مجلة
كلية التــراث الجامعة

مجلة علمية محكمة
متعددة التخصصات نصف سنوية
العدد الأربعون
30 آب 2024
ISSN 2074-5621

رئيس هيئة التحرير
أ.د. جعفر جابر جواد

مدير التحرير
أ.م. د. حيدر محمود سلمان

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق 719 لسنة 2011

مجلة كلية التراث الجامعة معترف بها من قبل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بكتابها المرقم (ب 3059/4) والمؤرخ في (2014/ 4/7)

تسوية المنازعات التجارية بواسطة التحكيم الدولي

م.د عبدالله عيسى مطشر
الجامعة العراقية
م.د علاء شوكت أبراهيم
جامعة التراث

المستخلص:
فرض التطور التكنولوجي العالمي، والانفتاح الدولي، وتطور وسائل الاتصال والمواصلات بين الدول، والرغبة في النهوض بالمرافق العامة والخاصة وتطويرها وتحديثها تطور العلاقات والتبادل التجاري الدولي إلا أن ذلك ترافق مع العديد من المشكلات القانونية نظرا لانتماء المتعاقدين إلى جنسيات مختلفة، وعدم خضوعهم لقانون واحد. مما دفع الدول إلى محاولة ابتكار طريقة سريعة لحل النزاعات فكان التحكيم التجاري الدولي هو الوسيلة أو الأداة التي اتبعت لتسوية المنازعات التجارية الدولية.

Settlement of commercial disputes by international arbitration

Abstract: Imposing global technological development and international openness, and development of means of communication and transportation between countries, And the desire to advance, develop and modernize public and private utilities and develop relations and international trade exchange, but this was accompanied by many legal problems due to the contractors belonging to different nationalities, and not being subject to a single law. These prompted countries to try to devise a quick way to resolve disputes, so international commercial arbitration was the means or tool used to settle international commercial disputes.

ثانياً: اشكالية البحث:
تثير مشكلة البحث التساؤل حول مدى قدرة التحكيم التجاري الدولي على تسوية المنازعات التجارية الدولية"
ويتفرع عن مشكلة البحث الرئيسية الأسئلة الفرعية التالية:

1. ما التحكيم التجاري الدولي وما هي مزاياه وسلبياته؟
2. ما هو القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي وموضوعه؟

ثالثا ـ أهمية البحث:
تنبع أهمية البحث من الدور الذي يلعبه التحكيم التجاري الدولي في مجال فض المنازعات التجارية الدولية حيث صار الاستناد إليه في حل هذه المنازعات الحجر الأساس في المعاملات التجارية الدولية.

رابعاً: نطاق البحث:
يمتد نطاق البحث ليشمل قانون الأونسيترال النموذجي الذي أقرته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 وما طرأ عليه من تعديلات، وبعض النصوص القانونية التي أقرتها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والمتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية، والنصوص المتعلقة بالتحكيم التي تضمنها قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969 المعدل وبعض نصوص قانون التحكيم السوري رقم (4) لسنة 2008.

خامسا: منهج البحث:
تعتمد الدراسة على المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن في قراءة النصوص القانونية المتعلقة بالبحث وتحليلها وإجراء المقارنة فيما بينها للوصول إلى تحقيق الأهداف المتعلقة بالبحث.

سادساً: الكلمات المفتاحية :
المعاملات التجارية الدولية, التحكيم الدولي, حل النزاعات التجارية الدولية, تسوية النزاعات التجارية.

سابعاً: خطة البحث:
تم تقسيم البحث إلى مطلبين:
المطلب الأول: تعريف التحكيم التجاري الدولي، ومزاياه وسلبياته.
الفرع الأول: تعريف التحكيم التجاري الدولي.
الفرع الثاني مزايا وسلبيات التحكيم في المنازعات التجارية الدولية.
المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع، وموضوعه في التحكيم التجاري الدولي.
الفرع الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.
الفرع الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

المطلب الأول

تعريف التحكيم التجاري الدولي ومزاياه وسلبياته

يعتبر التحكيم التجاري الدولي من الوسائل البديلة لتسوية النزاعات وقد لاقى رواجا كبيرا بسبب توسع نطاق المعاملات التجارية الدولية، وعلى الرغم من أهميته والخدمات التي قدمها في نطاق التجارة الدولية والمزايا التي نسبت له إلا أنه تعرض للعديد من الانتقادات.

ولتسليط الضوء على هذا الموضوع فإن تناولنا له سيكون من خلال ما يلي:

الفرع الأول: تعريف التحكيم التجاري الدولي.

الفرع الثاني: مزايا وسلبيات التحكيم في المنازعات التجارية الدولية.

الفرع الأول

تعريف التحكيم التجاري الدولي

يمكننا تعريف التحكيم بصورة عامة بأنه " نظام قضائي اتفاقي يختار فيه الأطراف قضائهم ويعهدون إليهم بمقتضى شرط خاص، أو اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي نشأت، أو قد تنشأ بينهم بخصوص علاقتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز تسويتها بطريق التحكيم وفقا لأحكام القانون أو مبادئ العدالة وإصدار حكم ملزم لهم"[1]، مثالاً من القانون الفرنسي, أو هو " نظام خاص للتقاضي ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي"[2].

أما المشرع الفرنسي فقد عرف التحكيم بأنه " إجراء لتسوية بعض الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد اليها الأطراف بمحكمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق تحكيم" [3]، في حين عرف المشرع السوري التحكيم بالقول "التحكيم أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلا من القضاء سواء أكانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركزا دائما للتحكيم آم لم تكن كذلك" ([4]).

ومن الرجوع إلى قانون الأونسيترال النموذجي 1985 بصيغته المعدلة لعام 2006 والمنقحة لعام 2010 وقانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل نلاحظ خلوهما من تعريف التحكيم.

أما التحكيم التجاري الدولي بصورة خاصة فيعرف بأنه "الاتفاق على إحالة النزاع المتصل بمسألة من مسائل التجارة الدولية، والناشئ بين الخصوم إلى جهة غير المحاكم للفصل فيه، ويكون القرار التحكيمي الصادر ملزما لهم، ويسمى الاتفاق على التحكيم في نزاع معين مشارطه التحكيم، أو اتفاق التحكيم، أو العقد التحكيمي، أو وثيقة التحكيم، أو اتفاق التحكيم"[5]. كما يعرف بأنه " آلية خاصة لفض المنازعات تجد مصدرها في اتفاق الأطراف وتتميز بإخضاع المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية أو المتضمنة لعنصر أجنبي، لأشخاص من الغير، يتم اختيارهم بشكل مباشر، أو غير مباشر، للفصل في المنازعة المعروضة بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي فيه"[6]، أو هو "التحكيم الذي يهدف إلى حل المنازعات المالية ذات الطابع الدولي أي المنازعات التجارية المشتملة على عنصر أجنبي ويخضع هذا التحكيم كقاعدة عامة لسلطان إرادة الأطراف فيه"[7]، ووفقا لمحكمة استئناف باريس فإن التحكيم التجاري الدولي هو كل تحكيم يتعلق بنزاع نشأ بمناسبة عملية اقتصادية دولية ويضع في اعتباره مصالح التجارة الدولية[8].

ويشترط للقول بالتحكيم الدولي أن يكون النزاع تجاريا وهو " الذي يكون موضوع النزاع فيه ناشئا عن علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدية كانت او غير عقدية"([9])، كما يأخذ التحكيم التجاري الطابع الدولي وفقا لقانون الأونسيترال النموذجي لسنة 1985 في الحالات التالية:

أ. كان طرفي اتفاق التحكيم لهما موطن في دول مختلفة لحظة إبرام تلك الاتفاقية.

---

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص127.

(2) حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2004، ص44.

(3) مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص21.

(4) - المادة 1 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008.

(5) إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط1، 1997، ص61.

(6) طارق كاظم عجيل، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة أهل البيت العدد 25، العراق، ص400.

(7) محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 1999، ص16.

(8) ناصر محمد عثمان، معايير دولية التحكيم المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) مجموعة 1، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، ط1، 2008، ص63.

(9) - المادة 1 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008.

ب. كان أحد الأماكن التالية يقع خارج الدولة التي يتوطن بها طرفا الاتفاق:
1. مكان التحكيم إذا كان محددا في اتفاق التحكيم أو تم تحديده بمقتضى ذلك الاتفاق.
2. أي مكان يجب أن يقوم أحد الطرفين بتنفيذ التزام متولد على العلاقة التجارية فيه أو المكان الذي يرتبط بعلاقة وثيقة مع موضوع النزاع.

ج. إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع الاتفاق له علاقة بأكثر من دولة"((10)).

نخلص مما تقدم إلى تعريف التحكيم بصورة عامة بأنه اتفاق رضائي بين الأطراف على إحالة النزاع الذي نشأ أو قد ينشأ بينهم إلى أفراد، أو هيئة متخصصة للنظر فيه وتسويته. أما التحكيم التجاري الدولي فيتميز في تعريفه عن التحكيم بصورة عامة انه يشترط للقول فيه أن يكون تجاريا وأن يحتوي على عنصر أجنبي.

الفرع الثاني

مزايا وسلبيات التحكيم في المنازعات التجارية الدولية

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى مزايا التحكيم وسلبياته كما يلي:

أولاً: مزايا اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التجارية الدولية:

1. سرعة الفصل في المنازعات حيث يعتبر الزمن عاملا حاسما في التجارة الدولية، واللجوء إليه يتيح التحرر من الشكليات ويغلق باب المماطلة حيث لا يوجد في التحكيم تعدد درجات كما ان حكم المحكم نهائي وملزم للخصوم"[11]
2. تعد تكلفة التحكيم قليلة مقارنة مع نفقات التقاضي حيث لا يتطلب رسوما للدولة وإتعاب محامين، كما ان طول أمد النزاع مع انخفاض قيمة النقد يؤدي إلى خسائر للمتقاضين وتراكم الفوائد المالية[12].
3. يتسم التحكيم بالسرية حيث تبقى المعلومات سرية بين أطرافه، وعدم نشر الأحكام والسرية أمر هام في منازعات التجارة الدولية لسعي الشركات إلى المحافظة على سمعتها التجارية والإضرار بمراكزها[13].
4. الطبيعة الرضائية للتحكيم حيث أن أطراف النزاع يلجئون للتحكيم بمحض إرادتهم دون أن يكونوا مجبرين عليه لذلك يندفعون إلى تنفيذ الحكم وقبوله والحكم الصادر لا يعتبر طريقا هجوميا بل هو طريق أقرب للتفاهم بين الأطراف[14].
5. يؤدي التحكيم إلى التغلب على صعوبات كثيرة تتعلق بتحديد المحكمة المختصة في المنازعات التجارية الدولية وتحديد القانون الواجب التطبيق وعدم العلم بالقانون الأجنبي وبإجراءات التقاضي أمام القانون الوطني وعدم معرفة لغة القضاء يؤدي للخوف لو تولى القضاء العادي الفصل في تلك المنازعات[15].
6. يؤدي تطبيق نظام التحكيم إلى تشجيع الاستثمارات الأجنبية، ويزيل مخاوف المستثمر من خضوعه للقانون الوطني الذي يشك في حياديته، ومن تمسك الدولة بمفهوم السيادة والحصانة القضائية[16]. وبناء عليه فقد أجاز المشرع العراقي في قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 إمكانية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي((17))، كما أجاز المشرع اللجوء إليه في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 1 لسنة 2008 وتعديلاته((18)).

ثانياً: سلبيات اللجوء إلى التحكيم في منازعات التجارة الدولية:

1. التحكيم قد يكون طويلا ومعقدا ويستمر لفترة طويلة تمتد سنوات ومن الأمثلة على ذلك قضية أرامكو التي امتد التحكيم فيها عدة سنوات وجاءت محاضر الجلسات في أربعة أجزاء وصلت إلى 2500 صفحة[19].

---

(10) - أنظر المادة الثالثة من قانون الأونسيترال النموذجي لسنة 1985.

(11) مراد محمود المواجدة، المصدر السابق، ص36.

(12) محمد جبر الألفي، الرياض رقابة القضاء على التحكيم، شبكة الألوكة، قسم الكتب، 2011, ص14.

(13) منى بو ختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة قسنطينة 1، 2013 - 2014, ص80.

(14) محي الدين علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، دون ناشر أو تاريخ نشر، ص81.

(15) منى بو ختالة، المصدر السابق، ص80.

(16) حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص60.

(17) - نصت المادة 27 الفقرة 4 من قانون الاستثمار العراقي على انه " إذا كان أطراف النزاع خاضعين لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على آلية حل النزاع بما فيها الالتجاء إلى التحكيم وفقا للقانون العراقي او أي جهة أخرى معترف بها دوليا".

(18) - نصت المادة 11 الفقرة أولا البند د من قانون تنفيذ العقود الحكومية العراقي على انه " لجهة التعاقد اختيار التحكيم الدولي لفض المنازعات على ان ينص ذلك في العقد وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبيا مع الأخذ بنظر الاعتبار الآلية الإجرائية المتفق عليها في العقد عند تنفيذ هذه الطريقة وان يتم اختيار إحدى الهيئات التحكيمية الدولية المعتمدة لحسم النزاع".

(19) حمداوي زهرة، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة سعيدة، الجزائر2015-2016،ص21.

2. القول بالطبيعة الرضائية للتحكيم يجافي الحقيقة فالتحكيم يفرضه الطرف الأقوى على الدول النامية ولا تملك الأخيرة سوى الخضوع له في ظل علاقات غير متكافئة اقتصاديا[20].
3. التحكيم ليس أقل تكلفة من القضاء كما أنه يحمل ميزانيات الدول مبالغ طائلة تؤثر على اقتصادها بشكل كبير، وهو يحمل المحتكمين نوعين من النفقات نفقات محكمين ونفقات تحكيم ومجموع تلك النفقات باهظا ولا يمكن الاستهانة به[21].
4. سرية التحكيم حجة واهية لأن شرط السرية دائما في صالح الطرف القوي أما الطرف الضعيف فلا تهمه السرية[22].
5. يجب الكف عن النظر إلى التحكيم كضمانه إجرائية تهدف إلى تشجيع الاستثمار فقط بل يجب الأخذ في الاعتبار مصالح كلا الطرفين ولا يتحقق ذلك إلا إذا أصبح نظام التحكيم غير مفروض من القوى الاقتصادية الكبرى التي لا تهتم بمصالح الدول النامية[23].

نخلص مما تقدم إلى أن التحكيم التجاري الدولي يتمتع بالعديد من المزايا، ولكنه في نفس الوقت قد تكون له العديد من السلبيات ويرى الباحث أن مزاياه تفوق على سلبياته فيما لو تم التعامل معه بيقظة وروية وجرى تأهيل الكوادر المختصة في البلدان النامية، وبالنتيجة لابد للدول الساعية في طريق النمو والانفتاح على العالم أن تقبل به لأنه بات شرط للتعاملات التجارية الدولية.

المطلب الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوعه في التحكيم التجاري الدولي.

يعد تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم جوهر الدعوى التحكيمية حيث يتوقف عليه تحديد الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها أثناء سير التحكيم، كما يتوقف عليه تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم.

ولتسليط الضوء على هذا الموضوع فإن تناولنا له سيكون من خلال فرعين وكالاتي:

الفرع الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

يدخل ضمن نطاق إجراءات التحكيم جميع مراحل سير الدعوى التحكيمية بدء من تشكيل هيئة التحكيم، وانتهاء بإصدار الحكم التحكيمي، وتنفيذه، مرورا بتبليغ الأطراف مواعيد الجلسات، وانعقادها، وتبادل الدفوع، وسلوك طرق الإثبات الخ ... ونظرا لأهمية هذه الإجراءات فقد حظيت مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم باهتمام من جانب الفقه، والاتفاقيات الدولية، والتشريعات القانونية:

أولاً: موقف الفقهاء من مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم:

حقيقة أن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا تثير أي صعوبة في الحالة التي يكون فيها التحكيم مؤسساتي نظرا لخضوع إجراءات التحكيم للوائح المؤسسة المتفق عليها[24], وأيضا في الحالة التي يتفق فيها الأطراف بصورة صريحة على تحديد القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم إلا أن المشكلة تثور في حالة غياب إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وقد انقسم الفقه في موقفه من هذه المسألة إلى رأيين:

الرأي الأول: ويرى أنه يتعين على المحكم أن يبحث عن الإرادة الضمنية للأطراف ويستخلصها من خلال ظروف التعاقد، وملابساته فهذه الإرادة كامنة ومستترة يتعين على المحكم الكشف عنها ولا يجوز له تطبيق القانون الأكثر اتصالا بالنزاع إلا إذا تأكد من غياب الإرادة الضمنية للأطراف[25].

الرأي الثاني: ويرى أن التحكيم عمل قضائي والقرارات التي تصدر عن التحكيم هي قرارات قضائية هدفها تحقيق العدالة بين أطراف النزاع وبما أن المحكم جهة قضائية وأن مكان القاضي هو إقليم الدولة التي يمارس فيها وظيفته فعلى المحكم أن يطبق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي قانون المكان أي قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم[26].

ثانياً: موقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية من مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم:

---

[20] المصدر نفسه، ص23.
[21] هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي (مزاياه، إمراضه) منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006، ص93.
[22] مراد محمود المواجدة، المصدر السابق، ص39.
[23] حفيظة السيد حداد، المصدر السابق، ص21.
[24] فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1992، ص166.
[25] محي الدين علم الدين، المصدر السابق، ص82 ومابعدها.
[26] أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981، ص96.

وفقا للمادة 19 من قانون الأونسيترال النموذجي لسنة 1985 والمعدل في عام 2006 فإن للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم((27)). وكذلك تبنت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية ذات الموقف وعبرت عن ذلك الفقرة (د) من المادة الخامسة التي نصت على رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه إذا قدم الطرف الآخر إلى السلطة المختصة التي يطلب إليها الاعتراف والتنفيذ ما يثبت " أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم لم تكن وفقا لاتفاق الطرفين أو لم تكن في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق وفقا لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم" أي أن الاتفاقية منحت الأولوية لقانون الإرادة أما قانون دولة المقر فيتم اللجوء إليه في حال غياب الإرادة.

أما في حالة خلو اتفاق التحكيم من اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات فقد ذهبت الفقرة الثانية من المادة 19 من قانون الأونسيترال إلى القول" إذا لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة وتشتمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم البت في مقبولية الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدواها وأهميتها". ويستفاد من ذلك أن هذا القانون أعطى هيئة التحكيم صلاحية تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في حالة خلو الاتفاق من تحديده.

أما فيما يتعلق بموقف القانون العراقي من هذه المسألة فقد نصت الفقرة 1 من المادة 265 من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه " يجب على المحكمين إتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات إلا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون" أي أن العبرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لقانون الإرادة وهو يسمو على قانون المرافعات المدنية.

نخلص مما تقدم إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يثير أية صعوبة في حال اتفاق الأطراف عليه غير أن الصعوبة تثور اذا خلا اتفاق التحكيم منه ففي هذه الحالة وفقا لرأي الفقه يمكن الاستعانة في تفسير الإرادة الضمنية للأطراف لتحديد القانون واجب التطبيق، أو تطبيق قانون البلد الذي ينتمي إليه المحكم أما اتفاقية الأونسيترال فقد اعتدت بقانون الإرادة أولا وفي حال غيابه يناط بهيئة التحكيم تحديد القانون الواجب التطبيق، وأما فيما يتعلق بموقف القانون العراقي من هذه المسألة فقد اعتد بتطبيق قانون الإرادة وفي حال غيابه يطبق قانون المرافعات المدنية.

الفرع الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

يميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم بين حالتي وجود اتفاق بين الأطراف (قانون الإرادة)، وحالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق (غياب قانون الإرادة).

أولاً: قانون الإرادة: يتجلى التعبير عن الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم بالنواحي التالية:

1. اختيار النظام القانوني:

الأصل أن يطبق على النزاع القانون الذي رسا عليه تطابق إرادة الأطراف بحرية[28]، وقد اعتبر القانون الفرنسي أن حق اختيار القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع تعود بالدرجة الأولى إلى إرادة الأطراف ويجب على المحكم أن يلتزم بتلك القواعد القانونية خاصة إذا صدر تعبير صريح عن الإرادة يفيد بذلك أما إذا لم يصدر تصريح صريح فيتعين على المحكم ان يستنتج القواعد القانونية من خلال تفسيره لإرادة الأطراف التي عبرت عنها وقت الاتفاق((29))، غير أن اتجاه إرادة الأطراف لا يمكن حصرها في اختيار قانون وطني معين بل لهم كامل الحرية في تحديد ما يرونه مناسبا من القوانين الوطنية المختلفة[30].

أن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ليست مطلقة بل مقيدة بالنظام العام الداخلي للدولة التي يجري فيها التحكيم، والدولة التي سينفذ فيها الحكم التحكيمي فيها وقد نصت على ذلك اتفاقية نيويورك برفض الاعتراف بتنفيذ الحكم إذا كان الاعتراف بالقرار أو تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة البلد الذي يجري تنفيذه فيه((31)). والسؤال الذي

---

(27) - أنظر: المادة (8) من قانون الأونسيترال النموذجي لسنة 1985 بنسخته المعدلة سنة 2006 والتي نصت في الفقرة (1) على: "إذا اتفق الأطراف على تعيين محكم وحيد، ثم انقضى 30 يوماً على تسلم جميع الأطراف الاخرين اقتراحاً بتعيين محكم وحيد دون ان يتوصلوا الى اتفاق بهذا الشأن، تولت سلطة التعيين تعيين ذلك المحكم بناءً على طلب أحد الأطراف.

كذلك انظر: المادة (9) أولا والمادة (33) من القانون أعلاه المختصة بتعيين أعضاء هيئة التحكيم واتخاذ قرارهم.

(28) خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الشروق، 2002، ص259 ومابعدها.

(29) - المادة 1511 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم 2011، 48.

(30) فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.

(31) - الفقرة ب من البند 2 من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لسنة 1985، ص419.

يثور هنا ما هو الموقف القانوني في حالة قيام الأطراف بالاتفاق على تطبيق قواعد موضوعية لقانون دولة ما يحتوي على قواعد تنازع فهل يطبق المحكم فكرة الإحالة أم لا؟

وفقا للفقرة 1 من المادة 28 من قانون الأونسيترال " تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب ان يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك". وقد تبنت الفقرة 1 من المادة 38 من قانون التحكيم السوري نفس الموقف غير أنه يحق للمحكم في حالات معينة الأخذ بفكرة الإحالة وتطبيق قواعد التنازع في حالة وجود تحايل أو غش في القانون المراد تطبيقه أو مخالفته للنظام العام.

2. **اختيار قواعد التجارة الدولية:**

تعرف قواعد التجارة الدولية بأنها " مجموعة القواعد عبر الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام والتي تجد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة التي يستقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي وتقدم تنظيما قانونيا وحلولا ذاتية لمعاملات التجارة الدولية"[32].

وعند اختيار الأطراف تطبيق قواعد التجارة الدولية على موضوع النزاع تتحول هذه القواعد إلى قانون ملزم، وقد تكون القواعد القانونية التي عبرت عنها إرادة الأطراف صراحة هي أحد أنواع القواعد التجارية الدولية سواء أكانت لوحدها أو كانت مع قانون داخلي[33].

3 ـ تفويض المحكم بالصلح:

وفقا للفقرة 3 من المادة 28 من قانون الأونسيترال يجوز للمحكمين الفصل في النزاع على أساس مراعاة العدالة والحسنى والحكم بالعدل والإنصاف بناء على تفويض الأطراف لها بذلك. أي على تفويضها بالصلح وإلى ذلك أشارت الفقرة 4 من المادة 38 من قانون التحكيم السوري بالقول " إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويض هيئة التحكيم بالصلح جاز لها ان تفصل النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

ثانيا ـ في حالة غياب قانون الإرادة:

إذا خلا اتفاق التحكيم من تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فإن تحديد هذا القانون يخضع لاختيار الهيئة التي يمكنها أن تختار قانون دولة معينة، أو أن تطبق الأعراف الجارية.

1. **اختيار الهيئة قانون دولة معينة:**

إذا لم يتفق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع قامت هيئة التحكيم باختيار القواعد القانونية التي تطبقها ويمكن أن يكون هذا القانون قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم، أو قانون الدولة التي جرت فيها وقائع النزاع، أو أية قواعد قانونية نافذة في دولة أخرى شريطة أن تختار القواعد الأكثر اتصالا بالنزاع[34]، وقد اعتبر حكم صادر عن مركز القاهرة الإقليمي في هذا الخصوص أن هيئة التحكيم في بحثها عن القانون الواجب التطبيق تطبق قانون مكان التحكيم، أو قانون مكان التوقيع على العقد الأصلي، أو قانون محل إقامة أحد أطراف العقد، أو قانون بلد تنفيذ العقد أو قانون لغة العقد، أو قانون لغة التحكيم إذا كانت مختلفة عن لغة العقد[((35))]، أما الفقرة 2 من المادة 28 من قانون الأونسيترال النموذجي فقد أعطت لهيئة التحكيم اختيار القانون الواجب التطبيق استنادا إلى قواعد التنازع التي ترى أنها واجبة التطبيق.

2. **تطبيق هيئة التحكيم للأعراف الجارية:**

وفي هذه الحالة يمكن لهيئة التحكيم أن تلجأ إلى تطبيق ما جرى عليه العرف التجاري الدولي مع مراعاة شروط العقد في القضية المنظورة أمامها فإذا كان النزاع يتعلق بتجارة تمور فيجب على الهيئة أن تراعي ما جرى عليه العرف بالنسبة لدفع الثمن وتقدير نوع التمر، ودرجة جودته وكيفية وزنه والمسئول عن عمليات جنيه الخ ... ولا يفترض علم هيئة التحكيم بالأعراف الجارية ولهذا فإنه على الطرف ذي المصلحة التمسك بها وتقديم الدليل على وجودها ما دام أنه يرى فيها سندا قانونيا لما يقدمه من ادعاء أو دفاع[36]. وإلى ذلك أشارت الفقرة الثالثة من المادة 38 من قانون التحكيم السوري بالقول" على هيئة التحكيم ان تراعي عن الفصل في النزاع شروط العقد موضوع النزاع، والأعراف الجارية بشأنه"

---

[32] بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010، ص181 ومابعدها.

[33] المصدر نفسه، ص190.

[34] فتحي والي، المصدر السابق، ص422.

[35] ـ حكم مركز القاهرة الإقليمي في القضية التحكيمية رقم 95 لسنة 1998 مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، ص151.

[36] رمضاني كريم، وسابح جهاد، القانون واجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة أكلي محند أولحاج البويرة، 2015 - 2016، ص48 ومابعدها.

نخلص مما تقدم إلى أن اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يخضع في الأصل لقانون الإرادة التي يمكن أن تختار القانون الأكثر صلة بالنزاع، أو قواعد التجارة الدولية، أو مبادئ العدالة والإنصاف في حالة التفويض بالصلح. أما في حالة غياب قانون الإرادة فإن اختيار القانون يخضع لسلطة هيئة المحكمين التي يمكنها أن تختار تطبيق قانون دولة معينة، أو تطبيق الأعراف الجارية المتعلقة بالموضوع.

الخاتمة

في ختام بحثنا توصلنا إلى بعض النتائج والتوصيات التي يمكن حصرها بالآتي:

أولاً: النتائج:

توصلت الدراسة إلى النتائج التالية:

1. تعريف التحكيم بصورة عامة بأنه اتفاق رضائي بين الأطراف على إحالة النزاع الذي نشأ أو قد ينشأ بينهم إلى أفراد، أو هيئة متخصصة للنظر فيه وتسويته. أما التحكيم التجاري الدولي فيتميز في تعريفه عن التحكيم بصورة عامة انه يشترط أن يكون تجاريا وأن يحتوي على عنصر أجنبي.
2. أن التحكيم التجاري الدولي يتمتع بالعديد من المزايا، والسلبيات وأن مزاياه تفوق سلبياته، فيما يتعلق بحل المنازعات التجارية الدولية وأنه لابد للدول الساعية في طريق النمو والانفتاح على العالم أن تقبل به لأنه بات شرط للمعاملات التجارية الدولية.
3. أن تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يخضع لقانون الإرادة، وفي حال خلوه منها فيمكن اللجوء إلى تفسير الإرادة الضمنية للأطراف، أو ترك الأمر لهيئة التحكيم لتختار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات.
4. أن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يخضع في الأصل لقانون الإرادة التي يمكن أن تختار القانون الأكثر صلة بالنزاع، أو قواعد التجارة الدولية، أو مبادئ العدالة والإنصاف في حالة التفويض بالصلح. أما في حالة غياب قانون الإرادة فإن اختيار القانون يخضع لسلطة هيئة المحكمين التي يمكنها أن تختار تطبيق قانون دولة معينة، أو تطبيق الأعراف الجارية المتعلقة بالموضوع.

ثانياً: التوصيات:

توصي الدراسة بما يلي:

1.نوصي المشرع العراقي بإصدار قانون خاص بالتحكيم، يواكب تطورات العصر، وتعقد العلاقات التجارية الداخلية والدولية، ويستمد أحكامه من الاتفاقيات الدولية ولاسيما قانون الأونسيترال النموذجي لسنة 1985 وتعديلاته، نظرا إلى أن مواد التحكيم الواردة في القانون رقم 83 لسنة 1969 لم تعد مناسبة.

2.نقترح ان يكون التعامل بحذر وروية مع التحكيم التجاري الدولي ولا سيما من الدول النامية نظرا لما يشكله من خطر على مبدأ السيادة الوطنية.

3.نوصي بضرورة تأهيل الكوادر الفنية الوطنية المتخصصة في مجال التحكيم عن طريق الدورات التدريبية المتخصصة لإعداد المؤهلين للتحكيم الداخلي والدولي.

4.نقترح نشر ثقافة التحكيم في الأوساط التجارية، وتبيان أهمية اللجوء إليه في فض المنازعات التجارية الدولية.

مراجع البحث

أولا ـ الكتب القانونية:

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط1، 1997.
2. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981.
3. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
4. أيمن بهي الدين، المركز القانوني للمحكم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
5. بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010.
6. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.
7. حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
8. حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2004.
9. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الشروق، 2002.
10. فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
11. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1992.
12. محمد جبر الألفي، الرياض رقابة القضاء على التحكيم، شبكة الألوكة، قسم الكتب، 2011.

13. محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 1999.
14. محي الدين علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، دون ناشر أو تاريخ نشر.
15. مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
16. هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي (مزاياه، إمراضه) منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006.

ثانيا ـ الرسائل الجامعية:

1. حمداوي زهرة، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة سعيدة، الجزائر، 2015-2016.
2. رمضاني كريم، وسابح جهاد، القانون واجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة أكلي محند أولحاج البويرة، 2015 - 2016
3. منى بو ختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة قسنطينة 1، 2013 - 2014.

ثالثا ـ المقالات والأبحاث المنشورة في المجلات القانونية والمقدمة إلى المؤتمرات:

1. طارق كاظم عجيل، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة أهل البيت العدد 25، العراق.
2. ناصر محمد عثمان، معايير دولية التحكيم المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) مجموعة 1، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، ط1، 2008.

رابعا ـ القوانين والوثائق والاتفاقيات الدولية:

1 ـ الاتفاقيات الدولية:

- اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958.
- قانون الأونسيترال النموذجي لسنة 1985 والتعديلات التي طرأت علية سنة 2006.

2 ـ القوانين:

- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم 2011، 48.
- قانون الاستثمار العراقي 13 لسنة 2006.
- قانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008.
- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969.
- قانون تنفيذ العقود الحكومية العراقي رقم 1 لسنة 2008.