان يطرح من توصيات ومقترحات التي يحتاج اليها الواقع العملي لدراسة التحكيم كضمانة اجرائية لتسوية المنازعات.

اولا النتائج

١. ان التحكيم يعد قضاءً خاصاً بديلاً عن القضاء الوطني (المختص) ويتخذ انماطاً وصوراً متعددة (التحكيم الخاص، التحكيم المؤسسي، التحكيم الحر، التحكيم بالقانون وغيرها).
٢. يعد التحكيم طريقة سهلة وغير معقدة ولا تستلزم الاجراءات التي يلزم تحقيقها في الدعاوى التي تنظر أو تقام امام القضاء الاعتيادي.
٣. ان التحكيم بصورة عامة ذو طبيعة مزدوجة لأنه في أول الأمر عقد (اتفاق تحكيم) وفي المرحلة التالية قضاء، وليس ادل على إلاّ جواز الطعن في الحكمين ومخاصمتهم بما يجوز ضد القضاء. وكذلك تطبيق حكم لقانون معين عند البت في النزاع واصدار القرار وفضلاً عن وجوب تسبيب قرار الحكم وهي مسائل يلتقي عندها التحكيم والقضاء.

ثانيا التوصيات:

١. نوصي المشرع العراقي بضرورة اعادة النظر بقواعد التحكيم في العقود التجارية، فهو حالياً غير قادر نوعاً ما على مواجهة التطورات المستمرة في العلاقات التجارية الدولية ومن ثم نضع القاضي العراقي في مأزق عندما تعرض عليه قضية تتنازع فيها القوانين لم يواجهها المشروع أو لم يكن في الحسبان عند وضعه تلك النصوص لمواجهة مثل هكذا حالات.
٢. نأمل ان يقوم المشروع العراقي باستصدار قانون للتحكيم ويعالج فيه حالات التحكيم أو منازعات العقود الدولية التجارية، اسوة بباقي التشريعات كالمصرية والتونسية والفرنسية وغيرها.
٣. نأمل انضمام العراق للاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم الدولي في منازعات عقود التجارة الدولية.

هوامش البحث

[١] د/ عبد المنعم زمزم: الإجراءات التحفظية و الوقتية قبل و أثناء و بعد إنتهاء خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص١٠١

[٢] د. محمد نور عبد الهادي شحاتة: النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ١٩

[٣] و قد أخذ بهذا الإتجاه أحكام محكمة النقض في مصر. انظر: نقض جلسة ١٢ ديسمبر ١٩٩٦، الطعن رقم ١٩٧٥ لسنة ٦٦ ق، مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني، المجلد ٤٧، ج٢، ص١٥١٦

[٤] د. سيد أحمد محمود: سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية و الأوامر في القانون المقارن، الكويتي و المصري، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الخامسة و العشرين، ٢٠٠١، ص٨٣

[٥] القضيتان التحكيميتان رقما ٦٩٤، ٧٠٣ لسنة ٢٠١٠، جلسة ٧ أبريل ٢٠١١، مجلة التحكيم، عدد ١٦، ٢٠١١، ص ٢٠٨

[٦] د. نادية محمد معوض: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص١٠٠، د. عبد الباسط جميعي: شرح قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، ١٩٧٦، ص٣٨٧

[٧] د/علي سالم إبراهيم: ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص١٨٣

[٨] د/ فتحي والي: الوسيط في قضاء القانون المدني، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص١٥٩

[٩] وحول طبيعة وأهمية الغرامة التهديدية، انظر: د/ محمد باهي يونس: الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة علي تنفيذ الأحكام الإدارية في القانون الفرنسي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠

[١٠] د/ نادية محمد معوض: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص٩٩

[11] نقض مدني، جلسة ٢٧ مايو ٢٠١٠، الطعن رقم ٧٦٧ لسنة ٧٦ ق، مجموعة أحكام النقض، قاعدة ٢١٢، ص٧٤٢

[12] د/ محمد سليم العوا: قانون التحكيم في مصر والدول العربية، مطبوعات المركز العربي للتحكيم، ج١، ٢٠١٤، ص ٤٣٠ – ص٤٣١

[13] د/ أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري و الإجباري، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧، ص١٣٠

[14] د/ علي أبو عيطة هيكل: بطلان حكم التحكيم لإستبعاد القانون الموضوعي المتفق علي تطبيقه، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤، ص١٠

[15] د/ علي إسماعيل غازي: موسوعة المحكم في التحكيم، دار الفتح للطباعة و النشر، ٢٠١٥، ص٢٨٣

[16] د/ علي أبو عيطة هيكل: بطلان حكم التحكيم لاستبعاد القانون الموضوعي المتفق علي تطبيقه، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤، ص ١٠.

[17] د/ علي أبو عيطة هيكل: بطلان حكم التحكيم لاستبعاد القانون الموضوعي المتفق علي تطبيقه، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤، ص٤٢، د/ عادل محمد النجار: البطلان المؤثر في حكم التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٠، ص١٢٦، د/ خالد أحمد حسن: بطلان حكم التحكيم، دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري و الإنجليزي و قواعد الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص٣٩٠، د/ محمود مصطفي يونس: المرجع في قانون التحكيم المصري و المقارن، دار النهضة العربية، ط٢، ٢٠١٦، ص ٥٧٥

[18] د/ محمد علي عبد السلام: المسئولية الإجرائية للمحكم، دراسة تأصيلية و تحليلية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص ١٧٤

[19] نقض جلسة ٢٢ ديسمبر ٢٠٠٨، الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٧١ ق، مجموعة أحكام النقض، ق ١٥٢، ص٨٦٦

[20] نقض جلسة ١٣ نوفمبر ٢٠١٢، الطعنان رقما ٩٥٤٠ و ٩٥٨٤ لسنة ٨٠ ق

[21] د/ أحمد السيد الصاوى: التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ و أنظمة التحكيم الدولية، ط٢، ٢٠٠٤، ص٩٧

[22] نقض مدني، جلسة ٣ نوفمبر ٢٠١٢، الطعنان رقما ٩٥٤٠ و ٩٥٨٤ لسنة ٨٠ق.

[23] نقض مدني، جلسة ٨ يناير ٢٠٠٩، الطعن رقم ٤١٤ لسنة ٧١ ق، مجموعة أحكام النقض، قاعدة ١٨، ص١٢١

[24] د.فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية علمًا وعملًا، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٤، بند رقم ١٠٥، ، ص٢٠٣

[25] د. محمد أحمد عبد الرحمن الزرقا، اتفاق التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص ٤٣

[26] د. عاطف محمد راشد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، ١٩٩٥، ص ٢٢٣

[27] د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧، ص ٣٤٢

[28] د/ محمدي فتح الله حسين: شرح التحكيم في المواد المدنية و التجارية في ضوء أحدث أحكام النقض، ط٢٠٠٨، ص ١٣٥

[29] المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الفرنسي.

[30] نقض مدني، الطعن رقم ٣٨٥ لسنة ٣٧ق، جلسة ٨ فبراير ١٩٧٣، س٢٤، ص١٦,

[31] د/ محمد نور عبد الادي شحاتة: النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، ٩٩٣، ص٧.

[32] د/ محمود عبدالرحمن محمد: النظري العامة للالتزامات، ج١، مصادر الالتزام مطابع جامعة القاهرة، ٢٠٠٧، ص١٦٠.

[33] نقض جلسة ٣٠ أغسطس ١٩٦٩، السنة ٢٠، ص٢١٠

[34] د/ أحمد إبراهيم عبد التواب: الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، ص ١٦٤

[35] د/ عصام السيد عرام: إتفاق التحكيم، انعقاده، أثاره وانقضاؤه، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ٢٠١١، ص١٦٨

[36] المرجع السابق ذاته.

[37] د/ علي البارودي – د/ محمد فريد العريني: القانون التجاري، العقود التجارية، عمليات البنوك وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥، ص٢١٢