وزارة التعليم العالي البحوث العلمي

جامعة ديالى

كلية القانون والعلوم السياسية

قسم القانون

التحكيم في عقود التجارة الدولية

بحث تقدم به الطالب (احمد حامد عبود حسن) الى مجلس كلية القانون

والعلوم السياسية – قسم القانون

وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

اشراف

م.م. وديان خالد عودة

١٤٣٨هـ ٢٠١٧م

اقرار المشرف

اشهد ان هذا الحث الموسوم (التحكيم في عقود التجارة الدولية) قد جرى تحت اشرافي في كلية القانون والعلوم السياسية – جامعة ديالى ، وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون .

المشرف :

م.م. وديان خالد عودة

التوقيع :

التاريخ :

الإهداء

الى من كان سبب في وجودي ورسم حياتي وطريقي وجهدَ لمساعدتي وتعب عليَ حتى كبرتُ وافنى صحته من أجلنا (ابي الغالي) اسأل الله ان يحفظه ويعطيه الصحة والعافية وحسن الخاتمة .

إلى جنة الارض وتحت قدميها الجنة ، تلك التي سهرت وعانت وجاهدت وكبرت . الى من كان دعائها سر في نجاحي (أمي الغالية) حفظها الله واطال في عمرها ومتعها بالصحة والعافية .

الى اساتذتي الذين ساعدوني على انجاز هذا البحث .

شكر وتقدير

في ختام بحثي هذا لابدَ لي من شكر الايادي البيضاء التي اسهمت انجاز هذا البحث اولهم استاذتي العزيزة المشرفة وديان خالد عودة على ملاحظاته وتوجيهاته السديدة .

شكري وامتناني البالغ لأساتذتي في كلية القانون والعلوم السياسية .

ولمكتبة كليتنا .

ولكل من ساعدني في انجاز بحثي الشكر والاحترام.

المحتويات

ت	الموضوع	الصفحة
١	العنوان – الاهداء – الشكر والتقدير	.....
٢	المقدمة - اهمية البحث	١
٣	مشكلة البحث - خطة البحث	٢
٤	المبحث الاول: ماهية التحكيم وأنواعه وطبيعته القانونية	٣
٥	المطلب الاول: تعريف التحكيم وأنــواعه	٤-١٠
٦	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم	١١-١٣
٧	المبحث الثاني: موقف القانون العراقي من التحكيم التجاري الدولي	١٤-١٥
٨	المطلب الاول : تنفيذ القرار التحكيمي	١٦-١٨
٩	المطلب الثاني : الطعن في القرار التحكيمي	١٩-٢٢
١٠	الخاتمة – النتائج و التوصيات	٢٣
١١	المصادر و المراجع	٢٤-٢٥

المـــقدمـــة

من المعلوم ان زيادة المؤسسات الاقتصادية وعمليات التجارة الدولية عبر الحدود وعدم ملائمة القوانين الوطنية لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات ان يتجه الفكر القانوني الى البحث عن اداة فنية متخصصة تقوم بالفصل في المنازعات بعيداً عن قضاء الدولة ، حتى اصبح التحكيم في الاونة الاخيرة الوسيلة المعتادة والمفضلة التي تلجأ اليها الاطراف المتنازعة لحل المنازعات لاسيما تلك الناشئة في اطار العلاقات التجارية الدولية ومن ما لاشك فيه ايضاً ان لجوء الاطراف الى اختيار هذه الطريقة لفض المنازعات الناشئة بينهما لما يتقدمه التحكيم كنظام خاص من مزايا قد يعجز القضاء الوطني عن تحقيقها في غالب الاحيان .

اهـــمية البـــحـــث

تكمن اهمية البحث في اهمية موضوع التحكيم التجاري ذاته ،اذ يحتاج الناس في الكثير من المنازعات التجارية التي يرغبون بعرضها على اشخاص يختارونهم ويتفقون بأحكامهم وخبرتهم في حسم موضوع النزاع بعيداً عن قاعدات ومرافعات . كذلك تسليط الضوء على احكام وقواعد التحكيم التي تعتبر ضمانه لا طراف النزاع وصيانة وحماية لحقوقهم .

مــشكـلة الـبحــث

تنازع القوانين في التحكيم التجاري الدولي يعد مثار جدل واسع ، يتناول القانون الواجب التطبيق على التحكيم . والتي تتميز بأنها اتفاقيات اوشروط يرغب من خلالها اطراف النزاع ابعاد علاقاتهم عن نطاق الحلول القانونية والقضائية العادية واللجوء الى اجرائات وحلول موضوعية اخرى تتفق اكثر مع مصالحهم المتبادلة ورغبة كثير من المستثمرين اللجوء الى التحكيم كوسيلة فعالة لفض النزاعات التجارية .

خــطة الـبحــث

لغرض الاحاطة بموضوع البحث فقد تم تقسيمه الى مبحثين تناولنا في المبحث الاول تعريف التحكيم وانواعه في المطلب الاول والطبيعة القانونية للتحكيم في المطلب الثاني . اما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه موقف المشرع العراقي من التحكيم التجارة الدولية ويتم تقسيمه الى مطلبين تناولنا في المطلب الاول تنفيذ القرار التحكيمي وفي المطلب الثاني الطعن في القرار التحكيمي وبعد ذلك خاتمة تم الاشارة فيها الى نتائج البحث وبعض المقترحات .

المبحث الاول

ماهية التحكيم وأنواعه وطبيعته القانونية

أن إيضاح ماهية التحكيم وبيان طبيعته القانونية وتحديد نطاقه يستوجب منا تناول كلاً منها في مطلب مستقل . ويقصد بماهية التحكيم التعرف به والتطرق لأنـواعه وبيان ميزاته وتميزه عن غيره من الانظمة المتشابهة . لذلك سوف نـبـحـث عنـه من خلال المطالب الاتية :-

المطلب الاول :- تعريف التحكيم وانواعه .

المطلب الثاني :- الطبيعة القانونية للتحكيم .

المطلب الاول

تعريف التحكيم وأنــواعه

التحكيم لغةً : حكم بالأمر حكماً قضى ، يقال :حُكم له ، وحُكم عليه ، وحكم بينهم ، حكمه : يقال حكم فلاناً كما يريد وحكم فلاناً في الامر والشيء ، جعله حكماً ، وفي القران الكريم : (فلا وربكَ لا يؤمنون حتى يحكموكَ فيما شجرَ بينهم) .

الحكم : من اسماء الله تعالى جاءَ في القران الكريم : (أفغير الله ابتغي حكماً)

والحكم : هو من يختار للفصل بين المتنازعين . قال تعالى (وان خفتم شقاقٍ بينهما فابعثوا حكماً من اهله وحكماً من اهلها) .

وعرفَ بعض الفقهاء التحكيم بأنه : توليه الخصمين حاكماً يحكم بينهم .وعرفت المادة (١٧٩٠) من مجلة الاحكام العدلية التحكيم بأنه : (عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاهما ، لفصل خصوماتهم ودعاويهما ويقال لذلك حكم بفتحتين ومُحَكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة) [١] .

أما في الاصطلاح الشرعي فقد عرف التحكيم بأنه : توليه الخصمين حكماً يحكم بينهما ، اي اختيار ذوي الشأن شخصاً للحكم فيما تنازعا فيه دون ان يكون للمحكم ولاية القضاء بينهما .

---

١) د .أدم وهيب النداوي . المرافعات المدنية ، مكتبة السنهوري – بغداد ، ط١-٢٠٥ ، ص٢٨٩.

وقد وردَ ذكر التحكيم في كتاب الله تعالى بقوله (ياداود إنا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله) [١] .

والمعنى الاصطلاحي للتحكيم هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين او اشخاص معينين ليقضوا فيه دون المحكمة المختصة به في مقتضى التحكيم ينزل الخصوم على الاتجاه الى القضاء مع التزامهم يطرح النزاع على محكم او اكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم بالخصوم وقد يكون هذا الاتفاق تبعي لعقد معين يذكر فيه صلبه وسميَ شرط التحكيم ، وقد يكون بمناسبة نزاع معين قامَ بالفعل بين الخصوم وسميَ في هذه الحالة مشارطة التحكيم او اتفاق التحكيم ، والواقع قدم العديد من التعريفات التي لا يخرج في معناها عن المعنى السابق . واذا كانت الدولة تجيز التحكيم وذلك بقصد التيسير على الخصوم وحتى يفصل في النزاع هيئة فنية او دولية لتفادي كلياً جلسات القضاء واجراءاته مع توفير الوقت والجهد [٢] .

أنواع التحكيم :-

نظراً للأهمية المتزايدة لنظام التحكيم على كلا الصعيدين الدولي والداخلي وتأكيدا لرغبة الافراد في انشاء هذا النظام باعتباره الوسيلة المثلى لحل المنازعات بالطرق السلمية ، هذا ورغبة الدول في تشجيع الافراد باتخاذ هذا النظام سبيلاً لحل النزاعات وتشجيعاً للاستثمار ومع التطور السريع وتعدد الانظمة واختلاف العلاقات

---

[١] د. احمد محمد عبد البديع شتا . شرح قانون التحكيم ، ط٤ ، ٢٠٠٩ ، ص١١

[٢] - د. اشرف عبد العليم الرفاعي . التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، دار الكتب القانونية ، ٢٠٠٦ ، ص١٩٩ .

فقد ظهرت الحاجة لوجود عدة صور لنظام التحكيم لكي تتحقق كافة الرغبات التي تستطيع ان تواكب كافة المعاملات المختلفة بين الافراد والهيئات ولكي تنمي روح التطور في حل المنازعات بين الافراد .

لذلك ظهرت الحاجة عدة انواع للتحكيم لكي تغطي كافة المنازعات وخيارات الافراد ضمن ناحية قد يكون التحكيم حراً مؤسسياً وقد يكون اجبارياً وقد يكون اختيارياً وقد يكون تحكيم قضاء وقد يكون تحكيم بالصلح وقد تكون هذه الانواع من التحكيم المختلفة كجهة سريعة تمكننا من معرفة اهمية كل نوع ووضعيته لحل المنازعات المختلفة بالطرق السلمية .

اولاً :- التحكيم الدولي والمحلي :

أ – التحكيم الداخلي (المحلي) : هو التحكيم الذي يكون داخل أطار الدولة الواحدة وفي اشخاص عاديين او اعتباريين او شركات وطنية ، وعلى اساسها يكون اللجوء الى التحكيم برضا الاطراف واختيارهم دون وجود اي عنصر اجنبي طرفاً في هذا التحكيم وبالتالي عدم تعلقه بالتجارة الدولية .

ب:- التحكيم الدولي : هو التحكيم الذي يكون بين دولة واخرى او بين شركة وطنية وشركة دولية اخرى ، ومن هنا يتضح اهمية وجود علاقة تتعلق اساساً بالتجارة الدولية ، وهذا التحكيم في غالبيته يكون اجبارياً اذا ما ضمنته المعاهدات التي تتضمنها الدولة مع الدول الاخرى في اطار المعاهدات الدولية ، كاتفاقية (تربس)

او (باريس) والمتعلقة خصوصا في أطار الملكية الصناعية والعلاقات التجارية فأن الدولة تكون مجبرة على التحكيم ضمن نظام القانون الدولي الواجب التطبيق وهذا الاجبار لا يكون اجباراً ألا اذا وقعت الدولة على المعاهدات الملزمة للتحكيم [1].

ثانياً :- التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي

أ- التحكيم الحر: هو ذلك التحكيم الذي يعطي الحرية الكاملة للخصوم في تحديد القواعد والاجراءات التي يتبعها المحكم الذي يختارونه لكي يفصل في النزاع المطروح عليه وفقاً لهذه القواعد سواء كانت اجرائية او موضوعية وفي المكان الذي يحددونه بما لا يتعارض مع القواعد الامرة او النظام العام .

وقد ظهرَ التحكيم الحر قبل ظهور التحكيم المؤسسي وفيه يعطي حرية كبيرة للأفراد في اختيار المكان والقواعد والاجراءات التي يرونها ملائمه لظروف النزاع ،وكذلك تعيين المحكمين الذين يختارونهم ويضعون فيهم ثقتهم . اعتماداً على خبرتهم في حل النزاع ، وقد تكون هذه القواعد اكثر مرونة وواقعية منها في قواعد التحكيم المؤسسي كما ان عامل السرية والسرعة في حل النزاع قد يكون اكثر ما يميز هذا النظام ، كما ان الاعتماد على مؤسسة او هيئة لحل النزاع القائم قد تأتي بكثير من القواعد والاجراءات التي قد تكون على عكس توقعات الافراد والتي قد تساعد على اطالة زمن التحكيم لتأخر فهم الخصوم لها وما يتبعها من تحضير مستندات ودفوع نستطيع الرد على هذه القواعد والاجراءات .

ب- التحكيم المؤسسي: هو ذلك التحكيم الذي تتولاه هيئات ومنظمات دولية او وطنية

(١) د. عصام رجب بيوض التميمي . التحكيم في المنازعات المتعلق بالمعاملات التجارية ، دار النهضة العربي ، ٢٠٠٨ ، ص١١ .

وفق قواعد واجراءات موضوعه ومحددة سلفاً تحددها الاتفاقيات الدولية او القرارات المنشئة لهذه الهيات ، وقد شاعَ انتشار مراكز التحكيم وبخاصة بعد الحرب العالمية الثانية، وقد عظمت اهميتها بعد انتشار الاقتصاد الحر والتجارة الدولية ، ومن هذه المراكز ما هو متخصص في مجال معين كتجارة الحبوب ومنها ما هو عام يتولى التحكيم في مختلف اوجه النشاط التجاري ومنها ما هو وطني مثل غرفة التحكيم بباريس ومنها ما هو دولي مثل مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي . ولقد اصبحَ التحكيم المؤسسي هو الاساس في مجال التجارة الدولية فالأطراف عادةً ما يفضلون الاستعانة بأنظمة التحكيم المؤسسي لما تكفله من تنظيم مسبق ومفصل لمعظم مسائل التحكيم ، مما يمكنهم من تفادي مسألة عدم الخبرة في وضع قواعد واجراءات التحكيم واستهلاك مزيداً من الوقت في الاتفاق على هذه القواعد كما هو الحال في نظام التحكيم العام ، هذا فضلاً عن الامكانيات الادارية والمالية والتنفيذية التي تتمتع بها تلك الهيئات وتضعها بين ايدي الافراد وكذلك الخبرة التي تتمتع بها تلك الهيئات نظراً لوجود قواعد عملية وواقعية تمت تجربتها وثبتت نجاحها في العديد من المنازعات التي فصلت فيها[١] .

ثالثا :- التحكيم الاجباري والتحكيم الاختياري

أ- التحكيم الاجباري : عندما تفشل الوساطة كلياً بين ارباب العمل وتحل الخلافات فيما بينهم عن طريق التحكيم امام اللعبة التحكيمية لحل خلافات العمل الجماعية ويتصف التحكيم في منازعات العمل الجماعية بالطابع الالزامي ، من ناحيتين

[١] - د. احمد محمد عبد البديع . مصدر سابق ، ص ٥٥ .

الاولى الزامية من حيث اللجوء اليه ، اي ان الاطراف يلزمون بسلوك طريق التحكيم في حالة فشل الوساطة . والثانية الزامية من حيث القرارات الصادرة عنها والملزمة للرقاء تحت طائلة الجزاء والمقرر في القانون .ولا يحقق من حدة الطابع الالزامي للتحكيم ، امكانية الاطراف باللجوء الى حكم خاص او هيئة تحكيمية خاصة غير اللجنة التحكيمية الملحوظة قانوناً ، ذلك ان مثل هذه الامكانية تتصف بالطابع الاستثنائي ولا يمكن العمل بها الا في المؤسسات الخاصة التابعة للقطاع الخاص دون المؤسسات الخاضعة لوصاية الدولة .

ب – التحكيم الاختياري : يمكن الى التحكيم لحل خلافات العمل الجماعية بواسطة حكم خاص او هيئة تحكيمية خاصة مختارة غير اللجنة التحكيمية المنصوص عليها في القانون اي اللجنة التحكيمية لحل خلافات العمل الجماعية .

ويلاحظ انه يمكن اللجوء الى التحكيم في منازعات العمل الجماعية عن طريق تضمن عقد العمل الجماعي بنداً خاصاً بوجوب اللجوء الى التحكيم في حالة وقوع النزاع او عن طريق ابرام اتفاق خاص يحكم هذه المسألة ، وهنا يتضح الفارق الكبير بين التحكيم بصدد منازعات العمل الفردية والتحكيم في منازعات العمل الجماعية ، حيث يكون ميدان التحكيم في هذه الاخيرة ارحب واوسع مما هو عليه في الاولى ويبرر هذا التميز التوازن على الاقل في صورته الدنيا بين رب العمل والاجراء [1]

(١) د. اياد محمود بروان . التحكيم والنظام العام _منشورات الجلبي الحقوقي ، ط بلا ، ص ٢٤١ .

رابعاً :- التحكيم بالقضاء : هو باختصار التحكيم العادي الذي نعرفه والذي يعطي سلطة المحكم بالحكم في النزاع مع التقيد بالقواعد الموضوعية والاجرائية للقانون واجب التطبيق ، وهنا تصبح سلطة المحكم مقيدة بهذه القواعد فيعمل على تطبيقها للوصول الى حكم سديد غير مشوب بأي بطلان بعكس التحكيم بالصلح الذي يعطي حرية اكبر للمحكم بالفصل في موضوع النزاع المعروض عليه وفقاً لما يراه ملائماً وعادلا لمصلحة طرفي التحكيم بغض النظر عن مواقفه لأية لقواعد القانون الموضوعي من عدمه مع وجوب تقيد المحكم بالمبادئ الاساسي للتقاضي ، من احترام حقوق الدفاع وتمكين الاطراف من ابداء الدفوع والمساواة بين الاطراف ومراعاة القواعد القانونية المنظم للتحكيم وما الى ذلك.

خامسا : التحكيم بالصلح : يعطي للمحكم الحق في محاولة التقريب بين الطرفين او الوصول الى حل وسط ، ومن هنا يوصف حكم التحكم بالصلح بأنه يحل النزاع اكثر مما يحسمه . ولكن هذا الامر لا يؤخذ على اطلاقه ، فمن المحظور على المحكم بالصلح ان يخالف النظام العام او القواعد الأمرة اثناء قيامه بحل النزاع بحجة تحلله من القواعد القانونية الموضوعية كذلك فأن المحكم بالصلح يبقى متقيداً بموضوع النزاع المعروض عليه ولا يخرج عنه ألا بغرض حكمهِ للأبطال بالإضافة الى مراعاة المحكم لقواعد العدالة والاتفاق بما يحقق قبول الاطراف لحكمه على نحو من الرحب والسعة [1] .

[1] _ د. احمد عبد البديع شتا . مصدر سابق ، ٦٣ .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للتحكيم

اثارَ جدل فقهي حول الطبيعة القانونية لحكم التحكيم التي درست تحت غطاء تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بوصفه عملية متكاملة منذ بدايتها باتفاق الاطراف وحتى نهايتها بصدور حكم فاصل في النزاع وعكس هذا الجدل على موقف القضاء في كل من فلسطين ومصر والاردن .

قيلَ في هذا الصدد هناك عدةً نظريات منها النظريات الاحادية التي تنظر الى التحكيم من جانب احادي يحدد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم ويتخذ مبدأ لتفسير كل ما يتعلق بالتحكيم ابتداءً من اتفاق عليه وحتى انتهائه وصدور الحكم ، لذلك سميت بالأحاد .

والاخرى نظريات ثنائية التي تنظر الى التحكيم في مجموعة لتحديد طبيعته القانونية لهذا الحكم بمعنى انها لا تركز على جانب احادي معين فيه بحيث يتخذ مبدأ للتفسير في كل ما يتعلق بنظام التحكيم ، لذلك سميت بالثنائية [١] .

---

[١] - اشجان فيصل شكري داود .الطبيعة القانونية لحكم التحكيم واثاره وطرق الطعن_ بحث تقدم الى جامعة النجاح الوطنية في نابلس – فلسطين . ٢٠٠٨ ، ص٢٢ .

اولا:- النظرية التعاقدية :

مفهوم النظرية تذهب هذه النظرية الى أن للتحكيم طبيعة تعاقدية وليست قضائية ، فالهدف منها غالباً اشباع رغبة الافراد في حل نزاعاتهم بطريقة ودية واساسها ارادة الاطراف في التصالح ويتم في صورته العادية وفقاً لقواعد العدالة واستثناء وفقاً لقواعد القانون . ومن جهة اخرى فان الافراد باتفاقهم على التحكيم انما يتفقون ضماناً على التنازل عن الدعوى ويخولون المحكم سلطة مصدرها ارادتهم ، وسلطة تقوم على ارادة ذوي الشأن لا يمكن ان تكون قضائية ، كذلك لا يمكن اعتبار سلطة المحكم سلطة عامة . والمُحكم ليس قاضياً انما نائب عن المحكمين في اعلان ارادتهما بشأن ما يرد عليه النزاع من خلال تفسير الشروط العقدية طبقاً لا حساسة الذاتي بالعدالة وحتى في الاحوال التي يعين فيها المحكم من جانب السلطة القضائية يظل بالقول بطبيعة القضائية بالتحكيم غير وارد مادام هذه السلطة لم يزد عن استعمال حق الافراد في اختيار المحكمين فحسب ، ويضيف اصحاب هذه النظرية في تبريرها بأن التحكيم يختلف في اهدافه عن القضاء فيما يرمي القضاء تحقيق مصلحة عامة ، يهدف التحكيم الى تحقيق مصالح خاصة بأطرافه ، وفيما يفترض عدم ارادة الخصوم الامتثال للقاعدة القانونية التي تحمي مصلحة احدهم في مواجهة

الاخر [1] .

ثانياً :- نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم :

يرى انصار هذه النظرية ان اذا كان التحكيم يبدأ بعقد فانه ينتهي بحكم ، وهذا الحكم يعتبر عملاً من اعمال القضاء والمحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها ، بل ان فكرة المنازعة وكيفية حلها واجراءات العدالة التي تحيط إجراءاتها هي التي توصل الطبيعة القضائية في العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره قضاياً ، يختاره الخصوم ليقول كلمة الحق او حكم القانون بينهم ، وان كان الخصوم قد ابتدأوا التحكيم بالعمل الارادي هو اتفاق الذي وقع فيما بينهم ، فهذا الاتفاق لا يستطيع بذاته ان يتحرك ألا من خلال عمل ذات طبيعة القضائية ، مثل العمل الارادي الذي يقوم به الافراد عند اللجوء الى قضاء الدولة وقد بدأت هذه النظرية في الانتشار خاصة بعد حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٧ مارس ١٨٩٣ في قضية سكك الحديد الشمالية وذلك بأن اعتبر التحكيم لاسيما الحكم الذي صدر فيه عملاً قضائياً [2] .

ثالثا:- النظرية المختلطة:

مفهوم هذه النظرية تتلخص وجهتها في رفض كل من الطبيعة التعاقدية للتحكيم وكذلك الطبيعة القضائية ، ترى ان القانون يخول الافراد اختيار اشخاص لا عداد القرارات القضائية ليقوموا بتفويض من الخصوم بالبحث عن ارادته في حالة محل النظر . وليس هذا البحث عملاً قضائيا ولكنه يكون احد عنصريه ، اما العنصر

---

[1] د. ابراهيم حرب محسن ، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصوم المدنية ، دار الثقافة والنشر والتوزيع ، ط بلا ، ١٩٩٩ ، ص٢١ .

[2] - د. احمد محمد عبد البديع شتا . مصدر سابق ، ٢٣ .

الثاني الذي لا يكتمل ألا به فهو عنصر الامر الذي به تطبق ارادة القانون التي بحث عنها وعينها قرار المحكم وسلطة الامر غير موكلة الى المحكمين الذين ليست لهم ولاية القضاء لا اصلاً ولا تفويضاً من الدولة وهي لا تكون الا للقاضي الذي يطبق القانون ويصدر امر تنفيذ لحكم المحكمين [١] .

المبحث الثاني

موقف القانون العراقي من التحكيم التجاري الدولي

خصص قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م ست وعشرون مادة (٢٥١-٢٧٦)في تنظيم امور التحكيم [٢]، منذ الاتفاق عليه لحين صدور الحكم وتنفيذه ولكن لا توجد أي اشارة الى التحكيم الدولي انما تقتصر تلك الاحكام على التحكيم الذي يجري في العراق وان كان بين الاطراف عراقيين واجانب . وهناك نقط هامة اختلف فيها الفقه في العراق وهي هل يجوز تطبيق القانون الاجنبي في التحكيم الذي يجري في العراق ؟ هناك من يذهب الى ان لا مانع من ذلك اذا كان احكام القانون الاجنبي او عرفه لا تخالف النظام العام والآداب العامة ومستنداً في ذلك الى المادة ٣٢ من قانون المدني العراقي التي جاءت فيها (لا يجوز تطبيق القانون الاجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او الآداب العامة) لكننا نرى ان المادة المذكورة بإشارتها الى النصوص السابق عليها . فأنها تعني المواد من (١٠ _٣١) وعليه فان المادة المذكورة لا تصلح ان تكون سنداً لجواز القانون

[١] - د. ابراهيم حرب محسن . مصدر سابق ، ص٢٦ .

[٢]قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م

الاجنبي في التحكيم الذي يجري في العراق لكن هناك مادة اخرى من مواد القانون المدني وهو الاكثر صلة باتفاق الطرفين في التحكيم على تطبيق قانون معين غير القانون العراقي هي المادة الخامسة والعشرون التي جاء فقراتها الاولى يسري على التزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا كان موطنها فاذ اختلفنا ، يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدين او تبين في الظروف ان قانون اخر يراد تطبيقه . ان العبارة الاخيرة تعطيل الطرفان الحق في اختيار قانون معين.

بعد استعراضنا نجد ان العراق يكاد يكون منغلقا متخذا موقف سلبي ازاء التحكيم التجاري الدولي . لكن الضروريات العلمية ونهضة العراق الشاملة في الاسراع بتنفيذ خططه التنمية القومية وباعتباره قوة اقتصادية في مجال المعاملات التجارية الدولية ورغبته في الحصول على الخبرة والتكنلوجيا الحديثة جعلته يقبل شيئاً فشيئاً بموضوع شرط التحكيم الدولي في العقود الدولية لذلك نجد ان وزارة التخطيط قد صدرت اعمال فيها المرقم ٢/٦ ب ٥ /١٢٩٢٦ في ١٩٨٤/٩/٣ م والذي بموجبه اقرت مبدأ التحكيم الدولي وقد جاء في الاعمال المذكورة قولها (تود هذه الوزارة ان تشير الى ان صلاحية شرط التحكيم الدولي في العقود والبث في طلبات اللجوء الى التحكيم الدولي تعود الى المجلس التخطيطي راجين التفضل بالا يعاز الى المؤسسات كافة لتنفيذ ذلك بكل دقة) لذلك سنتناول في المبحث الثاني كل من المطلبين .

المطلب الاول : تنفيذ القرار التحكيمي .

المطلب الثاني : الطعن في القرار التحكيمي .

المطلب الاول

تنفيذ القرار التحكيمي

يتضمن القرار التحكيمي الحكم على احد اطراف النزاع واعطاء الحق لطرف اخر . وقد يتضمن ايضا الزام الطرفين كما لو قسمت المصاريف بينهما ولا بد من الطرف الذي صدر القرار ضده ان ينفذ القرار لمصلحة خصمه وغالبا ما يتضمن القرار دفع التعويضات بسبب الاخلال بالالتزامات الناجمة عن العقد المتفق عليه بين الطرفين او عدم تنفيذها .

والقاعدة هي احترام القرار التحكيمي من قبل الاطراف وتنفيذه اختياريا من قبل الطرف الخاسر اما الاستثناء فكون الرفض او المماطلة في التنفيذ من قبل الطرف الذي يجب عليه تنفيذ القرار ، ويتخذ الرفض اشكالاً عدة منها الامتناع عن التنفيذ دون الطعن بالقرار او ان الطرف المذكور يلجأ الى الطعن بالقرار بالطرق القانونية . اما الطرف الذي يتم الحكم لصالحه بموجب القرار التحكيمي فانه يلجأ في حالة تقاعس الطرف الاخر او امتناعه عن التنفيذ الى طلب التنفيذ الجبري من الجهات المختصة ويكون ذلك

اولاً بإضفاء الصفة التنفيذية على القرار التحكيمي ذلك لان القرارات التي يصدرها المحكم ليس لها في اغلب الدول القوة التنفيذية لكي تقوم السلطات العامة باستعمال سلطتها لإجبار المحكوم عليه بالتنفيذ ، وعادةً طلب اضفاء الصفة التنفيذية على القرار التحكيمي بطلب من المحكمة المختصة بنظر النزاع في المكان الذي توجد فيه اموال المدين المطلوب تنفيذ القرار ضده [1] .

[1] - د.فوزي محمد سامي . التحكيم التجاري الدولي ، كلية القانون _ جامعة بغداد ،ط بلا ، ١٩٩٢ ، ص٣٦٧ .

الفرع الاول:_ تنفيذ القرار التحكيمي الوطني

يتم تنفيذ القرار التحكيمي الوطني في العراق بأن تقوم جهة قضائية بإضفاء الصفة التنفيذية على القرار التحكيمي لكي يمكن تنفيذه جبراً على المحكوم ضده وان في القانون العراقي هذه الجهة هي المحكمة المختصة بالنزاع وهي التي تقوم بالمصادقة على القرار التحكيمي بناءً على طلب احد الطرفين وبالطبع سيكون الطرف الذي صدر القرار لمصلحته وبعد دفع الرسوم المقررة للدعوى وبعد تصديق ينفذ القرار في حق الخصوم

(المادة :٢٧٢) من القانون العراقي وقد أوجبت المادة (٢٧١) كما ذكرنا بان يودع المحكم القرار التحكيمي مع اصل اتفاق التحكيم لدى المحكمة المختصة خلال ثلاثة ايام التالية لصدور القرار ويقوم كاتب المحكمة باستلامه لقاء وصل يوقعه ويعطيه للمحكم .اذن من الضروري في التحكيم الذي يجري في العراق ايداع القرار مع اتفاق التحكيم لدى قلم المحكمة المختص بالنزاع خلال ثلاثة ايام من صدور القرار وان المحكمة المذكورة هي التي تضمن الصيغة التنفيذية وذلك بتصديقها عليه ويتم ذلك بإبلاغ الطرفين من قبل المحكمة وتحديد يوم للمرافعة لإبلاغهما بقرار التحكيم وفي حالة عدم الاعتراض احد الطرفين على القرار التحكيمي او طلب ابطاله فأنها تصدق على القرار بعد التحقيق من توفر الشروط الشكلية التي اوجبها القانون في اصداره واستناده الى اتفاق صحيح على التحكيم (شروط او مشارطة التحكيم) كما تدقق المحكمة ايضا في حصة اختيار المحكمين وعدم مخالفة المحكمين لقواعد الاجراءات الواجبة التطبيق وان يكون موضوع من المواضيع التي يجوز حسمها في التحكيم [١]

[١]- د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص٢٥٦

الفرع الثاني : تنفيذ القرار التحكيمي الاجنبي

تعنى القواعد العامة على انه يشترط لتنفيذ حكم التحكيم الاجنبي الا تكون المسالة التي صدر فيها حكم التحكيم مختل في الاختصاص الوجوبي لقضاء الدولة المراد التنفيذ على اراضيها ، على سبيل المثال ان تكون المسالة متعلقة باتخاذ اجراء وقتي او تحفظي داخل اراضي الدولة ، ويخرج عن ولاية هيئة التحكيم ، حيث ينفرد القاضي وحده للتصدي لهذه المسالة التي تعتبر من القوانين البوليسية .

اما في حال كانت هذه المسالة التي تم حسمها من خلال حكم التحكيم تدخل في الاختصاص المشترك بين القضاء والتحكيم ، فالأصل انه يجوز تنفيذ حكم التحكيم الصادر في شانه متى توافرت سائر الشروط الاخرى ، وهناك اسباب تؤدي الى رفض تنفيذ القرار التحكيمي منها عدم وجود اتفاق تحكيم صحيح طبقاً للقانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم ، او ان يكون تشكيل الهيئة مخالفاً للقواعد الواجبة التطبيق ، او ان هيئة التحكيم لم تقم بدورها بشكل صحيح او ان القرار قد تم ابطاله من قبل الجهة المختصة في البلد الذي صدر فيه حيث ان القرار الخاص برفض التنفيذ القرار التحكيمي يصدر من سلطة المختص في البلد المراد فيه التنفيذ ، وفي الغالب المحكمة المختصة في نظر النزاع في ذلك البلد [1] .

[1] - الهام عزام وحيد الخزار. التحكيم التجاري الدولي في اطار منهج التنازع – رسالة ماجستير تقدم بها الى جامعة النجاح الوطنية في نابلس ، ٢٠٠٩ ،ص٧٧ .

المطلب الثاني

الطعن في القرار التحكيمي

ان الطعن بالقرار التحكيمي وفقاً لقواعد القانون العراقي المحكمة يكون بطلب ابطال امام المحكمة المختصة التي تسلمت قرار التحكيم من المحكمين وهذا الطلب يقدم من احد الخصوم او من يمثله قانوناً وهناك امكانية اخرى للخصوم يمكن اتباعها وهي الطعن بحكم المحكمة المتعلق بقرار التحكيم ، فقد نصت المادة ٢٧٤ بأنه (يجوز للمحكمة ان تصدر قرار التحكيم او تبطله كله او بعضه ويجوز لها في هذه الحالة الابطال كله او بعضه ان تعيد القضية الى المحكمين لإصلاح ما شاب القرار التحكيمي او تفصل في النزاع بنفسها اذا القضية صالحة للفصل فيها) هذه السلطة الواسعة اعطاها القانون العراقي للقاضي بالنسبة للقرارات التحكيمية الا ان هذا القانون اعطى بنفس الوقت للخصوم في التحكيم الحق بالطعن بحكم المحكمة التي تتخذه بالنسبة لقرار التحكيم طبقا لسلطتها. فقد جاء في المادة ٢٧٥ (الحكم الذي تصدره المحمة المختصة وفقاً للمادة السابقة غير قابلة للاعتراض وانما يقبل الطعن بالطرق الاخرى المقررة قانوناً) . علما ان طرق الطعن في القانون العراقي كما جاءت في المادة (١٦٨) هي الاستئناف ، اعادة المحاكمة ، تمييز ، تصحيح القرار التمييزي واعتراض الغير .

نستخلص مما تقدم ان الطعن في القانون العراقي بالنسبة للقرارات التحكيمية هي كما يلي

أ- الطعن ببطلان القرار التحكيمي امام المحكمة المختصة التي اودع لديها القرار المذكور .

ب_ الطعن باتباع الطرق الخاصة بالطعن بالأحكام القضائية عدى الاعتراض والطعن بهذه الحال يكون منصبا على الحكم الذي صدرته المحكمة المذكورة عن القرار التحكيمي[١] .

ومن انواع الطعن :

اولاً : الطعن بالفسخ : ويقصد بطلب الفسخ الاجراءات التي يتم من خلالها عرض حكم التحكيم على محكمة مختصة بهدف اصدار القرار بفسخة .وحددَ هذا المشروع الاسباب التي بناءً عليها تقديم طلب الفسخ وهذه الاسباب واردة على سبيل الحصر ولا يشترط توافر اكثر من سبب لكلي تصدر المحكمة قرار بفسخ حكم التحكيم انما وجد سبب واحد يعد كافيا لإصدار هذا القرار .وحدد الاحكام الخاصة بطلب الفسخ من حيث المحكمة المختصة بنظر هذا الطلب وميعاد تقديمه وغيرها من الاحكام ، لكن لم ينص حق اي طرفان للتنازل عن حقه في الطعن في حكم التحكيم .

ومن اسباب الفسخ منها :-

١- اسباب الفسخ المتعلقة باتفاق التحكيم واطرافه .

أ- فقدان احد اطراف التحكيم الاهلية او نقصانها .

ويقصد بهذه الاهلية صلاحية الشخص لأعمال ارادته اعمالا من شانها ترتيب الاثر القانوني الذي ينشا . وهذه الاهلية قد تكون كاملة او ناقصة او معدومة . فاذا كانت كاملة صح التصرف الذي يجريه الشخص واذا كان ناقص كان التصرف قابل للبطلان واذا كان معدوم كان التصرف باطلا .

ب-اصابة احد اعضاء هيئة التحكيم بعارض من عوارض الاهلية .

[١] - د. فوزي محمد سامي . مصدر سابق ، ص٤١٢ .

يشترط بصحة حكم التحكيم ان يتسم اعضاء هيئة التحكيم باهلي التصرف ، ويجب ان يتمتعون بهذه الاهلية في جميع مراحل التحكيم ابتداءً من الاتفاق عليه وانتهاءً بصدور الحكم [1] .

ج- بطلان اتفاق التحكيم او سقوطه بانتهاء مدته :

اتفاق التحكيم حتى يكون صحيح يجب ان تتوافر فيه شروط العامة اللازمة لانعقاده وصحته باعتباره عقدا وهو الرضى والمحل والسبب المشروعين والشروط الخاصة ، وهي صدوره مكتوباً ومعنياً لموضوع النزاع .

٢_ اسباب الفسخ المتعلقة بحكم التحكيم واجراءات صدوره :

أ- مخالفة حكم التحكيم للنظام العام :

يعبر النظام العام في الدولة عن المبادئ الاساسية في المجتمع التي يكفل المشرع حمايتها من خلال وضع قواعد أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وبما ان ها النظام يهدف الى المحافظ على المصالح الاساسية فأن للقاضي حق التمسك به من تلقاء نفسه . ولا يجوز لأطراف الاتفاق التنازل عن التمسك بالنظام العام.

ب_ بطلان قرار التحكيم او اجراءات التحكيم :

يهدف هذا السبب الى مواجهة سائر العيوب التي تشوب حكم التحكيم كعمل قانوني سواء في ذلك قواعد اصدار ام البيانات الواجب توفرها فيه .

ج_ صدور قرار التحكيم بطريقة الغش او الخداع :

يكون ذلك بأتباع احد الخصوم طرق احتيالية بهدف تغير الحقيقة كأن يتم تقديم بينه مفصلة لهيئة التحكيم وتكون هذه البينة هي الاساس او احدى الأساس التي صدر بناءً عليها حكم التحكيم وبالتالي فأن صدور هذا الحكم بناءً على اجراءات قائمة على الغش او الوسائل الغير مشروعة يعد سبباً جوهرياً لفسخ قرار التحكيم بشرط ألا يكون قد تم تنفيذ هذا

[1] - اشجان فيصل شكري داود . مصدر سابق ، ص ١١٤ .

القرار ، اما اذا تم تنفيذه فعلاً فلا يقضي فسخه مع التأكد على حق المتضرر بمطالبة الطرف المتسبب في الغش بالتعويض عن الضرر الذي اصابه [1].

ثانياً : الطعن بالبطلان

اجازَ رفع دعوى بطلان وفقاً لأسباب محددة تحديداً حصرياً لكن اسباب البطلان لا تشمل كل ما يلحق بحكم التحكيم من عيوب تؤدي الى بطلان كحالة صدور الحكم مبنياً على غش اورق ثبتَ تزويرها بعد الحكم لذلك يجب تفسير هذه الاسباب باعتبارها الطرق الوحيدة للطعن في حكم التحكيم تفسيراً واسعاً لكي لا يجوز قياسها على طرق الطعن في الاحكام القضائية حيث يمكن الطعن في الحكم الصادر بناء على غش او ورقة مزورة استناداً الى السبب المتمثل في تقديم الدفاع لأي سبب خارج عن الادارة ومن اسباب الطعن في البطلان:

١. اسباب البطلان المتعلقة باتفاق التحكيم واطرافه

أ- عدم وجود اتفاق التحكيم او بطلانه او سقوطه بانتهاء المدة

ان عدم وجود اتفاقية تحكيم يفترض ان احد الخصوم عرض النزاع على هيئة تحكيم دون ان يكون بين وبين خصمه اتفاق على ذلك وهذه الحال لا يختصر على اللجوء لحد الخصوم الى التحكيم وهوى على علم بعدم وجود اتفاق بين وبين خصمه على ذلك

ب- فقدان احد اطراف التحكيم اهليته او نقصانها

يشترط للصحة اتفاق التحكيم ان تتوافر اهلية التصرف في اطراف التحكيم بمعنى ان تكون لهم الصفة القانونية التي تخولهم الاتفاق على التحكيم فاذا لم تتوافر هذه الصفة كان الاتفاق باطلن ولا يترتب اثراً قانونياً .

[1] - اشجان فيصل شكري داود. مصدر سابق ، ص١١٥ .

٢. اسباب البطلان المتعلقة بحكم التحكيم وإجراءات صدوره .

أ- تعذر تقدم الدفاع : يرتبط هذا السبب بمبدأ احترام حقوق الدفاع واحترام مبدأ المواجهة الذي يكفل احترام هذه الحقوق واحترام حقوق الدفاع يقضي بتمكين الخصم من تقديم بيناته ودفاع حق الخصم الاخر في العمل بها على ان يتم هذا العمل في وقت يمكنه من الرد على هذه البيانات و الدفوع . [١]

الخـــــاتـمــة

في خاتم هذا البحث توصلنا الى عدد من النتائج والمقترحات بما يلي :-

<u>النتائج</u>

١_ سهولة اجراءات التحكيم كونه عادة من اختيار الخصوم في اتفاق التحكيم.

٢_ سرعة حسم موضوع النزاع قياساً بالمحاكم التي تكون مقيدة بنصوص قانونية يجب مراعاتها .

٣_ حرية الخصوم في اختيار المحكمين من الاشخاص ذوي الخبرة في موضوع التحكيم والمعروفين بحيادتهم ونزاهتهم وبالتالي فهم غالباً مايكونوا موضوع ثقتهم.

٤_ ان التحكيم اكثر تقبلا بالنسبة من النزاعات التجارية ذات الطابع الدولي الذي تتعدد فيه جنسية الخصوم عادة وينعدم فيه الميل الى اللجوء الى المحاكم دولية اجنبية .

[١] اشجان فيصل شكري داود . مصدر سابق ، ص١١٦.

التوصيات

١_ نوصي بأصدار قانون عراقي خاص بالتحكيم على غرار قوانين اغلبية الدول.

٢_ انشاء دورات تـثقيفية الهدف منها لبيان اهمية التحكيم ودوره المهم في حل المنازعات التجارية .

المصادر والمراجع

القرأن الكريم

الـــكـتـــب

١_ د. ابراهيم حرب محسن . طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع _ جامعة الزيتونة ، ط ٢ ، ١٩٩٩ .

٢_ د . احمد محمد عبد البديع شتا . شرح قانون التحكيم ،ط٤ ، ٢٠٠٩ .

٣_ د. ادم وهيب النداوي . قانون المرافعات المدنية ، مكتبة السنهوري _ بغداد ، ط١ ، ٢٠١٥ .

٤_ د. اشرف عبد الحليم الرفاعي .التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الكتب القانونية ، ط بلا ، ٢٠٠٦ .

٥_ د. اياد محمود بروان . التحكيم والنظام العام ، منشورات الجلبي الحقوقي ، لبنان ، ط بلا .

٦_ م. عصام رجب بيوض التميمي . التحكيم المنازعات المتعلقة بالمعاملات التجارية ، دار النهضة العربية ، ط ١ ، ٢٠٠٨ .

٧_ د. فوزي محمد سامي .التحكيم التجاري الدولي ، جامعة بغداد ، ط بلا ، ١٩٩٢ .

٨_ د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة _ جامعة عمان الاهلية ، ط بلا ، ٢٠١٠ .

البـــــحـــــوث والاطاريـــــــح

١_ ألهام عزام وحيد الخزار . تحكيم التجارة الدولية في اطار منهج التنازع ، رسالة ماجستير _ جامعة النجاح الوطنية ، نابلس _ فلسطين ، ٢٠٠٩ .

٢_ اشجان فيصل شكري داود . الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثاره ، رسالة ماجستير _ جامعة النجاح الوطنية نابلس _ فلسطين ، ٢٠٠٨ .

الـقـــــوانيـــــن

١_ قانون المرافعات المدينة رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .