جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
الجامعة المستنصرية
كلية القانون – الدراسات العليا
ماجستير القانون الخاص

ماهية اتفاق التحكيم

اعداد
اياد كاظم كشيش

تحت اشراف
أ.م.د. رباب حسين كشكول

1447 2025

المحتويات

ت	الموضوع	الصفحة
1	المحتويات	أ
2	المقدمة	1
3	أهمية البحث و مشكلته	2-1
4	المبحث الأول : التعريف باتفاق التحكيم و طبيعته القانونية	3
5	الـــمـــطـــلـــب الأول : تعريف اتفاق التحكيم	4
6	الفرع الأول : التعريف الفقهي لاتفاق التحكيم	4
7	الفرع الثاني : التعريف التشريعي لاتفاق التحكيم	5
8	الـــمـــطـــلـــب الثاني : الطبيعة القانونية للتحكيم وصوره	6
9	الفرع الأول : نظريات فقهية في طبيعة التحكيم	6
10	الفرع الثاني : صور التحكيم	9
11	المبحث الثاني : اركان وشروط صحة اتفاق التحكيم	13
12	الـــمـــطـــلـــب الأول : اركان اتفاق التحكيم	14
13	الفرع الأول : الرضا	14
14	الفرع الثاني : المحل	15
15	الفرع الثالث : السبب	17
16	الـــمـــطـــلـــب الثاني : شروط صحة اتفاق التحكيم	18
17	الفرع الأول : الشروط الموضوعية	18
20	الفرع الثاني : الشروط الشكلية	20
21	الاستنتاجات و المقترحات	22
22	المصادر	23

المقدمة

يعتبر التحكيم احدى الطرق التي يلجأ اليها الخصوم لحل الخلافات التي تنشأ بينهم وبالأخص النزاعات التجارية, إذ يعد وسيلة لفض نزاع قائم او مستعجل بلجوء الأطراف المتنازعة الى جهة ثالثة بغية التوصل الى قرار ملزم للطرفين بعيداً عن سوح القضاء, وهو ثابت في الشريعة الإسلامية بقوله تعالى (فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها)[1].

فبمقتضى التحكيم يتنازل الخصوم عن الالتجاء الى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم او اكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم لهم, وقد يكون هذا الاتفاق تبعاً لعقد قائم بين الخصوم كان قد تضمن شرطاً اتفق بموجبه الأطراف على إحالة النزاع الذي يحصل بينهم بخصوص هذا العقد الى التحكيم سواء تعلق بتفسير احكام العقد او طريقة تنفيذه, كوسيلة لحل ذلك الخلاف بدلاً من اللجوء الى القضاء وهنا يسمى هذا الشرط بـ (شرط التحكيم), اما في حالة النزاع او العقد الذي لم يرد به شرط التحكيم (وكان القانون يجيز فيها اللجوء الى التحكيم) و اتفق الأطراف بعد نشوب النزاع على ان يتجهوا الى التحكيم فيسمى (مشارطة التحكيم).

اولاً : أهمية البحث :

يُعد اتفاق التحكيم حجر الأساس الذي تقوم عليه عملية التحكيم برمتها, إذ يمثل العقد الذي يتفق فيه الأطراف على إحالة نزاعاتهم الحالية أو المستقبلية إلى هيئة تحكيمية، بدلًا من اللجوء إلى القضاء التقليدي, وتكمن أهمية اتفاق التحكيم في كونه يمنح المحكمين السلطة القانونية للفصل في النزاع، ويحدد الإطار الإجرائي والموضوعي للتحكيم, مثل : نطاق النزاع الذي يشمله الاتفاق,عدد المحكمين وآلية تعيينهم, القانون الواجب التطبيق على الإجراءات و الموضوع ومكان التحكيم و لغته.

وايضاً نحاول بجهد متواضع ان نهيء بيئة خصبة فقهياً للمشرع العراقي ليتسنى له كتابة تشريع جامع للتحكيم بدلاً من ان يكون جزءا مقتضب من قانون المرافعات الحالي رقم (83) لسنة (1969).

---

(1) القرآن الكريم, سورة النساء, آية 24.

ثانياً : مشكلة البحث :

قصور التنظيم القانوني لاتفاق التحكيم التجاري الدولي في العراق, وعدم ايراد المشرع تعريفا لاتفاق التحكيم في نصوصه الواردة في قانون المرافعات جعلتنا بحاجة للبحث في ماهية اتفاق التحكيم التجاري لمواكبة التطور الحاصل عالميا على الصعيد التشريعي و تماشياً مع التطور التجاري والاقتصادي العالمي.

ثالثاً : خطة البحث :

نبدأ بمقدمة توضح أهمية البحث ومشكلته حول اتفاق التحكيم,

مبحث أول يتناول التعريف الفقهي والتشريعي لاتفاق التحكيم والطبيعة القانونية له مع نظريات فقهية وصور التحكيم,

مبحث ثاني يستعرض أركان اتفاق التحكيم وهي الرضا والمحل والسبب وشروط صحته الموضوعية والشكلية و خاتمة تلخص النتائج وتقدم مقترحات لتعزيز اتفاقات التحكيم

رابعاً : منهجية البحث :

يميل الباحث الى اتباع المنهج التحليلي و المقارن في ضوء قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة (1969) في الباب الثاني منه (التحكيم) وكذلك القانون المدني رقم (40) لسنة (1951), والقوانين ذات الصلة في البلدان العربية مثل قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة (1994), وكذلك القوانين والاتفاقيات الدولية, مسترشدين بأراء الفقهاء.

المبحث الأول
التعريف باتفاق التحكيم وطبيعته القانونية

وجد التحكيم مع وجود الانسان وفرضته عليه قوانين الطبيعة منذ الازل, وقبل وجود فكرة العدالة. فنظام التحكيم كان هو طريق العدل الأول للإنسان, يحقق بمقتضاه الامن و السلام و التوازن بين افراد المجتمع, وليس بغريب ان تتبناه الدولة بعد ان فرض على الافراد, حيث يصعب على الدولة ان تحرم افرادها من نظام يجمع كثيراً من المميزات. وإذا كان الامر كذلك فان التحكيم قضاء سنتة لنا ظروف الحياة و الحاجة الى وجود العدل, وهو يفرض حتماً عند غياب فكرة الدولة, وكذا في الأماكن البعيدة عن سلطات الدولة, كما هو الحال في التنظيمات القبلية و العشائرية, التي وجدت في عصر ما قبل التاريخ, وما زال لها وجود الى يومنا هذا, حيث كان التحكيم في هذا الوقت او ذاك احد اهم صور التصالح بين المتنازعين[2].

وفي ظل التطور المتسارع للعلاقات القانونية, سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية, برزت الحاجة إلى آلية تضمن حسم النزاعات بعيداً عن تعقيدات القضاء التقليدي, وهو ما أفرز أهمية اتفاق التحكيم باعتباره الأداة القانونية التي تُنشئ ولاية هيئة التحكيم وتُحدد نطاق اختصاصها.
حيث يُعد اتفاق التحكيم الركيزة الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم, إذ يُعبّر عن إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحسم خلافاتهم, ويُضفي على إجراءات التحكيم طابعاً إلزامياً يُرتب آثاراً قانونية لا تقل أهمية عن الأحكام القضائية.
وهو ما سنحاول فهمه في المطلب الأول من هذا المبحث وذلك من خلال تعريف اتفاق التحكيم في الفقه و الشريعات الوطنية و المقارنة وكذلك الاتفاقيات والقوانين الدولية.

(2) د. صوفي أبو طالب, تاريخ النظم القانونية والاجتماعية, الجزء الأول, دار النهضة العربية, 1997, ص ؟؟.

المطلب الأول

تعريف اتفاق التحكيم

الفرع الأول : التعريف الفقهي لاتفاق التحكيم

عرف جانب من الفقه اتفاق التحكيم بقوله (انه اتفاق بموجبه يستبدل اطرافه الدعوى التحكيمية بدلاً من الدعوى القضائية, وذلك بخصوص نزاع قائم او محتمل حول مسألة ما يجوز التصرف فيه بطريق الصلح والتحكيم[3].

ويعرف ايضاً بانه (الاتفاق الذي بموجبه يعرض الخلاف على هيئة تحكيم معينة للفصل في النزاع, واصدر الحكم الذي يكون ملزم لاطراف النزاع, وهذا الاتفاق يأخذ صورتين وهما شرط التحكيم و مشارطة التحكيم)[4].

كما وعرفه الأستاذ (د. منير عبد الحميد) بانه (اتفاق بين اطراف النزاع ان يحيلوه الى التحكيم, جميع او جزء من المنازعات المحددة التي تنشأ او قد تنشأ بينهما في المستقبل بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت او غير تعاقدية)[5].

ويرى جانب اخر إن اتفاق التحكيم هو (اتفاق يلتزم بمقتضاه جميع الأطراف بالامتناع عن الالتجاء لقضاء الدولة وطرح منازعاتهم على محكم أو أكثر للفصل فيه بحكم ملزم)[6].

ويفهم من ذلك ان اتفاق التحكيم هو اتفاق إرادي بين طرفين أو أكثر, يلزموا بموجبه انفسهم بأن يمتنعوا عن اللجوء إلى القضاء العادي, والاحتكام بدلاً من ذلك إلى هيئة تحكيم مختارة للفصل في نزاع معين قائم أو محتمل بشأن علاقة قانونية محددة سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية, ويكون الحكم الصادر عن هيئة التحكيم ملزماً. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق مستقل.

---

(3) د. جمال احمد هيكل, الاتفاق على التحكيم بين الاجراء و الموضوع, دار الفكر الجامعي, 2016, ص 40, نقلاً عن الباحث (بدر عواد حمد البندر), اتفاق التحكيم التجاري في القانون العراقي و القانون المصري و القانون القطري و القانون الفرنسي (دراسة مقارنة), منشور في المجلة القانونية, جامعة القاهرة كلية الحقوق, المجلد 8, العدد 8, تشرين الثاني, 2020, ص 2712.

(4) د. خالد محمد القاضي, موسوعة التحكيم التجاري الدولي, دار الشروق, القاهرة, 2002, ص 164, (نقلاً عن الباحث (بدر عواد حمد البندر), المصدر نفسه.

(5) بدر عواد حمد البندر, اتفاق التحكيم التجاري في القانون العراقي و القانون المصري و القانون القطري و القانون الفرنسي (دراسة مقارنة), منشور في المجلة القانونية, جامعة القاهرة كلية الحقوق, المجلد 8, العدد 8, تشرين الثاني, 2020, ص 2712.

(6) د. احمد إبراهيم عبد التواب, اتفاق التحكيم, كلية الحقوق جامعة القاهرة, دار النهضة العربية, سنة 2013, ص 38.

الفرع الثاني : التعريف التشريعي لاتفاق التحكيم

لم يعرف قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969) اتفاق التحكيم ولكن ذكر في المادة (251) منه ان (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين, كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين).
وايضاً قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة (2006), لم يعرف اتفاق التحكيم, غير انه ذكر في المادة (27/اولاً) ان (تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون الى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي, ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء الى التحكيم التجاري (الوطني او الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه إجراءات التحكيم وجهته و القانون الواجب التطبيق).
ويلاحظ ان المشرع العراقي لم يعرف اتفاق التحكيم لكنه فتح باب اللجواء الى التحكيم في النزاعات العقدية وغير العقدية, وكذلك اجاز الاتفاق مع المستثمر الأجنبي على اللجوء للتحكيم الوطني و التحكيم الأجنبي.

اما بالنسبة للمشرع المصري في المادة (1/10) من قانون التحكيم رقم (27) لسنة (1994) فقد عرف اتفاق التحكيم بانه (اتفاق الطرفين على الالتجاء الى التحكيم لتسوية كل او بعض المنازعات التي نشأت او يمكن ان تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت او غير عقدية).

اما على الصعيد الدولي فقد عرفته اتفاقية نيويورك لسنة (1958) في المادة (1/2) بانه (الاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة تجوز تسويتها عن طريق التحكيم)[7].
اما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن الأمم المتحدة سنة (1985) (الاونسيترال) فقد عرفه في المادة (7) بانه (اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة عقدية كانت أو غير عقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل)[8].

(7) د. احمد إبراهيم عبد التواب, اتفاق التحكيم, مصدر سابق, ص 35.
(8) د. احمد إبراهيم عبد التواب, اتفاق التحكيم, مصدر سابق, ص 35.

المطلب الثاني
الطبيعة القانونية للتحكيم و صوره

المقصود بالطبيعة القانونية هو تحديد ماهية اتفاق التحكيم من الناحية القانونية او تحديد التكييف القانوني له فلا يمكن تصور وجود تحكيم دون الاتفاق عليه من قبل الأطراف, فارادتهم هي التي تولد اتفاق التحكيم, وبنفس الوقت لا يمكن اللجوء الى التحكيم اذا لم يجز القانون مثل هذا الاتفاق بمعنى التحكيم يرتكز على اساسين هما ارادة الخصوم واقرار المشرع لهذه الإرادة[9].

وقد تباينت أراء الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم, فظهرت عدة نظريات بهذا الشأن وهو ما سنتناوله في هذا المطلب على فرعين:

الفرع الأول : نظريات فقهية في الطبيعة القانونية للتحكيم

اولاً : النظرية التعاقدية للتحكيم : يذهب أصحاب هذا الاتجاه الى أن التحكيم ذو طبيعة عقدية اتفاقية مصدرها ارادة الطرفين في الاتفاق على اللجوء الى التحكيم لحل النزاع الذي ينشأ حول تنفيذ العقد الأصلي أو تفسيره, وهذا فيما يخص شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي أو بعقد مستقل أو بمشارطة التحكيم التي تم الاتفاق عليها ما بين الطرفين بعد نشوب النزاع[10].

ويستند انصار هذه النظرية في اعتبار التحكيم ذو طبيعة عقدية اتفاقية الى العديد من الحجج, ومنها رغبة اطراف العقد في التصالح وحل الخلافات الناشئة بينهم بطريقة ودية, والتحكيم هو مصدر سلطة المحكمين الذي بنى عليه المحكمون القرار الذي اصدروه في القضية التحكيمية, وتحرر المحكمون من الالتزام بالاجراءات والقواعد التي ينص عليها القانون الوطني عندما يتفق اطراف النزاع على اعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع اجراءات معينة يسير عليها المحكمون[11].

---

(9) بوخاري مصطفى امين, اساسيات في التحكيم التجاري الدولي, مجلة الاكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية (الجزائر), المجلد 04, العدد2022/1, ص 165.

(10) القاضي جبار جمعة اللامي, مصدر سابق, ص17.

(11) د. حميد لطيف الدليمي, دراسات في التحكيم, مؤسسة مصر مرتضى, بغداد, 2011, ص 201.

ثانياً : النظرية القضائية للتحكيم : ويتبنى أصحاب هذا الاتجاه ترجيح الطابع القضائي للتحكيم, والنظر الى التحيكم من زاوية أنه قضاء اجباري ملزم للخصوم متى ما اتفقوا عليه, وأنه يحل محل قضاء الدولة الاجباري وان المحكم لا يعمل بارادة الخصوم وحدها مما يجعل الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم, وان حكم المحكم هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة, وأن كلاً من المحكم والقاضي يحل النزاع بحكم يجيز الامر المقضي به, وهذه الحجية يستمدها من المشرع[12].

ثالثاً : النظرية المختلطة للتحكيم : ذهب أنصار هذا الاتجاه الى ان التحكيم عملية قانونية ذات طبيعة مركبة, وأنه حقيقة ممتدة من الزمن تبدأ باتفاق التحكيم وتنتهي بشمول حكم المحكم بأمر التنفيذ.

ويتعاقب على هذه النظرية طابعان، وهما الطابع التعاقدي الذي يتمثل باتفاق التحكيم والثاني الطابع القضائي والمتمثل بأن وظيفة المحكم هي حسم النزاع المعروض عليه, والتحكيم هو نظام مختلط يبدأ باتفاق التحكيم اجراء وينتهي بشمول حكم المحكم بأمر التنفيذ[13].

(12) د. احمد أبو الوفا, التحكيم الاختياري و التحكيم الاجباري, منشأة المعارف, الإسكندرية, ط 5, ص 18.
(13) محسن جميل جريح, التحكيم التجار الدولي والتحكيم الداخلي, منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط 1, 2016, ص 31.

رابعاً : نظرية استقلال التحكيم : ذهب انصار هذه النظرية الى ان للتحكيم طبيعة قانونية مستقلة كأسلوب مستقل لتسوية المنازعات, حيث رفضوا الاعتراف بطبيعته القضائية, محتجين بأن التحكيم أسبق في وجوده من القضاء كوسيلة قائمة بذاتها للفصل في المنازعات.

وقد ذهب هذا الرأي في رفضه للطبيعة العقدية للتحكيم الى أن اتفاق التحكيم والذي على أساسه أسبغت الصفة العقدية على التحكيم ليس هو جوهر التحكيم, حيث أن ذلك وان كان يصدق على التحكيم الاختياري, الا أن هناك تحكيم اجباري في بعض المنازعات لا تكون لارادة الافراد دور في قيامه, حيث يلزمون باللجوء اليه[14].

اما موقف القضاء العراقي من هذه النظريات فترى محكمة التمييز ان عقد التحكيم من العقود الرضائية الملزمة للجانبين ويترتب التزامات متقابلة على كل من المتعاقدين وهي في ذات الوقت حقاً لكل منهما[15].

بمعنى ان القضاء العراقي قد اعتمد النظرية المختلطة في تحديد الطبيعة القانونبة لاتفاق التحكيم, وهو الموقف نحترمه.

ويبدو ان التكييف الأرجح لاتفاق التحكيم هو أنه ذو **طبيعة قانونية مركبة،** تجمع بين الطابع التعاقدي في نشأته والطابع القضائي في وظيفته. فالاتفاق يبدأ بإرادة الأطراف لكنه ينتهي بحكم له حجية قضائية. وهذا ما تؤيده النظرية المختلطة التي تعكس واقع التحكيم الحديث. لذا، يُعد التحكيم نظامًا قانونيًا مستقلًا يجمع بين الخصوصية والسلطة القضائية.

---

(14) د.عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة, التحكيم في المنازعات الادارية العقدية وغير العقدية, منشأة المعارف, الإسكندرية, ط 1 , 2011, ص 30 وما بعدها.

(15) د. لفته هامل العجيلي, شرح قانون المرافعات المدنية, دار المسلة – بغداد – شارع المتنبي, ط 1 , ص 244.

الفرع الثاني : صور التحكيم

يبدو ان معيار التمييز بين صور التحكيم هو **الوقت** الذي تم فيه الاتفاق على التحكيم, فأن حدث ذلك بزمن سابق للنزاع سميت هذه الصورة من الاتفاق بـ (شرط التحكيم) وأن تم الاتفاق على التحكيم بعد نشوب النزاع فيسمى ذلك (مشارطة التحكيم) وعليه سنحاول ايضاحها تباعاً :

اولاً : شرط التحكيم :

هو الاتفاق الذي يتم بموجبه اللجوء الى التحكيم بالنسبة للمنازعات التي **سوف** تثور مستقبلاً بين الأطراف, سواء كان ذلك في العقد نفسه أو في اتفاق مستقل أو بالإحالة إلى وثيقة تتضمن اتفاق تحكيم على أن تكون الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد الاصلي[16].

ومثال ذلك : كما لو ادرج البائع و المشتري في عقد بيع شرطاً مفاده بأن أي نزاع متعلق بالعقد يثور بينهما في المستقبل, يتم اللجوء في حله الى التحكيم, او انهم قد فاتهم ان يدرجوا هذا الشرط (شرط التحكيم) في عقد البيع الأصلي, وتنبهوا الى ذلك بعد مدة (وقبل ان يثور النزاع) فعقدوا اتفاق بورقة مستقلة يقضي بأن أي نزاع بشأن عقد البيع يتم اللجوء في حله الى التحكيم.

حيث نلاحظ هنا ان كلا الحالتين في المثال أعلاه تسمى (شرط التحكيم) لان كلاهما حصلتا قبل نشوب النزاع.

والجدير بالذكر ان المشرع العراقي في القانون المدني رقم (40) لسنة (1951) قد نص على قاعدة عامة للشروط التي يمكن ادراجها في العقد, حيث تضمنت المادة (131) انه (يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جارياً به العرف و العادة....)

وبطبيعة الحال فأن شرط التحكيم شرط يلائم مقتضى العقود وخصوصاً التجارية منها وجرت به العرف و العادة.

اما موقف في قانون المرافعات رقم (83) لسنة (1969) المعدل في المادة (251) التي تضمنت ان (يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الإتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين) يفهم من المادة ان المشرع قد اقر بصورة (شرط التحكيم) وكذلك صورة (مشارطة التحكيم) وهو ما تؤكده الأسباب الموجبة للقانون المذكور[17].

---

(16) د. أحمد السيد صاوي, الوجيز في التحكيم طبقًا للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية, ط 3, 2010, بند 7, ص 17 وما بعدها.

(17) القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي, قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة (1969) وتعديلاته, المكتبة القانونية, بغداد, ط 2018, ص 169-170.

حيث تضمنت الأسباب الموجبة النص على شرط التحكيم ومبررات اللجوء الى التحكيم " وقد عنى القانون بأحكام التحكيم لما جرت به عادة البلاد من اللجوء اليه في كثير من المنازعات و على الأخص المعاملات التجارية كما يلجأ اليه كثير من المؤسسات والشركات للاستغناء به عن المحاكم قصداً في الوقت والنفقات ورغبة في شطط الخصومة واللدد فيها, واتجه القانون الى وضع نصوص جديدة لتنظيم اجراءاته وتوسيع نطاقه فلم يجعله قاصراً على دعاوى المال حتى يتناول المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين وهذا هو ما يطلق عليه في فقه القانون (شرط التحكيم) كما يتناول اتفاق طرفي الخصوم على فض جميع النزاعات بينهما بطريق التحكيم, وهذا هو ما يطلق عليه (مشارطة التحكيم)[18].

ويفيد ذلك ان المشرع العراقي قد اقر بشرط التحكيم و بالمشارطة ايضاً.

كما و تضمنت المادة (7/2) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي (الاونسيترال), سنة (1985) على أن (تعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة عقد تحكيم, شريطة أن يكون العقد مكتوبا, وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل هذا الشرط جزءا من العقد الاصلي).

والجدير بالذكر انه لا يشترط أن يتضمن شرط التحكيم كافة المسائل المتنازع عليها, إذ يكفي الاتفاق على التحكيم في شرط التحكيم من حيث المبدأ[19].

ويرى الباحث ان هذا التوجه ما هو إلا انصياع لطبيعة بعض المنازعات التي قد تنشأ عن العقد او غيره ولا يمكن التنبوء بها, و التي قد تحصل في المستقبل, وهو توجه جيد, لانه يضمن ذهاب الأطراف المتنازعة الى التحكيم دون الحاجة الى اتخام العقد بالبنود و الحالات المستقبلية التي لا يمكن حصرها قطعاً.

(18) القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي, قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة (1969) وتعديلاته, المكتبة القانونية, بغداد, ط 2018, ص 169-170.

(19) محكمة تمييز دبي, الطعن رقم 91 لسنة 92 جلسة 21 – 11 – 1990, العدد3, ص 778.

ثانياً : مشارطة التحكيم :

فهي الصورة الثاني من صور اللجوء الى التحكيم والتي تعني الإتفاق على التحكيم اللاحق لقيام النزاع ويطلق عليها أيضاً تعبير عقد التحكيم أو اتفاق التحكيم.
أي ان مشارطة التحكيم هي اتفاق يتم بين الأطراف المتنازعة بعد قيام النزاع لعرض هذا النزاع على التحكيم[20].
والفرق بين نوعي التحكيم (صورتاه) ان مشارطة التحكيم تتعلق بنزاع مولود, بينما شرط التحكيم تتعلق بنزاع سوف يولد, او ممكن ان يولد في المستقبل[21].

ويشترط في المشارطة بحسب قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة (1994) في المادة (2) أن يحدد طرفا النزاع في اتفاقهما المكون لمشارطة التحكيم المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان التحكيم باطلاً, حيث تنتفي في هذا الفرض علة التخفيف عن الأطراف والتي كانت قائمة في حالة شرط التحكيم, طالما ان النزاع قد وقع, وإلا كان التحكيم باطلاً ، حيث يجب أن تتضمن المشارطة على البيانات التي تساعد على تعيين النزاع بشكل تفصيلي نافٍ للجهالة مثل ببيان أسم كل طرف وعنوانه وتعيين المحكمين و اختيارهم أو تحديد الطريقة المناسبة لتعيينهم, والقانون الواجب التطبيق, ،وتحديد لغة ومقر التحكيم وبيان ما إذا كان من حق هيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقاً لنظام التحكيم مع التفويض بالصلح, وتحديد المدة الإجمالية التي يتعين أن يصدر خلالها حكم التحكيم وتوقيع كل من الطرفين ، فمشارطة التحكيم تعد بمثابة خارطة الطريق التي سيسر عليها المحكم حتى تمام الفصل في الدعوى[22].

ولم نجد نص مماثل لدى المشرع العراقي حيث انه لم يشترط ذكر بيان تفصيلي دقيق لموضوع التحكيم على عكس القانون المصري, تاركاً هذا الأمر لرغبة الاطراف إن ارادوا ادرجوه بالتفصيل او تركوه بلا تخصيص, ويفهم من نصوص قانون المرافعات في باب التحكيم انه اذا جاء شرط التحكيم ومشارطته بدون تخصيص وبصورة مطلقة فحينها تشمل كافة المنازعات.

(20) د. فتحي إسماعيل والي, الوسيط في قانون القضاء المدني, درا النهضة العربية, مصر, 2001, بند 457, ، ص 935.
(21) د. محسن شفيق, التحكيم التجاري الدولي, دار النهضة العربية القاهرة, 1997, ص 172.
(22) ياسمين خيري يوسف, اثر النظام العام على اتفاق التحكيم في القانون العراقي, رسالة ماجستير, جامعة الشرق الأدنى - نيقوسيا, 2019, ص 39.

امـــا بالنسبة لاتفاقية نيويورك لسنة (1958) فقد تضمنت في المادة (2) ان (1 – تعترف كل دولة متعاقدة, بلأتفاق المكتوب الذي تلتزم بموجبه الأطراف اللجوء الى التحكيم لحل منازعاتها التي نشأت او ستنشأ عن علاقة قانونية معينة فيما بينها سواء كانت علاقة تعاقدية او غير تعاقدية, متى ما تعلقت بمسألة يجوز حلها بالتحكيم.
2 – يقصد بالاتفاق المكتوب, شرط التحكيم الوارد في العقد او مشارطة تحكيم وقعته الأطراف او تضمنته رسائل او برقيات متبادلة بينهم)[23].

والجدير بالذكر ان العراق قد صادق على هذه الاتفاقية بموجب (قانون انضمام جمهورية العراق الى اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها (نيويورك 1958) رقم (14) لسنة 2021)[24]. حيث اشتمل القانون على مادتين فقط تضمنت تحفظات بأن تنفذ الاتفاقية من تاريخ مصادقة العراق عليها ونشرها, وشرط المعاملة بالمثل, وان تطبق على الخلافات التعاقدية التي تعتبر تجارية بموجب القانون العراقي.

اما شكل الاتفاق فيمكن القول انه قد يكون اتفاق التحكيم – سواء أكان في صورة شرط أو مشارطة للتحكيم – أحد بنود ورقة رسمية أو عرفية, سواء أكان ذلك في عقد من العقود أو في اتفاق مستقل, كما قد يكون في صورة رسالة بيانات (Data Message) أو مستند الكتروني, ويقصد برسالة البيانات حسب ما ورد في المادة (2/أ) من القانون النموذجي (الاونسيترال) للتجارة الإلكترونية الصادر عن الأمم المتحدة سنة (1996) " المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها وتخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة, بما في ذلك على سبيل الحصر, تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرقية أو التلكس أو النسخ البرقي", في هذه الحالة يكون اتفاق التحكيم في صورة رسائل متبادلة بين الأطراف, كما يمكن أن يكون في صورة بند من بنود عقد من عقود التجارة الإلكترونية, فيكون اتفاق التحكيم بالتوقيع على التعاقد, أو في صورة اتفاق مستقل أو نتيجة قبول الأشخاص للتعامل بالطريق الإلكتروني[25].

(23) الوقائع العراقية, الجريدة الرسمية لجمهورية العراق, العدد 4633, 31/أيار/2021.
(24) الوقائع العراقية, الجريدة الرسمية لجمهورية العراق, العدد 4633, 31/أيار/2021.
(25) د. احمد إبراهيم عبد التواب, اتفاق التحكيم, مصدر سابق, ص 97.

المبحث الثاني

اركان وشروط صحة اتفاق التحكيم

تأسيساً لا بد ان نفهم الفرق بين الركن و الشرط حيث يُعد كل من الركن والشرط عنصرين أساسيين في تكوين التصرفات القانونية، ويشتركان في كونهما ضروريين لصحة التصرف، إلا أن بينهما فرقاً جوهرياً من حيث الطبيعة والوظيفة.

فالركن هو جزء لا يتجزأ من ذات التصرف القانوني، يدخل في بنيته الداخلية ويكوّن جوهره, بحيث لا يمكن تصور وجود التصرف دونه.

أما الشرط, فهو عنصر خارجي لا يدخل في تكوين التصرف ذاته, لكنه لازم لصحته أو نفاذه, ويترتب على تخلفه بطلان التصرف أو عدم إنتاجه لآثاره القانونية.

ومثال ذلك : في تأسيس الشركات التجارية, يُعد الاتفاق بين الشركاء على إنشاء الشركة وتحديد نوعها ورأس مالها من أركان العقد التأسيسي, لأنها تمثل جوهر التصرف القانوني الذي تنشأ بموجبه الشركة. فبدون هذا الاتفاق, لا يمكن تصور وجود الشركة أصلًا.

أما الحصول على إجازة التأسيس من مسجل الشركات, فهو شرط قانوني لنفاذ الشركة واكتسابها الشخصية المعنوية.

فحتى لو تم الاتفاق بين الشركاء على كافة التفاصيل, فإن عدم تسجيل الشركة رسمياً لدى الجهات المختصة يمنعها من ممارسة نشاطها التجاري بشكل قانوني, رغم أن الاتفاق التأسيسي يظل قائمًا بينهم.

المطلب الأول
اركان اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم يقوم على اركان ثلاثة هي : الرضا و المحل و السبب[26]. بمعنى : تخلف أي من هذه الأركان بطل او انعدم اتفاق التحكيم, وهو ما يعد سببا للطعن في الحكم بدعوى البطلان، لذا سنحاول توضيح هذه الأركان على ثلاثة فروع كما يلي :

الفرع الاول : الرضا

ان اتفاق التحكيم عقد رضائي ولذا يجب ان لا يشوب إرادة الطرفين أي عيب من عيوب الرضا ولابد من ايجاب و قبول تتطابق بموجبهما الارادتان.
وينصب التراضي هنا على اللجوء الى التحكيم لحسم النزاع الذي سينشأ او الذي نشأ بينهما, وان يشمل الرضا المتبادل لكل من الطرفين العقد الأصلي وشرط التحكيم, وبالتالي لا يحتاج شرط التحكيم رضا خاص به اما اذا كان الاتفاق على التحكيم يتم وفقاً لاتفاق خاص بين الطرفين خارج العقد الذي انشأ العلاقة القانونية الخاصة بتعاملها التجاري, ففي هذه الحالة يصار الى عقد اتفاق خاص بالتحكيم وتشترط معظم الدول ان يكون مكتوبا وإلا اعتبر باطلا[27].

ونعتقد ان مناط الكتابة هنا تمثل الصورة المادية للرضا التي تجلت بالكتابة. فضلاً عن انها (الكتابة) شرط لاثبات اتفاق التحكيم في تشريعات معظم الدول ومنها مصر و العراق.
حيث تضمنت المادة (79) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) انه (كما يكون الايجاب او القبول بالمشافهة ويكون بالمكاتبة وبالاشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وبأتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً لادلته على التراضي) أي ان التراضي قد يكون ذو دلالة صريحة او ضمنية,

(26) د. فتحي إسماعيل والي, قانون التحكيم في النظرية والتطبيق, منشأة المعارف بالإسكندرية, ط 5, 2007, بند 49, ص 106 وما بعدها.
(27) فوزي محمد سامي, التحكيم التجاري الدولي, دار الحكمة, بغداد, 1992, ص 124 وما بعدها.

لكن المادة (252) من قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة (1969) اشترطت نوعاً محدداً في التعبير عن الرضا بقولها ان (لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة..) ويلاحظ من ذلك ان المشرع قد اشترط التعبير الصريح عن الرضا المتمثل بالكتابة.

وكذلك على صعيد الاتفاقيات الدولية فأن اتفاقية نيويورك لسنة (1958) قد تضمنت في المادة (2) ان (1 – تعترف كل دولة متعاقدة, بالأتفاق المكتوب الذي تلتزم بموجبه الأطراف اللجوء الى التحكيم لحل منازعاتها التي نشأت او ستنشأ عن علاقة قانونية معينة فيما بينها سواء كانت علاقة تعاقدية او غير تعاقدية, متى ما تعلقت بمسألة يجوز حلها بالتحكيم.
2 – يقصد بالاتفاق المكتوب, شرط التحكيم الوارد في العقد او مشارطة تحكيم وقعته الأطراف او تضمنته رسائل او برقيات متبادلة بينهم)[28]. يذكر ان العراق قد صادق على هذه الاتفاقية.

الفرع الثاني : المحل

لأي التزام محل يجب أن ينصب عليه, ويقصد بمحل الالتزام الشيء الذي يلتزم المدين القيام به, ومحل اتفاق التحكيم هو موضوع المنازعة أو المنازعات التي يطرحها اتفاق التحكيم على هيئة التحكيم, والمحل يتعلق بما يجيزه المشرع للأفراد في الاتفاق على التحكيم، وقد ميز بعض الفقه بين هذا المحل (محل التحكيم) ومحل العقد الذي يتعلق به اتفاق التحكيم، معتبرا محل شرط التحكيم هو الفصل في منازعة يمكن أن تنشأ بشأن العقد، أما محل العقد فهو أمر مختلف حسب نوع العقد نفسه[29].

و محل اتفاق التحكيم يجب تنطبق عليه الشروط العامة للمحل بمعنى أن يكون موجودا أو ممكن الوجود وان لا يكون مستحيلاً من الناحية العملية ومشروعا وكل ما يتطلبه التصرف الصحيح (بما لا يتعارض وطبيعة التحكيم).
ونلاحظ ان المشرع العراقي قد تطرق لموضوع محل التحكيم في :
1 – في المادة (251) من قانون المرافعات رقم (83) لسنة (1969) حينما أجاز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين او في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين.
2 – في المادة (254) من القانون نفسه حينما قيد نطاق المادة اعلاه بقوله (لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز الصلح فيها....).

(28) الوقائع العراقية, الجريدة الرسمية لجمهورية العراق, العدد 4633, 31/أيار/2021.
(29) د. فتحي إسماعيل والي, قانون التحكيم في النظرية والتطبيق, مصدر سابق, بند 44, ص 95.

وتجدر الإشارة الى ان " المسائل التي يجوز فيها الصلح " المشار لها في المادة أعلاه قد حددها القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) المعدل, في المادة رقم (704) التي تضمنت (1 – يشترط ان يكون المصالح عنه مما يجوز اخذ البدل في مقابلته ويشترط ان يكون معلوما ان كان مما يحتاج الى القبض و التسليم.

2 – ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام او الآداب.

ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية او التي تنشأ عن ارتكاب احدى الجرائم).

يبدو ان محل التحكيم (النزاع) يلعب دور محوري في تحديد نوع التحكيم من حيث دوليته او وطنيته, وهنا يثور التساؤل عن متى يعتبر التحكيم دوليا او وطني او ما هو **معيار دولية التحكيم**.

كانت الفكرة القديمة السائدة في الفقه تذهب الى عدم التفرقة بين التحكيم الوطني و التحكيم الأجنبي, و بما ان التحكيم يستند الى إرادة الافراد و ان حكم التحكيم يصدر من اشخاص يعينون بموجب اتفاق أي يستند الى إرادة الأطراف المتنازعة, وبما ان التحكيم لا يعتبر عملاً من اعمال السلطة فهو غير مرتبط بدولة معينة, و بالتالي فلا يمكن اسباغ جنسية معينة عليه وانما يكون وضعه محايدا ولايوصف بصفة الوطنية او الأجنبية, ويلاحظ رغم ان التحكيم يقوم على إرادة الأشخاص و بسماح من القانون إلا ان الرأي الراجح في الوقت الحاضر يذهب الى اعتبار التحكيم عملاً قضائياً مستقلاً عن القضاء الذي تمارسه الدولة, و العمل المذكور أساسه إرادة الأطراف, وهناك رأي آخـر يعتبر التحكيم ذو طبيعة مختلطة, حيث فيه سمات العقد و فيه سمات العمل القضائي[30].

ومن هنا ظهرت عدة آراء لتحديد معيار التفرقة بين التحكيم الوطني (الداخلي) و التحكيم الدولي, نوجز بعضها بما يلي :

1 – معيار القانون الواجب التطبيق بالنسبة للإجراءات الخاصة بالتحكيم, فأذا كان داخلياً اعتبر التحكيم وطنياً, اما اذا كانت قواعد الإجراءات مأخوذة من قانون اجنبي فان التحكيم يعتبر اجنبياً.

2 – معيار مكان صدور قرار التحكيم, وهو ما اخذت به اتفاقية نيويورك لعام 1958.

3 – معيار جنسية المحكم او الخصوم.

4 – معيار مكان المركز الرئيسي للمؤسسة التي تتولى التحكيم.

(30) د. فوزي محمد سامي, التحكيم التجاري الدولي, دار الحكمة, بغداد, 1992, ص 99.

5 – معيار مكان المحكمة المختصة اصلاً بموضوع النزاع (التي استبعدها الأطراف في اتفاقهم) فأذا جرى في دولة غير دولة المحكمة اعتبر التحكيم دوليا.
6 – معيار طبيعة النزاع او المعيار الاقتصادي : فاذا كان النزاع ناشئاً عن المعاملات التجارية الدولية فعندئذ يعتبر التحكيم دولياً.
ولم تسلم المعايير الخمسة الأولى أعلاه من النقد, ونالها ما نالها من صعوبات في التطبيق وصعوبات في اصدار القرار التحكيمي اذا ما تم العمل بموجبها, غير ان المعيار الأخير هو المعمول به في فرنسا منذ مدة طويلة وهو الرأي الراجح في تحديد معيار دولية التحكيم التجاري[31].
ونحن نتفق مع الأستاذ (فوزي محمد سامي) في ان معيار طبيعة النزاع هو المعيار الأرجح.

وفي كل الأحوال فأن المراد بمحل التحكيم التجاري الدولي هو المنازعات ذات الطابع الدولي وتتعلق بالتجارة الدولية ولا تشمل تلك التي تخص القانون العام, وعادة يتعلق الامر بما يسمى بالعقود التجارية الدولية و العقود الاقتصادية الدولية, كعقود الامتياز و التوريد ونقل التكنلوجيا وعقود المنشآت الصناعية الكبرى والنقل[32].

الفرع الثالث : السبب

ويعرف السبب في اتفاق التحكيم, بانه اتجاه الإرادة في حل النزاع بين الأطراف بالتحكيم, ويجب ان يكون مشروعاً ولا يخالف القانون و لا النظام العام, و إلا عد باطلاً [33].

واتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود والاتفاقات يتعين أن يكون له سبب مشروع, والسبب المشروع هو السبب الذي لا ينطوي على غش أواحتيال, كما لو كان التحكيم بقصد التهرب من تطبيق أحكام فيما لو طرح النزاع على القضاء أو الإفلات من العلانية وضمانات التقاضي الأساسية أمام القضاء, أو الاحتيال على الإجراءات الواجبة لإثبات ملكية العقارات والتصرفات, أو التحايل على اجراءات تسجيل التصرفات العقارية والرسوم المقررة بشأنها[34].

(31) د. فوزي محمد سامي, التحكيم التجاري الدولي, ما تم فهمه من صفحة 100 وما بعدها.
(32) فوزي محمد سامي, التحكيم التجاري الدولي, مصدر سابق, ص 129.
(33) د. حيدر ضياء طالب مناف, التحكيم التجاري الدولي في عقد النقل البحري للبضائع و الحاويات, أطروحة دكتوراه,اكاديمية البورك للعلوم, الدنمارك,2019 ,ص 127.
(34) د. احمد إبراهيم عبد التواب, اتفاق التحكيم, مصدر سابق, ص 219.

وفي القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) تضمنت المادة (2/132) ان (يفترض في كل التزام ان له سبباً مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك), وبداهة ان سبب ادراج اتفاق التحكيم – بصورتيه – يراد به اتجاه إرادة الأطراف الى الاستغناء عن القضاء الاعتيادي و اللجوء الى التحكيم, وهو سبب مشروع (في نطاق ماحدده القانون من نزاعات يجوز فيها التحكيم).

المطلب الثاني
شروط صحة اتفاق التحكيم

ان اتفاق التحكيم مهما كانت صورته شرط او مشارطة يعتبر عقدا بين الأطراف, فينبغي ان يخضع للقواعد العامة للعقود[35], و نجد ان هذه الشروط تتركز في الحقيقة على مجمل الشروط الموضوعية العامة من رضا و محل و مشروعية وشروط موضوعية خاصة بالتحكيم[36], وعليه سوف نختزل في بحثنا لسبق حديثنا عنها في المطلب السابق.

الفرع الاول : الشروط الموضوعية

الأصل أن اتفاق التحكيم تصرف إرادي جوازي ولذلك يشترط لانعقاده على النحو الصحيح توافر الشروط اللازمة وهذه الشروط هي الأهلية والتراضي والمحل والسبب ويجب أن يتحقق ركن التراضي صراحة أوضمناً سواء بالنسبة للمحكم أو الأطراف المتنازعة أما المحل فهو إجراء عملية التحكيم لتسوية النزاع الناشئ عن عقد معين بين أطرافه ، أما السبب فهو رغبة الأطراف في حل النزاع عن طريق التحكيم والنزاع يجب أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب[37].

(35) محمد نوري حسن, التحكيم في تسوية المنازعات العقود الإدارية الدولية, دار الجامعة الجديدة, مصر, 2015 ص 220.
(36) ماجد راغب الحلو, العقود الإدارية و التحكيم, دار الجامعة الجديدة للنشر, مصر, 2004, ص 10.
(37) ياسمين خيري يوسف, اثر النظام العام على اتفاق التحكيم في القانون العراقي, رسالة ماجستير, جامعة الشرق الأدنى - نيقوسيا, 2019, ص 99.

الاهلية : ويقصد هنا بالاهلية هي الاهلية اللازمة للاتفاق على حسم النزاع بالتحكيم, ولا يمكن للشخص ان يجري اتفاقا على ذلك إلا اذا كانت له أهلية تصرف في الحقوق المتعلقة بالنزاع المراد حسمها بالتحكيم فقد تضمنت المادة (254) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969) على ان التحكيم لا يصح (إلا ممن له أهلية التصرف في الحق موضوع النزاع) ولاجل معرفة القواعد القانونية التي تحكم مسائل الاهلية يتم الرجوع الى القانون الشخصي لاطراف الاتفاق[38].

وهذا ما تضمنته القواعد العامة من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) في المادة (18) بان (الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته), وكذلك المادة (93) من القانون ذاته بأن (كل شخص اهلاً للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم اهليته او يحد منها).

السؤال هنا هل يجوز للوكيل ان يبرم اتفاق التحكيم؟
وللاجابة على هذا التساؤل لابد ان نعرف الوكالة : فالوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم[39], وبما ان المادة (52) من قانون المرافعات العراقي قد تضمنت ان (...الوكالة العامة المطلقة لاتخول الوكيل العام – بغير تفويض خاص – الإقرار بحق ولا التنازل عن عنه ولا الصلح ولا **التحكيم** ولا البيع او الرهن....)

يفهم من ذلك انه ليس للوكيل ان يبرم عقد التحكيم نيابة عن الأصيل إلا بموجب وكالة خاصة لهذا الشأن, حيث ان المادة (52) قد عدلت المادة (931) من القانون المدني العراقي الخاصة بالوكالة العامة المطلقة, بأن جعلت الوكالة المذكورة لاتخول الوكيل العام إجراء التصرفات المبينة فيها (ومن ضمنها اتفاق التحكيم) دون ان يقوم الموكل (الأصيل) بتفويضه تفويضاً خاصاً.

(38) د. فوزي محمد سامي, التحكيم التجاري الدولي, مصدر سابق, ص 116 وما بعدها.
(39) ينظر المادة (927) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951).

الفرع الاول : الشروط الشكلية

أن الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم يمكن أن تتلخص في شرط واحد فقط نصت عليه أغلب الاتفاقيات والتشريعات الوضعية ومنها قانون المرافعات العراقي, وهذا الشرط الوحيد هو الكتابة, أي أن يكون عقد التحكيم مكتوباً, وهذا ماجاءت به المادة (252) من قانون المرافعات العراقي بأن " لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة ".

كما وتضمنت المادة (12) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة (1994) أن (يجب أن يكون مكتوبا وإلا كان باطلاً...).

اما على الصعيد الدولي فقد تناولت المادة (2) من اتفاقية نيويورك لعام 1958 (ضرورة الاعتراف باتفاق التحكيم المكتوب, وكذلك أنه "يقصد باتفاق التحكيم شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات).

ولما كان شرط الكتابة يتوفر بالكتابة الخطية المتعارف عليها, فأن التساؤل يثور حول مدى توفر هذا الشرط في حالة اتفاق التحكيم الذي يتم بطريقة الكترونية؟
ان الكتابة بمعناها التقليدي تكون محررة على دعائم ورقية ولكن التطور التكنلوجي في وسائل الاتصال أدى الى ضرورة التوسع في هذا المفهوم, ومن ثم لا يوجد ما يمنع ان تكون الكتابة محررة على دعائم الكترونية طالما تحقق نفس الهدف, فالمهم هو ان يتم حفظ هذه البيانات بحيث يمكن الرجوع اليها عن الخلاف دون ان يطرأ عليها أي تعديل او تحريف[40].

وهو ما يفهم من المادة (2) قانون التحكيم التجاري الدولي (الاونسيترال) سنة (1985) تضمنت (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا, ويعتبر الاتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق, أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرق الآخر, وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق

(40) د. ريان هاشم حمدون, اتفاق التحكيم الالكتروني, جامعة كركوك, مجلة كلية القانون للعلوم القانونية السياسية, مجلد 8, العدد 30, سنة 2019, ص 58.

تحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوبا, وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد).

ويلاحظ أن بعض التشريعات[41] قد خلطت بين الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم, وبين الكتابة كوسيلة لإثبات اتفاق التحكيم, والتمييز بين المعنيين بالغ الاهمية, إذ يترتب على اعتبار الكتابة من شروط صحة اتفاق التحكيم, أنه يترتب على تخلفها بطلان شرط التحكيم، وهو ما يجعل من اتفاق التحكيم من نوع الاتفاقيات الشكلية, أما إذا كانت الكتابة وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم فلا يترتب على تخلفها بطلان اتفاق التحكيم.

غير ان المشرع العراقي في قانون المرافعات قد حسم ذلك الجدال حينما أورد نص مفاده (ان لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة), وكذلك ما ورد في الأسباب الموجبة للقانون نفسه بان (...وهذا يقتضي اثبات التحكيم بالكتابة لأهمية عقد التحكيم وخطورته, فلا سبيل لاثباته بغير طريق الكتابة نظراً لطبيعته الخاصة التي خرج بها على القواعد العامة..)[42].

الخاتمة :

ختامًا، يتبيّن أن اتفاق التحكيم هو التزامٌ ثنائيٌّ ناشئٌ عن إرادة حرة (وهو الأصل), يقرّ بالأهلية القانونية للأطراف وشرعية موضوع النزاع, ويحوِّل سلطة الفصل فيه من المحاكم القضائية إلى هيئة تحكيمية مستقلة. يقوم أساسه على الرضا الصريح. وبهذا يعزّز الثقة في بيئة الأعمال من خلال استقرار التوقعات القانونية وتفادي التعقيدات الشكلية التي قد يفرضها اللجوء إلى المحاكم.

ان اتفاق التحكيم تطبق عليه الشروط الموضوعية وفق القواعد العامة, فلابد من الرضا والمحل والسبب, لكن خصوصية هذا الاتفاق تطلبت أن يكون مكتوباً (وهو ما اخذت به اغلب التشريعات), ذلك يؤكد ان لهذا الاتفاق شروطاً موضوعية وأخرى شكلية.

(41) مثل قانون المرافعات الإيطالي (المادتان 807 و 808) = انظر د. محسن شفيق, التحكيم التجاري الدولي, مصدر سابق, ص 190-191.
(42) القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي, قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة (1969) وتعديلاته, المكتبة القانونية, بغداد, ط 2018, ص 170.

الاستنتاجات :

1 – ان اتفاق التحكيم هو : اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة عقدية كانت أو غير عقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل.

2 – الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم مركبة, فهي عقد بين الأطراف حينما يسمح المشرع بذلك.

3 – اتفاق التحكيم هو عقد رضائي وليس شكلي, ومع ذلك فانه لا يثبت إلا بالكتابة.

4 – يكون التحكيم دولياً حينما يكون موضوع النزاع ذو طبيعة تجارية دولية.

5 – نصوص التحكيم في قانون المرافعات العراقي وضعت للتحكيم الداخلي, ويتم تطويعها لتلائم التحكيم الدولي.

المقترحات :

1 – نحث المشرع على ايراد تعريف لاتفاق التحكيم, يتسق مع تعريف قانون الاونسيترال.

2 – تدريب القضاة و المحكمين وتعريفهم بأهم اساسيات التحكيم بالمعايير الدولية.

3 – انشاء مراكز وطنية للتحكيم التجاري الدولي, ودعم تلك الناشئة منها مثل (مركز التحكيم الدولي في النجف) لتمارس الغاية المنشودة من اجلها.

المصادر

ت	الكتب
1	د. احمد إبراهيم عبد التواب, اتفاق التحكيم, كلية الحقوق جامعة القاهرة, دار النهضة العربية, سنة 2013
2	د. احمد أبو الوفا, التحكيم الاختياري و التحكيم الاجباري, منشأة المعارف, الإسكندرية, ط 5
3	د. أحمد السيد صاوي, الوجيز في التحكيم طبقًا للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية, ط 3, 2010
4	د. حميد لطيف الدليمي, دراسات في التحكيم, مؤسسة مصر مرتضى, بغداد, 2011,
5	د. صوفي أبو طالب, تاريخ النظم القانونية والاجتماعية, الجزء الأول, دار النهضة العربية,
6	د. فتحي إسماعيل والي, الوسيط في قانون القضاء المدني, درا النهضة العربية, مصر, 2001
7	د. فتحي إسماعيل والي, قانون التحكيم في النظرية والتطبيق, منشأة المعارف بالإسكندرية, ط 5, 2007
8	د. فوزي محمد سامي, التحكيم التجاري الدولي, دار الحكمة, بغداد, 1992
9	د. لفته هامل العجيلي, شرح قانون المرافعات المدنية, دار المسلة – بغداد – شارع المتنبي, ط 1
10	د. محسن شفيق, التحكيم التجاري الدولي, دار النهضة العربية القاهرة, 1997
11	د.عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة, التحكيم في المنازعات الادارية العقدية وغير العقدية, منشأة المعارف, الإسكندرية, ط 1 , 2011,
	القاضي جبار جمعة اللامي, التحكيم التجاري, الطبعة الثانية, سنة 2024
12	القاضي محمد أبراهيم الفلاحي, التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي والمقارن, صباح صادق جعفر الأنباري, بغداد، ط 1, سنة 2015
13	القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي, قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة (1969) وتعديلاته, المكتبة القانونية, بغداد, ط 2018.
14	ماجد راغب الحلو, العقود الإدارية و التحكيم, دار الجامعة الجديدة للنشر, مصر, 2004
15	محسن جميل جريح, التحكيم التجار الدولي والتحكيم الداخلي, منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط 1, 2016,
16	محمد حسن جاسم المعماري, التحكيم التجاري وتدخلات القضاء والوطني, المكتب الجامعي الحديث, ط1
17	محمد نوري حسن, التحكيم في تسوية المنازعات العقود الإدارية الدولية, دار الجامعة الجديدة, مصر, 2015

ت	الرسائل و الاطاريح
1	د. حيدر ضياء طالب مناف, التحكيم التجاري الدولي في عقد النقل البحري للبضائع و الحاويات, أطروحة دكتوراه,اكاديمية البورك للعلوم, الدنمارك,2019
2	ياسمين خيري يوسف, اثر النظام العام على اتفاق التحكيم في القانون العراقي, رسالة ماجستير, جامعة الشرق الأدنى - نيقوسيا, 2019
3	ماهر محمد صالح, اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية, رسالة دكتوراه, جامعة القاهرة, كلية الحقوق, سنة 2004,

ت	البحوث و المجلات
1	بدر عواد حمد البندر, اتفاق التحكيم التجاري في القانون العراقي و القانون المصري و القانون القطري و القانون الفرنسي (دراسة مقارنة), منشور في المجلة القانونية, جامعة القاهرة كلية الحقوق, المجلد 8, العدد 8, تشرين الثاني, 2020
2	بوخاري مصطفى امين, اساسيات في التحكيم التجاري الدولي, مجلة الاكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية (الجزائر), المجلد 04, العدد2022/1
	د. ريان هاشم حمدون, اتفاق التحكيم الالكتروني, جامعة كركوك, مجلة كلية القانون للعلوم القانونية السياسية, مجلد 8, العدد 30, سنة 2019.
3	عمر إبراهيم حسن, اتفاق التحكيم, الجامعي مجلة علمية محكمة,26,
4	المحامي حامد المختار, التحكيم في العراق, مجلة القضاء, الاعداد : الأول/الثاني/الثالث/الرابع, سنة 1981
5	الوقائع العراقية, الجريدة الرسمية لجمهورية العراق, العدد 4633, 31/أيار/2021.

النوع	القوانين
الوطنية	قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979
الوطنية	القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951
الوطنية	قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969
الوطنية	قانون رقم 14 لسنة 2021 – انضمام جمهورية العراق الى اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك 1958)
المقارنة	قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994
الدولية	القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الاونسيترال) الصادر عن الأمم المتحدة سنة (1996)
الدولية	القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن الأمم المتحدة سنة (1985) (الاونسيترال)

ت	الاتفاقيات الدولية
1	اتفاقية الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية (نيويورك 1958)

ت	القرارات
1	محكمة تمييز دبي, الطعن رقم 91 لسنة 92 جلسة 21 – 11 – 1990, العدد3