وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة المستنصرية \ كلية القانون

الدراسات العليا \ ماجستير خاص

مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

بحث تقدمت به الطالبة

تبارك علي عبد الجبار علي

بااشراف

أ٠م٠د رباب حسين كشكول

المقدمة

اولا: عرض الموضوع

التحكيم هو أحد الطرق السلمية لحل النزاعات، يُتفق عليه بين الأطراف إما ضمن العقد الأصلي أو في اتفاق مستقل، ويُفوض من خلاله محكم أو هيئة تحكيمية للفصل في الخلافات التي قد تنشأ، عبر قرار ملزم للطرفين. ويُعد اتفاق التحكيم الأساس الذي تُبنى عليه العملية التحكيمية، ولذلك يجب أن تتوفر فيه عناصر العقد الصحيح ومن المبادئ الأساسية في هذا السياق استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، أي أن بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد لا يؤدي تلقائيًا إلى سقوط شرط التحكيم، ما دام هذا الشرط صحيحًا بذاته. هذا الاستقلال يحمي العملية التحكيمية من محاولات أحد الأطراف التهرب من الالتزامات التحكيمية من خلال الطعن في العقد الأصلي، خاصة في العقود الدولية، حيث قد يُدفع ببطلان العقد لمخالفته النظام العام في دولة معينة. وبالتالي، يظل للمحكمين الحق في النظر في النزاع، بما في ذلك مسائل بطلان أو فسخ العقد الأصلي، استنادًا إلى أن شرط التحكيم عقد مستقل يُعنى بالإجراءات، لا بالمضمون الموضوعي للعقد الأصلي

ثانيا :اهمية البحث

أهمية هذا البحث تنبع من الحاجة إلى بيان مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إذ أن هذا الاستقلال يضمن استمرار التحكيم حتى في حال بطلان أو انقضاء العقد وقد بحثنا في هذا الموضوع تحديداً لما له من دور جوهري في التفريق بين اتفاق التحكيم بوصفه اتفاقاً إجرائياً قائماً بذاته، وبين العقد الذي قد ينشأ عنه نزاع يُحال إلى التحكيم سيما مع عدم تنظيم المشرع العراقي لقانون خاص بالتحكيم

ثالثا : مشكلة البحث

تطرح هذه الدراسة مجموعة من التساؤلات الجوهرية في ظل توجه المشرع العراقي لتقنين مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ضمن مشروع قانون التحكيم الجديد. وتتمحور الإشكالية حول مدى ارتباط اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي: هل يشكل جزءًا منه ويتأثر بزواله، أم يُعد اتفاقًا مستقلاً بذاته؟ وهل يؤدي فسخ أو بطلان أحدهما إلى التأثير في الآخر؟ كما يناقش البحث ما إذا كان هذا المبدأ من النظام العام، ومدى مشروعية الاتفاق على مخالفته، إضافة إلى مبررات الاستقلال وأهميته وآثاره

القانونية كل ذلك بهدف تقديم رؤية واضحة تسهم في دعم مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي

رابعا : منهجية البحث

سيتم البحث وفق المنهج التحليلي والمقارن وذلك من خلال عرض النصوص القانونية ذات العلاقة بموضوع الدراسة، وتحليلها لمعرفة مدى انطباقها وملاءمتها للواقع العملي. كما تم الاستعانة بالمنهج المقارن بمقارنة التشريع العراقي مع التشريعات، ولا سيما التشريع المصري، فضلاً عن الرجوع إلى الاتفاقيات الدولية ذات الصلة فيما يخص التحكيم التجاري الدولي ومنها اتفاقيه نيويورك واتفاقيه جنيف

خامسا: خطه البحث

وقد قسمنا موضوع البحث الى مبحثين وكل مبحث من مطلبين خصصنا المبحث الاول بيان مفهوم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وموقف الأنظمة القانونية منه وفي المبحث الثاني تناولنا النتائج المباشرة المترتبة عن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

المبحث الاول :مفهوم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

يُعد مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ الراسخة حالياً، سواء في إطار التشريعات الوطنية أو الاتفاقيات الدولية. وتستند هذه الاستقلالية إلى اختلاف موضوع كل من العقدين، إذ إن العقد الأصلي يتناول تنظيم الحقوق والالتزامات بين الأطراف، في حين أن اتفاق التحكيم يُعد عقداً إجرائياً بحتاً، لا يهدف إلى إنشاء حقوق أو التزامات مادية، بل يقتصر مجاله على تنظيم كيفية الفصل في النزاعات التي قد تنشأ عن تنفيذ أو تفسير بنود العقد الأصلي اما في ضل المنازعات التجارية من الشائع في فقه التحكيم ان المبدأ المذكور ضهر في القضاء الفرنسي حيث كرسته محكمه النقض الفرنسية في حكمه صادرا في ٧ مايو ١٩٦٣ في قضية Gasser وتتلخص وقائع هذه القضية في صدور حكم تحكيم في ايطاليا يقضي بإلزام مستورد فرنسي يدعى (جوسيه) بدفع تعويض لصالح مصدر إيطالي، كان الطرف الفرنسي قد تعاقد معه على استيراد كمية من البذور ولم يقم بتنفيذ التزاماته التعاقدية. وعند تنفيذ حكم التحكيم في فرنسا، دفع الطرف الفرنسي برفض طلب الأمر بالتنفيذ، تأسيساً على بطلان شرط التحكيم الوارد في العقد، لكون الأخير قد وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، لمخالفته القواعد الآمرة في القانون الفرنسي، المنظمة لعمليات الاستيراد والتصدير . وأن محكمة التمييز الفرنسية رفضت هذا الدفع، وأصدرت حكماً فاصلاً وهاماً جاء فيه في إطار التحكيم التجاري الدولي، فإن اتفاق التحكيم سواء تم هذا الاتفاق على نحو منفصل ومستقل عن التصرف القانوني الأصلي أو تم إدراجه فيه فإنه يتمتع، إلا إذا ظهرت ظروف استثنائية، باستقلال قانوني كامل يستبعد معه أن يتأثر اتفاق التحكيم بأي بطلان محتمل يلحق بهذا التصرف يتضح من هذه القضية أنها قد غيرت موقف القضاء الفرنسي، الذي كان لفترة طويلة يرفض تطبيق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم [١]

وسنبين في هذا المبحث في المطلب الاول تعريف مبدا استقلالية اتفاق التحكيم وموقف الانظمة القانونية منه وفي المطلب الثاني اهميته ومبرراته

[١] حفيظة السيد الحداد الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧، ص ١٢١

المطلب الاول : المقصود بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وموقف التشريعات منه

الفرع الاول : تعريف مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

بالرغم من أهتمام معظم التشريعات بتنظيم قوانين التحكيم إلا انها لم تضع تعريفا للمبدأ وتركت المسألة للفقه

فعبر عنه الفقه الحديث (بان شرط التحكيم الوارد كبند من بنود العقد يعتبر عقد داخل عقد)[١]

وايضاً عرفه البعض بانه استقلالية اتفاق التحكيم أن ننظر إلى اتفاق التحكيم الوارد في عقد على أنه عقد قائم بذاته، رغم أنه ليس إلا جزء من هذا العقد أو أحد بنوده[٢]

ومن خلال ما تقدم يمكننا أن نعرف مبدأ استقلاليه اتفاق التحكيم بأن إذا كان العقد الأصلي باطلا او تم فسخه أو انهائه فإنه لا يبطل شرط التحكيم واذا كان اتفاق التحكيم في بنود العقد الأصلي باطل فإنه لا يبطل العقد الأصلي

الفرع الثاني : الاساس القانوني لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

اولا: موقف المشرع العراقي من مبدا استقلالية اتفاق التحكيم

ان التشريعات والاتفاقيات الدولية المختلفة لم تكن على موقف واحد بشأن اعتماد هذا المبدأ فمن مطالعه نصوص التحكيم الواردة في قانون المرافعات العراقي النافذ لا يوجد اي نص صريح بالأخذ باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي .

ولكن قانون مشروع التحكيم العراقي يتبنى مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الاصلي واكد عليه بنص صريح لا لبس فيه ولا غموض وذلك في المادة (٨) يعد شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ، ولا يترتب على انقضاء العقد

---

[١] د. أحمد إبراهيم عبد التواب ،اتفاق التحكيم ،دار النهضة العربية ، القاهرة ص١١٢

[٢] - علالي عبد الرحمن ، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، مجله حقوق الإنسان والحريات العامة _جامعه مستغانم، عدد السادس،٢٠١٨

او بطلانه او فسخه او انهائه اي اثر على شرط التحكيم حتى واذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته مالم يتفق الطرفان على غير ذلك [١]

وعلية يفهم من هذا النص ان أعمال بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يتطلب توافر شروط محدودة ومنها أن يكون اتفاق التحكيم صحيحًا بذاته بمعنى اخر أن يكون مستوفياً لجميع شروط الصحة القانونية من حيث الأهلية، الرضا، المحل المشروع، والكتابة بحيث يظل ساريًا ونافذًا حتى إذا بطل العقد الأصلي أو تم فسخه.

وهنا يثار تسأل مهم هل يعتبر مبدأ استقلال اتفاق التحكيم من النظام العام. او بعبارة اخرى هل يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفه مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم الذي يتضمنه العقد الاصلي بحيث ذا بطل العقد او فسخ يا ثر على اتفاق التحكيم ؟

ان المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية النافذ ٨٣ لسنه ١٩٦٩ لم يتطرق لمثل هذه المسألة لكن عند مطالعة مشروع قانون التحكيم العراقي نجد في نص المادة (٨) السالفة الذكر أنها عالجت هذه المسألة وكما واضح عند مطالعه المادة نجد ان النص مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم لا يعتبر من النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق صراحه على خلافه.

ونلاحظ هنا ان المشرّع العراقي في اتفاق التحكيم لم يجعله من النظام العام لأنه نظام اتفاقي ورضائي يقوم على إرادة الأطراف ولا يُفرض عليهم. كما أن طبيعة التحكيم كوسيلة خاصة لحل النزاعات تتعارض مع صفة الإلزام التي تتميّز بها قواعد النظام العام. لذلك، ترك المشرّع الحرية للاطراف احترامًا لمبدأ حرية التعاقد

ثانيا :موقف القوانين المقارنة

ان موقف القانون المصري بعد صدور القانون الخاص بالتحكيم ٢٧ لسنه ١٩٩٤ جاء في نص صريح على استقلاليه اتفاق التحكيم في المادة ٢٣ منه أنه: " يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته.

كما وتضمنت إقرار بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في نصوص قوانين التحكيم كل من سوريا وتونس والجزائر والأردني.

[١] قانون مشروع التحكيم التجاري المادة (٨)

أما بالنسبة للتشريعات الأجنبية، فنلاحظ أن معظمها قد أقرت هذا المبدأ وبشكل صريح ومباشر. ومنها القانون الفرنسي الجديد، فبعد أن ظل قانون المرافعات المدنية الفرنسي مرسوم رقم (٥٠٠) لسنة ١٩٨١ ، قبل التعديل خالياً من أي نص صريح يكرس الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، جاء المرسوم الفرنسي الجديد رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ ، حول تعديل النصوص المتعلقة بالتحكيم في قانون أصول المحاكمات المدنية متضمناً نصاً صريحاً، يؤكد على الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك في المادة (١٤٤٧) منه والتي نصت على أن: " اتفاق التحكيم مستقل عن العقد الذي يتعلق به، وهو لا يتأثر بعدم فعالية هذا العقد.

يتضح لنا من هذا النص أن المشرع الفرنسي في المرسوم الجديد قد حسم الخلاف الذي كان سائداً في ظل القانون السابق، حول الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم من عدمه.

اما في ما يتعلق في بعض النصوص الدولية التي تخص التحكيم الدولي واحدث نموذج وضعته الجنة دولية وهي الاونسترال القانون النموذجي الخاص بالتحكيم فقد نصت - بشكل صريح - على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم. جاء ذلك في المادة (١\٢٣) منها "تكون لهيئة التحكيم صلاحية البت في اختصاصها، بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته .ولهذا الغرض ينظر إلى بند التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد على أنه اتفاق مستقل عن بنود العقد الأخرى. ولا يترتب تلقائياً على أي قرار لهيئة التحكيم ببطلان العقد بطلان بند التحكيم".

وفي حكم هذه المادة يُعتبر اتفاق التحكيم المدرج ضمن العقد الأصلي اتفاقًا مستقلاً عن باقي شروط العقد. ولا يؤدي الحكم ببطلان العقد من قبل هيئة التحكيم إلى بطلان اتفاق التحكيم تلقائيًا

اما في ما يتعلق بالمعاهدات الدولية المنظمة للتحكيم لا يستخلص منها بشكل صريح الاعتراف بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مثل اتفاقية جنيف الأوروبية الموقعة في ٢١ أبريل عام ١٩٦١ اي نص صريح يقرر مبدأ استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن اتفاقية جنيف الأوروبية قد كرست مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في المادة (٣/٥) منها وذلك عندما عهدت إلى المحكم ليس فقط سلطة تقرير مسألة البت في اختصاصه، بل منحته أيضاً سلطة الفصل حول وجود أو صحة اتفاق التحكيم، أو العقد الذي يعتبر اتفاق التحكيم جزءاً منه.

والبعض قد عارض هذا التفسير لنص المادة أعلاه، واعتبره تفسيراً خاطئاً يقوم على الخلط بين مبدأين مستقلين هما مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وهما في الحقيقة كل مبدأ يختلف عن الآخر. فمن غير الممكن أن نستخلص من النص، على اختصاص المحكم بالفصل في مسألة وجود أو صحة العقد، أنه يقرر في نفس الوقت مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم. فلو أن واضعي النص يريدون الوصول إلى هذه النتيجة لكان عليهم أن يضيفوا إلى النص ما يفيد بأن المحكم، إلى جانب أن له سلطة الفصل في مسألة وجود أو صحة العقد الأصلي، يظل مختصاً، حتى إذا ثبت لديه عدم صحة العقد الأصلي أو بطلانه. ففي هذا الفرض فقط يمكن القول بأن النص يقرر استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي .

ونؤيد هذا الرأي، إذ أن اتفاقية جنيف لم تنص صراحة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، بل اكتفت بالإشارة إلى مبدأ "الاختصاص بالاختصاص"

اما في ما يتعلق باتفاقية نيويورك الموقعة في عام١٩٨٥ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لم تتضمن أي نص صريح يقرر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم تجاه العقد المتعلق به.

ومع ذلك ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن اتفاقية نيويورك قد قننت مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم تجاه العقد الأصلي. واستند في ذلك إلى ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة (٢) من الاتفاقية من قواعد تقضى بإلزام الدول الأعضاء بالاعتراف باتفاق التحكيم المكتوب ومنع محاكمها من نظر المنازعات التي اتفق الأطراف بشأنها على اللجوء إلى التحكيم، وإحالتهم إلى التحكيم للفصل فيها.

ويرى البعض الاخر ان تفسير هذه المادة مبالغ به وهذه المادة التي نحن بصددها اوجبت على دول الأعضاء الاعتراف باتفاق التحكيم ومنع محاكمها من نظر المنازعات التي اتفق الأطراف على حلها بطرق التحكيم وأنها لم تتضمن اي إشارة إلى ان ذلك يمكن ان يتحقق في حاله بطلان العقد الأصلي او فسخه او انقضائه

كما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأنه يمكن أن نستخلص من المادة (٥\١١أ) من هذه الاتفاقية أن اتفاق التحكيم يمكنه أن يخضع إلى قانون آخر، غير الذي يخضع له العقد الأصلي، وبالتالي فإن اتفاقية نيويورك تكون قد قبلت (ضمناً) أن يكون لاتفاق التحكيم نظام قانوني مستقل عن العقد الأصلي، وبالتالي فهي تقرر قبول مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

ويرى البعض ان هذا التفسير لنص المادة (٥/١/أ)من اتفاقية نيويورك على النحو المتقدم يعد تفسيراً غير مقنع. حيث إن هذا النص يتعلق بحالات رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه، وإذا كان قد عرض المسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وهو أمر طبيعي، لأن اتفاق التحكيم يمثل جوهر التحكيم، وبالتالي أساس حكم التحكيم نفسه، فإنه لم يتضمن أي إشارة بخصوص القانون الذي يحكم العقد الأصلي، حتى يمكن القول بأن اتفاقية نيويورك قد أقرت مسألة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فيما يتعلق بالنظام القانوني الذي يحكمه.

نلاحظ أن اتفاقية نيويورك لم تنص صراحة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، ويُرجع ذلك إلى تركيزها على الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها. ورغم أن المادة الثانية ألزمت الدول الأعضاء بالاعتراف باتفاق التحكيم ومنعت محاكمها من نظر النزاعات التي اتُفق على حلها بالتحكيم، إلا أنها لم توضح ما إذا كان هذا المنع يسري أيضًا في حال بطلان العقد الأصلي الذي يتضمن اتفاق التحكيم

المطلب الثاني : اهميه ومبررات استقلالية اتفاق التحكيم

يعد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ الراسخة في القانون والفقه لما له من أهمية كبيره في تسوية المنازعات الناشئة عن الأفراد . ويستند هذا المبدأ إلى جمله من المبررات التي اكتسبته طابعا خاصا ، وجعلته بمنأى عن مصير العقد الأصلي من حيث الصحة والبطلان وللوقوف على الجوانب المختلفة لهذا المبدأ يتم تناول هذا المطلب من خلال فرعين على النحو الآتي

الفرع الاول : اهميه استقلالية مبدا اتفاق التحكيم

الفرع الثاني : مبررات استقلالية مبدأ اتفاق التحكيم

الفرع الاول: اهميه استقلالية مبدا اتفاق التحكيم

.تظهر أهمية استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، الذي تم إبرام التحكيم بشأنه،

اولا: في حالة بطلان العقد الأصلي لأي سبب من الأسباب، أو فسخه، أو انتهائه، حيث لا يكفي هذا البطلان أو الفسخ لتسوية موقف الطرفين، بل هناك من الحقوق المترتبة على هذا البطلان أو الفسخ، ويحتاج الأمر إلى رفع دعوى أمام القضاء ليتم حسم هذه الآثار المتولدة عن البطلان أو الفسخ، فإذا ما وجد اتفاق تحكيم في هذا

الشأن فإنه يظل معمولاً به، ولا يلحقه البطلان أو الفسخ أو الانتهاء ومن خلال التحكيم يتم النظر التحكيم تبرز - بشكل خاص في النزاع

ثانيا : وأهمية استقلالية اتفاق التحكيم تظهر عند النظر بدعوى بطلان حكم التحكيم. فلو دفع أحد الأطراف أمام هيئة التحكيم بعدم اختصاصها في نظر النزاع بسبب سقوط اتفاق التحكيم، لأن العقد الأصلي قد تم فسخه مثلاً، فإن الهيئة ستقضي برد هذا الدفع حتما، لاستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، حتى لو كان الفسخ صحيحة. وعندئذ لن يكون الحكم قابلا للبطلان، بحجة عدم وجود اتفاق تحكيم، أو بحجة فصل الحكم في مسائل لا يشملها هذا الاتفاق، أو تجاوز حدوده. وهذا بعكس ما لو قلنا بأن فسخ العقد الأصلي يشمل (حكم) فسخ اتفاق التحكيم الذي يتضمنه، إذ يكون الحكم في هذه المسألة قابلا للبطلان لعدم وجود اتفاق تحكيم، ما دام الفسخ يشمله ، أي بسبب فسخ العقد الأصلي[١]

وعليه ان مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي له أهمية بالغه. جعلته يحتل مكانه بارزه في عقود التجارة الدولية، وذلك لما يتمتع به من دور فعال في تسوية المنازعات، التي تنشأ بين الاطراف ويسهم الأخذ بهذا المبدأ في ضمان عدم تاثير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي وما قد يلحق به من بطلان او فسخ او زوال مما يبقى اتفاق التحكيم قائما وملزما ومنتجا لكامل آثاره القانونية

ونشير هنا ايضا الى ان استقلالية اتفاق التحكيم تنطبق على شرط التحكيم دون مشارطة التحكيم وذلك لان المشارطة تنعقد بعد ان يقع النزاع ولا تكون مدرجة بالعقد الاصلي بين الطرفين فلا يوثر عليها بطلان او فسخ العقد الاصلي

الفرع الثاني : مبررات استقلالية اتفاق التحكيم

ان مبدا استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي له عده مبررات قانونية وعمليه، تبرز فصله عن مصير العقد الأصلي ، وتوكد على استقلال وجوده وأثاره عنه

اولا: احترام أراده الاطراف بحيث يتم ادراج شرط التحكيم في العقد الأصلي بطريقة واضحه تعكس رغبه الأطراف في التحكيم في جميع المنازعات التي قد تنشأ بينهم بما في ذلك المنازعات المتعلقة بصحه او بطلان العقد الاصلي. وعدم استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي سيؤدي إلى تقيد نطاق التحكيم وهو ما يتعارض مع الارادة الأطراف الاصلية التي لم تكن ترغب في ذلك[٢] وبالتالي

[١] م٠م ياسين كريم حمد العيثاوي٠مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في القانون العراقي ٠مصدر سابق
[٢] م.م ياسين كريم حمد العيثاوي ، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في القانون العراقي، المصدر السابق

الارادة اذا لجئت الى استبعاد مبدا استقلالية اتفاق التحكيم امتثالا لتلك الارادة عندما اشترطت الاخذ بالارادة

ثانيا : ويكمن سبب آخر لاستقلالية اتفاق التحكيم في اختلاف موضوع العقد الأصلي عن موضوع شرط التحكيم المدرج فيه. بينما يتناول العقد الأصلي عمليات البيع والشراء والتوريد وغيرها، يتناول اتفاق التحكيم حل أي نزاع مستقبلي قد ينشأ سواء نتيجة لتنفيذ العقد الأصلي أو لأسباب خارجية عن إرادة الأطراف. وبالنظر إلى اختلاف الموضوع والسبب في كل منهما، يتضح أن استقلالية كل منهما عن الآخر يعود إلى هذا الاختلاف والتنوع في طبيعتهما .

ثالثا : ومن مبررات استقلالية اتفاق التحكيم أن الكتابة تعتبر شرط من شروط صحة اتفاق التحكيم بخلاف العقد الأصلي الذي قد تشترط فيه الكتابة أو لا تشترط وعلة اشتراط الكتابة الصحة اتفاق التحكيم هي الحرص على عدم فتح الباب لمنازعات فرعية، حول وجود أو مضمون هذا الاتفاق. وعلى العكس من ذلك، يرى بعض الفقه أن الكتابة هي شرط لإثبات اتفاق التحكيم، وليس لوجوده . وقد ساير المشرع العراقي هذا الاتجاه، إذ نصت المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات على انه "لا يثبت اتفاق التحكيم إلا بالكتابة". وهذا ما قضت به محكمة التمييز العراقية بالقول: أن شرط التحكيم لا يثبت إلا بالكتابة ويجوز الاتفاق عليه في المرافعة

مجمل القول ان مبررات استقلال اتفاق التحكيم ايجابيات تضاف الى مزايا التحكيم بصورة عامة

المبحث الثاني : النتائج المترتبة على استقلالية اتفاق التحكيم

هناك مجموعة من النتائج المباشرة التي تترتب على استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ويمكن ادراجها في نتيجتين الاولى تتمثل بعدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الاصلي والعكس صحيح بمعنى عدم ارتباط العقد الاصلي بمصير شرط التحكيم. اما النتيجة الثانية تتمثل في إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لنظام قانوني مختلف عن القانون الذي يخضع له العقد الاصلي. وسنبين كل منهما في مطلب مستقل

المطلب الاول : عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الاصلي

يعد الفصل بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي من أبرز تطبيقات مبدأ استقلالية شرط التحكيم، حيث لا يؤثر بطلان العقد أو زواله بالضرورة على صحة اتفاق التحكيم. ولدراسة ذلك نقسم المطلب الى فرعين وكما يلي

الفرع الأول: مضمون قاعدة عدم ارتباط المصير.

الفرع الثاني: نطاق قاعدة عدم ارتباط المصير.

الفرع الاول

مضمون قاعدة عدم ارتباط المصير

يقصد بقاعدة عدم ارتباط المصير، بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، أن وجود وصحة وسريان اتفاق التحكيم لا يتوقف ولا يتأثر بمصير العقد الأصلي الذي يشير إليه هذا الاتفاق. فالعقد أو اتفاق التحكيم وإن كانا يسكنان وثيقة واحدة، إلا أنهما في الحقيقة مستقلان ومنفصلان لا يتأثر أحدهما بالآخر ولا يؤثر فيه.

وبالتالي فإن الادعاء بأن العقد الأصلي لم يتم إبرامه، في الفرض الذي يكون فيه العقد الذي يتضمن اتفاق التحكيم تم توقيعه، ولكن لم يدخل مرحلة النفاذ، أو أنه باطل أو أنه تم فسخه، أو أن الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تجديدها، فهذا لا يؤدي إلى عدم فعالية اتفاق التحكيم أو المساس به كذلك فإن التوصل إلى تسوية بشأن الحقوق الواردة في العقد الأصلي، لا يؤدي بالضرورة إلى انقضاء اتفاق التحكيم.[١] واتفاق التحكيم يقوم على ثلاثة اركان وهو الرضا والمحل والسبب[٢] وعلية يعتبر عقد قائم بذاته فلو أن العيب الذي يمس العقد من شأنه أن يمس أيضاً اتفاق التحكيم (كعيب الرضا مثلاً، فإن كلاً منهما يعد باطلاً)

ولا يكون لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في هذه الحالة أي أثر. أما إذا كان البطلان خاصاً بالعقد كما لو كان العقد ذاته مخالفاً لقاعدة من النظام العام مثلاً ففي هذه الحالة يمكن التمسك بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي،

---

[١] حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ص١٤٣ وما بعدها

[٢] فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق منشأة المعارف بالإسكندرية، ٥، ٢٠٠٧، بند ٤٩، ص ١٠٦ وما بعدها.

وعليه يمكن القول بأن استقلالية اتفاق التحكيم ليس مطلقة بل إنها مشروطه بصحته الذاتية فاذا كان العيب يمس اتفاق التحكيم نفسه كعيب الرضا فان هذا الاتفاق يبطل تماما مثل اي عقد مستقل اما إذا كان العيب في العقد الأصلي فقط فانه لا يوثر على صحه اتفاق التحكيم باعتباره منفصلاً عنه مثلا لو تم ابرام عقد توريد مخالف للنظام العام كبيع مواد محضورة وكان العقد يتضمن بند تحكيم فان بطلان العقد لا يودي إلى بطلان اتفاق التحكيم تلقائيا

الفرع الثاني: نطاق قاعدة عدم ارتباط المصير.

في الواقع يظل نطاق تطبيق قاعده استقلاليه اتفاق التحكيم عن العقد الاصلي محل جدل فقهي لاسيما في الحالة التي يكون فيها العقد الاصلي فيها منعدما وهنا تبرز إشكاليه قانونية مهمه مفادها . هل يمكن الاحتجاج بمبدأ الاستقلالية واستمراريته بالرغم من انعدام العقد الذي ورد فيه

في هذا الصدد اختلف الفقه بين اتجاهين

فقد ذهب جانب من الفقه إلى التفريق بين بطلان العقد وانعدامه، باعتبار أن العيب الذي يلحق به منذ انعقاده ويؤدي إلى انعدامه، يختلف عن العيب الذي يؤدي إلى بطلانه. وبالتالي، فإن اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي، بينما على العكس من ذلك، يتأثر بمصير هذا العقد في حالة انعدامه[١]

هذا في حين يرى جانب آخر من الفقه إن التفرقة السابقة بين بطلان العقد وانعدامه تعتبر من المسائل الشائكة التي لا داعي لها، خاصةً وأن مفهوم الانعدام من الموضوعات التي يصعب تحديدها. ولهذا، فإن استبعاد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، بحجة أن أحد الأطراف يدعى عدم وجود العقد الأصلي، وبالتالي رفض الاعتراف للمحكم بالفصل في اختصاصه في مثل هذه الحالة، يعني قبول المخاطرة، والسماح لأحد الأطراف بالالتجاء إلى الوسائل الاحتيالية التي يسعى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم إلى تفاديها[٢] فمجرد الإدعاء بعدم وجود العقد الأصلي، لا يكفي إذا لاستبعاد اختصاص المحكم فللمحكم أن يقدر مدى صحة هذا الادعاء، وإذا لاحظ فعلاً أن العقد الأصلي غير قائم، ولا وجود له قانوناً، لعدم توافر ركن الرضا مثلاً، فيجب عليه بدون شك أن يقضي بعدم اختصاصه إذا ما اتضح له أن هذا الانعدام يسري أيضاً على اتفاق التحكيم، ليس كمجرد نتيجة مترتبة على انعدام العقد

[١] حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ص١٤٤

[٢] حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ص١٤٥

الأصلي، ولكن لأن سبب الانعدام الذي لحق بالعقد الأصلي يلحق أيضاً باتفاق التحكيم [١]

ومن الجدير بالذكر ان هذه التفرقة رفضتها بشكل صريح اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١ في المادة (٥) منه " لمحكمه التحكيم ان تفصل في مسأله وجود وصحة العقد الأصلي الذي يشكل اتفاق التحكيم جزاء منه " كما رفضتها أيضاً قواعد التحكيم، الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في عام ١٩٧٦ ، والتي تم تعديلها في العام ٢٠١٠ ، في المادة (٢٣) منها، وكذلك القانون النموذجي الصادر عن نفس اللجنة المذكورة عام ١٩٨٥ ، والذي تم تعديله في العام ٢٠٠٦ ، في المادة (١٦/١) منه، ولائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس في المادة (٦/٤) منها، ولائحة التحكيم الدولي لهيئة التحكيم الأمريكية AAA الصادرة عام ١٩٩٢ في المادة (١٥/١) منها.

إلا أن هذا الاتجاه، انتقده جانب آخر من الفقه ويرى أنه قول لا يمكن التسليم به. فاتفاقية جنيف الأوروبية لم تتعرض على الأقل صراحةً لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، ولا للآثار المترتبة علية، حتى يمكن القول بأن الاتفاقية الأوروبية ترفض أو تقر التفرقة بين حالة انعدام العقد وبطلانه. أما بالنسبة للوائح التحكيم، فإن لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة، وكذلك القانون النموذجي الصادر عن نفس اللجنة، قد أشارا صراحة إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم ببطلان العقد الأصلي، ولم تشيرا إلى حالة انعدام العقد، وبالتالي، يمكن القول بأن هذه اللائحة، وكذلك القانون النموذجي، يقرآن باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، في حالة بطلان هذا الأخير، دون حالة انعدامه، وذلك استناداً إلى إغفالها الإشارة إلى حالة انعدام هذا العقد. أما بالنسبة للائحة التحكيم النافذة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم، منذ عام ١٩٩٢، فإنها قد اكتفت بالنص على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، دون أن تنص صراحة على الآثار التي تترتب على هذا المبدأ، حتى يمكن القول بأنها تقرر استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد في حالة انعدامه. ولا يستثنى من ذلك سوى لائحة التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس فهي الوحيدة التي لم تميز بين حالة بطلان العقد وحالة انعدامه. حيث نصت صراحة على أن يظل المحكم مختصاً، حتى في حالة عدم وجود العقد أو بطلانه، وبالتالي يمكن أن يستخلص من ذلك أنها قد أقرت مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في كلتا الحالتين.

[١] حفيظة السيد الحداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ٢٠٠١ ص٤٥

اما في ما يتعلق بالقوانين الوطنية فيبدو لنا أنها تناصر الرأي الذي يميز بين حاله بطلان العقد وانعدامه فمشروع قانون التحكيم العراقي قد أشار صراحة الى عدم تاثر اتفاق التحكيم بما قد يلحق العقد الأصلي من بطلان او فسخ او انهاء دون ان يشير إلى حاله انعدام العقد من أساسه وايضاً سار على نفس الاتجاه القانون المصري والأردني والسوري

ونحن نميل إلى الرأي الاول الذي يفرق بين بطلان العقد وانعدامه هو أمر منطقي وواقعي، خاصة في سياق العلاقات التجارية الدولية. فعندما لا تكون هناك إرادة حقيقية بين الأطراف، فإن العقد لا يُعتبر قائمًا من الأساس. وبما أن اتفاق التحكيم يعتمد على وجود هذا العقد، فلا يمكن القول بوجود اتفاق تحكيم في حال غابت الإرادة تمامًا. ببساطة، إذا لم يحصل تراضٍ فعلي على العقد الأصلي، فلا يمكن افتراض وجود اتفاق منفصل لحل النزاعات الناتجة عنه

ولذا، نؤيد جانباً من الفقه فيما ذهب إليه من أن انعدام الاتفاق الأصلي يفترض الغياب الكامل لرضاء الأطراف، وهذا الانعدام في التراضي يشمل كلاً من الاتفاق على التحكيم والعقد الأصلي. فكيف للمرء أن يتصور أن الأطراف قد اتفقوا على التحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن عقد لم يتم التراضي عليه أصلاً. ومن ثم فإن انعدام التراضي يؤدي حتماً إلى عدم وجود العقد الأصلي، وكذلك عدم وجود اتفاق التحكيم الذي يتضمنه، وعلى العكس تماماً، في الحالة التي يكون فيها العقد الأصلي معيباً بعيب يؤدي إلى بطلانه. حيث إن بطلان العقد الأصلي لا يؤثر بالضرورة على بطلان اتفاق التحكيم الذي يتعلق به وبناء عليه فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، لا يمكن الأخذ به إلا في حالة بطلان العقد، دون حالة انعدام وجوده من أساسه.[1]

[1] حفيظه الحداد .الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي .مرجع سابق .ص١٤٧

المطلب الثاني :إمكانيه خضوع اتفاق التحكيم لنظام قانوني آخر غير الذي يخضع له العقد الاصلي

مبدأ استقلالية شرط التحكيم لا يعني فقط عدم تأثره ببطلان العقد الأصلي، بل يشمل أيضًا إمكانية خضوعه لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد، حتى وإن ورد شرط التحكيم ضمن بنود العقد أو في اتفاق لاحق قبل حدوث النزاع .

ولم يُجمع الفقه على تحديد طبيعة القانون المنطبق على اتفاق التحكيم، كما أن التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية لم تتضمن نصوصًا صريحة توضح هذا الجانب. وبناءً على ذلك، سيتم تناول هذه المسألة من خلال تقسيمها إلى فرعين على النحو التالي

الفرع الأول: أثر التكييف القانوني لاتفاق التحكيم على تحديد القانون الواجب التطبيق علية.

الفرع الثاني: موقف الأنظمة القانونية من القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

الفرع الاول : اثر التكيف القانوني لاتفاق التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق عليه

يؤدي اعتناق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إلى قبول عدم خضوع اتفاق التحكيم بالضرورة إلى ذات القواعد التي تحكم العقد الأصلي.[١]

ولقد ذهب جانب من الفقه إلى تبني التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى تبني التكييف العقدي لاتفاق التحكيم وسنعرض لكليهما

١- خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم الإجراءات بناء على التكييف القضائي أو الإجرائي لاتفاق التحكيم

يذهب جانب من الفقه متأثر بالطبيعة القضائية والإجرائية للتحكيم الى ضرورة خضوع اتفاق التحكيم إلى قانون الدولة التي تتم اجراءات التحكيم على إقليمها او قانون دولة المقر .من جانب آخر، فإن قضاء التحكيم التجاري الدولي قد كرس هذا الاتجاه. ففي القضية رقم ٤٥٠٤ الصادرة في عام ١٩٨٥ ذهبت محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، إلى القول بأنه وفقاً لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، فإن شرط التحكيم يخضع، في نطاق التحكيم الدولي، إلى قانون آخر غير القانون الذي

[١] د حفيظه الحداد .الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي .المرجع السابق ص١٤٨

يحكم العقد الأصلي. ونظراً لعدم قيام الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فقد رأت هيئة التحكيم أن تكييف شرط التحكيم لايمكن أن يتم إلا بإعمال قواعد قانون القاضي وهو القانون السويسري. وحيث إنَّ المحاكم السويسرية، ولا سيما المحكمة الفدرالية، ترى أن شروط التحكيم ليست شروطاً متصلة بالقانون الخاص، بل هي تتعلق بالإجراءات وتخضع للقانون العام، فإنه ترتيباً على ذلك، تخضع صحة اتفاق التحكيم للقانون الذي يسري على الإجراءات في دولة مقر التحكيم

وعلى الرغم من أن هذا الاتجاه الذي جعل من مكان التحكيم نقطة انطلاق لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، يتمتع بقبول، سواء على الصعيد الفقهي أو على صعيد قضاء التحكيم على نحو ما أشرنا، فإنه لم يسلم من انتقادات عديدة وجهت له.

فمن ناحية، فإن ربط اتفاق التحكيم بقانون الإجراءات يخلق العديد من المشاكل. فالأطراف كالمحكمين، يمكنهم أن لا يحددوا مسبقاً القانون الواجب التطبيق ليتركوا إلى التحكيم ذلك. وهذا يعني أن الإسناد الإجرائي يؤدي إلى توسيع المشكلة .

ومن ناحية أخرى، فإن الدافع إلى اختيار مكان ما، للتحكيم، قد يكون راجعاً لحياديته فقط أو ملاءمته للتحكيم. وإن اختيار مكان التحكيم قد يتم من قبل أطراف النزاع، أو من قبل المؤسسة التي تتولى التحكيم، أو من المحكمين أنفسهم، وكل ذلك لا علاقة له بموضوع النزاع، كما أن الأمر يبدو صعباً جداً في حالة عدم تحديد مكان واحد للتحكيم، كاجتماع المحكمين في عدة أماكن، أي في عدة دول، أو أن التحكيم يجري بالمراسلة عن طريق أجهزة الاتصالات الحديثة إضافة إلى ذلك، فإن القول بأن المحكم يخضع للاختصاص التشريعي للدولة الذي يقوم بأداء مهمته على إقليمها، وبأنَّ كل نشاط يتم على إقليم الدولة يخضع لاختصاصها، فقد رد بعض الفقه على ذلك بأن المحكم، شأنه شأن أي شخص مخاطب بالقانون، لا يمكنه أن يؤدي مهمته كمحكم إلا إذا سمحت له الدولة بذلك، ووفقاً للشروط التي تحددها. فإذا حظرت الدولة التحكيم، فإن التحكيم لا يمكن ممارسته على إقليمها، أو على الأقل لا يمكن أن يتم على إقليمها إلا بشكل غير علني والدولة لها الحق بتطبيق العدالة على إقليمها بواسطة أجهزتها، ويُمكنها أن تقرر التحكيم على إقليمها حتى لو تعلق بمنازعة أجنبية عنها تماماً. ولكن كل ما تقدم لا يعني أن العلاقة القانونية القائمة بين الأطراف ستخضع بالضرورة للقواعد المادية في دولة المقر، ولا حتى لقواعد الإسناد في هذه الدولة، بل يبقى للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم القانونية.

٢_الاتجاه القائل بخضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة المستقلة بناءً على التكييف العقدي

عكس ما تقدم، ذهب الرأي الغالب في الفقه والذي يتبنى التكييف العقدي لاتفاق التحكيم، إلى القول بأن اتفاق التحكيم، وعلى الرغم من أن محله ينصب أساساً على تنظيم الإجراءات التي تتبع في التحكيم، إلا انه لا يعتبر مرحلة من مراحل هذه الإجراءات. بل إن اتفاق التحكيم هو عقد يسبق الإجراءات، وهو كغيره من العقود تتولد عنه التزامات وحقوق. وبالتالي، فإن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم يتعين تحديده في ظل مبدأ قانون الإرادة المستقلة. فالأطراف أحرار في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة.

بينما يصعب إعمال هذا الحل في حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم. والسؤال الذي يبرز في هذا المقام هو عن القانون الذي يتعين على المحكم اللجوء إليه، فهل يلجأ المحكم إلى قانون الدولة مقر التحكيم أم إلى القانون المختار من قبل الأطراف ليطبق على موضوع النزاع؟

ذهب بعض الفقه إلى القول بأنه في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فإنه يتعين على المحكم أو القاضي، حسب الأحوال، تحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك عن طريق التركيز الموضوعي للعقد في إطار نظام قانوني، معين مستعيناً للوصول لذلك بالعوامل والضوابط التي من خلالها يمكن التوصل إلى الإرادة الصريحة المشتركة للأطراف أو الإرادة الضمنية. وأهم هذه الضوابط هي:

أ إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم:

قد يكتفى الأطراف بتحديد مقر التحكيم في دولة معينة، بدون الإفصاح صراحةً عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

ومع ذلك، ذهب جانب من الفقه (أنصار) قانون الإرادة المستقلة إلى القول بأنه من المناسب أن نستخلص في هذه الحالة أن إرادة الأطراف قد اتجهت نحو اختيار قانون هذه الدولة، أي الدولة مقر التحكيم، ليطبق على اتفاق التحكيم، وبصفة خاصة في الحالة التي يكون فيها مقر التحكيم مركزاً دائماً للتحكيم، لأن ذلك يعد سنداً إضافياً لتطبيق قانون بلد هذا المركز التحكيمي

وأن جانباً من هؤلاء الفقهاء ذهب إلى القول بأن الأخذ بقانون الدولة، مقر التحكيم، في حالة الاختيار الصريح من قبل الأطراف، ليس معناه أن مكان التحكيم يجب الأخذ به دائماً كضابط للإسناد، أو أنه يعد كافياً في الدلالة على الاختيار الضمني للأطراف، وإنما يُعد أحد الضوابط التي يمكن للمحكم أو القاضي الاستناد عليها بالتنسيق مع الضوابط الأخرى، كتطبيق قانون البلد محل إبرام اتفاق التحكيم، وخصوصاً عندما يكون هو أيضاً بلد جنسية أو محل إقامة الأطراف، أو المقر المشترك لهم. عندئذ من الجائز أن يفترض أن قانون هذا البلد أراد الأطراف تطبيقه على اتفاق التحكيم.

ب إخضاع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد الأصلي:

من بين نتائج مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، الذي يتضمنه أو يشير إليه، عدم خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد الأصلي، ومع ذلك فالمحكم أو القاضي الذي يرى ضرورة تحديد قانون وطني من أجل أن يفصل في المسائل المتنازع عليها والمتصلة باتفاق التحكيم، يلجأ عادةً إلى اختيار القانون الذي يحكم العقد الأصلي، إلا إذا قامت الأطراف باستبعاد تطبيق هذا القانون على اتفاق التحكيم بشكل صريح .

ويرى البعض أن هذا الحل يبدو منطقياً ، حيث توجد صلة حقيقية بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي. فاتفاق التحكيم هدفه ينصب على المنازعات الناشئة أو المحتملة عن العقد الأصلي. وتجدر الإشارة، إلى أن هذه الرابطة أو الصلة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، والنتيجة المترتبة عليها، فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، يجب أن لا تؤثر أو تمس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يتضح مما تقدم، أن الاتجاه السائد لدى الفقه هو خضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة. أي القانون المختار صراحةً من قبل الأطراف ليطبق على اتفاق التحكيم. وفي حالة غياب قانون الإرادة، يخضع اتفاق التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم، أو القانون المختار بواسطة الأطراف ليطبق على العقد موضوع النزاع.

ونحن نُرجّح هذا الاتجاه، لما له من انسجام مع الفلسفة التي يقوم عليها التحكيم، وبخاصة مبدأ سلطان الإرادة، والذي يُقر بحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم

الفرع الثاني _ موقف الانظمة القانونية من القانون الواجب التطبيق على مبدا الاتفاق

لم يرد في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ أي حكم صريح يبيّن القانون الذي يُطبق على اتفاق التحكيم

ولكن فيما يتعلق بمشروع قانون التحكيم العراقي، فإنه لم ينص بشكل مباشر على القانون المطبق على اتفاق التحكيم، لكنه أشار إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

وذلك في المادة (٣٠) منه التي جاء فيها: تفصل هيئة التحكيم في النزاع المعروض عليها وفقاً لما يلي:

أولاً : القواعد التي يتفق عليها الطرفان..

ثانياً : إذا لم يتفق الطرفان على القواعد أو القانون الواجب التطبيق طبقت هيئة التحكيم القواعد أو القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع .

يتضح من النص السابق أن المشرع العراقي، رغم عدم تصريحه صراحةً بالقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، إلا أنه أشار ضمنيًا إلى المنهج الذي ينبغي اتباعه لتحديد صحة هذا الاتفاق، وذلك من خلال اعتماده نفس النهج في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

لذلك، نرى ضرورة أن يُعيد المشرّع العراقي النظر في هذه المسألة، ويُدرج نصًا واضحًا يحدد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، بحيث يُعطى الأولوية للقانون الذي يختاره الأطراف، وإن لم يوجد اختيار صريح، يُطبّق قانون مقر التحكيم باعتباره المرجع الأساسي في هذه الحالة

اما القانون المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المنظم للتحكيم لم يتضمن نصوصاً مباشرة تعالج مشكلة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ومع ذلك فإن هذا القانون قد تضمن نصين على جانب كبير من الأهمية بصدد المسألة التي نحن بصددها الآن النص الأول : هو نص المادة (٢٥) من القانون المذكور والتي تنص على أن : "الطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة"

ونلاحظ من هذه المادة انها تعطي الأولوية لحرية الأطراف في تحديد إجراءات التحكيم وهذا جزء من سلطان الإرادة وإذا ما اتفقوا هنا هيئة التحكيم تتصرف وتختار الإجراء المناسب، بما لا يخالف القانون

النص الثاني تنص المادة (٣٩) فقرة (٢) من ذات القانون على أنه :١ - إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذى ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع.

٢- يجب أن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأطراف الجارية في نوع المعاملة.

٣- يجوز لهيئة التحكيم إذا أتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والأنصاف دون التقيد بأحكام القانون " .

ويبين من هذه النص ايضا انها تعترف بما جاء في نص المادة (٢٥) لارادة الاطراف الحرية في اختيار القواعد التي يتفق عليها الطرفان لتحكم موضوع النزاع.

ولم تتطرق اتفاقية نيويورك إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بصورة مباشرة، وإنما تعرضت للمسألة من خلال طلب رفض تنفيذ حكم التحكيم. فالمادة (٥ \ ١ أ) من الاتفاقية المذكورة، تعطي قاضي التنفيذ حق رفض حكم التحكيم، إذا أثبت أحد الطرفين أن اتفاق التحكيم غير صحيح بمقتضى القانون، الذي اختاره الأطراف ليحكم الاتفاق، أو قانون مكان صدور حكم التحكيم إذا انتفى اختيار الأطراف لقانون معين[١]

وبهذا التحديد فإن اتفاقية نيويورك قد اخذت بقانون الإرادة المستقلة وفي حال غياب الاختيار الصريح بين الأطراف أوجبت الاتفاقية الأخذ بقانون الدولة التي صدرت فيها حكم التحكيم .

[١] تنص المادة (٥\١أ) من اتفاقية نيويورك على ما يلي " لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه الا اذا اقدم الخصم المتمسك ضدة بالحكم الدليل على ان اتفاق التحكيم غير الصحيح وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم "

الخاتمة :

يتضح أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يحظى بأهمية كبيرة في مجال عقود التجارة الدولية، نظراً للدور الحيوي الذي يلعبه كآلية فعالة لحل النزاعات بين الأطراف. وقد تبين لنا أن هذا المبدأ لا يُعد من قواعد النظام العام، مما يتيح للأطراف حرية الاتفاق على ما يخالفه إن رغبوا في ذلك. كما أن ما يتمتع به من مبررات وآثار قانونية واضحة يؤكد أهميته واستقلاله عن العقد الأصلي، مما يعزز مكانته كعنصر مستقل وأساسي في العملية التحكيمية

النتائج :

١. أظهر البحث الأهمية البالغة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري هو عقد قائم بذاته ولا يتأثر بأثار الناتجة عن العقد الاصلي

٢-الاختلاف الجوهري ما بين صورتي اتفاق التحكيم (الشرط والمشارطة)

المقترحات:

١. تُبرز الدراسة أهمية إدراج مبدأ استقلالية شرط التحكيم التجاري بشكل صريح ودقيق ضمن قانون المرافعات العراقي، وذلك من خلال تعديل النصوص الحالية بما يتماشى مع المعايير الدولية الحديثة، بما يسهم في تعزيز فعالية التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات.

٢. يوصى بأن يتضمن مشروع قانون التحكيم العراقي نصًا واضحًا يحدد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، بحيث يُمنح الأطراف الحق في اختيار القانون الذي يحكم اتفاقهم، وفي حال غياب هذا الاختيار، يُطبق قانون موطن التحكيم باعتباره القانون المرجعي.

٣. تُؤكد الدراسة على ضرورة تسريع وتيرة إقرار مشروع قانون التحكيم الجديد في العراق، لا سيما في ظل الانفتاح الاقتصادي المتزايد بعد عام ٢٠٠٣، وما صاحبه من تزايد في حجم الاستثمارات الأجنبية، مما يتطلب بيئة قانونية تتسم بالوضوح والاستقرار وتواكب المعايير الدولية في مجال التحكيم